

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
ANNA PAULA MAGALHÃES SILVA**

**POSSIBILIDADE JURÍDICA DA PROPOSTA DE LEGALIZAÇÃO DO ABORTO
NO BRASIL PARA MULHERES INFECTADAS PELO ZIKA VÍRUS**

**RUBIATABA/GO
2017**

ANNA PAULA MAGALHÃES SILVA

**POSSIBILIDADE JURÍDICA DA PROPOSTA DE LEGALIZAÇÃO DO ABORTO
NO BRASIL PARA MULHERES INFECTADAS PELO ZIKA VÍRUS**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob a orientação da
professora Especialista Nalim Rodrigues
Ribeiro Almeida da Cunha Duvallier.

**RUBIATABA/GO
2017**

ANNA PAULA MAGALHÃES SILVA

**POSSIBILIDADE JURÍDICA DA PROPOSTA DE LEGALIZAÇÃO DO ABORTO
NO BRASIL PARA MULHERES INFECTADAS PELO ZIKA VÍRUS**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob a orientação da
professora Nalim Rodrigues Ribeiro Almeida
da Cunha Duvallier.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM 23/06/2017

Especialista Nalim Rodrigues Ribeiro Almeida da Cunha Duvallier
Orientadora
Professora da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Mestre Rogério Gonçalves Lima
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Mestre Danilo Ferraz Nunes da Silva
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Dedico esta pesquisa ao meu Deus que me concedeu capacidade e graça para concluir esta pesquisa, à minha orientadora que é um exemplo de profissional e de pessoa para mim, à minha família pelo cuidado e pelo apoio, ao meu amor que com seu carinho e amor, me incentiva a cada dia, e às minhas amigas por compartilharam comigo esse momento.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que me deu a oportunidade de chegar até aqui, por ter me dado forças para prosseguir e assim finalizar meu curso, e pela proteção de todos os dias enquanto eu estava a caminho da faculdade.

Agradeço à minha orientadora Nalim Cunha, que me orientou de modo que eu pudesse ver de forma clara meus erros e acertos, e por me auxiliar em cada etapa desta pesquisa. Por todo seu zelo, carinho a cada vez que eu me dirigia para sanar minhas dúvidas. Estendo também meus agradecimentos à minha amada família que me deu apoio, que incentivou a querer trilhar um caminho promissor e do bem, no qual permaneço.

Agradeço também às minhas inseparáveis amigas Adriany, Andreza, Carla, Daiane, e Samara, por compartilharem comigo esse e outros momentos da minha vida.

Meus agradecimentos se estendem, à minha família, e ao meu noivo, que me ajudaram, me incentivando, mesmo quando tudo parecia tudo dar errado. Sem o apoio deles, eu não teria triunfado.

RESUMO

O objetivo desta monografia é discutir a possibilidade legal do aborto, para as mulheres infectadas pelo Zika vírus. Para atingir o objetivo desenvolve-se o estudo documental e bibliográfico, analisando o que o aborto é, envolvendo conhecimentos de autores do direito penal e a liberação para realização dessa prática em algumas circunstâncias, ou seja, citando as hipóteses legais de realização do aborto. Debate-se a contaminação de grávidas e o crescimento dos casos de microcefalia nos fetos em decorrência do Zika vírus. Na pesquisa, também é analisada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54 do Supremo Tribunal Federal, e são elencados os votos favoráveis e os votos contrários pelos ministros a respeito da supracitada ADPF, para analisar se é passível de aplicação por analogia. Busca-se analisar a questão através de possíveis precedentes e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5581, que ainda não foi julgada, mas tem como pretensão a liberação para o aborto. Em suma, ainda não houve pacificação a respeito do assunto, aparentemente não é possível a analogia à ADPF; Se tem firmado que há precedentes para o aborto, não necessariamente para os casos de Zika, por ora caberá a análise em cada caso concreto.

Palavras-chave: Aborto. ADPF nº 54. Supremo Tribunal Federal. Zika.

ABSTRACT

The objective of this monograph is to discuss the legal possibility of the abortion, for women infected with Zika virus. To achieve the objective, the author developed the documentary and bibliographic study, analyzing what abortion really is and, involving knowledge of authors of criminal law and the release to perform this practice in some circumstances, that is, citing the legal hypothesis of abortion. Pregnancy contamination was discussed and the growth of cases of microcephaly in the fetuses as a result of the Zika virus. In the research, was also analyzed the Argument of Breach of Basic Precept number 54 of the Federal Supreme Court, and were measured the favorable votes and the opposing votes by the ministers in respect of the Argument above mentioned, to arrive at an understanding if it is applicable by analogy. Seeks to analyze the issue through possible precedents and Direct Action of Unconstitutionality 5581 which has not yet been judged but seeks liberation for abortion. In short, there has still been no pacification about the subject, cannot be judged by making an analogy to the Argument, what is known is that there are precedents for abortion, not necessarily for the cases of Zika, this will be decided by the judge who will judge the proposed actions.

Keywords: Abortion. ADPF n° 54. Supreme Federal Court. Zika.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	09
2. BREVE ANTECEDENTES HISTÓRICOS E CONCEITUAÇÃO DE ABORTO.....	10
2.1 CONCEITUAÇÃO DE ABORTO	11
2.2 NATUREZA JURÍDICA.....	12
2.3 POSSIBILIDADES LEGAIS PARA O ABORTO	14
2.3.1 ABORTO NECESSÁRIO.....	15
2.3.2 ABORTO HUMANITÁRIO.....	16
2.3.3 ABORTO DE FETOS ANENCÉFALOS.....	17
3 VOTOS DOS MINISTROS	19
3.1 VOTOS FAVORÁVEIS AO OBJETO DA ARGUIÇÃO	19
3.2 VOTOS DESFAVORÁVEIS AO OBJETO DA ARGUIÇÃO	31
4 ASCENÇÃO DA MICROCEFALIA EM DECORRÊNCIA DO ZIKA VÍRUS.....	36
4.1 DA APLICAÇÃO POR ANALOGIA	39
4.2 PRECEDENTES PARA O ABORTO	44
4.2.1 ADI 5581.....	45
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa analisa a possibilidade jurídica da proposta de legalização do aborto no Brasil para as mulheres infectadas pelo Zika Vírus. De modo que primeiramente abordará os breves antecedentes históricos, a conceituação de aborto, natureza jurídica e viabilidades legais do aborto, em seguida, foi analisada a ADPF 54 do STF, que julgou o aborto para os fetos anencefalos, e enfim, ver se a possibilidade de aplicar essa decisão por analogia. A pesquisa ainda faz menção aos precedentes que pode ser aplicado no caso concreto, e a ADI 5.581 que pleiteia, o aborto para as mulheres infectadas, mas que ainda não foi julgada.

Os objetivos principais são determinar se as mulheres infectadas pelo zika, podem ou não realizar o aborto legalmente, e quanto aos específicos é fazer uma analogia entre o julgamento da ADPF nº 54 com os casos de mulheres grávidas que estão contaminadas pelo Zika Vírus, esclarecer os votos dos ministros do STF em relação a ADPF nº 54 e discutir o aborto dentro do direito brasileiro, por analogia a ADPF, e também averiguar a questão dos precedentes.

A escolha do tema justifica-se, pela grande necessidade de conhecimento sobre o tema em questão, com o fim de fomentar a discussão na sociedade, e se obter respostas, se realmente, a mulher infectada pelo Zika vírus pode realizar o aborto. Salienta-se sua grande importância no meio acadêmico, por se tratar de temática recente e de grande repercussão social.

Tem como metodologia principal uma revisão documental da ADPF nº 54 do STF, com uma análise detalhada do voto de cada ministro, formando um convencimento sobre a decisão proferida por eles. Para se dar uma ciência do tema da pesquisa, a revisão bibliográfica contará com obras conhecidas de autores como Cezar Roberto Bittencourt, Fernando Capez, Pedro Lenza, entre outros.

A pesquisa chegou ao resultado de que a mulher infectada pela zika vírus, não pode realizar o aborto legalmente, a não ser que o juiz do caso concreto decida se embasando em precedentes, mas não sob tutela do Código Penal Brasileiro, ou por analogia ao julgamento do ADPF 54 do STF.

2. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS E CONCEITUAÇÃO DE ABORTO

No presente capítulo, lançar-se-ão os olhos para as diversificadas formas de aborto, seu conceito, breve antecedente histórico e também sua natureza jurídica. Foram utilizados para a concepção desse capítulo o Código Penal Brasileiro, doutrinas, dissertações e teses, para melhor conhecimento do assunto.

Este capítulo se divide em três subtítulos, onde se denotarão as especificidades do aborto, natureza jurídica e cada viabilidade de práticas abortivas respaldadas na legislação, quais sejam o aborto necessário, o aborto humanitário, também conhecido como terapêutico, e o aborto eugenésico.

Durante um longo tempo a prática abortiva não foi considerada crime, do ponto de vista jurídico, pois desde a antiguidade têm-se notícias de políticas relacionadas ao aborto ou ao abandono de recém-nascidos portadores de anomalias físicas. Não se pode considerar de fato que se tratava de um aborto eugênico, por que estas atitudes eram tomadas logo após o nascimento, mas o fito que norteava tais ações por parte do Estado assemelhava-se a esta indicação.

Tessaro (2006, p. 42) destaca como grandes filósofos influenciaram nesse âmbito, com seus ideais, e conseqüentemente levaram gerações inteiras a senso:

Pierangeli recorda que Aristóteles se mostrou contrário ao aborto, mas no livro sétimo de sua Política admitiu sua prática quando o número de cidadãos se tornava excessivo, desde que a mulher tivesse sido emprenhada por fato delituoso e houvesse autorização judicial, posicionamento este que foi seguido por Platão. De outra parte, no tocante aos nascidos com alguma deformidade física, a recomendação era para que fossem abandonados no alto de uma montanha logo após o nascimento. Na opinião de Platão e Aristóteles, a morte dos bebês deformados deveria ser imposta pelo Estado. Licurgo e Sólon compartilhavam do mesmo entendimento. Segundo Hungria “acreditavam que era melhor por fim a uma vida que começara inauspiciosamente do que tentar prolongá-la, com todos os problemas que ela poderia acarretar.” Platão, ao seu turno, adotando uma postura mais radical, aconselhava o aborto para toda mulher que concebesse após os 40 anos.

Portanto, não se pode dizer que a prática abortiva, delituosa ou não, não está arraigada no berço da sociedade, seja ela contemporânea ou desde os primórdios, pois se sabe de diferentes povos e culturas que possuíam esse hábito, por diversos motivos, porém era o seu jeito próprio de prevenir “maiores males”.

No Brasil, a primeira referência do aborto foi no Código Criminal do Império, como primeira regularização, como destaca Terasso (2006, p. 46):

Especificamente no Brasil, a primeira referência ao aborto na legislação específica ocorreu no Código Criminal do Império (1830), inserido no capítulo referente aos Crimes contra a segurança da pessoa e da vida. Até este momento, a prática do aborto não era punida ainda que fosse realizado pela própria gestante, a exemplo do Código Francês de 1791. Dessa forma, o aborto seria punível apenas quando executado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante. Outrossim, também era sancionado o fornecimento de meios abortivos, ainda que não fosse realizado o aborto.

Foi a partir da não aceitabilidade pela sociedade da prática abortiva, concomitante com a influência do Cristianismo, que a legislação vigente à época sofreu alteração, equiparando tal prática ao crime de homicídio. Atualmente no Brasil, o Código Penal vigente, adota uma postura diferente, pois tipifica o crime de aborto, no rol de crimes contra vida, com exceção quando se tratar de estupro, ou nos casos em que a vida da gestante está em perigo. O Brasil hoje é um país que tem uma das legislações mais severas se consideradas com outras legislações pertinentes ao aborto.

2.1 CONCEITUAÇÃO DE ABORTO

De acordo com Dorlando (1997, p. 8), “O aborto é definido pela Medicina como o nascimento de um feto com menos que 500g, ou antes, de 20 semanas completadas de idade gestacional no momento da expulsão do útero, não possuindo nenhuma probabilidade de sobrevivência”.

No entanto, a definição de aborto é uma questão extremamente polêmica para o Direito brasileiro, pois o ordenamento não deixou claro, qual o momento que se dá início a vida, e é nesse diapasão que doutrinadores divergem sobre isso veementemente como dispõe Tessaro (2006, p. 34-35):

A doutrina penal brasileira diverge com relação ao momento em que se inicia a proteção jurídico-penal do nascituro. A corrente majoritária entre os penalistas manifesta-se no sentido de haver vida humana e, portanto, tutelável pelo direito penal, a partir da concepção. Comungam este entendimento, capitaneado por Nelson Hungria, os penalistas Aníbal Bruno, Euclides Custódio da Silveira, Cezar Roberto Bitencourt, José Henrique Pierangeli, Paulo José da Costa Junior e Álvaro Mayrink da Costa. Noutro sentido, é a doutrina de Fragoso, para quem ‘a lei não especifica o que se deva entender por aborto, que deve ser definido com critérios normativos, tendo-se presente a valoração social que recai sobre o fato e que conduz a restringir o crime ao período da gravidez que se segue à nidação.’ Desse modo, somente se trata de aborto a interrupção do processo fisiológico da gravidez no período compreendido a partir da implantação do ovo no útero materno até o início do parto. No mesmo diapasão, Prado afirma que ‘o início da gravidez é marcado pela fecundação. Todavia, sob o prisma jurídico, a gestação tem início com a implantação do óvulo fecundado no endométrio, ou seja, com a sua fixação no útero

materno.’ Além dos autores ora referidos, compartilham este entendimento os penalistas Rogério Greco e Celso Delmanto.

Como se vê, juridicamente, a gestação só tem início quando o óvulo fecundo é implantado no endométrio, e ocorre a fixação no útero, a partir daí a interrupção da gestação poderá se classificar como aborto.

2.2 NATUREZA JURÍDICA

Sabe-se que o aborto pode ser definido como espontâneo ou provocado. Quando espontâneo, as causas que o provocam não decorrem da vontade humana e, portanto, não se coloca o problema da colisão de direitos. Já, no segundo caso, é decorrente da vontade humana e, nesse caso é passível de uma discussão extremamente abrangente, onde não se analisa apenas a perspectiva jurídica da questão, mas também, ética, moral e psicológica. Pode-se também distinguir o aborto em direto ou indireto. “Considera-se direto quando visa à morte do produto da concepção e é sobre este que incidirá o nosso estudo” (SÁ, 2012, p. 33). Portanto, este trabalho aborda apenas o viés jurídico, que compreende a ilicitude do fato.

Como salienta Tessaro, (2006, p. 46):

Para configuração do delito de aborto, não se faz necessária a distinção entre óvulo fecundado, embrião ou feto. Para o legislador penal, suficiente é a interrupção da gestação, independentemente do estágio em que se encontre. Entretanto, o abortamento somente será punível em se tratando de uma gravidez normal. Conforme ensina Costa Jr., seguindo a esteira de outros penalistas refere que ‘para que se configure o abortamento, a gravidez deverá ser normal. A interrupção da gravidez extrauterina (no ovário, fimbria, trompas ou na parede uterina) ou a da gravidez molar (formação degenerativa do óvulo fecundado) não configuram o aborto, uma vez que o produto da concepção não atinge vida própria.’

Nesse interim, vale ressaltar que o que interessa para o Direito é apenas a figura do aborto legal, e principalmente o criminoso, porquanto, no aborto natural, geralmente acontece espontaneamente, sendo um processo fisiológico, que pode acontecer a qualquer mulher, sem sua vontade, e por outro lado, o aborto o acidental, que não alcança tutela penal, por se tratar obviamente de acidente.

Tessaro (2006, pag. 33) entende que o ordenamento jurídico protege mais a vida do nascido do que do feto que ainda está em formação intrauterina, devido a pena cominada nos casos de conduta delituosa, veja-se:

No ordenamento jurídico brasileiro, a vida humana intrauterina é protegida com intensidade substancialmente menor do que a vida de alguém já nascido. Não é necessário tecer grandes argumentos para comprovar o ora referido, para tanto, basta observar os artigos 121 (matar alguém – pena de 6 a 20 anos de reclusão) e 124 (praticar aborto – pena de 1 a 3 anos de detenção), ambos do Código Penal, para concluir que o tratamento é diverso para os delitos cometidos em face do homem já nascido e àqueles contra o nascituro. Deste modo, não há como colocarmos no mesmo patamar os direitos da mãe e do embrião/feto.

Segundo Tessaro (2006), basta examinar os artigos 121 e 124 do Código Penal brasileiro, para entender que o tratamento é diferente para os delitos cometidos contra o homem já nascido e contra o nascituro. Não equipara-se, pois até as penas são diferentes.

2.3 POSSIBILIDADES LEGAIS PARA O ABORTO

No Brasil, a prática do aborto é considerada crime pelo ordenamento pátrio (artigos 124, 125, 126 e 127 do Código Penal Brasileiro), exceto quando em circunstâncias específicas: quando não existe outra forma de salvar a vida da gestante, ou quando a gravidez decorre de estupro, como está disposto no artigo 128 do Código Penal Brasileiro: “Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal” (BRASIL, 1940).

Capez (2012) pondera sobre, a interrupção da gravidez, a aniquilação do produto da concepção, e a eliminação da vida intrauterina. E, mesmo que a lei não faça distinção entre óvulo fecundo, embrião, e feto, se configuram aborto do mesmo modo.

Bittencourt (2012) considera ser a interrupção da gravidez, antes mesmo que atinja o limite fisiológico, que é o período que compreende a concepção e o início do parto, que é caracterizado como o final da vida intrauterina. Para ele, para que se chegue ao resultado, à consumação é insuficiente, a expulsão prematura do feto ou simplesmente a interrupção do processo de gestação, mas é indispensável, que ocorram as duas coisas, juntamente com a morte do feto, pois somente assim haverá de fato a consumação do crime. Esta conduta ilícita depende de gravidez em curso, e é indispensável que o feto esteja vivo, pois a morte do feto tem de ser resultado das manobras abortivas, o que é tentado a partir do parto se torna homicídio ou infanticídio.

Por conseguinte, Bitencourt (2012, p. 163), ainda firma que o bem jurídico protegido é a vida do ser humano em formação, veja-se:

O bem jurídico protegido é a vida do ser humano em formação, embora, rigorosamente falando, não se trate de crime contra a pessoa. O produto da concepção – feto ou embrião – não é pessoa, embora tampouco seja mera esperança de vida ou simples parte do organismo materno, como alguns doutrinadores sustentam, pois tem vida própria e recebe tratamento autônomo de ordem jurídica.

Para Lenza (2011), o aborto nem sempre é criminoso, desde que em decorrência de causas naturais, como por exemplo, má formação de feto, a rejeição do organismo da gestante, patologia e etc. o fato então será denominado atípico. Também não será considerado aborto, quando por evento alheio à vontade da mulher, em casos acidentais, ela venha a abortar espontaneamente. Lenza (2011) ainda denota que para haver de fato crime de aborto, é

preciso que a interrupção tenha sido provocada, pela gestante ou por terceiro, e ainda que não haja nenhuma probabilidade de ter que excluem a ilicitude do fato.

Portanto, conforme anteriormente exposto por Lenza (2011) e como também dispõe Bitencourt (2012) o próprio Código atribuiu às práticas lícitas de aborto como aborto necessário ao primeiro e ao segundo aborto no caso de gravidez resultante de estupro, que a doutrina e a jurisprudência se encarregaram por nominá-lo de sentimental e/ou humanitário.

2.3.1 ABORTO NECESSÁRIO

Para Capez (2012), o aborto necessário ou terapêutico, é aquela interrupção realizada pelo médico quando a gestante estiver correndo perigo de vida e não haver outra forma de salvá-la, e ainda se trata de espécie de estado de necessidade, mas sem a exigência de que o perigo de vida seja atual. E então nesse caso, há dois bens jurídicos postos em perigo, qual seja a vida da genitora e a do feto, e a sobrevivência de um depende da destruição do outro.

Como cita Capez (2012), o aborto terapêutico também denominado necessário, interrompe a gravidez quando a gestante estiver correndo risco de vida e não existir outro meio de preservar sua vida, ou quando for o caso de estado de necessidade, porém inexistindo o perigo de vida eminente. No caso dessa espécie de aborto, há duas vidas em questão, a da mãe e a do feto, então cabe a escolha, deixando que um sobreviva.

Bitencourt (2012) alega que o requisito fundamental é o iminente perigo à vida da gestante, sendo insuficiente o perigo à saúde, mesmo que sendo muito grave. Sendo que o aborto deve ser o único meio de salvar a vida da gestante, caso contrário o médico responderá pelo crime. Quando a gestante correr perigo iminente, na falta do médico, ou outra pessoa poderá realizar a intervenção. E, nesta hipótese é dispensável a concordância da gestante ou de representante legal. Nesta linha, o aludido autor defende ainda, que o aborto necessário pode ser praticado mesmo contra vontade da gestante, pois a intervenção médica está autorizada pela disposição dos artigos 128, I, 24, e 146, § 3º. E, além disso, ele agirá no estrito cumprimento do dever legal (art. 23 III, 1º parte), devido à condição de garantidor da vida, não poderá deixar perecer a vida da gestante.

Capez (2012) aduz que não se faz necessário à atualidade do perigo, pois basta ter a certeza de que a gravidez trará risco futuro à vida da mãe acarretando várias doenças, e segue o raciocínio de que não se trata somente de risco para a saúde para a gestante, mas sim para sua vida, então cabe ao médico avaliar quais riscos de vida a gestante corre. Ele poderá

intervir depois do parecer de dois outros médicos, depois de lavrada ata em três vias, sendo que uma deverá ser enviada ao Conselho Regional de Medicina e outra ao diretor clínico do hospital onde o aborto foi praticado. Dispensa-se a concordância da gestante ou de qualquer representante legal neste caso, podendo o médico intervir, porque na maioria das vezes a mulher se encontra em um estado emocional muito abalado, e a família pode estar interessada em assuntos a parte, a não ser a vida e/ou saúde da gestante e do feto. O artigo 146º, § 3º, I, do Código Penal, autoriza a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento da gestante ou de seu representante legal, quando justificado o iminente perigo de vida.

No caso de erro do diagnóstico da junta médica, Capez (2012) revela que a real necessidade de aborto, é totalmente desnecessário, ocorre erro, que exclui o dolo, o que o Código Penal trata de discriminante putativa prevista no art. 20, § 1º. A enfermeira ou a parteira não responderá pelo delito, mas única e exclusivamente quando for o caso de perigo atual, pois se não for este o caso ela responderá por conduta delituosa.

2.3.2 ABORTO HUMANITÁRIO

Para Bitencourt (2012) o aborto humanitário também denominado ético ou sentimental é autorizado quando a gravidez decorre de estupro e a gestante consente na sua realização. Para que seja autorizado o aborto humanitário exigem-se os seguintes requisitos: gravidez resultante de estupro, e prévio consentimento da gestante ou, sendo incapaz, de seu representante legal.

Por conseguinte, em suas lições Lenza (2016, p. 244) firma:

Com o advento da Lei n. 12.015/2009, que deixou de fazer distinção entre crimes de estupro e atentado violento ao pudor, revogando este último e passando a chamar de estupro todo e qualquer ato sexual cometido com violência ou grave ameaça, deixou de ser necessário discutir a possibilidade de aborto legal quando a gravidez resultar de atentado violento ao pudor, já que este crime não mais existe como infração autônoma.

Lenza (2012) fez referência à lei que antes era denominada como atentado violento ao pudor, que por sua vez era diferente de estupro. Como citado, em 2009, foi promulgada uma lei, na qual agora considera estupro qualquer ato contra a vontade da mulher.

Aduz ainda, Lenza (2016) que em nenhuma das modalidades de aborto legal exige-se autorização judicial, basta que o médico esteja convencido que houve violência sexual, por exames feitos previamente pela vítima, por cópias de depoimentos em inquérito

policial, boletim de ocorrência, entre outros. É necessário ressaltar que o Ministério da Saúde, editou, em 2005, a Portaria 1.145, deixando claro que não se faz necessária à existência de boletim de ocorrência, para a realização do aborto sentimental. Mas, que o médico deve adotar um procedimento de justificação e autorização de interrupção da gravidez, na qual a mulher deve ser ouvida detalhadamente sobre o ato criminoso, perante dois profissionais da saúde, porque, somente depois de um parecer técnico consensual, é que a gravidez poderá ser interrompida, devendo a mulher ou seu representante assinar termo de responsabilidade. Em contrapartida, se o médico não adotar tal procedimento, porém ficar provada que a gravidez foi resultado de estupro, não haverá crime de aborto cometido pelo médico a ser apurado, ele pode apenas ser punido administrativamente.

Diferente do aborto necessário, no aborto humanitário somente o próprio médico é legítimo para a realização do procedimento, se caso o aborto for realizado por outro, será como dispõe Capez (2012, p. 161) “Se a autora for enfermeira, esta responderá pelo delito, pois a lei faz referência expressa à qualidade do sujeito que deve ser favorecido: médico”.

2.3.3 ABORTO DE FETOS ANENCEFÁLOS

Recentemente, admitido pelo ADPF 54 do STF, há outra possibilidade de aborto, que é o aborto anencefálico. Conforme ensina Capez (2012), para os médicos, o anencefálico é denominado feto com morte cerebral. Examinando o Código Penal de 1940, percebe-se que o legislador, ao criminalizar a prática do aborto não foi tão radical, pois viu que era lícito, mesmo que excepcionalmente, o aborto necessário e o aborto sentimental como visto anteriormente. Conclui-se que, se na época, houvesse o conhecimento tecnológico que temos hoje, teria admitido o aborto anencefálico, decorrente da absoluta certeza da inexistência de vida, assim como ocorre hoje.

Sob a ótica de Capez (2012), também há a possibilidade de aborto dos fetos anencefálicos, que é aquele diagnosticado com morte cerebralmente. Para ele, essa alternativa de aborto anencefálico só não está na legislação vigente, porque supõe, que no tempo em que entrou em vigência o atual ordenamento não se tinha o aparato tecnológico que tem hoje para caracterizar quando o feto é de fato anencefálico, por esse motivo não há previsão legal.

Ainda, para Capez (2012, p. 10), na hipótese de anencefalia, embora a gravidez esteja em curso o feto não está vivo, e sua morte não decorre de aborto. Ressalta que para a satisfação doutrinário-científica, utilizam-se as palavras do médico gaúcho Marco Antônio Becker:

Não há porque adicionar outra excludente ao art. 128 do Código Penal, pois pelas razões expostas o ordenamento jurídico já existente autoriza o médico a retirar o feto de anencéfalo da gestante, a seu pedido, sem que com isso incorra em infração penal ou ética, pois, repetimos: se não há vida, não há que se falar em aborto.

Em suma, entende-se que só existem três espécies de abortos legais, o aborto necessário, o terapêutico, e o eugenésico. O ordenamento pátrio condena qualquer outra espécie de aborto, sendo crime contra a vida, e se praticado resulta em prisão.

No capítulo seguinte, será analisada a ADPF 54 do STF, com o relatório dos votos de cada ministro, para saber qual o caminho tomaram para decidir a questão do aborto dos fetos Anencéfalos.

3. VOTOS DOS MINISTROS

Neste capítulo, analisa-se a ADPF 54, do STF, quanto ao julgamento em questão do aborto para as gestantes que trazem em seu ventre, um feto anômálico, necessariamente anencéfalos (fetos com ausência de cérebro). Foi dividido em duas partes, a primeira relata os votos favoráveis a arguição, e a segunda os desfavoráveis. A ADPF foi julgada pelos ministros, Marco Aurélio Melo, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Carmém Lúcia, Ayres Brito, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Cesar Peluso, e Ricardo Lewandovski.

3.1 VOTOS FAVORÁVEIS AO OBJETO DA ARGUIÇÃO

Marco Aurélio Melo se detém a identificar se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Para isso, ele abordou alguns aspectos que presumiu ser importante para o desenvolvimento e resultado do seu voto:

Para Melo (2012) é um erro igualar um feto morto cerebralmente, e sem qualquer expectativa de vida, em decorrência da ausência do cérebro ou parte dele, com um feto saudável. Não há equiparação para ele, pois diz que o anencéfalo jamais se tornará uma pessoa, pois não se cuida de vida em potencial, mas de morte certa, e que não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida.

O ministro ressalta que mesmo que o feto nasça ele não terá nenhuma expectativa de vida, e que isso poderá ocasionar problemas à gestante que poderiam ter sido evitados (2012, p. 14):

Dados merecedores 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 sobrevivência é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevivência, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo.

Para ele, manter uma gestação que tem esse histórico resultante em morte, intra ou extrauterina, é impor a mulher e conseqüentemente a família, uma pena muito dolorosa e degradante, seja moral ou psicológica, e submetê-la a riscos físicos.

O referido ministro versa sobre o Estado Laico, ou seja, acerca da separação entre Igreja e Estado, que, segundo ele efetivou-se de fato com a Constituição de 1988, que, sensível à importância do tema, dedicou-lhe os artigos 5º, inciso VI, e 19, inciso I. Nesse contexto, a Constituição de 1988 prevê não apenas a liberdade religiosa – inciso VI do artigo 5º –, como também o caráter laico do Estado – inciso I do artigo 19. Portanto, conforme discute Melo (2012), a laicidade do Estado contradiz a proibição do aborto, defendida pelo Cristianismo.

Em suma, Melo descreve a seu modo à laicidade (2012, p. 41):

A laicidade estatal, como bem observa Daniel Sarmiento, revela-se princípio que atua de modo dúplice: a um só tempo, salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenção abusiva do Estado nas respectivas questões internas – por exemplo, valores e doutrinas professados, a maneira de cultuá-los, a organização institucional, os processos de tomada de decisões, a forma e o critério de seleção dos sacerdotes e membros – e protege o Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa, de modo a afastar a prejudicial confusão entre o poder secular e democrático – no qual estão investidas as autoridades públicas – e qualquer igreja ou culto, inclusive majoritário.

Para ele o Estado age de forma dúplice a proteger as diversas confissões religiosas da intervenção do Estado, e por outro lado, o próprio Estado se protege de influências religiosas, de modo a afastar uma possível confusão entre o poder secular e o democrático.

O ministro acredita plenamente que há ausência de vida em fetos sem atividade cerebral. Como cita Melo (2012, p. 45):

O feto anencéfalo mostra-se gravemente deficiente no plano neurológico. Faltam-lhe as funções que dependem do córtex e dos hemisférios cerebrais. Faltam, portanto, não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas. O feto anencefálico não desfruta de nenhuma função superior do sistema nervoso central ‘responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade’.

Para Melo (2012) não há dúvida de que a anencefalia é uma má formação congênita letal, e que não possibilidade de desenvolvimento da massa encefálica após o nascimento, se caracteriza algo impossível, pois anencéfalo jamais se tornará uma pessoa, pois não se trata de vida em potencial, mas sim de morte certa.

Impossibilidade de doação de órgãos: O ministro Marco Aurélio destaca ser impossível a doação de órgãos nesses casos, por dois motivos: “coisificar” ou até mesmo feri-la e a segunda por ser algo impossível doar órgãos de fetos Anencéfalos, pois pensa ser

“inumano e impensável tratar a mulher como mero instrumento para atender a certa finalidade, avulta-se ainda mais grave se a chance de êxito for praticamente nula”.

Adus ainda Melo (2012) que a mulher, portanto, deve ser tratada como um fim em si mesmo, e não, sob uma perspectiva utilitarista, como se ela fosse instrumento para geração de órgãos e posterior doação. Ainda que os órgãos de anencéfalos fossem necessários para salvar vidas alheias. Porém, existe a circunstância de o feto anencéfalo ser comumente portador de diversas outras anomalias e de possuir órgãos menores do que os de fetos saudáveis praticamente impossibilita a doação de órgãos.

Para o ministro Barbosa (2012) o aborto, no caso de anencefalia, deve ser analisado sob dois aspectos, quais sejam: a liberdade individual, e aos diferentes graus de tutela penal da vida humana.

Em voto, Barbosa (2012, p. 1) salienta a importância desta questão, não pela interrupção da gestação, mas da vida extrauterina do feto, que será inviável. Veja-se:

É importante frisar, não se discute a ampla possibilidade de se interromper a gestação. A questão aqui se refere exclusivamente à interrupção de uma gravidez que está fadada ao fracasso, pois seu resultado, ainda que venham a ser envidados todos os esforços possíveis, será, invariavelmente, a morte do feto.

Em seguida, Barbosa reiterou as informações prestadas pelos profissionais da saúde nas audiências públicas anteriores sobre a anomalia em pauta, concluindo-se que há morte dos fetos anencefálicos na maioria dos casos, ainda no ventre da mãe, e baixa expectativa de vida extrauterina. Usou tais palavras para descrever a importância, daquilo que de fato falta aos fetos anencefálicos:

Não é preciso ser um especialista no assunto para entender que sem o órgão vital que comanda as funções básicas do corpo humano e também os sentimentos e as emoções, é absolutamente impossível se falar em vida extrauterina independente (2012, p. 1).

Para o referido ministro, a antecipação da morte do feto ou bebê anencefálico, em razão da saúde da mãe, não se contrapõe ao princípio da dignidade da pessoa humana, nem a perspectiva de liberdade, intimidade e autonomia privada, por esse motivo que tal ação não deve ser considerada crime.

Por conseguinte, ainda, aduz Barbosa (2012) que a tipificação dessa conduta pelo Código Penal Brasileiro é totalmente desproporcional se comparada com a tutela legal de autonomia da mulher, embasada nas possibilidades de escolha de interromper a gravidez,

consubstanciadas nos casos previstos na legislação penal. Destarte para ele, é contraditória essa tipificação de crime de aborto quando o feto é anencefálico, perante as condições permitidas no Código Penal quando a gravidez está segura, o feto está saudável, e a vida extrauterina é plenamente viável, e a mulher tem a possibilidade de realizar o aborto.

Sob esta ótica, o segundo aspecto diz respeito ao viável cometimento de crime de aborto, caso a mulher decida pela prática.

Para Barbosa (2012), em razão de anencefalia, que de fato a vida extrauterina é inviável, o Direito não deveria proteger esses fetos em pé de igualdade aos fetos normais. Explica dizendo, que a tutela jurisdicional da vida, é usufruída em graus diferentes (é por isso que a lei comina penas diferentes ao aborto, infanticídio e homicídio). Quando o feto ainda está no ventre materno, sua situação jurídica é diferente da gestante, pois o feto anencéfalo mesmo estando biologicamente vivo (porque feito de células e tecidos vivos), não tem proteção jurídica.

Por oportuno, registre-se que Barbosa (2012, p. 5) ainda cita as palavras do professor Claus Roxin como referência para o tema em questão:

Sobre o tema, e com orientação idêntica à nossa, o professor Claus Roxin, em visita ao Brasil, proferiu a palestra 'A proteção da vida humana através do Direito Penal', oportunidade em que salientou (i) que a vida vegetativa não é suficiente para fazer de algo um homem e (ii) que com a morte encefálica termina a proteção à vida.

Em conclusão, o voto rechaça o fato de o feto anencefálico ser merecedor de tutela penal, por que a partir do momento que se comprova sua inviabilidade extrauterina, embora biologicamente viva, ele deve deixar de ser amparado pelo Código Penal Brasileiro. E ainda, reitera o que foi tese de outros votos e também é defendido por vários doutrinadores, o fato de que no tempo da entrada em vigor do Código Penal, ainda não se tinha todo aparato médico que se tem hoje para diagnosticar a anencefalia e ausência da expectativa de vida após seu nascimento, por isso, para ele, o legislador tipificou a conduta de aborto no caso dessa anomalia como crime.

Já Fux (2012) tem por objetivo compreender se há necessidade, ou não, de criminalizar o aborto de feto anencefálico, para isso, lidou com algumas questões, que achou ser de grande relevância para defesa de seu ponto de vista.

Em voto, Fux (2012) começou pela bioética, que segundo ele “foi idealizada por Potter como a ética voltada para a preservação da vida em geral em face do progresso científico experimentado em nossa era”. Em seguida, reputou novamente as informações

destacadas nos demais votos, que diz respeito da condição dos fetos anencefálicos e sua expectativa de vida extrauterina.

Tem por objetivo também identificar se esta ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é Constitucional ou não, pela decorrência da criminalização da conduta da mulher que efetiva a prática abortiva de feto anencefálico.

Fux (2012) não se deteve ao dizer quais das vidas são mais importantes, se a da mãe ou a do feto, pois pensa que tal consideração não cabe a ele, como cita:

Eu não vou discutir qual é a vida mais importante, se da mulher ou do feto, muito embora, com o brilhantismo que lhe é peculiar, o eminente professor Luís Roberto Barroso tenha atestado, com inequívocidade, que o Código Penal pondera, sim, a vida da mulher e do feto no caso do aborto terapêutico. No entanto, eu não me sinto confortável para fazer essa ponderação de que vida é mais importante: a da mulher ou a do feto (2012, p. 4).

O aludido ministro preocupa-se também sobre o modo como o judiciário deve se portar no debate, pois em se tratando de um assunto polêmico e de tão grande estirpe, faz-se necessário que haja um senso muito tênue entre o clamor público e a sensibilidade dos julgadores.

Para evitar más interpretações, dos quais possam acusar o STF de obrigar as mulheres, que gestam fetos anencefálicos, Fux (2012, p. 16) esclarece de forma plausível, o intuito do julgamento:

O Supremo Tribunal Federal evidentemente respeita e vai consagrar aquelas mulheres que desejarem realizar o parto, ainda que de feto anencefálico. O que o Supremo Tribunal Federal tem que examinar é se é justo, sob o ângulo criminal, colocar uma mulher que, durante nove meses, leva em seu ventre um feto anencefálico, o qual não tem condições de vida, no banco do Júri, porque aborto é crime contra a vida e sujeito à competência do Júri.

Com base em todos os dados colhidos e apresentados Fux (2012) alega que se pode chegar a três conclusões: a primeira conclusão, é que a expectativa de vida extrauterina é completamente inviável. A segunda, é que o diagnóstico de anencefalia pode ser feito precisamente, a partir das técnicas atuais. E por fim, não há no momento nenhuma perspectiva de cura para o neonato anencefálico.

Sob esse enfoque, avulta a importância da saúde da mulher, já que não há mais nada que se possa fazer para reverter este lastimável quadro, e o prosseguimento desta gravidez causa um abalo psicológico extremamente sério na gestante, por isso criminalizar a conduta abortiva da mulher não cumpre com preceitos da dignidade da pessoa humana.

Ainda se preocupando e defendendo a posição do judiciário, sobre o tema, dispõe Fux (2012, p. 10): “O Supremo Tribunal Federal, nos votos até então pronunciados, respeita o desejo da gestante e apenas descriminaliza a atitude desta mulher que foi acometida de uma tragédia humana sem precedentes”.

Nesse mesmo passo, Fux (2012, p. 11) em voto, mostra-se muito apreensivo com os efeitos nocivos que esta gestação trás a mulher:

Há ainda o registro impressionante - esse registro é realmente impressionante e vou pedir perdão para lê-lo, pois é importante - de que a ausência de pescoço e o tamanho da cabeça do feto fazem com que o tronco tenda a penetrar no canal do parto junto com a cabeça, provocando, assim, uma grave distorce, ou seja, um alto risco para a parturiente. Professor Pedro Lauterslager, fazendo considerações sobre a bioética, na versão Argentina, deixa entrever que, com essa deformação, é necessária a realização da prática da cesariana. É impossível se realizar um parto normal. Por isso que aquela cicatriz fica para o resto da vida e é uma lembrança indelével dessa tragédia que essa mulher vivenciou.

Portanto, nota-se que são grandes os perigos para a saúde da mulher, por isso, não haveria mal algum se fosse conferido a ela o direito de ter ou não esta criança, mesmo sem qualquer probabilidade de subsistência, porquanto esta ação está pautada no princípio da proporcionalidade que também se aplica ao Direito Penal, por isso cita o professor Dworkin (2012, p. 12): “é preciso verificar-se que efetivamente o bem jurídico aqui em eminência é exatamente a saúde física e mental da mulher e a desproporcionalidade da criminalização do aborto levado a efeito por uma mulher sofredora, pobre, com a patologia do feto anencefálico”.

Por fim, tem-se que penas privativas de liberdade somente devem ser empregadas em hipóteses totalmente extremas, e só quando não há meios alternativos eficazes para a proteção do bem jurídico em questão, como aduz Fuz (ano, p. 16):

O moderno Direito Penal mínimo recomenda que as sanções criminais devem ser o último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado, na visão do professor René Ariel Dotti, no seu **Curso de Direito Penal**. E eu acrescento: *máxime* quando essa volição do Poder Público sequer era previsível nos casos de aborto anencefálico.

O voto da ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha foi pautado nos princípios fundamentais. Veja-se:

O objeto da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental neste Supremo Tribunal é a interpretação e aplicação dos arts. 124, 126, caput e 128, I e II, do Código Penal segundo os princípios fundamentais da dignidade da pessoa

humana, da liberdade, da autonomia da vontade, do direito à saúde e da legalidade, pedindo a Autora se conclua que, nas hipóteses em que a gestante opte pela antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, não se tenha configurado o que posto naquelas normas penais (ROCHA, 2012 p. 20).

Com entendimento favorável à prática abortiva, a ministra se embasa nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autonomia da vontade, do direito à saúde e da legalidade.

Para Rocha (2012, p. 21) o assunto necessita de debate, pois “a norma penal vigente não permite, expressamente, a interrupção de gravidez pela anomalia do feto, inviabilizadora de vida extrauterina pela só decisão da gestante ou dos profissionais médicos que a assistem”. E, também diz que se necessita de uma conclusão, sobre ponderação dos bem jurídicos protegidos: “todos eles especiais e valiosos: de um lado, a vida, protegida pela Constituição em seus arts. 1o, inc. III, art. 5o. e 173 e, de outro lado, também a vida e a saúde física, mental e emocional dos pais ou da gestante de feto anencéfalo”.

Continua ainda, considerando ilógico, o fato do avanço tecnológico, trazer exatidão nos resultados de procedimentos e exames médicos mostrando a impossibilidade de vida desse feto, e mesmo assim a legislação continuar petrificada, e insensível aos anseios públicos. Descreve Rocha (2012, p. 24) como se trata de uma grave questão no seu entendimento:

Se gestantes têm convicções pessoais, religiosas, morais, filosóficas que as amparam na sequência do parto de anencéfalo, para outra seguem-se extensos períodos de sofrimento e tribulação. Para essas, compelidas a prosseguir com gestação sem perspectivas de vida, chamadas a escolher um túmulo e um pequeno caixão enquanto o seu era o sonho de adquirir um berço e um enxoval, o padecimento é incomensurável.

Defende Rocha (2012, p. 26) que as proibições legais, ou a ausência de excludente de ilicitude, fazem com que os casais sofram ainda mais com isso, pois há um longo e árduo caminho até se obtenha autorização judicial para a prática abortiva, entretanto, os magistrados sentem-se inseguros devido à falta de normais que autorize, ou norteie sua decisão.

Ainda, Rocha (2012) abre vista sobre uma questão muito polêmica e que perdura pelo tempo através de pensadores diferentes, entretanto, a ministra, lança mão das palavras de Claus Roxin (ROCHA, 2012, p. 34 *apud* ROXIN, 2002, p. 9-10) para expressar as suas, sobre a questão da vida (e morte) do nascituro, e também a permanência deste, sem ações cerebrais. Quais sejam:

Morte encefálica como o momento da morte não é, de modo algum, incontroversa. Uma vasta corrente, no mundo inteiro, que possui muitos seguidores também na Alemanha e, por ex., no Japão chega a ser majoritária, considera que o homem vive também após a morte encefálica, e por tanto tempo quanto as demais funções vitais do corpo se conservar através do tratamento médico intensivo. Uma pessoa encefalicamente morta pode, por ex., ainda apresentar uma temperatura corporal normal; seu coração bate, seus órgãos funcionam mais ou menos; eventualmente, pode uma grávida inclusive ter um filho após a morte encefálica. Pensa [ele], e com a opinião dominante na ciência, que nada disso basta para que se fale de uma pessoa viva nos casos de morte encefálica. Pois a vida vegetativa, que existe de forma variada também na natureza, não é o suficiente para fazer de algo um homem. A pessoa encefalicamente morta carece, de antemão, de qualquer possibilidade de pensar ou sentir; falta-lhe o centro de integração, que estruturará as diversas funções do corpo numa unidade. O critério da morte encefálica como o momento da morte é, assim, um dado prévio antropológico, e não como que uma construção para possibilitar transplantes de órgãos (A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada em 7.3.2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Rio de Janeiro.

Portanto, defende que mesmo que uma pessoa tenha funções vitais, se estiver morta encefalicamente, não há que se falar em vida, pois a vida vegetativa não é suficiente para se fazer de algo um homem.

Seguindo em voto Rocha (2012), firma que o conteúdo referido nos autos não se trata de mero aborto seletivo, mas sim de uma modalidade específica, que não pode ser dotada de culpabilidade ou de ilicitude, pelo fato de a mãe se encontrar em estado de necessidade, diferente do aborto profilático, que é quando a mãe decide pela prática, após descobrir que está gestando um bebê portador de alguma doença. São duas situações totalmente distintas.

Como dito inicialmente, Rocha (2012, p. 50) embasa seu voto no princípio da dignidade da pessoa humana:

Alçada à categoria de princípio jurídico fundamental, afronta a dignidade humana a maternidade ou paternidade exigida no ordenamento jurídico que determina a continuidade de gestação, da qual não resultará, no estágio atual do conhecimento médico, ser humano com vida, o que afeta a personalidade daqueles que vivenciam a experiência, inclusive em sua relação aos concidadãos por colocá-los em situação de criminalidade.

Reafirme-se que tal perspectiva vem de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, dar continuidade numa gestação, que resultará no estágio predito pelos médicos. A Constituição não designa apenas o direito à vida. Não se trata apenas de viver, mas viver com dignidade.

Também salienta Rocha (2012, p. 51) que a sociedade brasileira conta com grupos que são contrários a prática do aborto, mesmo naquelas gestações em que há comprovação de anomalia fetal. Para ela, a diferença de ideias e credos é válida, todavia, as decisões jurídicas

devem ser retidas aos preceitos Constitucionais, e especialmente aos seus princípios, dos quais o primeiro é o princípio da dignidade da pessoa humana, pois este Estado é laico, e um Estado assim denominado, respeita a diversidade e os pontos de vista de todas as crenças, sem deixar-se influenciar por qualquer deles.

Para concluir seu voto, Rocha (2012, p. 58-59) faz a seguinte declaração, que acredita ser a mais justa segundo os preceitos Constitucionais fundamentais. Veja-se:

A interrupção da gravidez de feto anencéfalo é medida de proteção à saúde física e emocional da mulher, evitando-se transtornos psicológicos que sofreria se se visse obrigada a levar adiante gestação que sabe não ter chance de vida. Note-se que a interrupção da gestação é escolha, havendo de se respeitar, como é óbvio, também a opção daquela que prefere levar adiante e viver a experiência até o final. Mas o respeito a esta escolha é o respeito ao princípio da dignidade humana. Pela Constituição da República o direito à saúde abrange a proteção à maternidade. Ser mãe é dar à luz, permitir nascer uma nova vida, não deixar-se velar o ventre enquanto aguarda o dia do enterro do pequeno ser. Se para algumas mulheres esta é experiência a ser realizada, para outras é encargo que lhe supera as forças, fardo prejudicial à saúde mental e emocional. A mulher gestante de feto anencéfalo vive angústia que não é partilhável, pelo que ao Estado não compete intervir vedando o que não é constitucionalmente admissível como proibido. A questão não está no útero. Está na mente de cada pessoa. E o ser humano não é apenas corpo, menos ainda uma de suas partes. É um todo complexo. Quem não é livre para conhecer e viver o seu limite não o é para qualquer outra experiência. Quem não domina o seu corpo não é senhor de qualquer direito. Pelo que a escolha é direito da pessoa não atribuição do Estado.

Acredita que a interrupção da gestação de feto anencéfalo é uma proteção à saúde física e emocional da mulher e que esse ato pode evitar maiores transtornos psicológicos. Para ele deve ser uma questão de escolha, e há que se respeitar a decisão da gestante.

Brito (2012) analisou se a ADPF em questão carece ou não de pressuposto lógico da existência de um determinado conjunto normativo penal que está susceptível a chamada interpretação conforme.

Brito (2012, p. 5) defende três interpretações sob o seu ponto de vista sobre o artigo que criminaliza o aborto. A primeira interpretação é de que é um tanto ilógico por parte do ordenamento jurídico, o fato de se considerar aborto, a prática de “tirar” a vida que alguém que nem sequer “existe”, pois como se sabe, não se pode conceituar, nem definir, nem dizer, qual o início da vida. Veja:

é meio estranho criminalizar o aborto, a interrupção de uma gravidez humana, sem a definição de quando começa, de quando se inicia essa vida humana. Parece que o próprio Código Penal padece de um déficit de logicidade, de uma insuficiência conceitual: não define quando se inicia a vida humana. A Constituição também não. Eu mesmo tive a oportunidade de enfatizar, quando da primeira oportunidade em que discutimos o tema: sobre o início da vida, a Constituição é de um silêncio de morte; ou seja, nada diz.

A segunda questão tratada por Brito (2012, p. 7) foi adotada por outros ministros, inicialmente defendida pelo Ministro Marco Aurélio, o que foi acompanhado pelo Ministro Luiz Fux, pela Ministra Rosa Weber, pelo Ministro Joaquim Barbosa e pela Ministra Cármen Lúcia, no que tange: “inexistir o crime de aborto naquelas específicas situações de voluntária interrupção de uma gravidez, que tenha por objeto um “natimorto cerebral”.

Quero dizer: o crime deixa de existir se o deliberado desfazimento da gestação não é impeditivo da transformação desse organismo, que ali se desenvolve, numa pessoa humana em sentido biográfico. Se o produto da concepção não se traduzir em um ser a meio do caminho do humano, mas, isto sim, em um ser que, de alguma forma, parou a meio caminho do ciclo, do próprio ciclo do humano; ou seja, não há uma vida a caminho de uma outra vida estalando de nova. O que existe é um organismo incontornavelmente empacado ou sem nenhuma possibilidade de sobrevivida por lhe faltar as características todas da espécie humana.

Para Brito (2012, p. 7) é fato atípico, pois não há vida em potencial, o ciclo humano se encerrou no meio do caminho. E, o que resta disso, são traços de algo que poderia se chamar vida humana. Por isso, chega-se a seguinte conclusão em convivência com os demais ministros no qual, o autor partilha da mesma opinião:

Para essa tese, perfilhada pelo Ministro Marco Aurélio e pelos eminentes Ministros que seguiram Sua Excelência, me parece que é válido dizer: se todo aborto é uma interrupção de gravidez, nem toda interrupção de gravidez é um aborto. Vou repetir: se todo aborto é uma interrupção voluntária de gravidez, nem toda interrupção voluntária de gravidez é aborto, para os fins penais.

Nessa colocação, explica Brito (2012), que não há aborto nesse sentido, pois esse feto chamado de anencefálico não possui nem lado esquerdo nem lado direito do cérebro, ou seja, ausente de inteligência emocional e intelectual, portanto não há que se falar em vida.

A terceira questão tratada por Brito (2012, p. 11-12), tange a decorrência do aborto, tipificada na legislação penal. Para ele a questão é o reconhecimento de que a mulher deve ter o direito de se rebelar contra uma gravidez que corresponde a um desatino da própria natureza. Como cita “É um direito que tem a mulher de interromper uma gravidez que trai até mesmo a ideia-força que exprime a locução "dar à luz". "Dar à luz" é dar a vida; não é dar a morte”.

Aduz Brito (2012, p. 12) ser fato típico, mas não é punível, por prevalência, no caso, dos direitos da mulher, e sua liberdade de escolha:

Por isso que levar às últimas conseqüências esse martírio contra a vontade da mulher corresponde à tortura, a tratamento cruel. Ninguém pode impor a outrem que se assuma enquanto mártir; o martírio é voluntário. Quem quiser assumir sua gravidez até às últimas conseqüências, mesmo sabendo portador de um feto anencéfalo, que o faça. Ninguém está proibindo. O Ministro Marco Aurélio não votou pela proibição. É opcional. É preferível arrancar essa plantinha ainda tenra do chão do útero do que vê-la precipitar-se no abismo da sepultura. Nem essa opção a mulher gestante tem? Ela, que é mais do que mulher, é mulher e gestante? Um *plus* de subjetividade humana?

Por fim, Brito (2012) vota pela técnica da “interpretação conforme”, e entende que a questão é a atipicidade, e que não se pode aplicar a esse conjunto normativo penal a interpretação que se configura aborto. Por isso julga procedente o pedido da inicial.

Gilmar Mendes se preocupou em identificar se a penalização da interrupção da gestação do feto anencefálico é Constitucional, ou não.

Defende Mendes (2012, p. 1) que é importante refutar o fato de que o Estado laico que é previsto na Constituição impeça a manifestação e a participação de organização religiosa nos debates públicos. “Para ele os argumentos de entidades e organizações religiosas podem e devem ser considerados pelo Estado, pela Administração, pelo Legislativo e pelo Judiciário, porque também se relacionam a razões públicas e não somente a razões religiosas”.

Mendes destaca a visão da sociedade sobre o caso, relacionando considerações a respeito do tratamento do aborto no direito comparado. E tece o seguinte comentário (2012, p. 14):

Independentemente dos motivos históricos ou teológicos em razão dos quais o direito à vida é considerado prioritário em uma determinada cultura, é evidente que se trata, sob a perspectiva do estado democrático de direito, de valor essencial a ser preservado pelo Estado. A existência humana é pressuposto elementar de todos os direitos e liberdades elencadas na Constituição. Compete ao ordenamento jurídico estabelecer, dentro dos limites constitucionalmente admitidos, de que forma e em que medida essa proteção estatal será concretizada. Verifica-se que a discussão em quase todos os países que enfrentaram esse tema acaba por enfatizar a existência de vida intrauterina que deve receber proteção estatal e cujos direitos normalmente se sobrepõem aos da gestante. As Cortes Constitucionais dos Estados que mencionei foram enfáticas sobre a importância do direito à vida e à proteção do nascituro em relação a terceiros, inclusive à mãe. Entretanto, a análise da perspectiva estrangeira permite averiguar que, assim como no Brasil, há casos em que o direito à vida do nascituro pode não ter primazia em relação à escolha da gestante em abortar.

Mendes (2012) também explana sobre o exame do aborto dos fetos anencefálicos segundo o direito brasileiro. Faz uma espécie de análise sobre a causa de pedir (2012, p. 17):

A causa de pedir da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental sustenta-se em três fundamentos principais, conforme enfatizou a autora em suas razões finais: (i) a atipicidade do fato (aborto de feto anencéfalo); (ii) a necessidade

de se conferir ao Código Penal, na parte que interessa uma interpretação evolutiva, pois data de 1940 a redação de sua parte especial; e (iii) a prevalência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à saúde.

Mendes (2012) considera o fato típico, uma vez que o feto anencéfalo pode nascer com vida e o desenvolvimento da vida passa necessariamente pelo estágio fetal, sendo, portanto, tutelado pelo direito. Contudo, o Ministro vê o aborto de anencéfalo como mais uma excludente de antijuridicidade, uma vez que interpreta ser essa a decisão extraída da própria opção do legislador que, ao excepcionar as hipóteses de aborto necessário e aborto humanitário, expressou os valores e bens jurídicos protegidos – saúde física e psíquica da mãe –, justamente os bens ameaçados na gravidez de feto portador de anencefalia. Por fim, reconhece ao STF a legitimidade de proferir decisões manipulativas de efeitos aditivos, atuando como verdadeiro ‘legislador positivo’, ainda que no âmbito normativo penal.

Em seguida, Celso de Mello (2012, p. 20) fundamenta seu voto em algumas questões contextualizadas, e inicialmente trás à tona a questão do Estado laico e as intervenções religiosas:

É certo, ainda, que a presente controvérsia jurídica, mesmo que impregnada de evidente interdisciplinaridade temática, não pode nem deve ser reconhecida como uma disputa entre Estado e Igreja, entre poder secular e poder espiritual, entre fé e razão, entre princípios jurídicos e postulados teológicos. Na realidade, o debate em torno da possibilidade de antecipação terapêutica de parto do feto anencefálico não pode ser reduzido à dimensão de uma litigiosidade entre o poder temporal e o poder religioso, pois o sistema jurídico brasileiro estabelece, desde o histórico Decreto 119-A, de 07/01/1890, elaborado por RUI BARBOSA e DEMÉTRIO RIBEIRO, então membros do Governo Provisório da República, a separação entre Estado e Igreja, com afastamento do modelo imperial consagrado na Carta monárquica de 1824, que proclamava o catolicismo como religião oficial do Estado brasileiro (art. 5º).

Ele ainda firma que esta não é uma disputa entre o Estado e a igreja, entre o poder secular e a razão, entre os princípios jurídicos e postulados teológicos.

Mello (2012, p. 27) fundamenta seu parecer remetendo ao que aconteceu com Galileu Galilei que perdeu sua vida, porque seu modo de fazer ciência não estava de acordo com a igreja, por isso defende o fato de que a igreja e o Estado tenham razões totalmente distintas, sem qualquer tipo de difusão:

Mostra-se relevante, portanto, a meu juízo, considerados os aspectos ora referidos, que este Supremo Tribunal Federal deve sustentar o seu julgamento em razões eminentemente não religiosas consideradas a realidade de o Estado brasileiro, fundado no pluralismo de ideias e apoiado em bases democráticas, qualificar-se como uma República essencialmente laica e não confessional, para não se repetir, uma vez mais, o gravíssimo erro histórico em que incidiu, em 1633, o Tribunal do

Santo Ofício, quando constrangeu Galileu Galilei ('eppur si muove!'), sob pena de condenação à morte na fogueira, a repudiar as suas afirmações (cientificamente corretas) a propósito do sistema heliocêntrico, reputadas incompatíveis com a Bíblia pelas autoridades e teólogos da Igreja de Roma.

Em seguida, Mello (2012) continua com seu entendimento explanando sobre teorias científicas, filosóficas e religiosas acerca do início da vida. Para ele, a atividade cerebral faz referência legal para o início da vida humana, porém o critério abortivo, não violaria a esse fato, pois a vida nem sequer teria se iniciado, pois nem mesmo o sistema nervoso central do feto teria se desenvolvido. Em suma, nesse potencial não há a figura de uma pessoa ou ser humano.

Em síntese, como demonstra Marchiori (2012 p. 26-27):

O Ministro Celso de Mello defendeu duas posições. A primeira, e principal em seu voto, consistiram na atipicidade do fato, pois não havendo atividade cerebral no feto anencéfalo, não há que se falar em vida. E se não há vida a ser protegida nada justifica a restrição aos direitos fundamentais da gestante. Também afirmou que se à época houvesse o arsenal de conhecimento tecnologia de hoje provavelmente o legislador teria permitido, além das duas excludentes já existentes, o "aborto" anencefálico, diante da absoluta certeza de inexistência de vida. Na segunda, diz que mesmo que se considerasse o fato típico, tratar-se-ia de hipótese configuradora de causa supralegal de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que inexistente em tal contexto "motivo racional, justo e legítimo, que possa obrigar a mulher a prolongar inutilmente a gestação e a expor-se a desnecessário de sofrimento físico e/ou psíquico com grave dano à sua saúde e com possibilidade até mesmo de risco de morte". Desse modo, a incidência da norma penal relativo ao crime de aborto é desproporcional e inconstitucional.

Portanto, o ministro é favorável a ADFP para confirmar o direito da mulher de interromper a gravidez do feto portador de anencefalia. E, também da interpretação conforme a CF aos artigos 124, 126 "*caput*", e 128, incisos I e II, do Código Penal, para que então seja declarada a inconstitucionalidade, com eficácia "*erga omnes*" e sob efeito vinculante, de qualquer interpretação que impeça a realização voluntária de antecipação terapêutica de parto do feto anencefálico, desde que essa malformação seja diagnosticada e detectada por "médico legalmente habilitado, reconhecendo-se à gestante o direito de se submeter a tal procedimento sem necessidade de prévia obtenção de autorização judicial ou de permissão outorgada por qualquer outro órgão do Estado" (MARCHIORI, 2012, p. 54.)

3.2 VOTOS DESFAVORÁVEIS AO OBJETO DA ARGUIÇÃO

Para a clareza da exposição, o ministro Cesar Peluso enfrentou o tema por três enfoques: atipicidade da antecipação terapêutica do parto, em caso de anencefalia, quanto ao

crime de aborto, vontade do legislador na retirada da anencefalia do rol das excludentes de ilicitude, a ponderação de valores entre a vida do feto anencéfalo juntamente com a dignidade, a integridade, a liberdade e a saúde da gestante e os direitos reprodutivos da mulher:

De acordo com Peluso (2012, pag. 17 e 18), é considerado aborto a interrupção da gestação, mas não se sabe o que está sendo protegido, o desenvolvimento biológico, ou o desenvolvimento pós-parto?

É necessário reiterar (porque já dito) que não há uma definição devida, de modo que o vocábulo ‘vida’ parece poder ser substituído, na linguagem do Direito Penal, por manutenção dos sinais orgânicos vitais do ser humano. Mas quais são esses sinais e se há algum que seja suficiente e necessário não está no espectro dos dispositivos que protegem a vida. No caso do aborto, fica ainda mais difícil a decisão, pois o que está protegido, o desenvolvimento biológico intrauterino puro e simplesmente ou a vida como perspectiva de desenvolvimento após o parto?

Firma, contudo que é fato atípico a interrupção da gravidez ou interrupção da gravidez nos casos anencefalia (2012, p. 112):

Portanto, a interrupção da gravidez, ou a antecipação do parto em caso de anencefalia, é fato atípico, motivo pelo qual é de se dar interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 e 126 do Código Penal para excluí-la do âmbito de abrangência do conceito de aborto. A interpretação ora declarada inconstitucional é incompatível com o conceito de vida que se pode extrair do caput do artigo 5º da Constituição Federal. Sendo atípico o fato, a proibição da retirada do feto anencefálico ou da antecipação do parto fere a liberdade de escolha da gestante. Os dispositivos questionados permanecem intocados, apenas a interpretação extensiva – a que inclui o feto anencéfalo - é que viola direito fundamental da gestante.

Aponta Peluso (2012, p. 123) que a vontade do legislador é compatível com um legislador de outros tempos, e ainda, com um preceito muito anterior a Constituição de 1988. “Persistiria a vinculação àquela hipotética vontade, que não leva em consideração o que somos agora e as necessidades atuais da sociedade? A lei não continua a mesma em seu texto exatamente porque comporta outra leitura, com atribuição de outro conteúdo?” assevera ainda que o argumento da vontade do legislador não se mostra consistente, para determinar improcedente a ADPF. Ao que tudo indica que só não contemplada a anencefalia no rol das excludentes de ilicitude por falta de condições tecnológicas de diagnosticá-la à época.

Nesse ponto, o ministro Peluso (2012, p. 124) põe-se diante de uma grande bifurcação, o que é mais importante, o direito à vida, ou a dignidade da genitora?

O terceiro argumento a enfrentar é o da ponderação entre os direitos inerentes à gestante e aqueles pertencentes ao feto. Ele é colocado pelos defensores da tese de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo configura aborto da seguinte forma:

o direito à vida é o primeiro e mais importante direito, inclusive é condição para o exercício dos demais direitos. Portanto, a vida deve ser protegida, não importa quanto tempo dure, com ela só competindo outra vida. Do outro lado, o argumento atua da seguinte maneira: o feto anencéfalo, se chega a nascer, tem mínima sobrevivência, e sequer apresenta capacidades além das fisiológicas, enquanto a gestante, mantida a gestação em tais circunstâncias, sofre maiores riscos à sua saúde e absurdo desgaste psicológico, com sério comprometimento de sua integridade física e psicológica. Assim, prevalecem os direitos da gestante sobre a vida precária do feto. Em resumo, de um lado se afirma que a vida tem mais peso que outros direitos, mesmo que somados; de outro, se diz que os direitos somados das gestantes não podem ser suprimidos em prol de uma vida precária.

Para Peluso (2012, p. 129) não há uma ponderação de valores, não há como colocar na balança o que é mais importante, não se pode dizer, nesse caso, o que é mais valioso:

A estipulação do valor mais ‘pesado’ por uma corte constitucional não poderia se basear nos critérios determinados pelo próprio Direito tais como aceitos por todos aqueles que estão a ele sujeitos. Colocar na balança valores que têm o mesmo peso para dizer que um é mais valioso que o outro, mesmo que apenas para o caso, é criar uma ordem concreta de valores por um ato de autoridade. Portanto, a ponderação só pode ser das razões que aumentam a aceitação da racionalidade (e não da autoridade) da decisão.

Como aponta Marchiori (2012 p. 27), o aludido ministro não se limita a decidir a condição do feto, e também rejeita a questão do sofrimento psicológico da mulher, como se pode ver:

Aponta para dificuldade de se apurar com certeza se se trata de diagnóstico de anencefalia fetal ou outra anomalia semelhante distinta apenas em grau, de modo que não é razoável decidir de acordo com esta difícil distinção de conceitos de anomalias quem merece viver ou não. Por fim, afasta o argumento de sofrimento psíquico, pois o sofrimento em si não degrada a dignidade humana, é elemento inerente ao homem, bem como os direitos à autonomia da vontade e liberdade de escolha da mulher, pois estes se preordenam para o cometimento de crime claramente punido pelo ordenamento jurídico. Também diz que os meios científicos de diagnóstico de anencefalia estão disponíveis antes da reforma penal de 1984 de modo que, se fosse de sua vontade, o legislador teria aberto nova excludente.

Em suma, conforme aduz Marchiori (2012), o ministro Peluso vota pela improcedência da ADPF contrapondo o argumento que há não vida no feto anencefálico, pois é dotado de capacidade de movimento ligado a um processo contínuo de evolução do ser. E também alega que o crime de aborto é caracterização pela supressão da vida, e defendendo que a viabilidade intra ou extrauterina tem a mesma proteção constitucional. Para ele a vida tem um valor proeminente assegurado pela Lei Maior, sobrepondo a qualquer outro bem jurídico, e não podendo de modo nenhum ser relativizado.

Ricardo Lewandowski (2012) se deteve em identificar se cabe ao STF criar outra causa de exclusão de punibilidade ou ilicitude. Ele inicia seu voto manifestando sua opinião contrária ao que foi pedido na inicial, usando das palavras de Celso Delmanto, que também é entendimento de outros renomados criminalistas, firmando que o aborto necessário ou terapêutico “não legitima o chamado aborto eugenésico, ainda que seja provável ou até mesmo certo que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável”, diz que, em outras palavras o legislador não afasta a punibilidade, e que considera penalmente imputável, o aborto de um fato com má formação.

Diferente do posicionamento de outros ministros, Lewandowski (2012, p. 4) não crê que o legislador deixou de fazer porque não havia naquele tempo exames com exatidão para se observar a anomalia:

E não se diga que à época da promulgação do Código Penal ou de sua reforma, levadas a efeito, respectivamente, por meio do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e da Lei 7.209, de 11 de junho de 1984, não existiam métodos científicos para detectar eventual degeneração fetal. Como se sabe, os diagnósticos de deformidades ou patologias fetais, realizados mediante as mais distintas técnicas, a começar do exame do líquido amniótico, já se encontram de longa data à disposição da Medicina.

Como se vê, o retro citado ministro apoia a ideia de na época da promulgação da legislação penal de 1940, já existiam métodos capazes de identificar a anomalia, e que não seria pela ausência de ultrassonografia que não seria identificada, porque nesse tempo, já estava à disposição da medicina o exame que se utiliza o líquido amniótico do feto para identificar doenças.

Traz outro questionamento: Até que limite pode o STF utilizar-se da técnica da interpretação. Segundo Lewandowski (2012) a técnica de interpretação conforme a Constituição, mesmo sendo legítima e desejável, dentro de seus limites, depara-se com barreiras inultrapassáveis: de um lado, o hermeneuta não pode afrontar a expressão literal da lei, e por outro, não pode contrariar a vontade expressa do legislador, ou, substituir-se a ele.

Ainda, aduz Lewandowski (2012, p. 8) que o Supremo Tribunal Federal só poderá exercer papel de legislador negativo, caso seja para a função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a Carta Magna, e não o de atuar como se tivesse competência do Congresso Nacional. Como se vê:

De fato, como é sabido e ressabido, o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora – função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno.

Trata-se de uma competência de caráter, ao mesmo tempo, preventivo e repressivo, cujo manejo, porém, exige cerimoniosa parcimônia, tendo em conta o princípio da intervenção mínima que deve pautar a atuação da Suprema Corte. Qualquer excesso no exercício desse delicadíssimo mister trará como consequência a usurpação dos poderes atribuídos pela Carta Magna e, em última análise, pelo próprio povo, aos integrantes do Congresso Nacional.

Lewandowski defende (2012, p. 9) que “uma decisão favorável ao aborto de fetos anencefálicos teria, em tese, o condão de tornar lícita a interrupção da gestação de qualquer embrião que ostente pouca ou nenhuma expectativa de vida extrauterina”. O temor do ministro e de muitos doutrinadores, é que se abram precedentes para o aborto em grande escala por motivos semelhantes a esse, a baixa ou inexistente expectativa de vida extrauterina, levando em conta que a anencefalia não é a única anomalia letal.

Em suma, o entendimento do aludido Ministro vem de encontro com essa propositura, pois assim defende que o STF usurpará a função do Congresso Nacional, a criar outra causa de excludente de punibilidade, e consequentemente uma causa de excludente de ilicitude.

Portanto, cada ministro fundamentou seu voto. O acórdão foi favorável ao pedido da inicial, onde ficou decidida a permissividade de aborto nesses casos, fato que será equiparado a outros casos, como ao do objeto desta pesquisa, se há aplicação ou não, aos incidentes casos de fetos que possivelmente estão sofrendo algum tipo de anomalia, quando a gestante, é ou já foi portadora do zika vírus, no entanto, esta equiparação será abordada no próximo capítulo, onde será analisado se essas anomalias são realmente causadas pelo zika, e se a legislação dará respaldo, a permissão da interrupção da gestação, como nos casos dos anencéfalos, e se essa decisão poderá ser usada por analogia nos demais casos.

4. ASCENÇÃO DA MICROCEFALIA EM DECORRÊNCIA DO ZIKA VIRUS

Este capítulo pretende analisar para fins de desfecho da presente pesquisa, se pode aplicar a decisão do acórdão do STF, que agora norteia os casos de aborto dos fetos Anencéfalos, aos casos de outras anomalias, especificamente, microcefalia, e se os precedentes podem ser usados para orientar esta questão.

A partir da disparada suspeita que o que zika vírus poderia causar anomalias aos fetos, reacendeu-se um debate: mulheres infectadas têm direito de abortar? É em torno desta problemática, que este projeto de pesquisa se embasou e pretende responder ao questionamento.

Salge (2016, p. 2) salienta que o vírus Zika é um arbovírus do gênero Flavivírus, isolado em 1947 na floresta Zika em Uganda. Seu principal vetor no Brasil é o mosquito *Aedes aegypti*. De acordo com ela foram feitos exames que comprovaram que duas gestantes tiveram a infecção no Brasil e semelhantemente tiveram bebês com microcefalia:

No Brasil, foram descritos os primeiros dois casos de microcefalia em RN relacionados ao vírus Zika. No estado da Paraíba, duas gestantes que apresentaram sintomas relacionados à infecção por vírus Zika tiveram diagnóstico fetal de microcefalia através de ultrassonografia. O líquido amniótico das gestantes foi analisado e foi detectada a presença de material genético (RNA) do vírus Zika por meio da técnica de RT-PCR (Reação em Cadeia da Polimerase via Transcriptase Reversa) em tempo real nos dois casos avaliados. Os casos mostraram semelhanças com outras infecções intrauterinas, no entanto, mais grave e com lesões cerebrais maiores, características que se assemelharam aos relatos do Centers for Disease Control and Prevention (CDC), em 2002, pela infecção pelo vírus do Nilo Ocidental, arbovírus como o Zika, sugerindo assim a infecção pelo vírus Zika.

Ainda aduz Salge (2016, p. 2) que também foram feitos exames que comprovaram que gestantes que estavam com sintomas da infecção pelo zika, tiveram abortamento, e dois recém-nascidos com microcefalia faleceram após nascer:

O Centers for Disease Control and Prevention (CDC) testou, no ano de 2015, amostras do Brasil de gestantes que apresentaram sintomas de infecção pelo vírus Zika, sendo que duas gestações terminaram em abortamento e dois RN com microcefalia que morreram logo após nascer. Os quatro casos obtiveram resultado positivo para infecção pelo vírus Zika, indicando que os fetos e RN foram infectados durante a gestação. Os testes identificaram a presença do vírus em amostras cerebrais dos RN e análise de sequenciamento genético mostrou que há similaridade com o vírus circulante no Brasil. Desde outubro de 2015, o número de casos de microcefalia neonatal, possivelmente relacionados ao vírus Zika, cresceu significativamente no Brasil, incluindo casos detectados em aproximadamente 724 municípios do país (4).

De acordo com Zorzetto (2016), a Fundação de Amparo à pesquisa do Estado de São Paulo, juntamente com pesquisadores do mesmo Estado e também de outros, chegaram à conclusão em suas pesquisas, que existe relação direta da influência do vírus zika, sobre os casos comprovados de microcefalia, e danos neurológicos, em que as gestantes eram portadoras do vírus.

Afirma ainda Zorzetto (2016) que as condições necessárias para, se chegar a um denominador comum, foram usadas nessas pesquisas. Nesse período, notaram que o vírus atravessa a placenta das mulheres infectadas, e nesse caso o estudo fora realizado em mulheres que de fato tiveram bebês com microcefalia. Identificaram no estudo, particularidades que diferenciam a microcefalia associada ao zika de outras formas do problema e se chegou à conclusão da predileção do vírus pelas células do sistema nervoso. Em maio de 2016, uma equipe paulista apresentou um modelo animal de microcefalia. Os pesquisadores responsáveis utilizaram o vírus que circulavam pelo território brasileiro, e demonstraram que este é mais agressivo, do que os que circularam pelo território africano, que foi isolado de um macaco, em 1947. Na USP o grupo do neuroimunologista Jean Pierre Peron, introduziu o vírus em fêmeas de camundongos que se encontravam gestantes, e o resultado foi que o vírus brasileiro, atravessou a placenta das fêmeas que eram mais suscetíveis a infecções, o que levou a prejudicar o desenvolvimento dos filhotes.

Zorzetto (2016) ainda ressalta que, os filhotes de roedores nasceram com menos da metade do seu peso normal, e apresentaram um cérebro menor, e também danos no tecido cerebral, muito semelhante aos causados pelo zika, nos seres humanos. “Como o vírus africano, o zika brasileiro invade e danificam preferencialmente os progenitores neurais, células que originam os diferentes tipos de células cerebrais e são abundantes no início do desenvolvimento do feto. Mas, a variedade brasileira causa morte celular mais acentuada” (ZORZETTO, 2016, *on line*).

Um dos estudos que instigou a visão da comunidade científica sobre a causa da microcefalia foi conduzido por pesquisadores da Eslovênia. O grupo da virologista Tatjana Avsic-Zupanc, da Universidade de Liubliana, identificou que havia a presença de um vírus, em um bebê de 8 meses com microcefalia. A mãe morou em Natal, Estado brasileiro, e engravidou em fevereiro de 2015. Passados três meses, ela apresentou sinais de infecção ocasionados pelo zika vírus. Realizada ultrassom na vigésima nona semana de gestação, identificou-se a restrição do desenvolvimento e crescimento do bebê e tamanho reduzido do crânio. Além de apresentar microcefalia os pesquisadores também visualizaram algumas

lesões no cérebro. Desta forma, o resultado foi considerado, umas das evidências mais concretas com relação ao vírus e a microcefalia.

Portanto, Zorzetto (2016, *on line*) auferiu que “de lá para cá, outros estudos acumularam indicações de que o zika transpõe a placenta e infecta o líquido amniótico. Mas, a presença do vírus em diferentes tecidos, entretanto, não é suficiente para confirmar a causalidade. Ele poderia estar ali sem causar danos”. Desta forma, conclui-se que é possível possuir o vírus sem ter complicações ao feto, e de tê-lo sem sofrer consequência.

Entretanto, Zorzetto (2016, *on line*), alega que de acordo com estudos realizados, não são todas as gestantes que estão suscetíveis a contrair um vírus, e conseqüentemente, ter um bebê com microcefalia, apenas aquelas que têm ou está com o sistema imunológico mais suscetível a contrair vírus e semelhantes, como se vê:

Mesmo a variedade mais agressiva do vírus só causou microcefalia nos filhotes de roedores de uma linhagem menos resistente a infecções virais. No Laboratório de Interações Neuroimunes da USP, Peron e sua equipe injetaram o vírus na corrente sanguínea de fêmeas de camundongo prenhes de duas linhagens – a C57BL/6, com sistema de defesa mais robusto, e a SLJ, cujas células produzem menos interferon, um sinalizador químico que as protege da invasão viral. Só os filhotes da linhagem SLJ nasceram menores, sinal de que sofreram restrição de crescimento no útero, e apresentavam danos no cérebro. ‘Esse modelo parece simular bem o que ocorre na gestação, período em que o sistema imunológico sofre alguma supressão e pode ficar mais suscetível a infecções’, conta a neurocientista Patrícia Beltrão Braga, chefe do Laboratório de Células-tronco da USP e uma das coordenadoras do estudo. Segundo Peron, esses resultados podem explicar por que nem toda mulher infectada por zika na gestação vai ter um filho com microcefalia. ‘As características genéticas da mãe parecem importantes para impedir o vírus de chegar ao feto’, diz. Uma de suas hipóteses é de que mulheres com certas variações nos genes que contêm a receita para produzir interferem ou que regulam sua síntese sejam mais suscetíveis à infecção pelo vírus e a ter bebê com microcefalia.

Zorzetto (2016, *on line*), ainda cita um parecer do médico Eduardo Massad, dizendo que não se sabe ao certo o quanto a influência do vírus foi atuante para desencadear tantos casos de microcefalia, diz ainda que é inequívoco dizer que a infecção do zika somente, causa deformação cerebral no bebê, pode haver inúmeros fatores envolvidos que contribuem para a má formação cerebral:

Para o médico e epidemiologista Eduardo Massad, também professor da FM-USP, a infecção pelo vírus zika pode explicar parte do aumento dos casos de microcefalia. ‘Exatamente quanto? Não se sabe’, afirma. Na opinião dele, o importante é que se encontrou o vírus em 67 dos 583 casos confirmados, o que reforça a conexão do vírus com o problema, embora ainda não demonstre conclusivamente uma relação de causalidade. ‘Existe uma associação inequívoca entre a infecção por zika na gestação e o nascimento de bebês com microcefalia e há uma perfeita plausibilidade em se atribuir parte do aumento de casos ao vírus’, diz Massad. ‘Uma fração de

fetos infectados desenvolve microcefalia, mas ainda não se sabe o tamanho dessa fração.’

Portanto, não se pode alegar, diante do exposto que o zika causará deformação cerebral, pois algumas mulheres contraíram a infecção e os seus bebês nada sofreram, e outras contraíram e seus bebês tiveram microcefalia. Como dito, há vários fatores que juntos podem ocasionar a anomalia, destarte, muitas pesquisas já concluíram que muitos casos de microcefalia no Brasil tiveram ligação direta com o zika vírus, por ele conseguir atravessar a placenta e assim penetrar no feto causando lesões cerebrais. Entretanto, o que assombra as grávidas, é o fato de muitas já terem sido infectadas pelo zika, ou de contrariem a doença enquanto gestam seus bebês, e neles desencadearem fator anômalo que comprometeria a atividade cerebral, e sabendo disso tardiamente não poderem realizar o aborto legal.

Nesse ínterim, é que se edificou o problema. As mulheres que já tiveram a infecção pelo vírus, e as que descobriram estar infectadas, sofreram um grande temor, devido ao fato, de possivelmente seus bebês virem a ter uma deformação no cérebro.

De acordo com Diniz (2016, p. 3), muitas mulheres infectadas, já nem comparecem ao pré-natal por medo de saberem o resultado do exame ultrassonográfico:

Algumas mulheres preferem não comparecer ao pré-natal se apresentarem sinais de infecção pelo Zika, havendo casos de recusa do exame ultrassonográfico, tendência já identificada com outros grupos de mulheres 8. Elas preferem não saber, pois não há o que fazer: sem direito à interrupção da gestação e com muitas incertezas científicas, o diagnóstico precoce é tortura psicológica. Como não há o que oferecer a elas – nas palavras de uma das médicas responsáveis pelo Ambulatório de Medicina Fetal de Microcefalia, ‘aqui se oferece a terapia do abraço’ –, algumas mulheres grávidas infectadas pelo Zika preferem assumir o abandono imposto pelas políticas públicas brasileiras 3. Não há como antever se o aborto ilegal e inseguro irá crescer entre as mulheres da segunda geração da epidemia.

Neste diapasão é que mulheres almejam a possibilidade de abortar, devido ao medo e a ansiedade de saberem que seus filhos têm, ou poderão ter má formação cerebral.

4.1. DA APLICAÇÃO POR ANALOGIA

Como disposto no capítulo anterior, em 2012, o STF julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, e votou favorável ao objeto da arguição que concedeu o direito as mães que gestam bebês anencéfalos, de abortarem sob a tutela da lei.

Por esse intento, há resquício de dúvida na sociedade, se gestantes de bebês microcefálicos, também podem realizar o aborto legal, mesmo sabendo que não tem amparo

da lei, o que suscita indignação na sociedade e na comunidade amplamente interessada no assunto.

Nota-se que no direito brasileiro é permitida a aplicação por analogia, quando a lei é omissa em algumas questões, como ressalta Ferreira (2006), os casos parecidos devem ser julgados de forma semelhante, e também que a aplicação da analogia não é ilimitada, porque no Direito Penal brasileiro, só se pode aplicar uma lei analogicamente *in bonam partem* (em favor da parte).

As razões pelas quais os ministros deixaram claro que não deve haver aborto em outros fetos a não ser encefálicos, é por que eles têm características incomuns dos outros, como cita Melo (2012, p. 13):

O feto anencéfalo mostra-se gravemente deficiente no plano neurológico. Faltam-lhe as funções que dependem do córtex e dos hemisférios cerebrais. Faltam, portanto, não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas. O feto anencefálico não desfruta de nenhuma função superior do sistema nervoso central "responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade.

Melo (2012, p. 15) ainda expõe o posicionamento de vários médicos a respeito da anencefalia, e seus resultados catastróficos, evidenciando que não há nenhuma chance sequer de haver vida extrauterina para eles:

Na mesma linha se pronunciou o já referido representante da Sociedade de Medicina Fetal, Dr. Heverton Neves Pettersen, que afirmou: 'nós consideramos o feto anencéfalo um natimorto neurológico. Do ponto de vista técnico, ele não tem sequer o desenvolvimento do sistema nervoso central'. Igualmente, o Dr. Thomaz Rafael Gollop, representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, foi peremptório: 'anencefalia é uma das anomalias mais frequentes, mais prevalentes no nosso meio. Ela é incompatível com a vida, não há atividade cortical, corresponde à morte cerebral. Ninguém tem nenhuma dúvida acerca disso'. Por sua vez, o Dr. Jorge Andalaft Neto, representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, asseverou: 'A anencefalia é incompatível com a vida [...]'. Dessa posição não divergiu o então Ministro da Saúde, José Gomes Temporão. Consoante Sua Excelência, a 'anencefalia é uma má-formação incompatível com a vida do feto fora do útero'.

Portanto, não se pode negar que anencefalia configura uma doença congênita letal, onde não há possibilidade nenhuma do bebê se desenvolver, e algum dia se tornar uma pessoa dotada de todas as características fundamentais para a existência de vida humana, diferentemente dos bebês com microcefalia, que de acordo com a OMS (2016, *on line*), é um crescimento insuficiente do cérebro:

A microcefalia é uma malformação congênita definida como um tamanho de cabeça muito menor do que a de outros bebês da mesma idade e sexo. Associada a um crescimento insuficiente do cérebro, os bebês com microcefalia poderão ter problemas de desenvolvimento. A gravidade da microcefalia oscila entre ligeira a grave.

Segundo abcmed (2015), não existe tratamento para a microcefalia, o que se pode fazer é uma intervenção cirúrgica, quando a fusão dos ossos é previamente detectada, então a intervenção é realizada nos primeiros meses de vida do bebe, então será separado os “ossos do crânio, cortar as extremidades unidas e separar as lâminas ósseas, podendo reduzir as sequelas”.

Assevera ainda abcmed (2015, *on line*) em matéria, que não existem métodos alternativos a não serem os de integração dessa criança na sociedade:

Exceto pela cirurgia para corrigir essa craniosinostose (fusão das suturas entre os ossos do crânio), não há tratamento que alargue o crânio, nem que revertam as consequências da microcefalia. A intervenção precoce pode ajudar a criança a melhorar seu desenvolvimento e sua qualidade de vida, com programas que incluam terapias para a fala e outras terapias físicas e ocupacionais que melhoram as habilidades da criança. Algumas complicações da microcefalia, como as convulsões ou a hiperatividade, por exemplo, podem ser tratadas com medicações.

Ademais, ainda ressalta abcmed (2015) que crianças portadoras de microcefalia, podem ter inteligência normal, embora suas cabeças sejam menores do que o tamanho ideal para sua idade, mas em contrapartida a microcefalia pode incidir, em várias complicações, como retardamento de desenvolvimento, movimento e fala; dificuldade de coordenação e equilíbrio, baixa estatura, distorções faciais; hiperatividade; retardo mental e convulsões.

Diniz (2016) ressalta que, as mulheres juntamente com os cientistas vêm descobrindo os efeitos desse vírus em seus filhos. Segundo ela, as mães já adotaram a linguagem biomédica da microcefalia e das calcificações, porém, não a da síndrome congênita. Elas acompanharam as sessões de estimulação precoce dos seus filhos e se inquietaram com o choro incessante dos bebês, descobriram nesse processo que seus filhos têm limitações auditivas ou oculares nas consultas pediátricas. Elas se empenham a observar seus filhos em casa, e descrevem sinais permanentes de irritabilidade, como exemplo, a cada dez minutos de sono, eles choram uma hora, além de outras dificuldades encontradas.

Em uma pesquisa publicada, Rosso (2016), esclarece sobre, a possibilidade de equiparação das situações. Veja-se:

Você teve participação ativa para que se obtivesse a permissão para a interrupção da gestação de fetos anencéfalos, junto ao STF, em 2012. A epidemia de zika reacendeu o debate sobre o aborto, e você vem defendendo a liberação para mulheres que contraem zika. São situações bem diferentes – o feto anencéfalo não sobrevive, enquanto a infecção por zika pode ter desdobramentos imprecisos. Como equipará-las? .A comparação é para nos confundir. A proposta de interrupção da gestação se a mulher estiver infectada por zika (a Anís é uma das instituições apoiadoras da ação encaminhada ao STF) não se movimenta por analogia com a anencefalia, mas com o estupro. Nós não fazemos nenhuma pergunta sobre quem vai ser o feto de uma mulher que foi violentada. Reconhecemos que é uma cena de intenso sofrimento mental, de grave violência, na qual as mulheres podem tomar a decisão. A epidemia de zika provoca um intenso sofrimento, é uma tragédia humanitária. Estamos falando do impacto da epidemia na saúde mental das mulheres com zika e grávidas, não se o feto tem ou não alteração. Não é uma discussão sobre interromper uma gestação tardiamente pelo diagnóstico primário de microcefalia. Até porque aqui teria um equívoco científico importantíssimo: grande parte das lesões causadas pelo zika não é diagnosticada por ultrassonografia durante o pré-natal. Não estamos falando do feto, estamos falando de mulheres que vivem o pré-natal em intenso sofrimento mental. É facultar a essa mulher o direito de decidir se quer se manter grávida ou não.

Como se vê, segundo Rosso (2016), Débora não se mostra estar preocupada em demasia, com a saúde do feto, e/ou do bebê que está por vir, mas a saúde da mulher, segundo ela, o fato da mulher não poder escolher se quer levar adiante a gestação, se mostra ser um ato de violência, se trata de impacto muito grande na saúde mental das mulheres que estão passando por esse momento tão delicado. Para ela não é apenas uma discussão sobre interromper a gestação tardiamente depois do diagnóstico da microcefalia, por que se assim fosse, ocorreria um problema ainda maior, pois ressalta que a maioria das lesões causadas pelo vírus, não são diagnosticadas no pré-natal, quando são realizados os exames de ultrassom. Ela ainda continua dizendo que o Estado não tomou nenhuma providência quanto ao assunto (2016, *on line*):

O Estado brasileiro não alterou, não ampliou, não revisou suas políticas de saúde reprodutiva durante a epidemia. Não se alteraram as ofertas de métodos de longa duração para o planejamento familiar, não houve nenhuma variação de política nem de acesso à informação para que as mulheres possam tomar decisões mais informadas.

Rosso (2016) assevera que de acordo com a pesquisadora, o Estado simplesmente “se escondeu” do problema, não oferecendo assistência, da qual as mulheres precisam. E se consolidou nesse caso, uma grave negligência em relação às mulheres, pois é certo de que se trata de duas vidas, mas ela tenta evidenciar qual dos lados será o mais prejudicado nesta situação de dor e sofrimento. Ela ainda salienta que o governo brasileiro não preocupou em enfrentar as consequências causadas pelo problema. Não se ampliou os canais de acesso à informação, não se fez o básico, que era o introduzir o repelente as consultas de pré-natal,

também não se ampliou as políticas sociais, para que as mulheres pudessem aprender a lidar com as crianças. Que ao menos, no início da epidemia, a OMS estava apoiando e dizendo que se tratava de uma emergência, mas logo ela também deixou de considerar, e passou a alegar que já é uma doença conhecida. De acordo com Rosso (2016, *on line*) Débora reitera que cuidar da saúde das mulheres com idade reprodutiva, é cuidar da saúde pública:

Nesse um ano, o que o governo brasileiro fez para seriamente enfrentar as consequências da epidemia do vírus zika na vida das mulheres? Não se ampliaram os canais de acesso à informação, não se introduziu o repelente contra mosquitos no pré-natal, não se ampliaram as políticas de assistência social para garantir às mulheres o cuidado com as crianças, e ainda se mantém uma confusão persistente no registro de vigilância epidemiológica no nascimento. Então, objetivamente, eu diria que estamos piores do que há um ano. Ali ainda tínhamos a OMS dizendo que era uma emergência e o mundo olhando para nós, dizendo "queremos entender". Em novembro, a OMS retirou o quadro de emergência global porque o zika passou a ser uma doença conhecida. Não é que a situação de emergência de saúde pública acabou, é que agora sabemos que há riscos de uma mulher grávida, com zika, ter seu filho afetado. Então caímos no esquecimento, como uma doença que faz parte da vida. Mas parte da vida de quem? Aquilo que escrevi no NYT um ano atrás é mais forte ainda: nós precisamos entender que cuidar da saúde das mulheres em idade reprodutiva é cuidar da saúde pública. Tivemos uma primeira onda de mulheres infectadas por zika que agora estão cuidando dos seus bebês, que já fizeram um ano. A segunda onda, menor do que a primeira, porque tivemos um número alto de mulheres infectadas no ano retrasado, está dando à luz novamente. E quem fala dessas mulheres? Quem fala de como essas mulheres estão cuidando dessas crianças? O que aconteceu com a vida delas? Que socorro do Estado elas têm? Elas sumiram da pauta nacional.

No caso ora em estudo, é certo que nascem várias indagações, pois há muito que o observar, há muito que ressaltar. Existem muitos ângulos que se pode olhar, para que um pensamento seja fortalecido, ou uma opinião seja calcificada a respeito do assunto.

Não é objeto de este estudo evidenciar todos os estudos sobre a incidência do zika vírus em todas as gestações que tem grandes probabilidades de sofrerem com as consequências desse vírus devastador, nem é objeto da pesquisa, analisar se todos os casos de microcefalia do Brasil, depois do surto do zika, tem estrita relação um com o outro. O fato é de que existem realmente estudos, realizados por sérias instituições que trazem indícios fortes de relação, e por outro lado, existe uma massa que acredita ser apenas uma coincidência.

Entretanto, as mães que estão sofrendo pela angústia, de não saber se seu bebê é portador ou não de anomalias cerebrais é o que realmente vem ao caso. Algumas, se pudessem, optariam pelo aborto, para que seu estado emocional, e psicológico não seja ainda mais abalado. Mas, em face das considerações aduzidas, elas não podem devida inexistência de tutela legal, e pelo STF ter julgado apenas o caso de fetos anencéfalos, e qualquer pedido de aborto, por motivo de deficiência do feto, seria motivo eugenia, o que vai de encontro com

Constituição Federal, que preserva a dignidade da pessoa humana, mesmo que ainda não concebida.

4.2 PRECEDENTES PARA O ABORTO

No final do ano de 2016, a primeira turma do STF julgou o habeas corpus 124.306. A turma formada por Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux e Marco Aurélio Mello, se reuniu para julgar, o caso que envolveu pessoas de Duque de Caxias, no Rio de Janeiro, as quais foram denunciadas pelo Ministério Público, por praticar aborto com consentimento e formação de quadrilha. De acordo com o ministro Barroso (2016), não estavam presentes os requisitos de admissibilidade que legitimam a prisão cautelar, e por serem os acusados réus primários e com bons antecedentes, tinham trabalho e residência fixa, e também compareciam aos atos de instrução. Para Barroso (2016, p. 1-2) a criminalização do aborto nessas condições é incompatível com os seguintes direitos fundamentais:

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

Barroso acrescentou que, os artigos do Código Penal que tipificam o aborto, não são compatíveis com a Constituição Federal. E que devido o Código Penal ser de 1940, anterior a Constituição, os artigos devem ser interpretados de forma a excluir a incidência de crime quando a interrupção voluntária da gravidez é realizada no primeiro trimestre da gestação.

Ainda, ressaltou Barroso (2016, p. 8-9) linhas de pensamentos na qual é dever da mãe escolher qual seguir:

Torna-se importante aqui uma breve anotação sobre o status jurídico do embrião durante fase inicial da gestação. Há duas posições antagônicas em relação ao ponto. De um lado, os que sustentam que existe vida desde a concepção, desde que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células. De outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência – o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação – não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno. Não há

solução jurídica para esta controvérsia. Ela dependerá sempre de uma escolha religiosa ou filosófica de cada um a respeito da vida. Porém, exista ou não vida a ser protegido, o que é fora de dúvida é que não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mãe.

Além disso, Barroso (2016) ainda esposou em seu argumento sobre a violação à autonomia da mulher, a violação do direito à integridade física e psíquica, violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, violação à igualdade de gênero, e a discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres. Depois de considerar, tantos aspectos relevantes, chega-se ao deslinde da questão, o ministro acha prudente que a gravidez que for interrompida até o terceiro mês, não seja considerada crime (2016, pag. 17), como se vê:

Para que não se confira uma proteção insuficiente nem aos direitos das mulheres, nem à vida do nascituro, é possível reconhecer a constitucionalidade da tipificação penal da cessação da gravidez que ocorre quando o feto já esteja mais desenvolvido. De acordo com o regime adotado em diversos países (como Alemanha, Bélgica, França, Uruguai e Cidade do México), a interrupção voluntária da gestação não deve ser criminalizada, pelo menos, durante o primeiro trimestre da gestação. Durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno. Por tudo isso, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição ao arts. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.

Portanto, forçoso é concluir que esse habeas corpus tem eficácia, especialmente para esse caso, mas abriu precedente, pois a decisão não se aplica obrigatoriamente para todos os casos. Essa decisão só regula o caso específico do objeto do habeas corpus, que são os médicos acusados pelo Ministério Público. Porém, cumpre ressaltar, que uma decisão como essa do STF, tem um grande impacto nas demais instâncias judiciais, mesmo que essa decisão não seja vinculante, os demais juízes poderão adotar essa posição, como uma linha de julgamento, e assim usar do ativismo judicial, para deliberar sobre o assunto.

4.2.1 ADI 5581

A importância de apresentar essa ADI nesta pesquisa é evidenciar que o assunto será analisado pelo STF, e a resposta que tanto se almeja pela sociedade será dada.

A ADI nº 5581 foi proposta no dia 24 de agosto de 2016, pela Associação Nacional dos Defensores Públicos, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade cumulada

com arguição de descumprimento de preceito fundamental, para solicitar o aborto para as mulheres infectadas pelo zika vírus, e também outras demandas.

Associação Nacional dos Defensores Públicos (2016, *on line*) pede que a interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, para que seja declarada a inconstitucionalidade da interpretação, que tipifica a conduta de aborto prevista nos artigos 124 e 126 do Código Penal crime:

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

Portanto, o pedido supracitado tem como escopo afastar a punibilidade da interrupção da gravidez, quando a mulher tiver sido acometida pelo vírus em questão, que por sua vez, segundo pesquisas tem causado danos irreparáveis nos fetos também contaminados. Solicita também, que esses casos sejam livres de inquérito policial, das prisões em flagrante e dos processos que já estão em andamento com finco nesse caso.

O STF ainda não julgou a ação, mas por todos os enfoques que esta pesquisa denotou, e pelo julgamento da ADPF 54, pode-se dizer que, se os ministros tomarem por base os mesmos preceitos que utilizaram na ADPF, esta ADI poderá ser julgada improcedente.

No julgamento da ADPF, foi esposado pela maioria dos ministros, o quanto a vida é importante, e a primazia que ela tem perante outros fatos também de bastante relevância. Nesse sentido, percebe-se que o abortamento neste caso, não se pode comparar com o caso da ADPF 54 pelo fato dos argumentos dos ministros esclarecerem porque a decisão da procedência da ADPF foi levada a diante. No caso dos anencéfalos, não há vida em potencial, não há sequer expectativa, nem intra ou extrauterina, diferentemente dos casos dos microcéfalos, que há vida em potencial, há expectativas, há possibilidade, e probabilidade, do feto de desenvolver, e adquirir condições ao longo da gestação de nascer, com vida, e ter condições de viver normalmente, mesmo com limitações.

A breve análise feita nesse ínterim, é pelo que se conhece dos votos dos ministros, que julgou a ADPF, que prezam pela vida em primeiro lugar, e ela está acima de qualquer outro valor, acima de todo desgaste psicológico ou emocional, vivenciado por essas mães. Mas naturalmente, o entendimento dos ministros que irão julgar a ação proposta, poderá ser de entendimento diverso do da ADPF, nada impede que entrem em consenso, e deliberem sobre o assunto diferentemente.

Portanto, o resultado dessa pesquisa chega a premissa, de que as mulheres infectadas pelo zika vírus, não podem realizar o aborto legal, pelo simples fato de se sentirem temerosas em um dado momento, de não saberem se gestam um bebe anômálico, e também o resultado a Ação de descumprimento de preceito fundamental julgada pelo STF, não se aplica a esses casos.

Vale reiterar, que o aborto só é permitido nesse caso se o feto não tiver nenhuma possibilidade de vida, ou se a mãe estiver correndo risco, e não tiver condições de continuar com a gestação, o que no caso da incidência do Zika Virus, ainda, não se pode afirmar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo de determinar se há possibilidade legal para as mulheres infectadas pela zika vírus realizarem o aborto. Para isso, foi feito um levantamento das hipóteses legais das práticas abortivas elencadas pelo Código Penal, a análise da ADPF 54 do STF, para saber se há possibilidade de utilizar analogia, e também de precedentes já existentes no âmbito jurídico, e que possa ser aplicado a esse caso.

Chegou-se a conclusão que o aborto não é lícito para as mulheres que foram infectadas pelo vírus, mesmo que isso afete toda a sua estrutura emocional, e ela queria praticar o ato. As espécies de aborto legal dispostas no CP não traz como elemento normativo, esse fato. Ademais, de acordo com a análise feita da ADPF 54, não se pode realizar o aborto com base no que foi decidido nela, pois se tratam de dois aspectos totalmente diferentes de anomalia cerebral.

Convém por em relevo, que existem grandes possibilidades de diversos juízes se basearem em outros julgados e assim usá-los como precedentes, para deliberar sobre este assunto; entretanto, não há dispositivo legal que regule tal prática, a não ser o que se saiba previamente que o bebê não terá expectativa de vida, dentro ou fora do útero materno, ou ainda colocar em risco a vida da gestante.

Por se tratar de um tema sobremaneira relevante, ainda é uma questão pouco estudada. É necessário que se faça e/ou publique novas pesquisas tanto da incidência de microcefalia ocasionada pelo zika e as formas com as quais estão acionando o poder judiciário.

Cumpra-se salientar que, a Associação Nacional dos Defensores Públicos, apresentou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5581 no STF, pleiteando o direito de aborto para essas mulheres. Espera-se que a ADI seja julgada em breve, pois as mulheres que sofrem infecção por esse vírus, ou temem sofrer, clamam por uma decisão, e querem ter a ciência se poderão decidir na continuação da gestação, entendendo que isso poderá resultar em uma anomalia fetal, ou correrem o risco, de mesmo tendo sido infectada, não sofrerem dano algum por isso.

Embora tenha pouco material existente sobre o assunto, foi possível responder a problemática da pesquisa em questão. Porém, por se tratar de um assunto que traz grande comoção a sociedade, não se pode esgotar nesta pesquisa. No entanto, aparentemente mulheres infectadas pelo zika vírus por si sós, não podem realizar aborto legalmente.

REFERÊNCIAS

ABCMED, 2015. **Microcefalia:** conceito, causas, sintomas, diagnóstico, tratamento, prevenções, possíveis complicações. Disponível em: <<http://www.abc.med.br/p/sinais.sintomas-e-doencas/747342/microcefalia-conceito-causas-sintomas-diagnostico-tratamento-prevencoes-possiveis-complicacoes.htm>>. Acesso em: 13 maio 2017.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte especial. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código Penal.** 19. ed. São Paulo: Ridel, 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. **Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Presidente da República.** Relator Ministro Marco Aurélio. Acórdão em aborto, abril 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 124.306, da 1ª turma do Supremo Tribunal Federal, Rio de Janeiro, RJ, 29 nov 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5.581 DF. Ação direta de inconstitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Zika virus. Políticas públicas. Lei n. 13.301/2016. Adoção do rito do art. 10 da lei n. 9.868/1999. Providências processuais. Relator: Min. Carmém Lúcia. Brasília, 2016. Disponível em: <[file:///C:/Users/J%C3%A9ssika%20Laryssa/Downloads/texto_310227487%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/J%C3%A9ssika%20Laryssa/Downloads/texto_310227487%20(5).pdf)>. Acesso em: 09 maio 2016.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal:** Parte Especial. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DORLAND. **Dicionário médico ilustrado.** 28. ed. São Paulo: Manole, 1997.

LENZA, Pedro. **Direito Penal Esquematizado:** Parte especial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCHIORI, C. M. **Análise da ADPF 54:** Mapeamento da decisão e verificação de uma possível formação de precedente. São Paulo: Sbdp, 2012.

MELLO, Marco Aurélio de. Voto na ADPF 54, 2012.

OMS, 2016. **Microcefalia.** Disponível em: <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/microcephaly/pt/>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

PEREIRA, José Matias. **Manual de Metodologia da Pesquisa Científica.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ROXIN, Claus. **A proteção da vida humana através do Direito Penal.** Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25456-25458-1-PB.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

SÁ, Manuel Bulhões Correia de. **A condição jurídica do nascituro e o aborto.** Disponível em: <<http://repositorio.uportu.pt/bitstream/11328/365/2/TMD%2017.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

SALGE, Ana Karia Marques *et al.* **Infecção pelo zika na gestação e microcefalia em recém-nascidos: revisão integrativa de literatura.** Disponível em: <<file:///C:/Users/Bradescos%20Nova%20Gloria/Downloads/39888-172522-3-PB.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2017

TESSARO, A. **Aborto, bem jurídico e direitos fundamentais.** 2006. 138 f. Dissertação (mestrado em ciências criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2006.

ZORZETTO, Ricardo. **Zika Br.** Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/2016/06/15/zikabr/>>. Acesso em: 13 maio 2017.

_____. **Incertezas sobre microcefalia.** Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/2016/03/18/incertezas-sobre-a-microcefalia/>>. Acesso em: 13 maio 2017.