

O ABORTO NOS CASOS DE MICROCEFALIA

Carlos Henrique Bissoli de ALMEIDA¹
Flademir Jerônimo Belinati MARTINS²

RESUMO: Com o crescente número de casos de microcefalia no Brasil, está surgindo para diversas pessoas, dúvidas a respeito desta doença, em como ela se originou, de que forma é transmitida e quais são as suas consequências para o corpo humano. Ainda não sabe ao certo como a doença é causada. Contudo, o certo é que esta doença está proporcionando as mulheres o alerta para o risco da doença na gravidez, e o principal, o adiamento do sonho da maternidade, uma vez que, uma criança que vem a nascer com a doença, terá provavelmente danos irreparáveis no decorrer de sua vida, necessitando de cuidados especiais. Diante do surto da doença, está surgindo um conflito de direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico, qual seja, o direito à vida e o direito a intimidade, liberdade sexual e reprodutiva da gestante. Diante desses casos, seria lícito em nosso país o aborto nos casos de microcefalia? Teria a gestante a escolha de interromper sua gravidez nesses casos?

Palavras-chave: Microcefalia. Vida. Aborto. Intimidade. Liberdade Sexual.

1 INTRODUÇÃO

Com o avanço dos casos de microcefalia no Brasil e no mundo, milhares de mulheres estão adiando o sonho da maternidade para um futuro ainda incerto.

É sabido que atualmente não há em nosso país uma prevenção adequada a essa doença, a não ser em adiar a gravidez. Entretanto, para aquelas

¹ Discente matriculado no 8º Termo do Curso de Direito no Centro Universitário Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP. Mestre e Doutorando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP. E-mail: flademirjeronimo@toledoprudente.edu.br. Orientador do trabalho.

mulheres que já estão grávidas, não há a quem socorrer, não há medicamentos ou vacinas com a eficácia de evitá-la, desta forma, muitas estão encontrando uma maneira de acabar com a doença, mas de maneira ilegal a luz do nosso sistema jurídico e assim, abortam seus nascituros, tirando não somente a vida que ainda estaria para nascer, mas também colocando em risco a sua própria vida.

Ainda assim, paira sobre a sociedade brasileira dúvidas acerca da origem da doença, como ela é causada, quais são os seus meios de propagação. Hoje, a principal suspeita da causa da doença em crianças ainda não nascidas, é pelo *Zika Vírus*, mas há na imprensa, hipóteses ventiladas que poderiam ser ocasionadas pelo uso, na água para consumo humano, de um tipo de larvicida, o chamado *pyriproxyfen*.

Segundo relatos do jornalista Rafael Ciscati (2016, s.p):

O *pyriproxyfen* era usado em reservatórios de água para evitar que eles se transformassem em criadouros do mosquito *Aedes aegypti*. A substância é dotada de um hormônio que prejudica o desenvolvimento do mosquito – impede que a larva se transforme em um adulto saudável, capaz de transmitir doenças sérias, como dengue, zika e chikungunya. Por causa disso, o larvicida foi apontado como vilão em potencial – de acordo com uma ONG de médicos argentinos, ele seria o responsável pelo aumento dos casos de microcefalia no Brasil.

Destaca-se que, para alguns especialistas, as hipóteses da doença vão surgindo, sem que haja estudos mais aprofundados sobre o tema, podendo causar na população em geral uma desconfiança sobre o uso de certos produtos, entre eles os agrotóxicos, pois pensam que, se podem inviabilizar o desenvolvimento do mosquito, suposto transmissor da doença, poderia haver consequências, também, no desenvolvimento do ser humano.

Conforme menciona Rafael Ciscati (2016, s.p):

Para Dilene do Nascimento, pesquisadora da Fundação Oswaldo Cruz e especialista na história das epidemias, esses boatos surgem porque, na falta de uma explicação definitiva, a população busca alternativas fora da ciência: “Até que se construa conhecimento científico sólido, o conhecimento leigo preenche a lacuna”, diz Dilene. E o método científico, por sua natureza, lida com incertezas e avanços lentos: “A ciência não pode fazer afirmações peremptórias se não tiver comprovação”, afirma a pesquisadora. No caso das ocorrências de microcefalia no Brasil, a

associação entre o problema e o vírus zika é a mais provável. Mas a ciência admite que há dúvidas.

Ainda sobre o surgimento de alguns rumores, difundiram na imprensa nacional, principalmente nas redes sociais que a causa da doença poderia ser ocasionada pelo uso de vacinas de rubéola vencidas. Informações estas que podem levar as mulheres gestantes a perderem o foco de como realmente se protegerem contra a doença.

Sendo que esse entendimento foi erradicado, como prescreve a repórter Ana Helena Rodrigues (2015, s.p):

A informação não tem cabimento por alguns bons motivos:

1) As mulheres grávidas não são vacinadas contra a rubéola. O calendário nacional de vacinação prevê que essa imunização deve ser aplicada aos 15 meses de vida. É possível tomar essa vacina em outros momentos da vida, mas nunca durante a gestação. A vacina contra a rubéola é especialmente indicada para mulheres em idade fértil – entre 15 e 29 anos – para evitar a contaminação de rubéola durante a gravidez. As mulheres grávidas que não foram vacinadas antes da gestação devem receber a vacina somente após o parto.

2) Todas as vacinas distribuídas pelo Ministério da Saúde são seguras. Não há nenhuma evidência científica publicada no Brasil ou em outro país de que haja relação entre as vacinas e a microcefalia. Em nota, o Ministério da Saúde afirma que o controle de qualidade das vacinas é realizado pelo laboratório produtor obedecendo a critérios padronizados pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Após aprovação em testes de controle do laboratório produtor, cada lote de vacina é submetido à análise no Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde (INCQS) do Ministério da Saúde.

Sobre este problema é que trata o respectivo artigo, especificamente pela falta de informação que a população possui sobre a doença, e assim, proporcionam as mulheres a procrastinar sua gravidez, mas especialmente, sobre a interrupção da gestação, causando dessa forma o aborto em muitos dos casos, de maneira contrária ao ordenamento jurídico.

Qual o limite jurídico para essas interrupções da gravidez? Estaria o direito subjetivo à intimidade e liberdade sexual acima do direito à vida? Poderíamos interpretar os atuais casos, ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal na

ADPF 54? A gestante que interrompe sua gestação, comete o crime de aborto, previsto no Código Penal?

Este conflito entre direitos fundamentais esta ocorrendo diariamente e não é fácil encontrarmos uma resposta sobre o que é mais importante. É notório que está havendo uma má informação sobre as causas da doença, tanto para a população em geral, quanto para as gestantes, e diante dessa desinformação, estão ocorrendo abortos ilegais, mas até onde podemos estabelecer um limite para a vontade da gestante?

É a partir desta problemática que começamos a traçar detalhes deste conflito de direitos e a possibilidade ou não, da legalização do aborto neste contexto.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM QUESTÃO

Como prescreve nossa atual carta magna, em seu título dos direitos e garantias fundamentais, há uma proteção jurídica aos direitos fundamentais, inclusive ao direito à vida e ao direito a liberdade.

Constituição brasileira (1988):

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

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

Constituição brasileira (1988):

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: ...

§ 4.º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais

É de extrema importância que direitos dessa magnitude estejam contidos em nossa Constituição Federal, pois é ela quem regulamenta e serve como “freio” para que outras leis não violem ou venham de encontro ao que está previsto nela.

Pensamento este embasado pelo doutrinador Antonio E. Perez Luño (2005, p.19):

El constitucionalismo actual no sería lo que es sin los derechos fundamentales. Las normas que sancionan el estatuto de los derechos fundamentales, junto a aquellas que consagran la forma de Estado y las que establecen el sistema económico, son las decisivas para definir el modelo constitucional de sociedad.

Contudo, por essa gama de direitos ser basilar para a garantia do constitucionalismo atual no mundo e para a constituição brasileira, constituem como direitos básicos, que devem ser respeitados tanto nas relações do Estado com seus cidadãos, quanto nas relações privadas entre os membros do próprio Estado. Assim, mesmo em uma questão que envolve um direito subjetivo de uma pessoa, como no caso da opção de interrupção da gestação, devem ser respeitados, mas também, não podemos negar, que devem ser considerados a opinião e vontade das partes.

Assim observa Antonio E. Perez Luño (2005, p.20):

Los derechos fundamentales se presentan en la normativa constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos (la doctrina germana caifica, por ello, de Grundwert) y, al propio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas.

É de notar que as garantias fundamentais possuem, portanto, duas vertentes, uma em relação objetiva, que seria a forma da proteção de um Estado de Direito com relação a sociedade, limitando a atuação do Estado e objetivando a proteção e edificação de qualquer povo, entretanto, a outra vertente se refere a uma

relação subjetiva, garantido suas liberdades individuais e autonomia perante ao Estado.

Como ensina Antonio E. Perez Luño (2005, p.22):

En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí. Tales derechos tienden, por tanto, a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona no sólo frente al poder, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social.

Os direitos fundamentais são conquistas que a humanidade vem conseguindo com o passar do tempo, são garantias que asseguram uma condição mais digna de vivencia no mundo, apesar de existirem diferenças biológicas e sociais entre sujeitos. É notório que uma criança que vem a nascer, caso nasça, com microcefalia também merece uma proteção jurídica, por ser necessário haver um respeito a vida e por ser considerado como uma pessoa humana, existem leis que lhes asseguram amparo.

De acordo com Fábio Konder Comparato (2008, p.12):

Ora, essa convicção de que todos os seres humanos tem direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada.

De tal modo, com a evolução das sociedades organizadas, os direitos fundamentais passaram a se afirmar, passando a ser observados em grandes acontecimentos históricos da humanidade, como ocorreu com a Magna Carta de 1215, em que João Sem – Terra descentralizou seu poder, dando mais garantias ao povo da Inglaterra, passando pela chamada Bill of Rights, em que o rei não detinha mais poderes absolutos sobre seus súditos. Houve as declarações de direitos da revolução francesa, na qual ficou conhecida pelo “slogan” liberdade, igualdade e fraternidade. Diante de tantas crueldades ocorridas durante a segunda guerra mundial, surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, retomando os ideais da Revolução francesa. Hoje, com os diversos pactos assinados e ratificados pelo

Brasil e por outros países, podemos concluir que a sociedade mundial possui mais garantias que as passadas, e ainda, há uma maior punição contra atos que atentam contra esses direitos.

2.1 Direito à Vida

Importante se faz explicar no presente trabalho o direito à vida, direito fundamental protegido por nosso ordenamento jurídico em vários âmbitos, como em nossa Constituição Federal, em tratados ratificados pelo Brasil, no Código Civil e também no Código Penal.

Muitas definições acerca da vida podem ser encontradas em diferentes sentidos, como em termos metafísicos, químicos, filosóficos, sociológicos, religiosos ou em termos biológicos, sendo que cada pessoa, dependendo de seu ponto de vista, terá um conceito para vida.

Prescreve Rosa Maria Ferraz (2007, p. 1):

O conceito biológico, de longe o mais aceito pela maioria da comunidade científica, define vida como: “um sistema químico auto-sustentado, capaz de uma evolução darwiniana por mutação, ou seja, uma combinação de substâncias que em algum momento conseguiu uma forma particular capaz de se replicar, mudar e evoluir dando origem às diversas formas de vida”.

Como não há um conceito definido em que todos possam se valer, sendo que o mais correto seria a junção de todos os posicionamentos, ainda assim, é possível encontramos uma definição em nosso ordenamento jurídico.

Cita Rosa Maria Ferraz (2007, p.2):

Em nosso ordenamento jurídico, vida é entendida como a “soma das atividades que possam ser exercidas pela pessoa”. Dentro e em consonância aos preceitos e princípios que se instituem nas leis vigentes. Durante a vida civil, a pessoa tem faculdade de usufruir vantagens e prerrogativas que lhe dizem respeito na condição de cidadão.

Extraídos os mencionados conceitos, poderíamos analisa-los sob o prisma de uma criança que eventualmente venha a nascer atingindo pela microcefalia, isto é, uma pessoa que nasça, conseguirá ter uma vida ou ainda, terá condições de exercer atividades que são desempenhadas por pessoas que não são acometidas pela doença? Essas, entre outras perguntas serão melhores analisadas no tópico destinado especificamente a doença.

Passados brevemente a divergência sobre a definição de vida, outra dúvida que instiga milhares de pensamentos diferentes é em relação a seu início. Podemos dizer que adotamos, através do pacto de San José da Costa Rica, a teoria concepcionista. Conforme disposto no Código Civil (2002), “artigo 2º: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Mas não podemos deixar de analisar outras teorias que incidem em nosso ordenamento jurídico, sendo elas a teoria da personalidade condicional e a teoria natalista, defendidas por diversos outros doutrinadores.

Cabe ressaltar, que possui outros pensamentos que determinam o início da vida, sendo que para cada grupo humano existe uma referência diferente, como para os geneticistas, católicos, budistas, judeus e vários outros grupos, mas em todos esses diferentes posicionamentos, a vida possui um valor inestimável, e que dessa forma, merece proteção, seja qual for o pensamento.

2.2 Direito à Intimidade e Liberdade Sexual da Gestante

O direito a intimidade e liberdade são direitos fundamentais que sempre podem estar em colisão quando estamos tratando da amplitude do direito à vida, em especial quando a mulher decide interromper sua gestação, dando fim a existência de um ser. Esta colisão de direitos pode ocorrer, seja pelo caráter subjetivo que possui a intimidade e liberdade sexual da gestante e pela grande proteção que se tem a vida em todos os ordenamentos jurídicos.

Mesmo se tratando de direitos subjetivos, não podemos deixar de ponderar que são direitos de extrema importância para a sociedade, inclusive,

quando analisamos por um aspecto mais interno, inerente a somente uma gama de pessoas, quais sejam, as gestantes. Direitos esses, também garantidos por nossa atual Constituição.

Constituição brasileira (1988):

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

Inciso X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação.

Faz-se presente a intimidade de uma mulher durante sua gestação, em que praticamente somente ela conhece seu corpo e sabe as transformações decorrentes da gravidez. Diante dessa intimidade que possui, é necessário ser respeitadas suas vontades, ainda mais quando durante a gravidez, toma conhecimento de que seu filho terá consequências irreparáveis no decorrer de sua vida e que precisará de acompanhamento quase que integral, para que possa viver em sociedade.

Ao tratarmos brevemente sobre o direito de intimidade, outro ponto que merece destaque é o direito à liberdade sexual da gestante, ou em outras palavras, o direito ao próprio corpo.

Há muita divergência na doutrina sobre a possibilidade da gestante em dispor do seu próprio corpo e interromper uma gestação indesejada. Quem acredita ser inviável, pensa que a vida do feto, está acima de qualquer livre arbítrio da mãe, mesmo em se tratando de um aborto decorrente de estupro.

Como menciona Antônio Chaves (1994, p. 30):

Os que recusam à pratica desta modalidade de aborto, como FREDERICO MARQUES ou ANÍBAL BRUNO, acreditam que a vida do feto é um bem superior ao do livre arbítrio da mãe. Eles atribuem ao Estado o cuidado da

criança após o nascimento, caso a mãe não a aceite. Estranham, por outro lado, que o Estado puna o infanticídio e não a morte do mesmo ser, quando ainda dentro do útero.

Por outro lado, alguns doutrinadores consideram que a mãe deve consentir para que queira dar continuidade a gestação, mesmo quando o seu começo fora decorrente de um crime praticado ou ainda mais quando durante a gestação, tomam conhecimento que seu filho terá consequências irreparáveis, considerando legal o aborto eugênico e legitimando a vontade da parturiente. Alude nesse sentido Antônio Chaves (1994, p. 32), “afirmam os defensores do aborto eugênico que não se pode impor aos pais o sacrifício, para o resto da vida, de ter um filho anormal e nem a preocupação pelo futuro do filho, quando não mais puderem cuidar dele”.

A questão da liberdade da gestante, é um tema que requer cuidados, não podendo ser interpretado de uma maneira ampliativa, se aplicando a todos os casos, mas, há que ser levada em conta, quando a maior interessada pela gestação, é a própria mulher e sua condição.

Quando uma criança considerável saudável vem a nascer, o sistema jurídico a protege, como também tem proteção os fetos que são consideráveis “sem vida”, pois, como dito anteriormente, desde a concepção o nosso ordenamento jurídico garante proteção a vida. Mas há casos, que a análise deve ser feita em outro aspecto, passando a analisar em conjunto com a questão do feto, a condição que a gestante terá para manter seu filho, se terá com condições necessárias para uma vida digna. Em outras palavras, tem de ser levado em conta, quando uma criança é diagnosticada com microcefalia ou outra doença que inviabiliza a vida, o direito à liberdade da mãe em dispor do seu próprio corpo em conjunto com condições externas.

Cita Antônio Chaves (1994, p.33):

“O mongolismo, a microcefalia, a anencefalia e a *spina* bífida não tem cura e qualquer intervenção seria inócua. Nestes casos, o diagnóstico servirá apenas para preparação psicológica dos pais. Além de se esperar deles a paternidade responsável, far-se-á necessário conscientiza-los do nascimento de um filho afetado. A responsabilidade que lhes cabe é incomparavelmente maior exigindo maturidade, além de recursos econômicos, a fim de que o sofrimento da criança possa ser minimizado.

Aqui se tem-se o exemplo de uma vida com potencial de realização em geral praticamente nulo, mas que sem dúvida requer grandes cuidados e muita aceitação uma vez que o aborto não é admitido pela legislação vigente.

No mesmo sentido cita a doutrinadora Patrícia Partamian Karagulian (2007, p.19):

É importante salvaguardar o direito da mulher de não querer levar a termo a gestação se assim não desejar uma vez que foi informada da total impossibilidade de sobrevivência do feto após o nascimento. A gestação de um feto inviável causa grande sofrimento físico, emocional, espiritual a muitas gestantes e, por esse motivo, deveria caber somente a elas decidir se desejam continuar com sua gestação ou não.

Desta forma, diante do grande aumento dos casos de microcefalia no país, principalmente nos estados do Nordeste, e por serem uma região com menos recursos econômicos que em algumas outras regiões, o aspecto econômico ligado a liberdade da gestante deve ser ponderado, pois uma vez que venha a nascer, a criança terá que lhe ser garantida toda dignidade que lhe é necessária.

2.3 Conflitos entre Direitos Fundamentais

A vida é nosso bem maior, é a sua proteção em diversas áreas que buscamos com a evolução do direito.

Com o grande aumento dos casos da doença, muitas mulheres buscam uma solução ilegítima dentro no sistema de leis. Buscam com a opção de a interrupção da gestação aliviar um pouco a dor em saber que seu filho terá sérias consequências para o decorrer da vida.

Diante desses casos pode estar ocorrendo um conflito de direitos fundamentais, pois, possibilita a aplicação de dois ou mais direitos para proteger uma determinada conduta, e em razão disso, surge questões a serem resolvidas, como: um direito fundamental prevalece sobre outro? O direito à vida é absoluto em frente a outros direitos ou temos em nosso ordenamento jurídico formas de resolvermos esta questão?

Explica Rodrigo Meyer Bornholdt (2005, p.21):

A colisão entre direitos fundamentais resolve-se, segundo a lição corrente, mediante a utilização do instrumento da ponderação (*Abwägung*). Dada a polissemia do termo, procuramos aprofundar seu significado. Novamente, há de se fazer uma opção metódica, a fim de que restem descartados o sentido e a função da ponderação no procedimento de resolução do conflito entre direitos fundamentais. A opção será, então, por um conceito de ponderação que, no conflito de direitos opostos, sem abdicar de uma metódica possibilitadora da previsibilidade jurídica, permita a necessária respiração do sistema, a fim de que as renovadas situações possam ser devidamente contempladas e sopesadas.

Com isso, pensamos beneficiar-se não só o Estado Democrático de Direito, como instituição, mas o indivíduo de carne e osso, para que não se torne refém de uma dogmática autoritária e castradora, contrária à inevitável espontaneidade de um mundo da vida que, como deve sempre recordar a lição de Hannah Arendt, predomina a pluralidade e o poder é difuso.

Explica o mencionado autor, que direitos fundamentais são diferentes de privilégios e assim pode haver ponderações, uma vez que não há superioridade entre eles, além do mais, diante dos casos de microcefalia, abriria o diálogo para que haja no caso concreto uma melhor maneira de resolução deste conflito.

Conforme esclarece Rodrigo Meyer Bornholdt (2005, p.83):

É imperiosa a compreensão de que direitos fundamentais não se confundem com os privilégios. É que privilégios, para além de uma decisão não assentada em critérios seguros (*Dezision*), justifica uma desigualdade.

Se um direito fosse um privilégio, determinados direitos seriam superiores a outros, o que implicaria recaída numa teoria dos valores, ou algo a ela assemelhado.

Sendo assim, não podemos classificar direitos fundamentais com uns superiores a outros, pois poderíamos correr o risco de torna-los absolutos e nem ao menos serem objetos de cautela.

Mesmo diante de conflitos de direitos fundamentais do presente caso, em que há de um lado o direito à vida do nascituro, mesmo que acometido por uma grave doença, de outro, há o direito a intimidade e liberdade sexual da gestante e que deve haver uma forma de resolução desses conflitos e uma maneira utilizada é a da ponderação ao caso concreto.

Cita o doutrinador Rodrigo Meyer Bornholdt (2005, p.105):

Nesse sentido, a ponderação nada mais significa do que uma declaração de intenções. Todos os direitos devem ser levados em consideração, sem que, contudo, haja um método, capaz de fazer com que sua utilização supere o puro decisionismo, próprio para as decisões dos casos difíceis, segundo o positivismo. Bem vistas as coisas, porém, diante deste quadro, o positivismo é mais sincero. Assume não poder resolver a questão, deixando – a ao arbítrio do julgador.

Casos emblemáticos são resolvidos por meio da ponderação, como nos conflitos entre direitos a intimidade e a liberdade de expressão, e assim, também poderá ser resolvido outros conflitos de direitos fundamentais. Mas o que há de ressaltar é que a utilização de um não necessariamente afastará a aplicação de outro, de maneira que somente um seja aplicado, podendo no caso concreto, ser sopesado qual terá mais validade.

3 ASPECTOS GERAIS SOBRE O ABORTO

A história do aborto é antiga em nossa humanidade, vindo a ser praticado desde os primeiros passos da civilização. Entretanto, o marco inicial é pouco provável ser conhecido. Podendo ser conceituado como a interrupção da gravidez com a expulsão do feto.

Alguns doutrinadores alegam que o aborto teve seus primeiros registros na sociedade na própria Bíblia, mas de uma forma indireta no livro do Êxodo, de modo que em sociedade anteriores, os registros eram feitos de outra maneira, mas com o Código de Hamurabi o aborto foi considerado, sendo um crime de interesse do pai e de lesão contra a mãe, o que difere dos dias atuais.

Nesse contexto, cita Maria Tereza Verardo (1987, p.79):

Na Mesopotâmia, o Código de Hamurabi, 1700 a.C., trazia uma inscrição que considera o aborto como um crime contra os interesses do pai e do marido e uma lesão contra a mulher. Nessa ótica, o marido era considerado prejudicado e ofendido economicamente.

Na Grécia, como a mulher não possuía autonomia e vivia sobre os mandamentos do marido, caso viesse a abortar sem o consentimento do mesmo, praticava um crime e a lei previa pena de morte, pois a propriedade dos filhos eram dos próprios pais (homens). Alguns filósofos gregos acreditavam na legalidade do aborto, considerando uma forma de limitação da sociedade.

Prescreve Maria Tereza Verardo (1987, p.80):

O estudo dos filósofos gregos também contribuiu para reconstituir essa história. Ao que parece, Sócrates era a favor de facilitar o aborto quando a mulher o desejasse. Platão prescrevia o aborto às mulheres de mais de 40 anos, como condição de contenção do aumento populacional, isto é, como parte de planejamento da cidade.

Em Roma, pelo fato do feto não ter autonomia em relação a mulher, e caso viesse a abortar, não praticava crime algum, pois estaria apenas dispendo do seu próprio corpo, mas somente no século II d.C., passou a considerar o aborto como crime, uma vez que a intenção da manutenção da vida dos romanos tinha como causa o aumento da população e o fortalecimento do exército

Com o fortalecimento da igreja católica, houve a normatização do aborto.

Preceitua Patrícia Partamian Karagulian (2007, p.15):

Mais tarde a igreja católica aboliu a distinção e passou a condenar severamente o aborto, e a pena de morte foi aplicada (morte pela espada, afogamento, fogueira) tanto para a mulher quanto ao partícipe. A questão principal para o direito canônico era a perda da alma do feto, que ficava sem batismo.

A partir do século XIX, inicia-se a história no Brasil. No período do Império, com o Código Penal de 1830, a punição não se estendia quando praticado pela própria gestante e o crime estava previsto no capítulo contra a segurança das pessoas e das vidas. No Código Penal da República, só havia a punição quando praticado por terceiros, com ou sem o consentimento da gestante, e se caso

ocorresse a morte da mãe. Quando praticado pela própria gestante pelo motivo de desonra, havia uma redução de pena.

Em 1940, com nosso atual Código Penal há punição ao crime de aborto, praticado pela própria gestante ou ainda por terceiros, com ou sem o seu consentimento.

Código Penal (1940):

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Aborto provocado por terceiro

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

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Observa-se que, conforme a sociedade foi evoluindo, com as conquistas dos direitos das mulheres e com a força da Igreja Católica, o crime de aborto foi sendo combatido nos ordenamentos jurídicos, entretanto, há alguns casos em nosso sistema que o ato de abortar não constitui um ilícito penal.

3.1 A Legalidade do Aborto

Como demonstrado anteriormente, o ato de interromper a gravidez, com a morte do feto constitui o crime de aborto. Mas o nosso ordenamento não pune todas suas formas.

Código Penal (1940):

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

Inciso I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

Inciso II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

A primeira hipótese que o nosso sistema penal deixa de punir o ato de interromper a gravidez, é o chamado aborto necessário ou o aborto “terapêutico” praticado por médico. Este tipo de interrupção acontece quando há um grande risco de vida para a gestante, quando os médicos chegam a conclusão de que, se o feto vir a nascer, colocará em grave risco a vida da mãe.

Cita a doutrinadora Maria Tereza Verardo (1987, p.24):

Praticado quando a vida da mãe correr perigo, também chamado “aborto necessário”. Com os avanços da medicina, esse tipo de aborto está se tornando cada vez mais raro. São indicados para mulheres portadoras de doenças renais e vasculares, como glomerulonefrite e a hipertensão ou asma crônica, vários tipos de cardiopatias, diabetes, hemopatias como a leucemia e a doença de Hodgkin, e algumas modalidades de câncer, principalmente no colo do útero, cujo risco para a mulher que engravida é imediato.

Nesta hipótese, percebemos que o Código optou pela vida da gestante, em detrimento do filho, desta forma, pode-se dizer que o diploma penal optou por uma vida já desenvolvida, com uma certa estabilidade, consentindo pela morte de um feto ainda em desenvolvimento. O médico não será responsabilizado, pois sua conduta se enquadraria nas excludente de ilicitude, pelo fato do profissional estar agindo em estado de necessidade.

Código Penal (1940):

Estado de necessidade

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de

outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Outra possibilidade de exclusão do crime, é quando a gestação decorre do crime de estupro, devendo ter o consentimento da gestante ou de seu representante legal.

Alguns doutrinadores o conceituam como aborto “sentimental”, uma vez que sentimento da gestante é levado em conta, pois houve uma violação ao seu corpo e na maioria dos casos, o resultado desse crime é um grave abalo psíquico.

Comanda Patrícia Partamian Karagulian (2007, p. 85):

Como consequência, o legislador e o ordenamento jurídico não podem exigir da gestante que prolongue ainda mais seu trauma e sofrimento resultante de um delito do qual foi vítima, ao dar à luz, por que não dizer, ao produto do crime.

A existência do estupro com a consequente gravidez insere a gestante em um contexto fático anormal capaz de tornar irresistível a prática do aborto, não se podendo afirmar, nesse caso, que está presente o dever de agir diferentemente.

Logo, essas são as possibilidades de exclusão do crime de aborto normatizadas em nosso Código Penal, contudo a doutrina e jurisprudência tem admitido outra hipótese de exclusão do ilícito penal, que são os decorrentes de fetos anencéfalos, recentemente considerado pelo Superior Tribunal Federal.

3.2 Aborto de Fetos Anencéfalos

A anencefalia, em um aspecto médico legal, é a ausência dos hemisférios cerebrais, ou em outras palavras, é a ausência de cérebro, o que torna um ser sem expectativa de vida.

Menciona em sua obra Patrícia Partamian Karagulian (2007, p.38):

O anencéfalo foi considerado natimorto cerebral conforme Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1752, de 8 de setembro de 2004, o que

gerou e ainda gera muitas opiniões antagônicas, visto que o feto ao nascer respira, possui batimentos cardíacos, suga, chora (por possuir o tronco cerebral), mas não tem consciência nem vida de relação, tampouco percepção ou sentimentos. Fato que é, em poucas horas, ou dias, sofrerá, inexoravelmente, parada cardiorrespiratória e morrerá.

Foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54 que tinha como embasamento declarar inconstitucional a interpretação de que a interrupção da gestação de feto anencéfalos constituía crime previsto nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, ambos do Código Penal. A mencionada ADPF foi proposta após o caso em que uma gestante frente a várias negativas do Judiciário e antes do julgamento pelo Supremo do HC nº 84.025-6/RJ, que pleiteava a interrupção de sua gestação, alegando se tratar de um feto anencéfalo, entretanto, o mencionado HC de nada adiantou, pois, logo após o parto, a criança veio a óbito antes mesmo de ser analisado.

Cita Patrícia Partamian Karagulian (2007, p.127):

Com a emissão cada vez mais frequente de alvarás autorizando o aborto para fetos portadores de anencefalia e anomalias incompatíveis com a vida, o entendimento de que não há vida a proteger nos embriões e fetos tem ganhado força nos últimos anos no Brasil, principalmente em razão do ajuizamento, em 2004, perante o Supremo Tribunal Federal, de uma ADPF.

A presente ação foi proposta pela CNTS (Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde), tendo como advogado, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dr. Luís Roberto Barroso, declarando se tratar do caso uma antecipação terapêutica do parto já que o feto não estaria vivo, alegando ainda que a principal interessada em manter a gestação seria a própria gestante e também em decidir interrompe-la, pois, a dor de carregar um feto por nove meses, de criar vínculos maternos e saber que o final de todo sofrimento terá uma dor ainda maior, faz com que haja uma espécie de “tortura psicológica” na gestante.

Assim afirma Luís Roberto Barroso (2004, p.18)

Impor a mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e

frustração, importa violação de ambas as vertentes de sua dignidade humana. A potencial ameaça a integridade física e os danos à integridade moral e psicológica na hipótese são evidentes. A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro do seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica.

O relator da ação, o Ministro Marco Aurélio de Mello, em julho de 2004, concedeu liminar para que pacientes que abortarem sobre a alegação de se tratar de um feto anencéfalo, em conjunto com os médicos, não praticariam o crime de aborto previsto no Código Penal, de modo que o caráter de urgência estaria presente no caso, uma vez que não há tempo necessário para os tribunais julgarem os casos de interrupção da gestação antes do nascimento da criança.

A decisão do relator gerou diversas repercussões, algumas delas negativas, sob o alegado que o Judiciário estaria intervindo no Poder Legislativo, alterando a lei.

Exemplifica Roberto Vidal da Silva Martins (2008, p. 51):

O ministro Marco Aurélio de Mello do Supremo Tribunal Federal, em julho de 2004, decidiu, liminarmente, que a gestante tem o “direito constitucional ao aborto em gravidez de anencéfalo”, decisão que se chocou frontalmente com o Código Penal vigente e transformou o Judiciário em Poder Legislativo. O aborto no Brasil, de acordo com a legislação penal, só é isento de pena se a gravidez for oriunda de estupro ou se não houver outro meio para salvar a vida da gestante. Onde está escrito essa isenção de pena, em se tratando de gravidez de anencéfalo?

Dentro outros pareceres contrários a interrupção da gestação de fetos anencéfalos, estavam presentes na audiência pública, várias entidades religiosas defendendo a proteção integral da vida, protegendo a humanização do feto mesmo que decorrente de uma má formação.

Como menciona o relatório proferido pelo Relator Ministro Marco Aurélio (2012, p.20)

Os trabalhos iniciaram com a oitiva dos Drs. Luiz Antônio Bento e Paulo Silveira Martins Leão Júnior, representantes da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Ambos defenderam a humanidade do feto em gestação, independentemente de má-formação, bem como o fato de a reduzida expectativa de vida não ter o condão de lhe negar direitos e identidade.

Argumentaram que “a vida de cada indivíduo não é apenas um bem pessoal inalienável, mas também um bem social”, ou seja, cabe à própria sociedade a promoção e defesa dos direitos do feto portador de anomalia, não podendo o Estado julgar o valor intrínseco de uma vida pelas deficiências.

A questão foi controversa até mesmo dentro das entidades religiosas, de modo que algumas, como a Igreja Universal Reino de Deus, defendiam o livre arbítrio de todo ser humano, e no caso da anencefalia, somente a mulher poderia mensurar o tamanho de seu sofrimento físico e mental.

Dentre os pareceres favoráveis a interrupção, estavam quase todos os especialistas médicos, sob a fundamentação que a doença inviabiliza a vida extrauterina, que dificilmente teria possibilidade de um feto diagnosticado com a doença ter condições de se manter vivo, pois o seu coração e sua respiração são prejudicadas pela doença.

Como relatado pelo Ministro Marco Aurélio (2012, p.22):

Na sessão do dia 28 de agosto, foram ouvidas entidades científicas. O Dr. Roberto Luiz D'Ávila, representante do Conselho Federal de Medicina, fez referência à chamada judicialização da medicina – não é mais o médico e o paciente que resolvem os respectivos problemas ou questões, mas um magistrado, cuja opinião só será conhecida ao final de determinado período. Especificamente no tocante ao caso dos pais de feto portador de anencefalia, declarou que, em geral, as decisões não se coadunam com o desejo e não respeitam a autonomia dos pais e são constantemente postergadas a ponto de, quando proferidas, o bebê já ter nascido e morrido. Informou que, a partir da décima semana de gestação, é possível o diagnóstico da anencefalia. Alertou para o fato de que parcela dos médicos, não obstante se mostrar favorável à tese de não ser a interrupção de gravidez de feto anencéfalo enquadrável no Código Penal, recusa-se a realizar a intervenção por recluir a responsabilização no âmbito criminal.

Alguns médicos atestam que o risco de a gestante ter depressão aumenta em relação as gestantes com fetos saudáveis e os riscos pós-partos são muito mais elevados nesses casos de gravidez, fazendo jus a interrupção da gestação para preservar a saúde e a vida da mãe.

Corroborado pelo Ministro Marco Aurélio (2012, p.22):

O Dr. Jorge Andalaft Neto, representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, apontou que as mulheres gestantes de feto anencéfalo apresentam maiores variações do líquido

amniótico, hipertensão e diabetes, durante a gestação, bem como aumento das complicações no parto e no pós-parto e consequências psicológicas severas, com oito vezes mais risco de depressão. Relata que, segundo a FEBRASGO, a interrupção da gestação de feto anencéfalo constitui direito de cidadania.

Para muitos, esse foi um dos julgamentos mais importantes que fora analisado pelo Supremo Tribunal Federal, diante da complexidade e da pressão sofrido pelo Ministros para se chegar a um resultado. Questão de interesse de muitas parcelas da sociedade brasileira, como de renomados juristas, entidades religiosas, legisladores e de membros considerados comuns da sociedade brasileira e que eram as principais interessadas: as gestantes.

A ação foi julgada procedente pela maioria dos membros do Tribunal para declarar inconstitucional a interpretação de que a gestante e o médico que interrompesse a gestação proveniente de um feto anencéfalo responderiam pelo crime de aborto, previstos nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, sob um dos fundamentos que seria uma causa de excludente de ilicitude, pois nos casos de aborto decorrente de estupro, poderia haver a aborto ético ou humanitário, mesmo que o feto estivesse plenamente saudável. Outro argumento utilizado foi o fato de que sem vida do feto, como considerado pela medicina, não haveria a necessidade da tutela pelo tipo penal que protege a vida.

A demanda analisada tinha como premissa dar a mulher o direito de se autodeterminar, concedendo a gestante a decisão de continuar ou não com a gravidez, pois mesmo que o feto viesse a nascer, não seria possível a medicina nem o Estado capaz de reverter a situação da patologia, e por isso, o Estado não poderia obrigar a gestante a continuar com sua gravidez.

4 A MICROCEFALIA

Em decorrência do grande aumento dos casos de microcefalia no país, a questão da legalização do aborto veio novamente à tona. O que se pretende com o presente trabalho é a possibilidade da reanálise dos casos de aborto e se há possibilidade da aplicação aos casos de microcefalia.

A microcefalia existe já a algum tempo, porém, recentemente houve um grande aumento dos casos da doença, fato esse que está deixando a população em alerta.

O Ministério da Saúde define microcefalia (2016, s.p):

Microcefalia é uma malformação congênita, em que o cérebro não se desenvolve de maneira adequada. Neste caso, os bebês nascem com perímetro cefálico (PC) menor que o normal, ou seja, igual ou inferior a 32 cm. Essa malformação congênita pode ser efeito de uma série de fatores de diferentes origens, como substâncias químicas e agentes biológicos (infecciosos), como bactérias, vírus e radiação.

Ainda há divergência em relação a forma de transmissão da doença, sendo que, no período em que começou a difundir a doença em todo o país, muitos foram os boatos acerca da transmissão da doença, entre eles, o uso de um tipo de larvicida e também pelo uso de uma vacina vencida, teses essas que foram contraditas como demonstrado anteriormente. Mas, existe uma probabilidade muito alta de que a doença seja transmitida pelo *Zika Vírus*, mas que para alguns, ainda não possui comprovação científica.

O Ministério da Saúde delibera sobre o *Zika Vírus* (2016, s.p):

O Zika é um vírus transmitido pelo *Aedes aegypti* e identificado pela primeira vez no Brasil em abril de 2015. O vírus Zika recebeu a mesma denominação do local de origem de sua identificação em 1947, após detecção em macacos sentinelas para monitoramento da febre amarela, na floresta Zika, em Uganda.

Segundo relatos de Patrícia Garcez e Roberto Lent ainda não se pode afirmar que a doença seja ocasionada pelo vírus, pois falta informações técnicas sobre o caso, conforme descrito (2016, s.p):

Além disso, o espalhamento dos casos de microcefalia coincidiu com o do vírus e, em alguns casos, de fetos abortados ou natimortos, o vírus foi detectado na placenta e no próprio feto. No entanto, correlação nem sempre significa causalidade. O vírus zika como causa real da microcefalia ainda carece de demonstração científica.

Todavia, já há na mídia quem afirme que a doença é ocasionada pelo vírus, tendo inclusive estudos relacionados ao caso. Os dados utilizados na pesquisa foram de informações já conhecidas pela sociedade científica, analisando em momentos cruciais da gestação e se entre o vírus e doença tinha qualquer relação, tendo contato com mulheres que já tiveram filhos com má formação.

Conforme mencionado pela reportagem de O Globo (2016, s.p):

Depois de meses de especulação, cientistas do Centro de Controle e Prevenção de Doenças (CDC, na sigla em inglês), principal instituição de pesquisa de saúde do governo americano, divulgaram nesta quarta-feira um estudo que comprova que o vírus zika causa anomalias em fetos, como a microcefalia. A descoberta pode significar uma virada na luta contra a epidemia, que já atinge 40 países. Apesar das suspeitas anteriores, esta é a primeira vez que um estudo confirma que a picada do mosquito *Aedes aegypti* é capaz de provocar problemas cerebrais congênitos. O estudo foi publicado no "New England Journal of Medicine".

Além do que, recentemente em um protocolo proferido pelo Ministério da Saúde, houve a confirmação da relação entre o vírus e a doença, mencionando que o protocolo estará em constante atualização.

Ministério da Saúde (2015, p. 5):

Até o momento, foram consolidadas evidências que corroboram a decisão do Ministério da Saúde no reconhecimento da relação da microcefalia com o vírus Zika. Constatou-se que os primeiros meses de gestação das crianças que nasceram com microcefalia corresponderam ao período de maior circulação do vírus Zika na região Nordeste e que não há correlação com histórico de doença genética na família ou exames com padrão de outros processos infecciosos conhecidos.

Deve-se ressaltar que as informações e recomendações aqui presentes e agora divulgadas foram fundamentadas e estabelecidas a partir das discussões tidas entre as coordenações e secretarias do Ministério da Saúde, especialistas e representantes das Secretarias de Saúde de Estados, Municípios e do Distrito Federal

É de se ressaltar, com a definição da causa da doença, as chances de evitar e de tentar erradicá-la são grandes, tendo em vista que, quando não se tem uma certa dimensão do caso concreto, fica inviável qualquer forma de combate.

4.1 Comparação ao Aborto de Fetos Anencéfalos

Com o aumento de casos de microcefalia, o Brasil vive mais um episódio envolvendo casos de aborto. Com o medo de terem crianças com a doença, e pela eficácia ao combate do mosquito transmissor da doença ser árduo, algumas mulheres buscam a interrupção da gestação como uma forma de combate à doença. Além do que, a prática deste ato é tipificado em nosso Código Penal, pois não se enquadraria em nenhuma das hipóteses permitidas pela lei.

Como mostra a reportagem de Cláudia Collucci (2016, s.p):

Grávidas com diagnóstico de infecção pelo vírus da zika estão recorrendo ao aborto clandestino antes mesmo da confirmação se o feto tem ou não microcefalia.

Os preços do procedimento em clínicas particulares variam entre R\$ 5.000 e R\$ 15 mil, dependendo da estrutura e do estágio da gestação.

Três médicos relataram à Folha casos de mulheres que já tomaram essa decisão. Todas são casadas, têm educação de nível superior, boas condições financeiras e tinham planejado a gravidez, mas se desesperaram com a possibilidade de a criança desenvolver a má-formação.

As gestações estavam entre a sexta e oitava semana e foram interrompidas com o misoprostol (Citotec). O medicamento é obtido no mercado ilegal, já que sua disponibilização é limitada a hospitais. A venda é proibida nas farmácias desde 1998.

O que se busca com a interrupção, é enquadrar o caso ao que foi definido pelo Supremo Tribunal Federal, legalizando a interrupção da gestação decorrente de fetos anencéfalos.

Ao que parece, o feto diagnosticado com microcefalia, difere em alguns pontos dos fetos diagnosticado com anencefalia. Naquele, há uma diminuição do cérebro, ocasionando uma malformação congênita, podendo, dependendo do grau, não impedir a vida extrauterina, já neste, há a ausência do encéfalo, podendo colocar em risco a vida da mãe e como causa, inviabiliza a vida fora do corpo materno. Mas, já algumas discussões sobre o tema, sendo inclusive a quem defenda ser o caso analisado pelo Supremo Tribunal Federal.

Conforme relata Sérgio Rodas em seu artigo o posicionamento de doutrinadores contra a mesma interpretação (2016, s.p):

Para o ministro aposentado do Supremo Carlos Velloso, o fato de a anencefalia ter efeitos diferentes da microcefalia impede que as duas condições sejam tratadas da mesma forma: “Seria uma brutalidade sem nenhuma justificativa eliminar uma vida porque a criança vai nascer com problema cerebral. Então, se tiver também problema coronariano, pulmonar, vamos autorizar o morticínio?”.

Nessa mesma linha, o professor de Direito Constitucional da Universidade de São Paulo José Levi Mello do Amaral Júnior sustenta que a condição supostamente causada pelo vírus zika não impede a vida, e que autorizar o aborto desses fetos seria uma manobra jurídica. “A microcefalia típica não implica impossibilidade de vida extra-uterina e os exemplos concretos são numerosos, inclusive de pessoas nesta condição que superaram limitações e, até mesmo, colaram grau em curso superior. Por isso mesmo, admitir aborto no caso de microcefalia seria vulgarizar algo que é excepcional no Direito brasileiro”, avalia.

De modo, que no artigo mencionado, cita opiniões opostas, inclusive do Ministro Marco Aurélio de Mello, relator da ADPF nº 54.

Aludido por Sérgio Roda (2016, s.p):

O ministro Marco Aurélio enxerga a possibilidade de grávidas de microcéfalos interromperem a gestação. Contudo, o argumento dele é diferente do usado no julgamento sobre anencéfalos. Este precedente, a seu ver, não pode ser automaticamente estendido a fetos com crânio e cérebro menores pela mesma razão destacada por Velloso, Amaral Júnior e Ana Paula: a chance de vida que eles têm.

O fundamento do ministro está na interpretação do conceito de dano à mulher, uma das hipóteses de aborto legal. Aos seus olhos, essa definição pode incluir não apenas o prejuízo material, à saúde física da gestante, mas também o moral, que afetaria a saúde mental. Com base nessa premissa, o sofrimento da grávida por saber que seu filho terá graves limitações justificaria, para Marco Aurélio, a interrupção da gravidez.

Assim sendo, a discussão da possível interpretação da interrupção da gestação de fetos anencéfalos, em relação aos microcefálicos está longe de acabar, podendo, contudo, dizer que essa discussão ainda nem chegou ao Poder Judiciário, mas abre hipóteses para que brevemente seja apreciado pelo Supremo.

4.2 Alguns Posicionamentos Sobre o Tema

A questão do aborto decorrentes de fetos diagnosticados com microcefalia ainda é uma polêmica “nova” na nossa sociedade, e que, dificilmente encontraríamos alguns julgados sobre o tema, entretanto, já há quem se posiciona sobre o objeto deste trabalho.

Em uma pesquisa feita pelo Datafolha, foram ouvidas a população brasileira acerca do tema e a maioria é contrária a interrupção.

Explica Lucas Ferraz (2016, s.p):

A maioria da população brasileira considera que as mulheres infectadas pelo vírus da zika não deveriam ter direito de abortar –mesmo que houvesse a confirmação de microcefalia no bebê.

Segundo pesquisa Datafolha, 58% avaliam que as grávidas que tiveram zika não podem ter a opção de interromper a gravidez, contra 32% que defendem esse direito –e 10% que não opinam.

A rejeição majoritária à possibilidade de aborto legal ocorre inclusive nos casos em que a microcefalia já foi comprovada durante a gestação. Nesse cenário, 51% se posicionam contrários ao direito de interromper a gravidez, contra 39% que são a favor.

Como percebe-se pela pesquisa, a população é a favor da manutenção da vida, mesmo nos casos de a doença ser diagnosticada durante a gestação, de modo que foram ouvidas cerca de 2.728 pessoas e que colocam sobre o Estado a responsabilidade, contudo, afirmar que o surto da doença foi causado pela população em si.

A igreja católica, por meio do Arcebispo dom Odilo Scherer também se posicionou sobre o caso, preferindo se fundamentar em questões divinas e não necessariamente a posicionamentos científicos, como uma forma de manter o pensamento tradicional e conservador da igreja, propondo que uma melhor fiscalização e que o governo combata clínicas que vão contra a lei.

Demonstrada pela reportagem de Ricardo Senra (2016, s.p):

"Toda gravidez sempre envolve alguma incógnita e pode resultar em alguma anomalia, o que é indesejável. (...) Um bebê (microcéfalo), embora tenha suas limitações, pode ter certa autonomia. É uma pessoa que terá alegrias na vida. Então, (é preciso) acolher esse ser humano com suas limitações e encarar como uma missão a ser acompanhada durante toda a vida."

Alguns especialistas médicos, diferentemente dos acima mencionada, preferem legalizar o aborto nas condições de fetos microcefálicos, por serem favoráveis a interrupção em casos de deformações do feto.

Conforme reportagem preparada pela BBC Brasil, na qual entrevista o obstetra Olímpio de Moraes (2016, s.p):

Por isso, discussões como a que envolve os atuais casos de microcefalia associada ao zika vírus não o surpreendem. "Já fazemos o diagnóstico precoce do zika, mas não sabemos qual o percentual de grávidas com o vírus que terá microcefalia, nem qual a gravidade. Mas é lógico que (o aborto) é um direito da mulher", disse em entrevista à BBC Brasil.

Moraes faz parte do grupo de médicos que defende que o Brasil adote uma legislação semelhante à de países como Portugal, Espanha e Uruguai, que dá a opção do aborto para todas as mulheres até as 12 semanas da gestação e, no caso das deformações, admite que sejam passíveis de aborto não só as incompatíveis com a vida, mas também as muito graves, que inviabilizam a independência da pessoa e uma vida humana considerada digna.

Inclusive as Organizações das Nações Unidas, diante da gravidade e da repercussão do caso, se pronunciaram sobre o tema que atinge o Brasil, em entrevista a Ricardo Senra (2016, s.p):

A porta-voz da ONU Cecille Pouilly disse, em entrevista à BBC Brasil, que a epidemia de zika representou de certa forma uma oportunidade para que uma série de questões relacionadas aos direitos reprodutivos da mulher fossem revistas.

Para o Brasil, a descriminalização recomendada pela ONU retiraria a punição de até três anos prevista pelo código penal.

"O aborto já é feito. No mundo, 47 mil mulheres morrem em decorrência de abortos sem segurança", disse, acrescentando que países precisam também oferecer serviços de atendimento pós-aborto sem que haja o risco de punição às mulheres.

Segundo disse Pouilly à BBC Brasil, a ONU recomenda ainda que o aborto seja legalizado em cinco diferentes situações. "Em casos de estupro, incesto, risco à saúde física e mental da mãe e também em casos de bebês deficiências consideradas graves", listou.

Questões polêmicas como essas não serão resolvidas facilmente, o caso, como outros emblemáticos para a sociedade chegará ao Poder Judiciário para que seja solucionado, porém, como possui diferentes opiniões e de parcelas da

sociedade diferentes, chegará para ser analisado mais uma vez pelo Supremo Tribunal Federal.

5 CONCLUSÃO

As causas da doença e sua proliferação ainda possuem divergências no campo científico, mas o que já está certo, é que o caso da interrupção da gestação nesses casos gerará muitos pensamentos diferentes para o tema.

Primeiramente, deve se chegar à conclusão de como a doença é causada e quais serão e são suas formas de combate para depois, como mais cautela analisar os casos.

Diante do grande aumento dos casos, certamente chegará para análise do Judiciário a questão do aborto decorrente de fetos diagnosticados com microcefalia, uma vez que o grande problema enfrentado será os conflitos de direitos fundamentais que cercam o tema, sendo que terá aqueles que pensam que o direito à vida é absoluto, e, portanto, estará acima de qualquer outro direito, mesmo que fundamental.

O que se pretende com o trabalho, não é a relativização da vida, não é fazer com que a vida fique em segundo plano, mas fazer com que haja uma evolução de pensamento, e principalmente, que haja uma melhor análise ao direito de intimidade e liberdade da gestante, em poder dispor de seu corpo em casos específicos, como a interrupção da sua gestação, quando diagnosticado que o feto terá graves sequelas e deformações que irão prejudica-los em vida.

Como demonstrado anteriormente, já há casos em que mulheres estão praticando aborto de forma ilegal, colocando a vida do feto e principalmente a sua em risco.

Portanto, a questão da interrupção da gestação provenientes de fetos microcefálicos chegará ao Judiciário, mas, que a questão seja analisada atingindo a ponderação sobre os direitos fundamentais em questão, todavia, que jamais deixa de analisar a situação particular de cada gestante que busca com o aborto, uma forma de alívio pelos danos já ocasionados desde o diagnóstico da doença.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

'ABORTO por microcefalia é complicado, mas é direito da mulher', diz médico. **Site Ig.** Fev. 2016. Disponível em < <http://ultimosegundo.ig.com.br/igvigilante/2016-02-19/aborto-por-microcefalia-e-complicado-mas-e-direito-da-mulher-diz-medico.html>>
Acesso em: 27 abril.2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.** Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091>>
Acesso em: 27 abril.2016.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil Brasileiro.** Brasília: Congresso Nacional, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, (de 07 de dezembro de 1940). **Código Penal.** Diário Oficial da União. 1940.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor do Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF. Relator: AURÉLIO, Marco de. Publicado no DJ de 22-04-2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>
Acesso em: 27 abril.2016

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **Protocolo de atenção à saúde e resposta à ocorrência de microcefalia relacionada à infecção pelo vírus Zika**– Brasília: Ministério da Saúde, 2015.

BRASIL: Ministério da Saúde. **Prevenção e combate Dengue, Chikungunya e Zika.** Disponível em < <http://combateaedes.saude.gov.br/index.php/tira-duvidas#zika-microcefalia>>. Acesso em: 26 abril.2016.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo:** intersexualidade, transexualidade, transplantes. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CISCATI, Rafael. O que o boato sobre o larvicida que "causa" microcefalia diz sobre nosso medo de epidemias. **Epoca.** 2016. Disponível em < <http://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/02/o-que-o-boato-sobre-o-larvicida-que-causa-microcefalia-diz-sobre-nosso-medo-de-epidemias.html> >. Acesso em: 9 abril.2016.

COLLUCCI, Cláudia. Grávida com zika fazem aborto sem confirmação de microcefalia. **Folha de São Paulo**. São Paulo, jan. 2016. Disponível em <<http://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/01/1735560-gravidas-com-zika-fazem-aborto-sem-confirmacao-de-microcefalia.shtml?mobile>>. Acesso em: 27 abril.2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

EUA confirmam: zika provoca microcefalia. **Oglobo.globo.com**. Abril. 2016. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/rio/eua-confirmam-zika-provoca-microcefalia-19082024>>. Acesso em: 27 abril.2016.

FERRAZ, Lucas. Maioria dos brasileiros desaprova aborto mesmo com microcefalia. **Folha de São Paulo**. São Paulo, fev.2016. Disponível em <<http://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/02/1744476-maioria-dos-brasileiros-desaprova-aborto-mesmo-com-microcefalia.shtml?mobile>>. Acesso em: 27 abril.2016.

GARCEZ, Patrícia; LENT, Roberto. Zika e microcefalia: um olhar da ciência. **Oglobo**. Disponível em <<http://noblat.oglobo.globo.com/geral/noticia/2016/02/zika-e-microcefalia-um-olhar-da-ciencia.html>> Acesso em: 27 abril.2016.

KARAGULIAN, Patrícia Partamian (Coord.). **Aborto e legalidade**: malformação congênita. São Caetano do Sul: Yendis, 2007.

LUNÕ, Antônio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 8° ed.; Madrid, Editorial Tecnos, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A questão do aborto**: aspectos jurídicos fundamentais. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

RODRIGUES, Ana Helena (Edi.). 4 motivos para não acreditar no boato que liga vacinas vencidas ao zika vírus. **Epoca**. Disponível em <<http://epoca.globo.com/vida/noticia/2015/12/4-motivos-para-nao-acreditar-no-boato-que-liga-vacinas-vencidas-ao-zika-virus.html>>. Acesso em: 9 abril.2016.

RODAS, Sérgio. Decisão do STF sobre aborto de anencéfalo não se aplica a feto com microcefalia. **Conjur**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-05/decisao-feto-anencefalo-nao-aplica-microcefalia>>. Acesso em: 27 abril.2016

SENRA, Ricardo. ONU defende descriminalização do aborto em meio à epidemia de zika. **BBC Brasil**. São Paulo, fev. 2016. Disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160205_onu_aborto_zika_rs>. Acesso em: 27 abril.2016.

SENRA, Ricardo. Zika e aborto: Camisinha é 'decisão pessoal' e mães devem encarar microcefalia como 'missão', diz arcebispo. **BBC Brasil**. São Paulo, fev. 2016. Disponível em <

http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160204_dom_odilo_zika_rs_ab.shtm> Acesso em: 27 abril.2016.