



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

GILMAR SANT'ANA

**O ABORTO NOS CASOS DE MICROCEFALIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

**Assis/SP
2020**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

GILMAR SANT'ANA

**O ABORTO NOS CASOS DE MICROCEFALIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando(a): Gilmar Sant'ana

Orientador(a): Edson Fernando Pícolo de Oliveira

**Assis/SP
2020**

FICHA CATALOGRÁFICA

S253a SANT'ANA, Gilmar

O aborto nos casos de microcefalia à luz do princípio da dignidade da pessoa humana / Gilmar Sant'ana. – Assis, 2020.

26p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis-FEMA

Orientador: Ms. Edson Fernando Pícolo de Oliveira

1.Dignidade-aborto 2.Aborto 3.Microcefalia

CDD341.272

O ABORTO NOS CASOS DE MICROCEFALIA Á LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

GILMAR SANT'ANA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: EDSON FERNANDO PÍCOLO DE OLIVEIRA

Examinador: EDUARDO AUGUSTO VELLA GONÇALVES

**Assis/SP
2020**

Dedico este trabalho aos meus pais, Paulo Sant'ana e
Maria Hortência França Sant'ana, in memoriam, com muito
amor e saudade

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter me dado saúde e força para superar as adversidades e conseguir finalizar este trabalho.

Agradeço ainda, à Fundação Educacional do Município de Assis, seu corpo docente, à administração e a todos os funcionários da instituição, que me proporcionaram um ambiente acolhedor e oportuno para que eu chegasse a vislumbrar um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética presentes.

Ao meu orientador Edson Fernando Pícolo de Oliveira, pelo suporte que lhe coube, por suas correções e incentivo.

Aos meus pais, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

A todos os que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo promover uma reflexão acerca do aborto em casos de microcefalia.

Pretendemos discorrer sobre os direitos conquistados pela mulher ao longo da história e as liberdades conquistadas e a escolha da mulher diante do aborto.

Trata-se de um assunto delicado, que envolve a saúde da mulher e sua liberdade de decisão, mas também à vida do nascituro.

Pretendemos abordar o posicionamento favorável e contra o aborto e abordar os casos em que o Código Penal exclui a punibilidade e, ainda, destacar a necessidade de políticas de saúde pública eficazes que promovam uma vida digna à mulher e ao bebê.

Apoiamo-nos no princípio da dignidade da pessoa humana a fim de discorrer sobre a decisão da mulher de levar a gestação adiante.

Palavras-chave: aborto, microcefalia, mulher, direito, garantias

ABSTRACT

This work aims to promote a reflection on abortion in cases of microcephaly. We intend to discuss the rights conquered by women throughout history and the freedoms conquered and the choice of women in the face of abortion. It is a delicate matter, which involves women's health and their freedom of decision, but also the life of the unborn child. We intend to address the favorable and anti-abortion stance and address the cases in which the Penal Code excludes punishment and, also, highlight the need for effective public health policies that promote a dignified life for women and babies. We rely on the principle of the dignity of the human person in order to discuss the woman's decision to carry the pregnancy forward.

Keywords: abortion, microcephaly, woman, law, guarantees

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. OS DIREITOS DAS MULHERES AO LONGO DA HISTÓRIA	2
O DIREITO À VIDA PELA ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	3
3. O ABORTO DE ACORDO COM O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.....	5
ABORTO DE ANENCÉFALO.....	7
MICROCEFALIA	9
MICROCEFALIA NÃO SE EQUIPARA A ANENCEFALIA	10
4. O ABORTO NOS CASOS DE MICROCEFALIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	11
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	14

1. INTRODUÇÃO

O tratamento dado ao tema do aborto no âmbito jurídico gera polêmicas no mundo todo, uma vez que trava um embate entre àqueles que defendem o direito à escolha da mulher, de levar adiante ou não a gestação e aqueles que defendem o direito à vida do nascituro.

Trata-se de um debate profundo, que envolve argumentos jurídicos, morais, de saúde pública e religiosos.

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a saúde não havia sido tratada como um direito. Porém, após sua promulgação, a saúde passou a ser ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é garantido pelo Estado.

Os direitos fundamentais são princípios gerais do direito e por possuírem fundamentalidade formal e material, tem função basilar no ordenamento jurídico, influenciando todas as demais normas.

A Constituição Federal de 1988 incluiu em seu texto princípio da dignidade da pessoa humana no artigo 1º- inciso III, definindo este princípio como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Fundamentais. É com base neste princípio que a pessoa fundamenta sua realização pessoal, satisfação e autonomia com que conduz a própria vida, o próprio corpo e assim, a própria vida.

Por meio das garantias e direitos fundamentais o debate acerca do aborto ganhou espaço no âmbito jurídico e , apoiado no princípio de dignidade da pessoa humana, passou a ser possível defender a interrupção da gravidez em situações em que a saúde da mulher e do feto estão em risco, além disso, discute-se a possibilidade de aborto como decisão da mulher de não levar a gravidez adiante.

O aborto, ato de interromper a gravidez, é tipificado como crime pelo Código Penal Brasileiro. No entanto, o artigo 128 traz as hipóteses nas quais o aborto não é punível, trata-se de situação em que não há outro meio de salvar a vida da gestante, e ainda, quando a gestação é resultado de um estupro. Além dessas, o Supremo entendeu que casos de Anencefalia permitiriam a prática do aborto, uma vez que não há possibilidade de vida ao feto nessa situação.

Recentemente, a Microcefalia, condição na qual o cérebro do feto não se desenvolve normalmente devido à mal formação congênita, passou a ser debatida como uma situação na qual se justifica o aborto.

A Microcefalia se tornou uma epidemia no Brasil, especialmente em regiões pobres e estudos apontam que o Zika Vírus, causado pelo mosquito *Aedes Aegypti* como causador da doença. Devido à gestação de risco, ao sofrimento causado à mãe e ao bebê com microcefalia, aos elevados custos de tratamento e a impossibilidade de que a maioria de crianças portadores da má formação tenham uma vida normal, alguns especialistas passaram a defender a possibilidade de interrupção da gravidez.

Para discutir o tema, nos embasaremos nos Princípios Constitucionais e Direitos e Direitos e Garantias Fundamentais que permitem vislumbrar a possibilidade de aborto nos casos de Microcefalia.

2. OS DIREITOS DAS MULHERES AO LONGO DA HISTÓRIA

Os Direitos Humanos se modificam ao longo da História, uma vez que a sociedade humana avança e ocorrem mudanças nos costumes e hábitos sociais.

É possível observar os avanços no que diz respeito aos direitos das mulheres ao longo da História, esse avanço está diretamente ligado às mudanças de costumes da sociedade a respeito do comportamento feminino. As liberdades alcançadas, o direito ao voto, as mudanças na legislação, que deixou de encarar a mulher como dependente do pai ou do marido, o direito ao trabalho sem necessitar de autorização do homem.

Os direitos da mulher nasceram após a evolução dos direitos fundamentais. Os movimentos sociais, a partir dos anos 1970 ganharam força e por meio dessa luta, as mulheres conquistaram direitos, independência e autonomia.

No ano de 1983 nasceu o Conselho Estadual de condição feminina e a primeira delegacia de polícia em defesa da mulher. No ano de 2006 foi criada a Lei Maria da Penha, 11.340/2006. Atualmente, o Ministério dos Direitos Humanos no Brasil leva o nome de Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, numa tentativa de dar espaço e voz à mulher.

É possível notar, portanto, que com as mudanças morais ocorridas na sociedade ao longo das décadas, a liberdade feminina e os direitos da mulher passaram a ser conquistados.

Por outro lado, a violência contra a mulher ainda é alarmante, e as estatísticas mostram um número grande de mulheres vítimas de violência doméstica e homicídio ou tentativa de

homicídio. Logo, é possível notar que a luta pelos direitos das mulheres ainda tem um longo caminho a percorrer, já que envolve questões sociais e culturais.

O feminismo é um assunto que gera debates acalorados, uma vez que há aqueles que o interpretam como um movimento que visa superioridade, equivalente ao machismo, enquanto seus defensores afirmam que o movimento, na verdade, visa igualdade de gênero.

O direito da mulher sobre o próprio corpo, compreendido como o direito de se relacionar com quem quiser, namorar com quem quiser, se casar com quem desejar é defendido por diversos princípios, entre eles, o direito à vida, direitos da personalidade, direitos humanos, dignidade da pessoa humana, entre outros. A legislação garante a todos a defesa do próprio corpo, da própria vida.

Entretanto, o aborto como escolha da mulher é um tema delicado, que envolve valores morais, religiosos e aspectos científicos.

O Código Penal brasileiro define as situações nas quais o aborto não será criminalizado, casos em que exista risco de morte à mulher e casos de estupro, porém, trata-se de um debate extenso no qual é necessário avaliar a vida da mulher e a vida do feto.

O aborto é um tema recorrente e polêmico quando se trata de direitos da mulher, uma vez que envolve a vida, o corpo da mulher, as condições na qual ela irá gerar outra vida. Portanto, será o aborto uma escolha da mulher? Não é uma pergunta que pode ser correspondida de maneira simples, uma vez que envolve diversas questões envolvendo valores de toda a sociedade, mas também de cunho pessoal da mulher.

Os legisladores buscam compreender a sociedade e suas complexidades a fim de atender a todos e garantir o bem estar coletivo e individual.

O DIREITO À VIDA PELA ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O direito à vida está inserido no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que versa: “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 (...)”

Consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. “Existir” é o movimento espontâneo contrário ao estado de “morte”. Porque se assegura o direito à vida é que a legislação penal pune todas as formas de interrupção violenta do processo vital. É também por essa razão que se considera legítima a defesa contra qualquer agressão à vida, bem como se reputa legítimo até mesmo tirar a vida de outrem em necessidade da salvação própria (Silva (2008, p. 66)

Notamos, segundo o doutrinador, o direito à vida consiste em lutar para estar vivo, de modo que qualquer ato que atente contra a vida é punido, de acordo com a legislação penal. O respeito à vida, portanto, é o primeiro princípio da moral médica e um dos mais importantes do ordenamento jurídico, sendo objeto autônomo de tutela jurisdicional. Trata-se, portanto, do bem mais precioso.

Não há um consenso sobre o exato momento em que se inicia a vida humana. No ato da fecundação, o zigoto é originado através dos gametas feminino e masculino, neste momento, existe a formação de um novo código genético. Há aqueles que defendem que a vida humana se inicia neste momento. Porém, para que se desenvolva é preciso um ambiente adequado. É preciso que ele se fixe à parede uterina para que se desenvolva, conhecido como processo de nidação. Desta forma, será alvo de tutela jurisdicional a vida humana com probabilidade de se desenvolver, ou seja, aquela passou pelo processo de nidação.

Apesar de ter alcançado a nidação, essa vida humana ainda não possui autonomia. O desenvolvimento do nascituro está condicionado à vida da gestante. Portanto, o nascituro ainda não pode usufruir dos direitos da personalidade.

O Código Civil brasileiro estabelece em seu artigo 2º que: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”.

Desta forma, observa-se que o direito à vida é garantia fundamental expresso na Constituição Federal e que o Código Civil brasileiro, garante os direitos do nascituro, aquele que tem expectativa de nascer. Ainda, o Código Penal brasileiro criminaliza o ato de tirar a vida ou tentar fazê-lo, daquele que ainda se encontra no útero materno. Portanto, a legislação brasileira protege os direitos daquele que ainda se encontra no ventre materno:

Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo. Aquele que, estando concebido, ainda que não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos de personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida (DINIZ, 1999, p.10)

De acordo com Maria Helena Diniz (2011. p.10) “aquele que ainda não nasceu, possui direitos da personalidade”. Desta forma, o nascituro, segundo o artigo 2º do Código Civil, tem sua vida e integridade protegidas, assim como outros direitos.

3. O ABORTO DE ACORDO COM O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O aborto pode ser definido como a interrupção da gravidez. Neste caso ovo, até três semanas, embrião, até três meses e feto, a partir dos três meses, não havendo a necessidade de expulsão. O crime só ocorre no caso de o aborto ser provocado pela própria gestante ou por terceiro, se ocorrer naturalmente, não há de se falar em crime.

Considera-se aborto a interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intrauterina. Não faz parte do conceito de aborto a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e posterior reabsorvido pelo organismo materno em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno. A lei não faz distinção entre óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses) ou feto (a partir de três meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer, entre a concepção e o início do parto (CAPEZ, 2012.p 129)

O crime ocorre exclusivamente na modalidade dolosa, desde que haja consciência do estado gravídico. Para isso, é preciso a vontade ou o consentimento de provocar o aborto.

Caso a mulher esteja grávida, mas não tem consciência de seu estado e toma alguma substância abortiva, não há de se falar em crime, uma vez que não existe modalidade culposa para este crime.

No Brasil, o texto dos artigos 124 a 128 criminalizam o aborto.

Segundo Capez (2012,p 133) “ a morte do feto em decorrência da interrupção da gravidez deve ser resultado direto do emprego dos meios ou manobras abortiva”.

Segundo o artigo 124 do Código Penal “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

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

No caso do artigo 124 do Código Penal, o sujeito ativo é a própria gestante. Pode haver colaboração de outra pessoa, no entanto, não poderá caracterizar ato de execução, se caracterizar, será tipificado no artigo 126 do Código Penal.

O artigo 125 do Código Penal trata do aborto provocado por terceiro, em que não há o consentimento da gestante, e tem como pena a reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos.

O artigo 126 do Código Penal traz a pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos para quem provoca o aborto com o consentimento da gestante. Ainda, segundo o parágrafo único do artigo, no caso de gestante menor de 14 (catorze anos), alienada ou débil menta, ou ainda, se o consentimento for obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência, aplica-se a pena do artigo anterior.

O artigo 127 traz a forma qualificada, no qual as penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provoca-lo, a gestante sofrer lesão corporal de natureza; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

O artigo 128 do Código Penal trata dos casos em que não haverá punição, no caso, o aborto praticado por médico. O inciso I discorre acerca do aborto necessário, no caso de não haver outro meio de salvar a vida da gestante. O inciso II trata de aborto no caso de gravidez resultante de estupro. Conhecido como aborto humanitário, sentimental ou ético. Neste caso, o aborto ocorre com o consentimento da gestante ou de seu representante legal se esta for incapaz. A lei não exige autorização judicial.

Para a medicina, Marcelo Zugaib (2016, p. 1246) diz que “o aborto é conceituado clinicamente como a interrupção voluntária ou não da gravidez antes de 20 semanas de gestação ou quando o peso fetal for inferior a 500g”. De forma genética, corresponde à interrupção da gravidez antes de seu termo normal, seja de causa espontânea ou provocada”.

ABORTO DE ANENCÉFALO

A vida é necessária para que uma pessoa exista. Todos os bens de uma pessoa, o dinheiro e as coisas que ela acumulou, seu prestígio político, seu poder militar, o cargo que ela ocupa, sua importância na sociedade, até mesmo seus direitos, tudo isso deixa de ser importante quando acaba a vida. Tudo o que uma pessoa tem perde o valor, deixa de ter sentido, quando ela perde a vida. Por isso pode se dizer que a vida é o bem principal de qualquer pessoa, é o primeiro valor moral de todos os seres humanos (DALLARI, 2014.p 15)

A Constituição Federal Brasileira traz em seu artigo 5º, como garantia fundamental, o “direito à vida”. Trata-se do bem maior, a vida humana, que é protegida pelo Estado.

O Código Penal Brasileiro criminaliza o aborto a fim de preservar a vida intrauterina, garantindo, portanto, o direito à vida daquele que ainda se encontra no útero materno. Entretanto, no artigo 128, o Código Penal traz as situações denominadas excludentes de ilicitude, também chamada de aborto legal, situações estas em que a prática do aborto não é criminalizada. Neste dispositivo há a discussão acerca do aborto do feto anencefálico.

De acordo com Dias e Partington (2004,p.1-16) “a anencefalia é um defeito congênito decorrente do mau fechamento do tubo neural que ocorre entre o 23 e 28 *dias* de gestação” Ocorre um problema na embriogênese que ocorre muito precocemente na gestação, causado por interações complexas entre fatores genéticos e ambientais.

Fernando Capez (2012. p.146-47 defende que no aborto de feto “anencéfalo ou anencefálico não há crime, ante a inexistência do bem jurídico. Uma vez que não há, no feto, o sistema nervoso central, onde abrange o cérebro, não há de se falar em vida”. Considera-se, portanto, fato atípico.

Não há um consenso entre os juristas brasileiros acerca do tema, havendo, portanto, aqueles que defendem a não existência de crime, e, no outro polo, aqueles que defendem a existência de crime. Trata-se de um assunto polêmico, uma vez que envolve o posicionamento científico, além de valores morais e religiosos.

Não há lei específica sobre o tema, entretanto, há decisões do Supremo no sentido de permitir realizar o aborto em caso de anencefalia, segundo a vontade da gestante, não havendo penalidades caso esta decida pela prática.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) ajuizou uma ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental com o intuito de obter posicionamento do STF sobre o aborto do feto anencéfalo. Na ocasião, o ministro Marco Aurélio concedeu medida liminar mediante a qual determinou o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado relativas a crimes de aborto de feto anencefálico, como também, o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir do laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto.

O ministro Marco Aurélio evoca o princípio da dignidade da pessoa humana para justificar seu posicionamento (2012.p 235) de que 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”. O ministro enfatiza o direito de escolha da mulher, pela interrupção da gestação ou não neste caso.

O Supremo Tribunal Federal, tem, portanto, decisões que não penalizam o aborto em caso de feto anencéfalo, fundamentando tal posicionamento no princípio da dignidade da pessoa humana no que se refere à mãe, e com base científica de que o feto anencéfalo não possui vida.

Por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF número 54, o Supremo Tribunal Federal, decidiu, portanto, pela possibilidade de realização do aborto nos casos de fetos anencéfalos.

MICROCEFALIA

Segundo o médico Drauzio Varella, em matéria para o site UOL¹, “a microcefalia é uma condição neurológica rara que se caracteriza por anormalidades no crescimento do cérebro dentro da caixa craniana”. Nessa condição, os ossos do crânio se fundem prematuramente e impedem que o cérebro cresça sem haver compressão de sua estrutura. Ainda, segundo o médico, tal alteração pode ser congênita ou se dar após o nascimento, associada a outros fatores de risco.

A doença pode ter causas genéticas ou ambientais, mas, ainda, segundo Drauzio Varella, os casos de crianças com microcefalia registrados na região Nordeste do Brasil no ano de 2016 levaram à suspeita de que a condição pudesse estar associada ao Zika vírus, o que foi comprovado por pesquisas do Instituto Evandro Chagas mais tarde.

Varella destaca que, algumas crianças, embora portadoras de microcefalia, podem ter o desenvolvimento e inteligência normais, apesar da “circunferência do crânio ser menor do que as estabelecidas nas tabelas de referência para a sua idade e sexo. No entanto, na maioria dos casos, a microcefalia está ligada ao atraso no desenvolvimento neurológico mental, psíquico e motor. A gravidade pode variar de acordo com o caso e pesquisas apontam que a maioria se dá em bebês do sexo masculino.

A condição pode ser detectada nos exames pré-natais, ou pela avaliação clínica a que os recém nascidos são submetidos nas primeiras vinte e quatro horas de vida. É a medida da circunferência da cabeça, chamada perímetro craniano, que, ao ser avaliada de acordo com a

¹ <https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/microcefalia/>

medida de crescimento padrão disponível nas tabelas, de acordo com o sexo e a idade dos bebês, que irá constatar a microcefalia.

Varella aponta a necessidade de exames como tomografia computadorizada raio x, ressonância magnética, mapeamento ósseo e exames sanguíneos para determinar a causa da má formação e a melhor terapia para o tratamento.

Até o momento, não existe cura para a microcefalia, o tratamento visa diminuir as complicações e estimular o desenvolvimento da criança a fim de garantir melhor qualidade de vida para as crianças com a má formação.

MICROCEFALIA NÃO SE EQUIPARA A ANENCEFALIA

Júlio César Martins Casarin, em matéria Especial para o UOL², discorreu sobre o aborto nos casos de microcefalia. O redator iniciou seu texto informando sobre o pedido da ONU, Organização das Nações Unidas, para que o aborto, nos casos de microcefalia, não fosse criminalizado no Brasil devido à epidemia de Zika Vírus, doença causada pelo mosquito *Aedes Aegypti*.

A má formação congênita provocada pelo Zika Vírus atinge, na maioria dos casos, mulheres que residem em regiões brasileiras onde não há saneamento básicos, água potável e prevenção eficaz por parte do Estado. Logo, além de passar pelo trauma da doença, enfrentam a pobreza e falta de tratamento de saúde para si e para seus filhos.

O Ministério da Saúde do Brasil constatou, com base em pesquisas do Instituto Carlos Chagas e outras referências na área da saúde, que o zika vírus tem relação direta com os casos de microcefalia. Portanto, a epidemia do vírus, causada pelo mosquito *Aedes Aegypti*, também causador da dengue, afetou um grande número de mulheres grávidas em diversas regiões do Brasil, com maior incidência nas regiões Norte e Nordeste, acarretando em diversos casos da

² <https://noticias.uol.com.br/opiniaocolumna/2016/02/17/microcefalia-nao-se-equipara-a-anencefalia-para-justifica>

condição. Com isso, passou-se a considerar a possibilidade de realização do aborto em tais casos não ser considerado crime, e ser equiparado aos casos de anencefalia.

Ao interpretar a legislação brasileira, Casarin destaca as hipóteses em que o aborto não é considerado crime, presentes no artigo 128 do Código Penal e seus incisos. Trata-se da situação na qual a gravidez é resultado de estupro e de situação em que a gravidez resulta de risco de morte para a gestante. Os casos de anencefalia não são previstos em lei, no entanto, a decisão do Supremo, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, permitiu a interrupção da gravidez, compreendendo não ser possível à gestante levar adiante uma gestação que resultaria num feto sem condições de sobrevivência ao nascer.

A lei brasileira não discorre acerca da microcefalia, uma vez que, embora a condição já existisse, a epidemia foi algo inédito e recente provocada pelo mosquito no país.

Essa condição não se equipara à anencefalia do ponto de vista da medicina, segundo Casarin, uma vez que, no caso da microcefalia, a criança nasce com vida, porém, devido à anormalidade no crescimento da caixa craniana, a maioria desses bebês terá parte do desenvolvimento comprometido.

O autor defende, portanto, o direito à vida como um direito do nascituro, também embasado no princípio de dignidade da pessoa humana, uma vez que, segundo a Constituição Federal “ninguém será privado de seu direito à vida”.

Por outro lado, médicos entrevistados pela Folha e a Agência de Controle de doenças da ONU³ defendem a possibilidade de interrupção no início da gravidez nos casos comprovados de microcefalia, dentro dos limites da lei de cada país. Defendeu ainda, que as mulheres expostas ao Zika Vírus tivessem acesso garantido a métodos anticoncepcionais.

Entretanto, no Brasil segue o posicionamento de aborto descritos no Código Penal e em casos de anencefalia, não sendo possível a realização em casos de microcefalia, uma vez que a última não se equipara à anencefalia.

4. O ABORTO NOS CASOS DE MICROCEFALIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

³ <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/02/agencia-da-onu-recomenda-aborto-para-conter-casos-de-microcefalia.html>

O princípio da dignidade da pessoa humana é definido pelo doutrinador:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos(WOLFGANG 2012, p. 77)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi aprovada no ano de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, traz em seu preâmbulo o princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio faz com que todo ser humano tenha o direito de ser respeitado, que tenha condições de saúde e liberdade, bem como de ser feliz. Embora o conceito de felicidade seja complexo, o princípio de dignidade da pessoa humana está ligado a ele, uma vez que o ser humano só poderá atingir a felicidade se gozar de liberdade, direitos sobre o próprio corpo e a própria vida.

Dallari (2014.p23) afirma que para que uma pessoa seja livre, “é necessário que possa escolher o seu modo de vida e planejar o seu futuro”.

A felicidade humana está ligada às escolhas que faz, ao planejamento acerca da própria vida e exercício da liberdade de escolha.

Ao analisar o sofrimento da gestante diante do caso de microcefalia constatada na gestação, bem como o sofrimento do bebê, que ao nascer, não terá um desenvolvimento normal, passando por comorbidades que causarão dores físicas e dependência por sua vida.

De acordo com médicos e juízes ouvidos pela *Folha de São Paulo*⁴ ao serem favoráveis ao aborto em caso de microcefalia “As lesões cerebrais eram gravíssimas, a criança teria sérios problemas físicos e mentais”

⁴ SENRA. R. Juiz defende direito a aborto em caso de microcefalia. Folha de S.Paulo 2016; 26 jan. <https://m.folha.uol.com.br/cotidia no/2016/01/1733573-juiz-defende-direito-a -aborto-em-casos-de-microcefalia-com-riscode-morte.shtml>.

A Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90) em seu artigo 3º, refere-se a vários direitos ligados ao direito à saúde, entre eles o direito à educação, a moradia, ao trabalho, ao saneamento básico, a renda, ao meio ambiente, ao lazer e ao acesso aos serviços essenciais. Para que tais direitos sejam

Em maio de 2020, o Supremo Tribunal Federal rejeitou por unanimidade o julgamento de mérito de duas ações referentes ao aborto no caso de mulheres com o zika vírus, condição que pode levar ao nascimento de bebês com microcefalia.

O voto da ministra relatora Cármen Lúcia foi seguido pelos membros da corte, considerando prejudicada a discussão da Ação Direta de Constitucionalidade 5.581, não conheceu da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) de mesmo tema, que está em pauta de forma conjunta. Ambas as ações foram ajuizadas pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP).

Por meio da ADI 5.581, a entidade critica o fato dos artigos da Lei 13.301/16, que trata de medidas de vigilância em saúde relativas aos vírus da dengue, chikungunya e zika vírus não cumprirem com o objetivo a que se propõe, em especial o artigo 18 da lei, que versa sobre a concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC) para as crianças vítima de microcefalia decorrente do zika vírus.

A ANADEP afirmou que o artigo restringe o benefício ao prazo de três anos e exclui crianças que apresentem outras desordens decorrentes de contaminação pelo zika vírus, e ainda, impede o acúmulo do benefício junto com o auxílio maternidade, uma vez que o benefício apenas é concedido após o término do recebimento da licença maternidade.

Por meio da arguição do descumprimento de preceito fundamental, a associação apontou omissão do poder público a respeito da possibilidade de interrupção da gravidez nas políticas públicas no caso de mulheres contaminadas pelo zika vírus. Pediu, ainda, a inconstitucionalidade de punibilidade de mulheres que optem pelo aborto nessa circunstância.

Por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal⁵ decidiu não julgar o mérito da questão, por julgá-la prejudicada devido a não legitimidade por parte da Associação Nacional de Defensores Públicos diante da mesma.

⁵ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442504>

O ministro Barroso⁶ seguiu o voto da relatora, no entanto, fez algumas ressalvas em seu voto, afirmando que o debate ultrapassa a questão acerca do zika vírus e da microcefalia e alcança os direitos reprodutivos da mulher. Ainda, que o aborto é um fato indesejável, e que cabe ao Estado evitar que ele ocorra, dando suporte à sociedade. O ministro criticou o tratamento dado ao aborto no Brasil, afirmando que não tem evitado a ocorrência do ato, e afirmando, por meio de dados estatísticos, que países onde o aborto foi descriminalizado obtiveram melhores resultados ao tratar do tema e proporcionaram uma rede de apoio á mulher e à família. Barroso ainda afirmou que a política pública mais acolhedora e menos repressiva torna a prática do aborto mais rara e mais segura para a vida da mulher e que “ninguém faz o aborto por prazer ou por perversidade”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho apresentou o avanço das liberdades das mulheres ao longo da História apoiada nos direitos e garantias fundamentais e o delicado tema do aborto, ainda muito debatido em nossa sociedade.

O assunto principal a que nos propusemos a tratar foi a epidemia de Zika Vírus ocorrida no Brasil nos últimos anos, que acarretou em centenas de casos de bebês com má formação congênita, a microcefalia.

Compreende-se, por meio de estudos clínicos e dados, que a Microcefalia não se equipara à Anencefalia, condição que o Supremo Tribunal Federal entendeu ser compatível ás excludentes de punibilidade de aborto no artigo 124 do Código Penal.

Apoiamo-nos nas justificativas do ministro Luís Roberto Barroso ao julgar o aborto em casos de microcefalia, de que o aborto não é uma prática benéfica para a sociedade e que não defendemos tal prática por “prazer ou perversidade”. Entretanto, há de se olhar para o assunto de forma em que se leve em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, a saúde da mulher, sua gestação, bem como as condições em que esse bebê viverá caso venha a nascer.

⁶ <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5037704>

Cabe ao Estado promover políticas públicas que possibilitem condições de vida digna às pessoas. Não basta viver, mas é preciso viver dignamente, de forma que se possa usufruir da vida, buscar a felicidade e o bem estar. Infelizmente, não é o que ocorre no Brasil, onde parte da população vive sem saneamento básico, água potável, prevenção às doenças e sem atendimento médico.

O princípio da dignidade da pessoa humana é uma ferramenta na luta contra as injustiças sociais. Desta forma, nos apoiamos neste princípio para defender que o aborto em casos de microcefalia seja debatido de forma que leve em consideração a dignidade da mulher gestante e do feto, considerando, portanto, as circunstâncias em que essa vida será gerada e a capacidade do Estado de assegurar tratamento médico digno, atendimento psicológico, espaço que atenda às necessidades da mãe e do bebê, infraestrutura, alimentação e todo o necessário para que possam viver saudavelmente.

Neste trabalho, não defendemos a prática do aborto de forma indiscriminada, mas que o Estado avalie a possibilidade de permitir que a mulher decida nos casos de contaminação pelo zika vírus durante a gestação, uma vez que o mesmo não tem tido êxito em promover políticas públicas que promovam dignidade às pessoas.

O sofrimento causado pela doença e limitações que a criança terá ao longo da vida afetarão a mãe e o filho durante a vida de ambos, desta forma, cabe à mulher avaliar se deseja levar adiante a gravidez nesses casos.

O que defendemos é que o Estado promova o bem estar por meio de políticas eficazes que desestimulem a prática do aborto, no entanto, o Estado não tem sido eficaz em promover tais políticas, permitindo que parte dos brasileiros viva em condições de miséria, e é justamente onde se propaga o zika vírus e outras doenças causadas por agentes que proliferam em ambientes onde não há condições dignas de vida.

A maior parte das mulheres vítimas do zika vírus durante a gestação moram em regiões do Brasil onde carece de condições dignas, tratamento médico e prevenção, o que acarreta em um sofrimento intenso durante a gestação e depois de dar à luz. Tanto a mãe quanto o bebê sofrem privações e extremas dificuldades.

Considerando a realidade do Brasil e o sofrimento causado às gestantes acometidas pelo zika vírus, cabe ao Estado permitir que a decisão de levar a gravidez adiante nessas

circunstâncias seja da mulher, uma vez que a situação envolve a vida e dignidade dela e as condições em que terá de criar seu filho, assim como o sofrimento que ambos enfrentarão diante das possíveis comorbidades que terão de enfrentar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**. Distrito Federal. Impetrante: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Rel.Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em 20 de maio de 2020.

JORNAL NACIONAL. **Agência da ONU recomenda aborto para conter casos de microcefalia**. G1. Disponível em <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/02/agencia-da-onu-recomenda-aborto-para-conter-casos-de-microcefalia.html>> Acesso em 14 de abril de 2020

DIAS, M. S.; PARTINGTON, M. **Embryology of myelomeningocele and anencephaly**. Neurosurg Focus, v. 16, p. 1-16, 2004.

DINIZ, MARIA HELENA. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SENRA, R. **Juiz defende direito a aborto em caso de microcefalia**. Folha de S.Paulo 2016; 26 jan. Disponível em <<https://m.folha.uol.com.br/cotidian/2016/01/1733573-juiz-defende-direito-a-aborto-em-casos-de-microcefalia-com-riscode-morte.shtml>> Acesso em 09 de março de 2020

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial**. 9ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 77.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 66.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF julga prejudicada ação sobre lei de combate a doenças transmitidas pelo Aedes aegypti**. Notícias STF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442504>> Acesso em 26 de abril de 2020.

ZUGAIB, Marcelo. **Obstetrícia**. 3ª ed. São Paulo: Manole, 2016. p. 1242, 1245, 1246.

VARELLA, Drauzio. **Microcefalia**. UOL. Disponível em: <<https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/microcefalia/>> Acesso em 12 de abril de 2020.