CENTRO EDUCACIONAL DE ENSINO SUPERIOR DE PATOS
FACULDADES INTEGRADAS DE PATOS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

FRANCISCO MANGUEIRA ROCHA JÚNIOR

ABORTO DE FETOS MICROCEFÁLICOS: UM ESTUDO SOBRE A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 442 E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.581 DISTRITO FEDERAL

PATOS
2018

FRANCISCO MANGUEIRA ROCHA JÚNIOR

ABORTO DE FETOS MICROCEFÁLICOS: UM ESTUDO SOBRE A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 442 E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.581 DISTRITO FEDERAL

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito das Faculdades Integradas de Patos, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Ma. Danielle Marinho Brasil

PATOS

2018

FICHA CATALOGRÁFICA
Dados de Acordo com AACR2, CDU e CUTTER
Biblioteca Central - FIP

Rocha Junior, Francisco Mangueira.
R488a Aborto de fetos microcefálicos: um estudo sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental 442 e a ação direta de inconstitucionalidade 5.581 Distrito Federal./Francisco Mangueira Rocha Junior. –Patos – PB: FIP, 2018.
57 fls.

Orientador (a): Prof. Ms. Danielle Marinho Brasil
Monografia Graduação Bacharelado em Direito

1. Aborto. 2. Direito penal. 3. Microcefalia.
I. Título II. CEESP/FIP

FIP/BC CDU: 340

Francisco C. Leite – Bibliotecário. CRB 15/0076

FRANCISCO MANGUEIRA ROCHA JÚNIOR

ABORTO DE FETOS MICROCEFÁLICOS: UM ESTUDO SOBRE A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 442

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito das Faculdades Integradas de Patos, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Ma. Danielle Marinho Brasil

Aprovada em 17 de Dezembro de 2018

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ma. Danielle Marinho Brasil
(Orientadora)

Prof. Esp. Francisca Elidivânia de Farias Camboim
(Examinadora)

Prof. Dr. Roberto Leonardo da Silva Ramos
(Examinador)

PATOS
2018

Dedico essa vitória a minha mãe e ao meu pai que sempre estiveram ao meu lado, orando por mim, para que Deus me proteja. Dedico também as minhas irmãs por toda a ajuda que elas têm me dado ao longo dessa caminhada. Dedico ainda, aos meus familiares, professores e amigos por toda a colaboração.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus pelo dom da vida, como também por todas as bênçãos derramada por ele sobre mim.

Agradeço em especial a minha mãe Maria Aparecida Mangueira e ao meu pai Francisco Pereira Rocha pelos incentivos ao estudo, e estarem sempre do meu lado. O meu agradecimento as minhas irmãs Millena Rocha, Monike Ênhia e Maria Cecília por estarem sempre preocupadas na minha caminhada acadêmica.

A todos os familiares que ajudaram de forma direta ou indiretamente com a minha formação.

Aos meus amigos e amigas pelos incentivos para a construção da minha formação no curso superior.

A professora Danielle Marinho Brasil por ter aceitado participar desta monografia como minha orientadora, pelos seus ensinamentos, orientações, e principalmente pelo carinho e confiança em mim depositados ao longo deste trabalho.

Aos meus amigos e amigas da turma, que foram a minha família durante os 5 anos de curso, lembrarei de vocês o resto da vida.

Aos demais professores e professoras das FIP, que contribuíram ao longo de todo o curso com seus ensinamentos e conhecimento, na minha formação acadêmica e pessoal. Aos demais funcionários das FIP que se dedicaram nas suas funções para que esse momento acontecer.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o aborto de fetos microcefálicos e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442. Tem por objetivo discutir o aborto em casos de fetos com a anomalia pela microcefalia. Valendo-se do método de abordagem dedutivo, dos métodos de procedimento analítico e interpretativo, bem como das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, a vertente pesquisa discute o aborto no ordenamento jurídico brasileiro, analisando o seu discurso no nosso Estado, o bem jurídico tutelado e as formas criminosas da conduta abortiva. Analisando o direito ao aborto legal, conceituando as anomalias conhecidas como anencefalia e microcefalia. Discutir o aborto de fetos com microcefalia, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581 Distrito Federal. Demonstra que necessita da realização de audiência pública, na qual o povo deve decidir e opinar sobre a questão, o Estado Brasileiro deve destinar mais recursos para a saúde pública, como também promover campanhas de alerta do problema que a sociedade se encontra e assistências para o planejamento familiar.

Palavras-chave: Aborto. Código Penal. Microcefalia.

ABSTRACT

This study deals with the abortion of microcephalic fetuses and the Argument of Non-compliance with Fundamental Precept 442 of Brazilian Constitution. Its objective is to discuss abortion in cases of fetuses with an anomaly due to microcephaly. Using the method of deductive approach, methods of analytical and interpretive procedure, as well as techniques of bibliographic and documentary research, the research discusses abortion in the Brazilian legal system, analyzing the criminal forms of abortive conduct, analyzing the right to legal abortion, conceptualizing the anomalies known as anencephaly and microcephaly. It is also an objective to discuss the abortion of fetuses with microcephaly and the Direct Action of Unconstitutionality 5.581 of the brazilian Federal District. It demonstrates that there is a need to hold a public hearing, in which the people must decide and give their opinion on the issue. The Brazilian State should allocate more resources to public health, as well as promote campaigns to alert the society's problems and give more assistance to the public family planning.

Keywords: Abortion. Criminal Code. Microcephaly.

LISTA DE ABREVIAÇÕES E SIGLAS

Art. – Artigo

CP – Código Penal

CFM – Conselho Federal de Medicina

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

STF – Supremo Tribunal Federal

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AGU – Advocacia Geral da União

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO..... 10

2 O ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... 12

2.1 O ABORTO NO DISCURSO JURÍDICO..... 12

2.2 BEM JURÍDICO TUTELADO NO CRIME DE ABORTO..... 15

2.3 ABORTO LEGAL ART. 128, CÓDIGO PENAL..... 17

3 ANALISAR O DIREITO AO ABORTO..... 20

3.1 ABORTO CRIMINOSO..... 20

3.2 ANENCEFALIA..... 27

3.3 MICROCEFALIA..... 31

4 O ABORTO EM CASOS DE FETOS COM MICROCEFALIA..... 36

4.1 DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL..... 36

4.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.581 DISTRITO FEDERAL..... 37

4.3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 442..... 43

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 51

REFERÊNCIAS..... 53

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto o estudo do aborto de fetos microcefálicos a partir da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442. Aborda o aborto no ordenamento jurídico brasileiro, e o aborto no discurso jurídico, o bem jurídico tutelado na conduta delituosa de aborto, bem como o aborto criminoso tipificado hoje no Código Penal Brasileiro. Segue-se da análise do legal, em suas duas condições hoje aceitas, conceituando a anomalia da anencefalia e como os fetos são acometidos, bem como mostrar o que é a microcefalia e o seu desenvolvimento. Além de demonstrar o aborto em casos de fetos com microcefalia, o que se começa com os fundamentos constitucionais que rodeiam a conduta abortiva, como os artigos 1º, incisos I e II, 3º, inciso IV, 5º, caput e incisos I e II, 6º, caput, 196 e 226 da Constituição Federal de 1988, com análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581 Distrito Federal, os questionamentos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442.

Utiliza-se o método de abordagem dedutivo, para se chegar ao resultado através da razão partindo do geral, que é o aborto no ordenamento jurídico brasileiro em todas as suas formas tipificadas no código penal, para o específico, mostrando o aborto em casos de fetos com microcefalia em sua particularidade. Os métodos de procedimentos são, o analítico por resultar na análise dos casos do aborto de fetos com anencefalia e microcefalia, o interpretativo que revela os elementos que justificam a interpretação do aborto do feto com microcefalia e anencefalia. Nesse sentido, as técnicas de pesquisas são, a bibliográfica que usa doutrinas para conceituar e explicar o fenômeno em tela, artigos científicos que expressam a ideia de outro pesquisador especialista no assunto, as revistas que demonstram o quanto é importante a circulação de informação sobre o tema, e a documental que recebe tratamento analítico, como o Código Penal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581 Distrito Federal e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442.

O presente trabalho contribui para a sociedade, ao retificar as formas de aborto criminoso e suas particularidades, o aborto legal e a taxatividade das duas condutas aceitáveis atualmente. Além de conceituar e mostrar a anencefalia, mostrando o problema que a sociedade enfrenta e a pouca divulgação nas mídias, principalmente do que é enfrentado diariamente por familiares da criança acometida

da anomalia e os profissionais da saúde que tentam amenizar todo sofrimento. Bem como, explicar a microcefalia e os seus efeitos na sociedade atual, e mostrar o nível de dano que a anomalia causa e os seus reflexos na sociedade.

A partir desses pressupostos, primeira seção do trabalho descreve o aborto e a interrupção da gravidez, no qual vai se caracterizar quando o produto da concepção for destruído, como também das condutas que o fazem se realizar. Continuando com o bem jurídico tutelado na conduta abortiva, mostrando que o feto não tem vida autônoma e precisa da sua genitora, ao ponto de tipificar três condutas como crime, previstas nos artigos 124, 125 e 126 do Código Penal, sendo o artigo 127 do mesmo diploma legal uma qualificadora.

A segunda seção mostra o direito ao aborto legal, tipificado no artigo 128 de mesmo diploma legal supracitado, mostrando-se em duas condutas, uma é o aborto necessário, quando não tiver outro meio de salvar a vida da gestante, a outra é o aborto no caso de gravidez resultante de estupro, neste caso, tendo sido o aborto precedido do consentimento da mulher gestante ou de quem a represente legalmente quando está for incapaz. Conceitua o problema da anencefalia, mostrando a situação irreversível causada pela anomalia ao ser em desenvolvimento, mostra ainda a microcefalia, anomalia que causa alterações de estrutura e função no indivíduo, resultado de um acontecimento inesperado.

A terceira seção demonstra os fundamentos constitucionais que rodeia toda a discussão do aborto, analisando dois documentos de grande relevância atualmente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581 Distrito Federal e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442.

2 O ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O presente capítulo tem como objetivo conceituar o aborto, para o desenvolver do trabalho, mostrando o bem jurídico tutelado pelo Estado, sob o ponto de vista da proteção da vida. Desenvolvendo um estudo no campo do aborto criminoso, aquelas situações que a legislação brasileira tipifica como uma conduta legal do art. 128 do Código Penal, cada uma com as suas particularidades.

2.1 O ABORTO NO DISCURSO JURÍDICO

A definição do aborto se encontra pronta para a ciência do direito, mas a palavra abortamento traz um cunho técnico. Para Jesus (2011, p.121): “Aborto é a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto (produto da concepção)”. A ação criminosa deve conter o duplo resultado descrito, a interrupção da gravidez mais a morte do feto.

A definição do crime de aborto se apresente divergente, como descreve Noronha:

> Não estão acordes juristas e médicos no conceituar o aborto. As divergências, aliás, começam pelo próprio nome, opinando muitos que se deve dizer *abortamento*, reservando aquele vocábulo para designar o *produto* morto ou expelido (NORONHA, 2003, p.54, grifo do autor).

Tal discursão ter um sentido jurídico com a definição de aborto, observando o significado da conduta abortamento. O que deve observar é se a conduta estar adequada ou não ao tipo penal.

Nesse sentido, a descrição da gravidez vai ser definida como demonstra Capez:

> Considera-se aborto a interrupção da gravidez, com a consequente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida uterina. Não faz parte do conceito de aborto a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno em virtude de um processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno [...] (CAPEZ, 2008, p.119).

Para Noronha:

> [...] A interrupção da gravidez extra-uterina não é aborto, pois o produto da concepção não atingirá a vida própria; sobrevirão, antes, consequências muito graves, matando a mulher, ou pondo em sério risco sua vida. A expulsão da mola também não é crime, já que não existe aí vida (NORONHA, 2003, p.55).

Observamos que a gravidez vai se interromper, e que o resultado necessariamente deve ser a morte do produto da concepção, independente do nome que receba. Jesus (2011, p.121) aduz que: “no sentido etimológico, aborto quer dizer privação de nascimento. Advém de *ab*, que significa privação, e *ortus*, nascimento”. Dessa maneira, a simples descrição da palavra aborto vai limitar a aplicação da lei, sendo que só será cabível nos casos em que houver uma privação de nascimento da vida intrauterina.

Havendo distinção entre aborto e abortamento, Jesus (2011) mostra que:

> A palavra *abortamento* tem maior significado técnico que *aborto*. Aquela indica a conduta de abortar; esta, o produto da concepção cuja gravidez foi interrompida. Entretanto, de observar que a expressão *aborto* é mais comum e foi empregada pelo CP nas indicações marginais das disposições incriminadoras (JESUS, 2011, p.121, grifo do autor).

Diante do exposto, é possível compreender que abortamento vai se ligar com a descrição da conduta criminosa, já o aborto vai descrever o que resultou do abortamento, da conduta criminosa, resultando na morte do produto da concepção. Dessa maneira, no que define o resultado da interrupção da gravidez, Noronha (2003) alerta que:

> Interrompe-se, então, a prenhez, destruindo-se o produto da concepção que recebe o nome de ovo, nas três primeiras semanas de gestação, embrião nos três primeiros meses, e feto a partir desse período, existindo viabilidade a partir do sexto mês (NORONHA, 2003, p.55).

A diferença do tempo descrito anteriormente, é meramente uma divisão doutrinária para se conceituar diferenças entre ovo, embrião ou feto. Na interrupção da gravidez em qualquer um dos casos, tem-se o crime de aborto. Na linha de pensamento de que a lei não faz distinção, Capez (2008) demonstra:

> [...] A lei não faz distinção entre óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses) ou feto (a partir de 3 meses, pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer, entre a concepção e o início do parto [...] (CAPEZ, 2008, p.119).

Como já descrito, o delito ficará caracterizado com a interrupção da gravidez, o que se deve observar é o limite temporal desta, definida entre a concepção e o início do parto.

O aborto vai se caracterizar na gravidez cujo produto da concepção foi destruído. Quando se falar em até três semanas de gestação vai ter a morte do ovo, já se for observado de três semanas até três meses tem-se a morte do embrião, após três meses tem a morte do feto, o que não necessita da expulsão do corpo da mulher. Pode esse produto da concepção ser dissolvido, reabsorvido ou até mumificado, ou podendo ainda a gestante morrer antes da expulsão, que o aborto não deixará de existir (MIRABETE; FABBRINI, 2014).

No que tange a destruição, Noronha (2003) explica que:

> [...] A destruição pode se consumar-se, sem que, conquanto raramente, seja expulso o feto, como ocorre com a dissolução e reabsorção do embrião, no início da gravidez; com sua mumificação, permanecendo ele no interior do útero; e calcificação. Em todas essas hipóteses, há destruição, há interrupção da gravidez e, pois, aborto, sem existir expulsão (NORONHA, 2003, p.54).

Não existe uma definição clara do aborto no Código Penal, no qual estar presente a expressão provocar aborto, ficando por conta da doutrina e da jurisprudência esclarecer a expressão (GRECO, 2011).

O Código Penal faz a narrativa da conduta do crime de aborto, a doutrina vem definir o que é aborto, fazendo um marco interessante que é o período de gravidez, não abrindo margem para a implantação de pensamento duvidoso, marcando o período de início e término da vida dentro do útero materno, com a devida proteção legal.

Para Bitencourt: “aborto é a interrupção da gravidez antes de atingir o limite fisiológico, isto é, durante o período compreendido entre a concepção e o início do parto, que é o marco final da vida intrauterina [...]” (BITENCOURT, 2015, p.169). Esse limite citado acima para a caracterização do crime do aborto, vai limitar a aplicação da lei na interrupção da gravidez dentro do período narrado, não podendo fazer uma analogia e aplicar a lei fora do limite de tempo descrito como gravidez.

No que necessita para se configurar o delito, Bitencourt (2015) explica:

> [...] para se configurar o crime de aborto é insuficiente a simples expulsão prematura do feto ou a mera interrupção do processo de gestação, mas é indispensável que ocorram as duas coisas, acrescidas da morte do feto, pois somente com a ocorrência desta o crime se consuma. [...] (BITENCOURT, 2015, p.169)

A expulsão ou a interrupção está ligada à construção e desenvolvimento da vida dentro do útero, o que não precisa da ocorrência conjunta das ações, já que somente uma das condutas acrescidas com o resultado de morte do feto se adequa a conduta do crime de aborto.

2.2 BEM JURÍDICO TUTELADO NO CRIME DE ABORTO

O bem jurídico, de acordo com Bitencourt (2015) é objeto de proteção legal, no caso em questão é a vida do ser em formação, este sendo nomeado como embrião ou feto. O bem jurídico no auto aborto vai ser o direito à vida, como pontua Capez (2008):

> No auto aborto só há um bem jurídico tutelado, que é o direito à vida do feto. É, portanto, preservação da vida humana intrauterina. No abortamento provocado por terceiro, além do direito à vida do produto da concepção, também é protegido o direito à vida e à incolumidade física e psíquica da própria gestante [...] (CAPEZ, 2008, p.120).

A vida se inicia a partir da concepção ou fecundação, ou seja, desde da fecundação do espermatozoide masculino no óvulo feminino. A lei penal vai proteger a vida após a nidação, o que corre dentro de 14 dias após a fecundação que é o útero materno com o óvulo já implantado (GRECO, 2011, p.224).

Para definir a vida no aborto, Noronha (2003) considera que:

> Claro é que não se trata de vida autônoma, mas não há negar que durante a gestação já existe vida. Em qualquer momento, o produto da concepção está vivo, pois cresce e se aperfeiçoa, assimila as substâncias que lhe são fornecidas pelo corpo materno e elimina os produtos de recusa; executa, assim, funções típicas de vida. De qualquer modo é uma vida em formação ou elaboração. Chame-se vida intrauterina, biológica, fetal, feto-placental etc., a verdade é que ali existe uma vida humana em germe (NORONHA, 2003, p.55).

A vida em desenvolvimento não é autônoma, por necessitar da genitora, mas é protegida pela legislação. No decorrer de todo esse desenvolvimento, vamos ter o crescimento e o desenvolvimento da vida, existindo um processo de

fornecimento de substâncias e excreção, ou seja, dependendo a todo momento da vida materna, por isso que não tem autonomia, mas existe uma vida dentro do útero.

Nesse sentido, comparando ao crime de homicídio, duas particularidades aparecem, como demonstra Bitencourt (2015):

> Comparativamente ao crime de homicídio, apresentam-se duas particularidades: uma em relação ao objeto da proteção legal e outra em relação ao estágio da vida que se protege; relativamente ao objeto, não é a pessoa humana que se protege, mas a sua formação embrionária; em relação ao aspecto temporal, somente a vida intrauterina, ou seja, desde a *concepção* até momentos antes do início do parto (BITENCOURT, 2015, p.168).

Ficando determinado o limite de proteção da vida dentro do útero, o aspecto temporal vai limitar a aplicação do tipo penal, ficando este taxado entre a concepção e o início do parto, a proteção vai se contornar à evolução do ser em constante desenvolvimento, não protegendo a pessoa normalmente descrita. Para descrever que mesmo interrompendo a gravidez, não existirá crime, Mirabete e Fabbrini (2014) explicam que:

> Não há crime na interrupção da gravidez extrauterina (tubária, ovárica etc.) ou molar (patológica). No primeiro caso, a gravidez não pode chegar ao termo, e no segundo, a mola, produto degenerado da fecundação de um óvulo, não tem possibilidade de destino humano (MIRABETE, FABBRINI, 2014, p.61).

As hipóteses descritas não são atingidas pela norma penal, isso porque não tem a possibilidade da gravidez ter um fim, seja pela interrupção extrauterina ou no caso da mola, já que a finalidade da proteção do crime de aborto, é permitir que a vida em desenvolvimento se torne autônoma.

A proteção deve ser ampla, segundo Noronha (2003):

> Pouco importa seja o feto uma *spes personae*; deve ele, mesmo assim, ser protegido pela tutela da lei, pois a vida humana, em seu infinito mistério, merece respeito, mesmo quando a ordem jurídica se encontra em presença não apenas de um homem (pessoa), mas de uma *spes hominis* (NORONHA, 2003, p.55).

A abrangência da proteção da vida deve ser ampla, já que se trata de uma situação que encontra em um infinito mundo de discussões e mistérios, não

restringir a aplicação da norma penal, já que a pessoa tem importância e particularidades em todas as etapas da vida.

2.3 ABORTO LEGAL ART. 128, CÓDIGO PENAL

As duas situações que são demonstradas no art. 128 do Código Penal, incisos I e II, tem uma interpretação restritiva, nas quais observamos que se a conduta abortiva for praticada, quando não tiver outro meio de salvar a vida da gestante ou a gravidez resultante de estupro, conforme a descrição abaixo, não teremos a figura do crime de aborto já descrita anteriormente.

Nesse sentido, Capez (2004) indaga:

> [...]. *Qual, então, seria a natureza jurídica das causas elencadas no art.128 do CP?* Trata-se de causas excludentes da ilicitude, sendo, portanto, lícita a conduta daquele que pratica aborto nas duas circunstancias elencadas no texto legal. (CAPEZ, 2004, p.121, grifo do autor).

A pessoa não estará em circunstância delituosa, isso porque se trata de causas que excluem a ilicitude das condutas. Posto isso, o Código Penal no seu texto tipifica da seguinte maneira:

> Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:
> Aborto necessário
> I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
> Aborto no caso de gravidez resultante de estupro
> II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940)

Trata-se de uma forma diferenciada descrita pelo legislador de falar que não tem crime, como ocorre no art. 23 da mesma lei. O Código Penal ao se referir que não será punido o aborto do art. 128, estar remetendo a situações excepcionais, com afirmação que as estas são lícitas (BITENCOURT, 2015). É uma forma diferente e excepcional, por isso que o legislador não pune as duas condutas narradas no texto legal.

A situação descreve uma interpretação e aplicação da norma jurídica, como já foi descrito anteriormente sobre o posicionamento de interpretação restritiva da norma em destaque, explicando que só pode ocorrer o aborto legal, nas duas hipóteses do artigo 128 do Código Penal. Essa questão vai se pontuar na situação

em que não houver médico e a gestante se apresentar em quadro de risco de vida, sendo que o médico é figura indispensável para a realização da conduta, ou seja, é um dos requisitos necessários imposto pela lei penal.

Ao descrever os requisitos do aborto legal, Bitencourt (2015) alerta da situação que a norma penal protege, expondo que:

> O aborto necessário exige dois requisitos, simultâneos: a) *perigo de vida da gestante*; b) *inexistência de outro meio para salvá-la*. O requisito básico e fundamental é o iminente perigo à vida da gestante, sendo insuficiente o perigo à saúde, ainda que muito grave. O aborto, ademais, deve ser o único meio capaz de salvar a vida da gestante, caso contrário o médico responderá pelo crime. Logo, a necessidade não se faz presente quando o fato é praticado para preservar a saúde da gestante ou para evitar a desonra pessoal ou familiar. (BITENCOURT, 2015, p.177, grifo do autor).

O perigo de vida de gestante e a inexistência de outro meio para salvar a sua vida, são requisitos cumulativos e obrigatórios para incidência da lei penal. No tocante ao inciso I, do art. 128 do Código Penal, Mirabete e Fabbrini (2014) explicam:

> No primeiro caso, está previsto o aborto necessário (ou terapêutico) que, no entender da doutrina, caracteriza caso de estado de necessidade (que não existiria no caso de perigo futuro). Para evitar qualquer dificuldade, deixou o legislador consignada expressamente a possibilidade de o médico provocar o aborto se verificar ser esse o único meio de salvar a vida da gestante. No caso, não é necessário que o perigo seja atual, bastando a certeza de que o desenvolvimento da gravidez poderá provocar a morte da gestante. O risco de vida pode decorrer de anemias profundas, diabetes, cardiopatias, tuberculose pulmonar, câncer uterino, má conformação da mulher etc. [...]. (MIRABETE; FABBRINI, 2014, p.65).

O legislador não deixou brechas ao tipificar que o médico poderá realizar a figura do aborto ao se verificar que esse seja o único meio de salvar a vida da gestante. Desenvolvendo que o risco de vida da gestante atual não é necessário, basta que seja confirmada que o desenvolvimento da gravidez levará a mulher a óbito, a exemplo de má formação da gestante, tuberculose pulmonar, câncer uterino, entre outras.

Para Bitencourt (2015), o aborto necessário poderá ir mais além, o direito ao aborto legal poderá ocorrer segundo tal posicionamento:

> Nessa linha de orientação, sustentamos que o *aborto necessário* pode ser praticado mesmo contra a vontade da gestante. A intervenção médico-cirúrgica está autorizada pelo disposto nos arts. 128, I (aborto necessário),

> 24 (estado de necessidade) e 146, § 3º (intervenção médico-cirúrgica justificada por iminente perigo de vida). (BITENCOURT, 2015, p.177, grifo do autor).

É uma intervenção estatal na vida da gestante, o que vai sobrepor a gravidez será a vida da gestante, o que está fundamentada nos artigos 128, I, 24 e 146, §3º, todos do Código Penal Brasileiro.

Mirabete e Fabbrini (2014, p.66) esclarecem que: “Pelo inciso II do art. 128 está autorizado o aborto sentimental (ou ético, ou humanitário), que é aquele que pode ser praticado por ter a gravidez resultado de estupro [...].”. É outra figura tipificado no art. 128 do Código Penal, na qual garante a mulher vítima de estupro o direito de interromper a gravidez.

Quanto ao inciso II, do art. 128 do Código Penal, Bitencourt (2015) vem pontuar que:

> Ademais, tomando as cautelas devidas, agirá no *estrito cumprimento de dever legal* (art. 23, III, 1ª parte), pois, na condição de *garantidor*, não pode deixar perecer a vida da gestante. Enfim, o *consentimento da gestante* ou de seu representante legal somente é exigível para o aborto humanitário, previsto no inciso II do art. 128. (BITENCOURT, 2015, p.178, grifo do autor).

Dessa maneira, a vida da gestante não pode perecer, o que vai justificar o médico realizar o aborto quando se tratar de risco de vida da gestante, aquele vai agir como garantidor e amparado pela lei. Na figura do aborto sentimental, conhecido também como ético ou humanitário, a mulher ou o seu representante legal deve expressar o consentimento para a realização da prática abortiva garantida pelo Estado.

Mirabete e Fabbrini (2014, p.66) vem explicar o inciso II, do art. 128 do CP, isso porque: “[...] justifica-se a norma permissiva porque a mulher não deve ficar obrigada a cuidar de um filho resultante de coito violento, não desejado [...]”

Bem como, Mirabete e Fabbrini (2014, p.66) pontuam ainda que: “Se o médico for induzido a erro inevitável por parte da gestante ou de terceiro sobre a ocorrência do estupro, que não se verificou, não responderá pelo crime de aborto (erro permissivo)”.

A situação requer alguns cuidados, como o médico ser induzido ao erro, o que é necessário, porque como já descrevemos no capítulo anterior, acontecendo a ciência da verdade por parte do médico, o mesmo irá responder por crime de aborto,

no caso em questão provocar o aborto com o consentimento da gestante, os dois, a mulher grávida e o médico serão responsabilizados.

3 ANALISAR O DIREITO AO ABORTO

O capítulo em tela tem como finalidade conceituar o aborto criminoso, conforme dispõe os artigos 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, bem como demonstrar os conceitos de anencefalia e microcefalia, o que servirá de base para discussão do aborto em casos de fetos com anencefalia e microcefalia.

3.1 ABORTO CRIMINOSO

O aborto criminoso se apresenta em três figuras tipificadas nos artigos 124, 125 e 126 do código penal. O aborto provocado pela gestante, ou que se tenha o seu consentimento, figura do artigo 124, o aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante ou não, figuras dos artigos 125 e 126 respectivamente.

Conforme previsão do artigo 124 do código penal: Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

A primeira parte do art. 124 refere-se ao auto aborto, o que remete a figura exclusiva da gestante para com tal prática, já que se trata de um crime especial. Na segunda parte do referido artigo, é tipificado o aborto consentido, na qual a mulher gestante pode consentir que terceiro provoque, assim como expõem Mirabete, Fabbrini (2014).

Nesse intuito, Capez (2008) apresenta uma primeira figura do delito:

> **1ª figura - Aborto provocado pela própria gestante (auto aborto):** é a própria mulher que executa a ação material do crime, ou seja, ela própria emprega os meios ou manobras abortivas em si mesma. É possível a participação delitiva, na hipótese em que o terceiro apenas induz, instiga ou auxilia, de maneira secundária, a gestante a provocar o aborto em si mesma, por exemplo, indivíduo que fornece os meios abortivos para que o aborto seja realizado [...] (CAPEZ, 2008, p.128, grifo do autor).

A figura delitiva descrita anteriormente, em primeira parte, descreve que a mulher vai tomar a decisão sozinha de dar causa ao crime de aborto, o que não exclui a participação de terceiro, já que este pode agir no limite de segunda pessoa, devendo observar os verbos em questão, induzir, instigar ou auxiliar, já que esses últimos descreverão a conduta do terceiro e incluirá na prática do crime de aborto.

A segunda figura delitiva que Capez (2008) relata é caracterizada por:

> **2ª figura – Aborto consentido:** a mulher apenas consente na prática abortiva, mas a execução material do crime é realizada por terceira pessoa. Pode haver o concurso de pessoas na modalidade de participação, quando, por exemplo, alguém induz a gestante a consentir que terceiro lhe provoque o aborto [...] (CAPEZ, 2008, p.128, grifo do autor).

Essa segunda parte da mesma figura delitiva do 124, aduz que a mulher vai permitir que seja realizada a prática do delito em tela, mas toda a execução ficará por conta de terceiro, o que também não exclui a participação de mais pessoas no evento criminoso, configurando o concurso.

Quanto a tipificação das condutas do art.124 do CP, Bitencourt (2015) explica que:

> O art. 124 tipifica duas condutas por meio das quais a própria gestante pode interromper sua gravidez, causando a morte do feto: com a primeira, ela mesma provoca o abortamento; com a segunda, consente que terceiro lhe provoque. Trata-se, nas duas modalidades, de crime de mão própria, isto é, que somente a gestante pode realizar. Mas, como qualquer crime de mão própria, admite a participação, como atividade acessória, quando o partícipe se limita a instigar, induzir ou auxiliar a gestante tanto a praticar o auto aborto como a consentir que terceiro lhe provoque. Contudo, se o terceiro for além dessa mera atividade acessória, intervindo na realização propriamente dos atos executórios, responderá não como coautor, que a natureza do crime não permite, mas como autor do crime do art. 126 (BITENCOURT, 2015, p.170).

A ação criminosa do art. 124 do Código Penal mostra uma particularidade de relevante curiosidade, é que a gestante deve necessariamente participar do delito, denominado como crime de mão própria, mas essa mesma denominação admite a participação de terceiro que não poderá exceder do que estar descrito anteriormente, sob pena de responder conforme o art.126 do mesmo Código Penal.

Na tipificação criminal do auto aborto, aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante e o aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante, sua prática se limita ao dolo, sendo este eventual ou direto, eventual se caracteriza pela prática de que mesmo o agente não atue diretamente com a sua finalidade criminal, não tem importância da ocorrência do resultado, o dolo direto é quando a prática resulta na finalidade de destruição do embrião, óvulo ou feto, (GRECO, 2011).

As diferenças das penas vão se dar ao tipo de agente e a narrativa da conduta, explicando Capez (2008) que:

> [...] Assim, o Código Penal dispensou tratamento penal diverso àquele que executa materialmente a ação provocadora do aborto, cuja sanção penal, inclusive, é mais gravosa (reclusão, de 1 a 4 anos), e àquela que consente que terceiro lhe provoque, cuja pena cominada é idêntica ao delito de auto aborto, ou seja, menos grave (detenção, de 1 a 3 anos) (CAPEZ, 2008, p.129).

Quem executa o delito vai se adequar a uma incidência maior da pena, já para a gestante que consente e o terceiro que provoca com o consentimento da gestante, vão incidir em uma pena menor, como descrito anteriormente. Assim, no que toca a aplicação do art. 124 CP, e as diferenças entre os artigos 125 e 126 do mesmo diploma legal, Bitencourt (2015) expressa que:

> Concluindo, a mulher que consente no aborto incidirá nas mesmas penas do auto aborto, isto é, como se tivesse provocado o aborto em si mesma, nos termos do art. 124 do CP. A mulher que consente no próprio aborto e, na sequência, auxilia decisivamente nas manobras abortivas pratica um só crime, pois provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque é crime de ação múltipla ou de conteúdo variado. Quem provoca o aborto, com o consentimento da gestante, pratica o crime do art. 126 do mesmo estatuto e não do art. 124. Assim, por exemplo, o agente que leva a amásia à casa da parteira, contrata e paga os seus serviços é autor do crime tipificado no art.126, enquanto a amásia, que consentiu, incorre no art. 124. Enfim, o aborto consentido não admite coautoria ente o terceiro e a gestante, constituindo uma das exceções à teoria monística da ação, que é a consagrada pelo nosso Código Penal. E quem provoca aborto sem consentimento da gestante incorre nas sanções do art. 125 (BITENCOURT, 2015, p.171).

Dessa maneira, a gestante provocar o aborto ou permitir que terceiro lhe provoque, se adequarão ao mesmo tipo penal, tal motivo é por se tratar de crime ação múltipla ou de conteúdo variado, vai ter uma maior abrangência na tipificação legal, mas a adequação típica vai ser a mesma. Uma particularidade vai nortear o art. 124 do Código Penal, não será admitida a coautoria na tipificação do referido diploma legal, a exemplo do descrito no parágrafo anterior.

Aquele que provocar o aborto com o consentimento da gestante não será tido como coautor da previsão legal do art. 124, respondendo pelo crime previsto no art. 126 do Código Penal (BITENCOURT, 2015).

O artigo 125 do código penal tipifica como: Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos. Quando ocorre a conduta de um agente que especificamente é direcionada a gestante cuja finalidade seja produzir o aborto sem o consentimento desta, estamos descrevendo

o aborto sem o consentimento da gestante do art. 125 do Código Penal, configurando um delito direto (GRECO, 2011).

Ao descrever o art. 125 do CP, e as diferenças com o art. 126 do CP, Capez (2008) pontua que:

> O aborto sem o consentimento da gestante está previsto no art. 125, caput, do Código Penal. Trata-se da forma mais gravosa do delito de aborto (pena-reclusão de 3 a 10 anos). Ao contrário da figura típica do art. 126, não há o consentimento da gestante no emprego dos meios ou manobras abortivas por terceiro. Aliás, a ausência de consentimento constitui elementar do tipo penal. Contudo, presente o seu consentimento, o fato não será atípico; apenas será enquadrado em outro dispositivo penal (aborto com o consentimento da gestante – art. 126). Não é preciso que haja o dissenso expresso da gestante, basta o emprego de meios abortivos por terceiro sem o seu conhecimento; por exemplo: ministrar doses de substâncias abortiva em sua sopa (CAPEZ, 2008, p.129).

No caso em questão, não tem o consentimento da gestante, razão pela qual se tem uma pena mais gravosa. A diferença com o art. 126 do CP, vai ser um consentimento válido. O simples emprego de substancias ou qualquer outro meio que provoque o aborto, já se caracteriza o delito em questão, já que a gestante precisa ao final não concordar com o desenrolar da prática criminosa.

Na situação descrita anteriormente (do aborto sem o consentimento da gestante, Mirabete e Fabbrini (2014, p.63) descrevem: “no art. 125, a pena cominada é mais grave (reclusão, de três a dez anos), porque o agente provoca o aborto sem o consentimento da gestante, no caso também vítima do crime”.

A vítima vai ser o feto em desenvolvimento e a gestante que não consentiu para tal ato lesivo, isso porque se dar um tratamento diferenciado e uma resposta penal mais acentuada, como descrita pelo art. 125 do CP.

Nesse sentido, o crime de constrangimento ilegal fica afastado na situação descrita do art. 125 do Código Penal, sendo que o constrangimento não faz parte da descrição do crime de aborto, razão pela qual a pena desse último é maior por justamente ser contraria a vontade da gestante (BITENCOURT, 2015).

A ofensa se mostra de duas maneiras, conforme descreve Jesus (2011):

> O dissentimento da ofendida pode ser real ou presumido. Real, quando o sujeito emprega violência, fraude ou grave ameaça. Presumindo, quando ela é menor de 14 anos, alienada ou débil mental (CP, art.126, parágrafo único) (JESUS, 2011, p.157).

Isso por merecer uma maior proteção da gestante e do feto, como também, para que não haja escapatória do agente criminoso. Na ocorrência de ameaça, fraude ou violência empregada pelo agente para prática do aborto, estamos diante da tipificação legal do art. 125 do Código Penal, a exemplo disso seria convencer a gestante falando que é um procedimento cirúrgico, quando na verdade é para a prática do aborto, ou convence-la a ingerir uma substância qualquer que provoque o aborto, sendo que a mesma não tem ciência dos resultados dessa tal substância (MIRABETE, FABBRINI, 2014).

Existindo particularidade em razão da idade e do discernimento da gestante, Mirabete e Fabbrini (2014) mostram que:

> Presume-se não haver o consentimento da gestante, aplicando-se o dispositivo em estudo, quando a gestante "não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência" (art. 126, parágrafo único). A menor de 14 anos, presume-se, tem desenvolvimento mental incompleto, não podendo consentir validamente. Também não é válido o consentimento da alienada (que sofre de doença mental) e da débil mental (com desenvolvimento mental retardado) (MIRABETE, FABBRINI, 2014, p.63).

A proteção é estendida nesses casos também, o que se deve observar é a particularidade descrita. Não existe no caso em questão um desenvolvimento psicológico por parte da gestante, que possa garantir a participação livre no delito do aborto, isso porque a mesma se encontra em alguma situação peculiar, com a expressão de vontade comprometida.

Tem a possibilidade de o terceiro errar se a gestante consentiu ou não para que lhe provocasse o aborto, o que caracterizará erro de tipo, sendo que haverá a mudança da norma penal, já que o mesmo irá responder pelo descrito no art.126 do Código Penal desde que se adeque materialmente à norma (CAPEZ, 2008).

> **Art. 126**. Provocar aborto com o consentimento da gestante:
> Pena – reclusão, de um a quatro anos.
> Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. (BRASIL, 1940)

Mirabete e Fabbrini (2014) logo descreve a responsabilidade da gestante no delito em tela, expondo que:

> Define-se no art. 126 a provocação do aborto com o consentimento da gestante. Está responderá pelo crime previsto no art. 124 e aquele que pratica as manobras abortivas ou causa o aborto de outra forma será punido pelo crime em estudo, com pena mais severa (MIRABETE, FABBRINI, 2014, p.63).

A gestante responderá pelo crime de auto aborto, do art. 124 do CP, já aquele que pratica o aborto com o consentimento da gestante, incidirá no artigo em estudo, cuja pena é mais gravosa.

Destaca-se que o aborto do art. 124, 2ª figura (consentido) e o aborto do art. 126 (consensual) caracterizam-se como crimes de concurso necessário, exigindo que participem duas pessoas, uma é a gestante e a outra é o terceiro que realiza as manobras abortivas, respondendo cada um por uma modalidade distinta de crime (BITENCOURT, 2015).

Dessa maneira, o delito do art. 126 vai necessitar de consentimento, assim como descreve Capez (2008):

> Para que se caracterize a figura do aborto consentido (CP, art. 126), é necessário que o consentimento da gestante seja válido, isto é, que ela tenha capacidade para consentir. Ausente essa capacidade, o delito poderá ser outro (CP, art.125) [...] (CAPEZ, 2008, p. 130).

É uma situação sem a qual não vai existir o crime do art. 126 do CP, mas a infração penal do art. 125 do CP. No que se refere ao consentimento, Jesus (2011) alerta que:

> É necessário que a gestante tenha capacidade para consentir, não se tratando de capacidade civil. [...] leva-se em conta a vontade real da gestante, desde que juridicamente relevante. Se, ao contrário, a gestante não é maior de 14 anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o seu consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência, o fato é atípico diante da norma que descreve o aborto consensual, adequando-se à definição do crime do art. 125 do CP, nos termos do que preceitua o art. 126, parágrafo único. Se o terceiro pratica o fato incidindo em erro sobre o consentimento, sendo a hipótese plenamente justificada pelas circunstâncias, a conduta deve reputar-se cometida com o consenso da gestante (JESUS, 2011, p.157).

A capacidade civil faz parte do elemento caracterizador da vontade da gestante, sendo que tal vontade deve ter relevância jurídica. As particularidades da

gestante ser menor de 14 anos ou não tenha capacidade de expressar vontade livre, estão presentes como divisor de águas entre o art. 126 e o art. 125, devendo observar se a vontade de abortar da gestante é livre e válido, sob pena de ocorrer adequação típica a outro dispositivo já citado (o art. 125 do CP), já que o legislador não abre mão da proteção da gestante e do feto, sendo que o terceiro que participar da conduta criminosa vai arcar com as consequências, sejam elas do art. 125 ou art. 126, ambos do Código Penal.

Quanto ao erro do agente, “supondo justificadamente que há consentimento da gestante, quando isso não ocorre, é erro de tipo, devendo ser ele responsabilizado pelo o art. 126 e não pelo art. 125” como expõe Mirabete, FABBRINI (2014, p.64). Assim, o consentimento sendo determinante, a sua duração no tempo deve seguir a mesma lógica, é o que expõe Capez (2008):

> Finalmente, o consentimento da gestante deve perdurar toda a execução do aborto, de modo que, se houver revogação por parte dela em momento prévio ou intermediário e, a despeito disso, prosseguir o terceiro na manobra, haverá, para este, o cometimento do delito mais grave (CP, art. 125). A gestante, por sua vez, não responderá por delito algum (CAPEZ, 2008, p.131).

Se a vontade da gestante por meio do consentimento for interrompida, existe no caso em tela a possibilidade de vingar o feto que outrora foi objeto de delito de aborto.

> **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. (BRASIL, 1940)

Somente os artigos 125 e 126 do Código Penal comportam as formas qualificadas descritas no art. 127 do Código Penal, de forma exclusiva. O que exclui tal aplicação ao art. 124 do mesmo diploma legal, já que não é punível penalmente em lei a autolesão (JESUS, 2011).

Já o art. 127 traz a previsão de duas causas especiais de aumento da pena, recebendo o nome de forma qualifica de maneira inapropriada, em destaque para o aborto com o consentimento da gestante e sem o consentimento da gestante, com o consentimento se resultar em lesão corporal de natureza grave a pena vai ser

aumentada de um terço, sem o consentimento se resultar a morte da gestante a pena vai ser duplicada (BITENCOURT, 2015).

Para Capez (2008, p.131), “O art. 127 do CP prevê as formas majoradas do crime de aborto, quais sejam: a) ocorrendo lesão grave, a pena é aumentada em um terço; b) ocorrendo morte, a pena duplicada”. As situações descritas precisam de resultado efetivo, não bastando apenas a sua iminência de acontecimentos.

O próximo capítulo irá demonstrar os casos que a lei e a jurisprudência permitem o aborto, tal estudo vai ser norteado pelo artigo 128 do Código Penal, e o caso de Anencefalia. Mostrará ainda o conceito de Microcefalia e suas primeiras discussões.

3.2 ANENCEFALIA

O problema do resultado da anencefalia, o encéfalo, é descrito de forma objetiva, conforme dispõem Alberto et al (2010):

> O encéfalo é parte do sistema nervoso central, contida na cavidade do crânio, e que abrange o cérebro, o cerebelo, a protuberância e o bulbo raquiano. Devido à complexidade do seu desenvolvimento embriológico, não é incomum seu desenvolvimento anormal na espécie humana (ALBERTO et al, 2010, p.245).

A abrangência de tal resultado é de grande alcance (o cérebro, cerebelo, protuberância e o bulbo raquiano), o que tornará o desenvolvimento defeituoso no ser humano, o que necessitará de cuidados extremos com a exposição do problema, tudo isso por ter que usar outra ciência como base de estudo para conceituar a anencefalia.

Dessa maneira, para conceituar a anencefalia, Diniz et al (2009) expõem que:

> A anencefalia é uma má-formação incompatível com a sobrevida do feto após o parto. As causas da anencefalia são variadas, mas a carência de ácido fólico durante a gestação é uma das mais comuns. Não há cura ou tratamento para anencefalia e estima-se que mais da metade dos fetos não sobrevivem à gestação (DINIZ et al, 2009, p.1620).

Nesse sentido, a vida do feto após o parto, necessitará de uma boa formação biológica, o que não acontece com anencefalia, que compromete o

desenvolvimento do embrião. Assim, é importante discutir as variadas causas que resultam o drástico problema, porém a mais comum é a necessidade de ácido fólico no período de gestação, resultando em um problema que não tem cura e não tem tratamento. A porcentagem é assustadora e realista, como assusta também em saber que não tem cura e tratamento.

Alberto et al (2010), apontam que:

> [...] No entanto, os principais efeitos teratogênicos incluem as radiações, os vírus, as drogas, as doenças maternas e o efeito desses agentes dependem de vários fatores, tais como: tempo de exposição ao teratógeno, dosagem do teratógeno, genótipo materno, suscetibilidade do embrião, atividade enzimática do feto, interações entre teratógenos e especificidade dos mesmos (ALBERTO et al, 2010, p.245).

As causas que geram a anencefalia são ainda mais diversas, como destacadas anteriormente, o que requer uma atenção e um diagnóstico apurados, objetivando amenizar o problema, por não se tratar de um acontecimento danoso. Becker (2005) vem na mesma linha de pesquisa, pontuando que:

> O diagnóstico do anencéfalo é feito de forma segura durante a gestação. Essa malformação advém do não-desenvolvimento da porção anterior do tubo neural, tendo origem multifatorial, destacando-se a deficiência do ácido fólico como uma de suas causas (BECKER, 2005, p.221).

Alberto et al (2010) vêm confirmar o descrito anteriormente, trazendo um ponto específico, que é o tempo em que se forma a anencefalia, descrevendo que:

> A anencefalia é uma malformação congênita originada de uma neurulação anormal que ocorre entre o 23º e 28º dias de gestação resultando na ausência de fusão das pregas neurais e da formação do tubo neural na região do encéfalo (ALBERTO et al, 2010, p.245).

Uma anormalidade, como já descrito, vai causar a anencefalia, nesse ponto em específico, o que se observa é o tempo em que pode ocorrer, entre 23 a 28 dias de gestação (ALBERTO et al, 2010). Para o mesmo autor: “[...] Trata-se então da forma letal mais comum do Sistema Nervoso Central, onde o feto anencéfalo a termo pode ser natimorto ou viver por algumas horas ou dias” (ALBERTO et al, 2010, p.245).

É uma anomalia que ceifa a vida do embrião de forma rápida e em pouco tempo, o que não deixa chances para um tratamento reversível por meio de medicamentos ou terapias.

Para conceituar a morte, Penna (2005) descreve:

> Como conceito, a morte neurológica é a morte da pessoa, a impossibilidade de consciência. Como morte é irreversível. A manutenção do organismo biologicamente ativo é realizada artificialmente com o auxílio de drogas e máquinas (respirador) (PENNA, 2005, p.97).

A morte do ser humano é resultado de uma impossibilidade de consciência em situação irreversível necessariamente, o mero mantimento do organismo por substâncias químicas não altera a definição de morte atualmente aceita.

Quando se fala em feto morto, Penna (2005) ressalva que:

> Defendemos a tese de que o feto anencefálico é um feto morto, segundo o conceito de morte neurológica. Esse feto, mesmo que levado a termo, não terá nem um segundo de consciência, não poderá sentir dor, ver, ouvir – em resumo, não poderá experimentar sensações. É, portanto, um feto morto porque não há potencialidade de se tornar uma pessoa, não há possibilidade de consciência devido à ausência de córtex cerebral (PENNA, 2005, p.100).

A morte neurológica vai taxar o feto com anencefalia como morto, em nenhum momento após ser acometido de tal anomalia o mesmo terá hábitos de um corpo com reflexos de vida, a exemplo de sentir dor, ver, ouvir pessoas e outros sinais sonoros.

Para delimitar a linha da vida e da morte, Becker (2005) expõe que:

> Com a aprovação da Lei dos Transplantes (Lei no 9.434, de 4/2/97, art. 3º), o ordenamento jurídico passou a adotar a morte encefálica como indicador de fim da vida. Contudo, isso não significa que os demais tecidos e órgãos estejam mortos. A morte encefálica simplesmente atesta a total impossibilidade de vida como indivíduo. Se assim não fosse, não seria lícito retirar um coração pulsante de um indivíduo para transplante (BECKER, 2005, p.221)

Nesse intuito, a indicação do fim da vida na legislação é clara, ou seja, com a morte encefálica tornando-se irreversível uma vez instalada a anencefalia no ser humano. Para se ter ideia da magnitude do problema, Alberto et al (2010, p.245) destacam ainda que: “[...] No Brasil a incidência é de cerca de 18 casos para cada

10.000 nascidos vivos, uma taxa mais de cinquenta vezes maior que a observada em países como a França, Bélgica ou Áustria".

Uma descrição comparativa que assusta, mas que ao mesmo tempo serve como alerta para autoridades brasileiras. O art. 3º da Resolução 2.173 do CFM aduz que:

> Art. 3º O exame clínico deve demonstrar de forma inequívoca a existência das seguintes condições:
> a) coma não perceptivo;
> b) ausência de reatividade supraespinhal manifestada pela ausência dos reflexos fotomotor, córneo-palpebral, oculocefálico, vestíbulo-calórico e de tosse.
> § 1º Serão realizados dois exames clínicos, cada um deles por um médico diferente, especificamente capacitado a realizar esses procedimentos para a determinação de morte encefálica.
> § 2º Serão considerados especificamente capacitados médicos com no mínimo um ano de experiência no atendimento de pacientes em coma e que tenham acompanhado ou realizado pelo menos dez determinações de ME ou curso de capacitação para determinação em ME, conforme anexo III desta Resolução.
> § 3º Um dos médicos especificamente capacitados deverá ser especialista em uma das seguintes especialidades: medicina intensiva, medicina intensiva pediátrica, neurologia, neurologia pediátrica, neurocirurgia ou medicina de emergência. Na indisponibilidade de qualquer um dos especialistas anteriormente citados, o procedimento deverá ser concluído por outro médico especificamente capacitado.
> § 4º Em crianças com menos de 2 (dois) anos o intervalo mínimo de tempo entre os dois exames clínicos variará conforme a faixa etária: dos sete dias completos (recém-nato a termo) até dois meses incompletos será de 24 horas; de dois a 24 meses incompletos será de doze horas. Acima de 2 (dois) anos de idade o intervalo mínimo será de 1 (uma) hora. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017, p. 02)

O destaque é que para se ter vida necessita de uma situação reversível no quadro em que a pessoa se encontra, mas a anencefalia não abre essa margem para reversão de quadro clínico, destacando-se que não tem a existência de vida.

Para destacar algo mais próximo à lei, Diniz et al (2009), apontam que:

> [...] Os excludentes de ilicitude para o aborto no Brasil não preveem a situação clínica da anencefalia ou de outras más-formações incompatíveis com a vida do feto, o que obriga as mulheres a manter a gestação ou buscar autorização judicial para interrompê-la sem risco de punição. (DINIZ et al, 2009, p.1620).

Isso ocorre porque o direito ao aborto legal, descrito anteriormente, está previsto de forma expressa no art. 128 do Código Penal, o que não descreve em seu texto legal nenhuma das anomalias descritas pela medicina, nem mesmo a anencefalia, na qual estamos em estudo.

Na mesma linha de analise, Becker (2005) vem mostrar que:

> Querer aplicar a excludente do risco de vida da gestante, de acordo com o inciso I do art. 128º do Código Penal, para justificar a retirada do feto constitui uma temeridade, haja vista que não existe comprovação inequívoca, em todos os casos, desse risco inerente. Mas, certamente, a manutenção de gravidez indesejada de um anencéfalo acarretará graves distúrbios psicológicos na gestante, em decorrência da tortura sofrida e de um tratamento degradante, vedados pelo art. 5o, inciso III, da Constituição Federal. Todas as mães têm a feliz expectativa de vestir seu bebê logo após o nascimento, mas a genitora de um anencéfalo sabe que sua roupa será, irremediavelmente, um pequeno caixão (BECKER, 2005, p.221).

Para a retirada do feto com fundamento no art. 128º, inciso I do Código Penal, necessitaria de comprovação inequívoca do risco da gravidez da gestante, sendo que a continuidade da gestação resultaria em problemas com o psicológico, em razão de ser equiparado à um tratamento degradante e a tortura.

Becker (2005) continua demonstrando que:

> O Estado, quando autoriza o médico a praticar o aborto em gravidez resultante de estupro, de acordo com o art. 128, inciso II, do Código Penal, explicita que o feto pode ser sacrificado para garantir os direitos constitucionais e, em especial, a honra da mãe. Daí, conclui-se que nem sempre a vida está acima dos princípios constitucionais do respeito à existência numa concepção holística e não meramente biológica (BECKER, 2005, p.221).

Nem mesmo o direito à vida é absoluto, o que se deve observar é o caso concreto, como descrito na citação acima, o Estado vai abarcar um direito sobre o outro, devemos nós fazermos as interpretações e críticas, objetivando sempre a construção de um direito em que tenha abrangências sobre todos da sociedade.

A luta para ter acesso ao Poder judiciário não é de hoje, Diniz et al (2009, p.1620) apontam que: “[...] Alguns estudos mostram, que o recurso ao Poder Judiciário para a autorização do aborto em caso de feto incompatível com a vida é um fenômeno que teve início nos anos noventa no Brasil”. Dessa maneira, as mães com crianças portadoras da anomalia em tela, buscam soluções junto ao Poder Judiciário, o que não se interrompem no tempo.

3.3 MICROCEFALIA

A discussão em tela rodeia o conceito de microcefalia e o seu resultado em fetos, como também uma explicação lógica e realista do problema. Posto isso, Oliveira e Sá (2017) vem conceituar a microcefalia mostrando que:

> A microcefalia é uma má formação que apresenta alterações de estrutura e função do sistema neurológico, caracterizada pela medida do perímetro cefálico, realizada logo após o nascimento da criança, onde considera-se que um resultado menor que o esperado para o sexo e idade gestacional seja um parâmetro fundamental para o diagnóstico dessa anomalia [...] (OLIVEIRA; SÁ, 2017, p.65).

A formação saudável do indivíduo é fundamental para nascer uma criança sem problemas e limitações, isso remota ao caso em tela discutido, existindo um problema no desenvolvimento natural, afetando estrutura e função, mudando o tamanho do crânio por conta de alterações neurológicas, no qual o resultado esperado não é alcançado, ou seja, não se tem uma formação normal do embrião.

Ao pontuar sobre o surto da microcefalia, Norbert et al (2016) explicam que:

> O surto de microcefalia relacionada ao vírus Zika é incomum e inesperado, apresentando grandes impactos sobre a saúde pública, e comprometendo o desenvolvimento neuropsicomotor desses bebês se faz necessário mais investigações sobre este tema abrangente, suas repercussões e a estimulação eficaz. (NORBERT et al, 2016).

Assim, a anomalia não vai se apresentar como acontecimento comum, caracterizando um acontecimento inesperado, o que vai gerar a inevitável mudança nas vidas de todos que rodeiam aquela criança acometida da má formação, demonstrando a extrema necessidade de pesquisa na área e um cuidado mais que dobrado no acompanhamento das gestantes.

O zika vírus é capaz de ser transmitido durante a gestação. Uma paciente que indicava ter a infecção no início da gravidez, veio sofrer aborto na oitava semana, na qual teve sua placenta avaliada por técnicas de RT-PCR, que indicou que as células estavam infectadas pelo vírus em destaque e sua transmissão ocorreu por meio da placenta, sendo realizados exames para descartar a possibilidade de infecção por dengue. (SALGE et al, 2016)

Para mostrar que a situação é complexa e o alarme não é falso, Veiga, Nunes e Andrade (2017, p.125) expõe que: “A incidência de microcefalia no Brasil apresentou um aumento considerável a partir de 2015, sendo considerada um grave problema de saúde [...]”.

Somente o segundo semestre de 2015, apresentaram mais de 3.000 casos que possam ter relação com a microcefalia, ou seja, é uma média de 20 casos para cada 10.000 crianças que nasceram, sendo estes comunicados ao Ministério da Saúde, notificados por meio de protocolo especial do ZIKA, o que apontou um maior número de nascimentos. Os perímetros cefálicos das crianças não eram registrados de maneira rotineira, mesmo com o alerta do Ministério da Saúde, (MENEZES et al, 2016)

Não registrar qualquer informação relacionada a anomalia causada pelo zika vírus, é tratar a situação como pouco relevante para a sociedade, um órgão do governo não pode ser omisso às consequências do resultado da microcefalia.

Quando se remete ao surto causado pela microcefalia, Reis (2015) descreve:

> O Ministério da Saúde declarou, em novembro de 2015, estado de emergência sanitária nacional devido a um surto em Pernambuco de neonatos com microcefalia, com o registro de 268 casos. O valor é muito superior à média do período 2010- 2014: nove casos por ano. O número cresce de forma alarmante, sugerindo que poderá haver milhares de crianças afetadas. De acordo com o último Informe Epidemiológico sobre Microcefalia, divulgado antes do fechamento da edição desse suplemento, em 08/12/2015, foram registrados 1.761 casos suspeitos de microcefalia, em 422 municípios de 14 unidades da federação. [...] (REIS, 2015, p.88).

Os casos do segundo semestre de 2015 surgiram em números alarmantes, isso é o que mostra o registro de 268 casos. Tal media vem descrever questões ocorridas nos anos de 2010 a 2014, ocorrendo assim 9 casos por ano, conforme o texto supracitado. O que não se descarta a possibilidade de ter mais crianças com a microcefalia. Para demonstrar o problema em números, Reis (2015) aduz que:

> [...] O estado de Pernambuco registrou o maior número de casos (804). Em seguida estão os estados de Paraíba (316), Bahia (180), Rio Grande do Norte (106), Sergipe (96), Alagoas (81), Ceará (40), Maranhão (37), Piauí (36), Tocantins (29), Rio de Janeiro (23), Mato Grosso do Sul (9), Goiás (3) e Distrito Federal (1). Outros estados investigam casos suspeitos como Minas Gerais e São Paulo. (REIS, 2015, p.88).

Os estados da região nordeste lideram os números de casos da microcefalia, o que surge a necessidade de investimentos em todo Brasil, mas principalmente nos Estados que registram mais casos relacionado ao zika vírus.

No que se refere ao agente causador desse grande problema de saúde pública e principalmente social, Oliveira e Sá (2017, p.65) apontam que: “[...] As investigações clínicas a respeito desse surto evidenciaram que a causa era proveniente de uma infecção pelo Zika Vírus durante a gestação”. O zika vírus em destaque na descrição dos autores vem ser determinante nos resultados drásticos da microcefalia. Dessa maneira, quando se refere as questões sociais trazidas pelo resultado do zika vírus, Oliveira e Sá (2017) destacam:

> [...] sabe-se que a concepção de um filho causa uma série de expectativas e idealizações que habitam o imaginário familiar, e a reação gerada pela notícia de algo diferente do esperado provoca nos pais uma série de dúvidas, medos e anseios ao pensar quais serão as implicações futuras desse acontecimento, o que irá dificultar a aceitação e o vínculo com essa criança (OLIVEIRA; SÁ, 2017, p.65).

Com apenas a notícia do diagnóstico do acometimento do feto com zika vírus já causa grandes resultados, isso porque as mudanças e as preocupações irão fazer parte da vida dos pais da criança que está por vir, principalmente no que toca a inclusão em sua sociedade preconceituosa e os meios que ajudem a desenvolver habilidades simples.

Os fatos narrados vão impactar nas vidas pessoais dos pais de uma criança com microcefalia, como a necessidade de acompanhamento constante de profissionais da saúde, médico e terapeuta, alterando a vida financeira e profissional do casal, causando uma sobrecarga de cuidados, bem como anular ou diminuir o preconceito e isolamento causado pela sociedade (OLIVEIRA; SÁ, 2017).

No que se refere a solução do caso em tela, Henriques, Duarte e Garcia (2016) apontam que:

> Não existe solução única para o enfrentamento da epidemia. Deve-se lançar mão de todas as estratégias, desde que sejam seguras e efetivas. Ações coordenadas de controle do vetor, contínuas e universalizadas em cada município, são necessárias, não somente para a proteção das gestantes e bebês, mas de toda a população. (HENRIQUES; DUARTE; GARCIA, 2016, p.8).

Uma única ação do poder público juntamente com a sociedade não vai resolver a questão, mas necessitará da participação de todos, cuja finalidade é a proteção das gestantes em particular e de toda sociedade.

O Estado deve implantar um sistema capaz de conhecer, caracterizar e descrever os aspectos relacionados à microcefalia e ao pré-natal. No qual descrevemos três linhas de atuação. A primeira é uma avaliação do problema, observando o diagnóstico, etiológico e rastreamento, incluindo casos suspeitos e os confirmados. A segunda é investigação do resultado emocional, da qualidade da vida, traçando estratégias de apoio e enfrentamento para abarcar todas as famílias com crianças com microcefalia. A terceira é a qualificação e capacitação de equipes com profissionais multidisciplinares, capazes de avaliar e intervir no tocante ao desenvolvimento da criança com microcefalia, principalmente quando se referir aquelas crianças com menos de 3 anos de vida (BRUNONI et al, 2016).

Ao discutir uma relação de crise econômica com a microcefalia, Reis (2015) vem pontuar que:

> O país está em uma grave crise econômica, no entanto, necessitará disponibilizar meios para enfrentar esse urgente desafio, diante do risco de um desastre humanitário de proporções alarmantes e da ameaça de uma geração de crianças com graves sequelas. (REIS, 2015, p.465).

Isso posto, não deve se deixar levar pelo problema da crise financeira e esquecer o surto assombroso de microcefalia, isso porque tem resultado direto nas vidas das crianças acometidas com a má formação, como também de todos os familiares a sua volta, sendo que o futuro está na vida dos que estão para nascer e já nasceram, o que não pode deixar de ser observado e cuidado, principalmente pelos órgãos dos governos, federal, estadual e municipal.

O capítulo a seguir vai trazer os fundamentos constitucionais do aborto no caso de microcefalia, comentando os artigos 1º, incisos I e II, 3º, inciso IV, 5º, caput e incisos I e II, 6º, caput, 196 e 226, §7º da Constituição Federal de 1988, comentando a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581 Distrito Federal, com a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442.

4 O ABORTO EM CASOS DE FETOS COM MICROCEFALIA

O presente capítulo tem como objetivo discutir o aborto em casos de fetos com microcefalia, partindo da fundamentação do estudo comentando artigos da Constituição Federal de 1988, norma maior do nosso ordenamento jurídico. Com exposição de questões relacionadas com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581 Distrito Federal, analisando a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, trazendo as discussões mais recentes sobre o tema em tela.

4.1 DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Os fundamentos constitucionais em tela, representam o norte de todo estudo do capítulo, isso porque, a base Constitucional é de extrema relevância para se observar outras normas.

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> I - a soberania;
> II - a cidadania (BRASIL, 1988)

A cidadania se apresenta em tela como um dos fundamentos do nosso Estado, observando o cidadão individualmente, como também o cidadão no exercício coletivo.

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988)

Uma garantia que atinge à todos, o que não é cabível nenhum tipo de barreira que seja capaz de diminuir ou ceifar o desenvolvimento da pessoa.

> Art. 5º 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:
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
> II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. (BRASIL, 1988)

Garantindo à igualdade de todos e consequentemente a inviolabilidade de alguns direitos, o que por objetivo protege os nacionais e estrangeiros. O homem e a mulher em pé de igualdade no texto constitucional, que não será observado de maneira justa uma obrigação fora da norma legal ou uma omissão fora de um texto legal.

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

O artigo constitucional supracitado tem por objetivo garantir os direitos sociais de todos, cuja finalidade é o bem-estar de cada pessoa dentro da república, em específico o direito à saúde, à maternidade e a assistência aos desamparados, esse capítulo demonstra os mesmos de forma clara.

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

A saúde vai se apresentar como uma garantia da pessoa e um dever do Estado, esse último estando obrigado a desenvolver políticas públicas capazes de reduzir os riscos de doenças e a propagação de moléstia, garantindo um acesso universal, o que não deve haver nenhum tipo de barreira.

> Art. 226º A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> [...]
> § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988)

O Estado visa proteger à família por eleger assim, a mesma como base da sociedade e consequentemente é a base do Estado Democrático de Direito. A dignidade do ser pessoa humana é de extrema relevância, já que os direitos e deveres que rodeiam cada um de nós tem o cunho de garantia e ordem, o que não será aceito a coercibilidade para praticar certas condutas.

4.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.581 DISTRITO FEDERAL

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581 Distrito Federal tem por objetivo discutir à resposta e ocorrência da microcefalia, como também as alterações no sistema nervoso central, observando os cuidados e atenções à saúde pública, cujo objetivo é de esclarecer e conscientizar toda população.

Quando se fala em meios para coibir tal epidemia, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581 (2016) relata que:

> [...] uma forma inadequada de lidar com uma epidemia de grande porte, com consequências catastróficas à saúde da população, e potencial de tornar-se pandemia. Primeiro, pois muitas das políticas públicas de acesso geral à saúde e à seguridade social não atingem a população mais pobre e em maior risco de infecção do zika. [...] (STF, 2016, p.2).

A crítica se apresenta de forma clara, já que o problema poderá ser agravado, pois os resultados não tem precedentes. Isso porque se apresenta uma falha na incidência de políticas públicas para as pessoas com baixa renda, o que dificulta o acesso à saúde e o recolhimento de informações essenciais sobre a epidemia.

Para justificar o que foi descrito anteriormente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581 (2016) aduz que:

> [...] Isto faz com que as poucas medidas criadas pelo Estado para enfrentamento da tragédia sanitária do zika padeçam de incontornável inefetividade, tornando-se, em termos práticos, políticas públicas abstratas e populistas. (STF, 2016, p.2)

A ineficácia das políticas públicas é caminho certo para o agravamento do zika vírus. E dessa forma, o valor de 10 milhões de reais para todo Brasil é insuficiente, o que não tem como proteger a população da epidemia, dificultando o cobrimento das necessidades e a garantia de direitos, isso porque é uma gravidade muito grande onde se tem riscos e efeitos para a população (STF, 2016).

A ADI 5.581 (2016) relata que:

> [...] As malformações e complicações neurológicas fetais associadas ao vírus podem dar origem a impedimentos físicos, mentais, intelectuais e sensoriais permanentes nos recém-nascidos, fazendo-se necessária a atenção especial em saúde desde o nascimento e o acesso a mecanismos de inclusão e participação social. [...] (STF, 2016, p.4).

Os impedimentos gerados pelo zika vírus levam a pessoa portadora de tal à um estado de cuidados extremos, o que é necessário o cuidado especial por parte da prestação de serviços de saúde do Estado, que tem por desafio incluir tais pessoa portadoras, à programas sociais capazes de promover um bem-estar e um desenvolvimento.

Para tanto, as famílias necessitam de tal cobertura, visto que, “[...] são impossíveis de serem suportados pelas famílias das crianças, economicamente hipossuficientes em sua absoluta maioria, tornando-se imperativo que sejam assistidas por programas estatais. [...]” (STF, 2016, p.4). A necessidade de tais pessoas serem assistidas pelo Estado, como já demonstrado, é de extrema importância.

Nesse intuito, a ADI 5.581 (2016) aduz que:

> [...] Ainda, a ausência de concessão dos mecanismos necessários e devidos de proteção social, em particular de assistência social e saúde, para crianças e seus responsáveis legais é clara afronta ao direito à vida livre de discriminação a todos os cidadãos brasileiros e à proteção da maternidade e à infância, nos termos do art. 3º, IV e 6º, CR. (STF, 2016, p.4).

O que vai gerar de toda essa omissão do Estado, é uma lesão às garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988. O que segundo a ADI 5.581 (2016):

> Ainda, claramente viola os deveres postos nos arts. 6º e 227º, caput, da CF, com relação às crianças com sequelas da síndrome congênita do vírus zika, não protegendo os seus direitos à vida, à dignidade e à saúde com prioridade absoluta. (STF, 2016, p.6).

A ADI 5.581 aponta que: “[...] omissão na garantia de acesso à informação sobre o estado atual do conhecimento médico sobre a epidemia do vírus zika, incertezas e riscos de infecção, bem como formas de prevenção.” (STF, 2016, p.7). Um problema que geram outros problemas e um futuro escuro e perigoso para toda a sociedade.

Dessa maneira, a negativa de serviços de forma integral para todas as crianças portadoras de deficiência do zika vírus em locais especializados e equipados que se localize a uma distância de até 50 km de suas residências, como

também negam a concessão de um benefício para tratamento em outro domicílio, bem como nas prestações de serviços médicos e de laboratórios, que se apresentam de forma necessária para confirmação e tratamento da contaminação do zika vírus, esses exames especializados são por exemplo o PCR e sorológicos (IGG e IGM) (STF, 2016).

O que segundo a ADI 5.581 existe uma: [...] omissão sobre a possibilidade expressa e literal de interrupção da gravidez nas políticas de saúde do Estado brasileiro para mulheres grávidas infectada pelo vírus zika. (STF, 2016)

O que segundo a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581, esses problemas decorrem:

> Essas omissões encontram-se consubstanciadas nas políticas públicas absolutamente insatisfatórias para enfrentar a epidemia do vírus zika nas Instruções, nas Portarias, nas Normas Técnicas e nos Protocolos do Governo Federal, assim como na inexistência de recursos financeiros alocados para concretização das medidas necessárias para enfrentar os efeitos nocivos da citada epidemia. [...] (STF, 2016, p.7)

O problema financeiro, como já descrito anteriormente, é um problema que precisa ser resolvido, para que se tenha resultados satisfatórios. O que se deve além de implantar as políticas públicas, é fazer com que se tornem eficientes e capazes de gerar um resultado satisfatório para toda sociedade, em específico para as crianças acometidas da anomalia.

Os pedidos vão atacar as políticas públicas insuficientes, seguindo atos normativos de natureza secundária, e a interpretação dos artigos 24, 124, 126 e 128 do Código Penal conforme a Constituição Federal de 1988. (STF, 2016).

A ADI 5.581 ainda ressalva que:

> [...] além da relevância de o diagnóstico ser acessível a toda população brasileira, a sua obtenção para mulheres em idade reprodutiva é ainda mais importante, constituindo-se em necessária informação de saúde ao planejamento familiar de mulheres em idade reprodutiva que queiram engravidar ou que já estejam grávidas. [...] (STF, 2016, p.8)

Isso porque se remete a uma classe em específico, o que vai atingir o desenvolvimento da mulher e do embrião, já que o futuro da sociedade está no desenvolvimento da espécie humana, o que se deve desenvolver mecanismos para garantir a reprodução sem o acometimento de doenças.

Para a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581: “[...]. Enquanto documentos brasileiros silenciam, organizações internacionais destacam a necessidade de ações específicas e integrais. [...]” (STF, 2016, p.9). Assim, a comunidade internacional está se mostrando mais preocupada com o problema do zika vírus no Brasil, do que o nosso próprio Estado, já que os órgãos oficiais do governo sabem da real situação e não repassam, não demonstrando interesse em resolver o problema de saúde que assombra todas as pessoas, em especifico as gestantes.

Segundo a ADI 5.581:

> Desta forma, há uma grave omissão do Estado brasileiro em respeito à implementação das políticas públicas necessárias para orientação e conscientização da população em risco sobre a contaminação pelo zika e suas consequências. [...] (STF, 2016, p.9).

O que deveria ser implantado pelo Estado, é desconsiderado, levando um caos público de saúde. Para a ADI 5.581:

> [...]. Nas situações de continuidade da gravidez imposta às mulheres infectadas pelos vírus zika e em sofrimento psicológico, caso se considere haver colisão entre princípios constitucionais, colocando-se, de um lado, o direito à vida do feto e, de outro, os direitos reconhecidos constitucionalmente à mulher, é preciso reconhecer que: em primeiro lugar, vida não se trata de um direito absoluto, tendo em vista que inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos. [...] (STF, 2016, p.11).

Existem colisões de direitos e garantias, como também uma imposição injusta por parte do Estado, não existindo nenhum fundamento razoável para tanto, já que nenhum direito é absoluto, não cabendo uma sobreposição de um direito a outro. Dessa maneira, para a ADI 5.581:

> [...]. Destarte, a criminalização da interrupção da gravidez de mulheres infectadas pelo vírus zika que assim o desejem para proteção de sua saúde revela-se em verdadeira afronta aos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da liberdade (autodeterminação pessoal e autonomia reprodutiva) e da proteção às integridades física e psicológica (art. 5º, caput, CF), da saúde e dos direitos reprodutivos da mulher (art. 6º e 226, §7º, CF). [...] (STF, 2016, p.11-12).

Nesse sentido, todas as violações de garantias fundamentais não se sustentam em nenhuma norma jurídica mais eficaz e protetiva que a norma constitucional. Isso porque essas garantias servem para proteger a mulher por ser

mulher e estar em uma situação de risco de vida iminente, ao estar gerando uma criança com grave anomalia, já que o Estado não oferece mecanismos capazes de garantir um desenvolvimento saudável das vidas em destaque.

No pedido da ADI 5.581, a mesma requer: “[...] o afastamento do limite de 3 anos para pagamento do benefício na condição de pessoa com deficiência, as crianças vítimas de microcefalia [...]” (STF, 2016, p.15). A garantia da prestação do Estado não ter um tempo limite, já que a anomalia é para toda a vida da criança com microcefalia.

Continuando, a ADI 5.581 requer ainda que:

> [...] sendo desnecessária a comprovação da situação de vulnerabilidade ou de necessidade em virtude da presunção dessa circunstância, e reconhecendo a comprovação da sequela neurológica por meio de declaração/atestado de profissional médico [...] (STF, 2016, p.15).

O que tornaria a prestação de assistência do Estado de forma direta e incondicionada, só necessitando da prova da anomalia causada pela microcefalia, atestada por um profissional especialista na área em tela. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581, requer que a lei institua a obrigação do Estado:

> [...] determinar e executar as medidas necessárias como realização de campanhas educativas e de orientação à população, em especial às mulheres em idade reprodutiva e gestantes, divulgadas em todos os meios de comunicação, incluindo programas radiofônicos estatais, bem como nas páginas do Governo Federal da rede mundial de internet, e coordenar a promoção de política pública eficaz com entrega de material sobre o vírus zika em postos de saúde e em escolas, especialmente para todas as mulheres em idade reprodutiva, com informações sobre formas de transmissão, efeitos conhecidos e ainda não conhecidos da epidemia e métodos contraceptivos necessários e disponíveis na rede pública para aquelas que desejarem não engravidar.[...] (STF, 2016, p.17)

Promover um conhecimento nacional do problema generalizado que se instalou, indicando o principal público alvo das ações de conhecimento e controle.

A ADI 5.581 requer ainda que:

> [...] reconhecendo a obrigação do Executivo Federal em oferecer às mulheres em idade reprodutiva, em especial àquelas em situação de vulnerabilidade, contraceptivos reversíveis de longa duração como DIU com liberação do hormônio levonorgestrel (DIU-LNG) (STF, 2016, p.18)

Apontar o que deve ser prestado pelo Estado Brasileiro às mulheres, principalmente as que estão em situações de maior fragilidade, como as vulneráveis, meios que não ceifam o direito das mulheres de serem mães, mas apenas controle a gestação evitando o risco do vírus zika e a gravidez indesejada e sem planejamento familiar.

4.3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 442

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, tem como arguente o Partido Socialismo Liberal, como arguido o Presidente da República, com relatoria da Ministra Rosa Weber. Cujo objeto são os artigos 124 e 126 do Código Penal, com desenvolvimento da discussão do texto legal e constitucional.

A ADPF 442 vem mostrar inicialmente que:

> O arguente afirma, inicialmente, que as razões jurídicas que levaram à criminalização do aborto pelo Código Penal, em 1940, não mais se sustentariam diante dos preceitos fundamentais previstos nos artigos 1º, incisos I e II; 3º, inciso IV; 5º, caput e incisos I e II; 6º, caput; 196; e 226, § 7º, todos da Constituição da República. (AGU, 2017, p.2).

A Constituição Federal de 1988 recepcionou o Código Penal de 1940, o que não deixa dúvidas da vigência, incidência no caso concreto, e validade da norma incriminadora. Por outro lado, os dispositivos constitucionais supracitados têm uma abrangência e aplicação voltados para à ótica da humanidade de maneira indiscutível, como também um desenvolvimento de garantias voltadas para o ser humano e o ambiente em sua volta.

Para a ADPF 442, a mesma relata que:

> Em seu entendimento, a longa persistência da criminalização do aborto seria um meio de utilização do poder coercitivo do Estado para impedir o pluralismo razoável, na medida em que imporia às mulheres o dever de prosseguir com uma gravidez indesejada. [...] (AGU, 2017, p.3).

O que é explicado pelo requerente que, em seu entendimento, os parâmetros de controle de constitucionalidade, em que são utilizados os preceitos fundamentais, estaria ocorrendo uma violação com a criminalização generalizada do aborto. (AGU, 2017)

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442 o autor acrescenta que:

> A descriminalização do aborto teria como consequência a redução de gestações indesejadas e, também, do número de casos de aborto. Afirma, também, que a negação do direito ao aborto causaria sofrimento agudo às mulheres, o qual poderia ser equiparado a tortura ou a tratamento cruel, desumano ou degradante, que seria evitável caso não houvesse tal proibição. (AGU, 2017, p.7)

O Estado não estaria com a imposição da norma penal, o que poderia gerar alguns efeitos, como a diminuição de gravidez indesejadas e o número de aborto, isso porque negando-se o direito de a mulher abortar, está se causando sofrimento.

O que não atende ao princípio da proporcionalidade, se continuar com a criminalização permanente do aborto, o que não pode acontecer em nenhuma de suas formas. A adequação social hoje não estaria permitindo haver a tipificação da conduta abortiva, já que não se tem um objetivo legítimo, sendo que a criminalização não consegue impedir a prática delituosa, o que forçaria as mulheres procurarem clínicas clandestinas com mais assiduidade. (AGU, 2017)

Para a ADPF 442:

> Em relação ao parâmetro da proporcionalidade estrita, afirma que os impactos negativos nos direitos fundamentais das mulheres superariam os impactos positivos da criminalização do aborto para a proteção do valor intrínseco do humano de embriões ou fetos. [...] (AGU, 2017, p.8)

O que vai gerar de ruim nos direitos fundamentais das mulheres, superam os resultados bons da tipificação criminal do aborto, já que o bem jurídico em discussão está relacionada também ao feto ou embrião.

O que se observa na ADPF 442 (2017), é que:

> Em síntese, o requerente assevera que a criminalização indiscriminada do aborto violaria os preceitos fundamentais indicados como parâmetros de controle, na medida em que promoveria tutela penal desprovida de objetivos constitucionais legítimos, desrespeitando princípios fundamentais republicanos e direitos constitucionais das mulheres. (AGU, 2017, p.8)

A tipificação criminal do aborto não estaria encontrando fundamentos constitucionais para permanecer, isso porque a criminalização viola garantias

fundamentais que são usadas para promover o controle de constitucionalidade de normas jurídicas, o que afronta ainda princípios fundamentais e direitos específicos das mulheres.

Na ADPF 442 (2017), também se defende que:

> Em atendimento à solicitação, o Presidente da República defendeu a constitucionalidade das disposições atacadas, tendo afirmado que haveria, quanto ao aborto, um desacordo moral razoável, de modo que a decisão sobre sua descriminalização caberia ao Poder Legislativo, na condição de representante de toda a sociedade. (AGU, 2017, p.9)

Por outro lado, a criminalização expressada pela norma penal, está em conformidade com a Constituição Federal de 1988. O que se tem é apenas um desacordo de pensamentos contra ou a favor de forma normal, cabendo ao Poder Legislativo discriminar a conduta, já que é o representante da sociedade.

Para tanto, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442 vem mostrar que existe a tipificação na norma sobre o tema, explicando:

> Como se nota, o legislador federal não é omisso quanto ao tema, tendo fixado todas as hipóteses de aborto que, a seu ver, não devem se sujeitar ao poder punitivo do Estado. A criação de nova modalidade de aborto admissível no Brasil dependeria, portanto, de alteração da legislação penal, o que não pode ser realizado mediante decisão do Poder Judiciário, sob pena de desvirtuamento da opção política adotada pelo legislador. (AGU, 2017, p.15)

As figuras típicas do aborto legal, na legislação brasileira, estão também positivadas, o que não se sujeita ao direito de punir do Estado. Uma nova excludente de ilicitude da prática abortiva depende do legislativo, é uma atribuição do legislador, já que o Poder Judiciário não tem competência para tal.

Para a ADPF 442 (2017):

> De modo diverso, não se atinge conclusão semelhante quanto ao pleito do autor da presente arguição, que não encontra respaldo em nenhum tipo de avanço tecnológico, mas deriva da evidente intenção de modificar, pela via jurisdicional, as regras penais vigentes. (AGU, 2017, p.16)

As regras normais vigentes no Estado Democrático de Direito brasileiro, não podem ser modificadas pela a presente arguição na via judicial, por não demonstrar também nenhum avanço na sociedade capaz de abrir uma interpretação para uma mudança.

Na ADPF 442 se questiona que:

> Na espécie, o pedido formulado pelo requerente não é de mera interpretação do texto legal em vigor, mas de efetiva criação de uma nova hipótese de excludente de tipicidade, consistente na fixação de um prazo no qual a realização do aborto passaria a ser admissível. Trata-se, como se nota, de verdadeira inovação legislativa, com o estabelecimento de um período de licença para a realização do aborto, em substituição à explícita decisão legislativa de manter a tipificação penal de tal conduta. (AGU, 2017, p.16)

Na descrição do pedido, não se refere a uma interpretação legal do texto da norma, quando se remota a espécie narrada, mas uma nova excludente da conduta abortiva, estabelecendo um prazo para se tornar viável a prática abortiva sem a punição do Estado. Em contrapartida, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442 vem mostrar que:

> Inicialmente, cumpre ressaltar que, diversamente do que alega o autor, a Constituição da República não contém disposição que, explícita ou implicitamente, autorize a prática do aborto até determinado período da gestação. Não há, em outros termos, um suposto direito constitucional da mulher ao aborto. (AGU, 2017, p.18)

Nesse sentido, não existe previsão constitucional do aborto, tanto de forma explícita, quanto de forma implícita, cuja finalidade seja a autorização da prática abortiva até determinado tempo da gravidez. Não existindo uma suposição do direto constitucional da mulher, as normas trazidas na Constituição da República Federativa do Brasil são claras e suficientes para garantir direitos e taxar deveres.

Discutindo a previsão constitucional do aborto e da tipificação legal da conduta, a ADPF 422 expõe que:

> Percebe-se, assim, que a ausência de disposição constitucional a respeito do aborto não derivou de suposto descuido ou omissão dos parlamentares. Tem-se, na verdade, uma clara decisão do Poder Constituinte originário no sentido de delegar, ao legislador infraconstitucional, a competência para dispor sobre o tema, mantendo, desse modo, a vigência da legislação pré-constitucional. (AGU, 2017, p.20)

Não ter previsão do aborto na Constituição Federal de 1988, não é característica de uma omissão ou de um descuido, mas apenas uma simples decisão do legislador que assim fez, passando a competência para legislar sobre o

tema em tela, ao legislador infraconstitucional, na qual se tem a recepção do diploma penal, do ano de 1940.

Para a realização de audiências públicas, nós temos que, para debater a venda de produtos abortivos no Brasil, por meio de endereços da internet, foi feito o requerimento nº 143 apresentado em 02-03-2016, já para discutir o aborto em todo Estado, temos o requerimento nº 22 apresentado em 24-05-2016. (AGU, 2017)

De acordo com o exposto, a ADPF 442 vem mostrar que:

> Assim, a ausência de modificação legislativa demonstra que, apesar dos intensos e recorrentes debates sobre o tema, a decisão do legislador, até o presente momento, é pela manutenção da disciplina estabelecida pelo Código Penal acerca da tipificação do crime de aborto e das hipóteses de interrupção de gravidez expressamente autorizadas por esse diploma normativo. (AGU, 2017, p.22)

Independentemente de qualquer debate realizado ou que venha acontecer, o Código Penal está em uso e a tipificação da conduta criminosa e da excludentes de tipicidade estão vigorando. Nesse intuito a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442 (2017) expõe que:

> Desse modo, a autorização da prática do aborto até a 12ª (décima segunda) semana de gestação não encontra respaldo na Constituição da República ou na legislação penal em vigor, razão pela qual o eventual acolhimento do pedido veiculado na presente arguição direta implicaria a desconsideração da decisão tomada pelo legislador no exercício adequado de sua função constitucional e, por conseguinte, sua substituição pelo critério de preferência do Poder Judiciário. (AGU, 2017, p.23)

O que volta a ser discutido é que a Constituição Federal de 1988 não prevê o aborto até a décima segunda semana de gestação, como também não tem previsão na norma penal. O que se remete que tal decisão não foi decidida pelo legislador, sendo que o pedido da arguição encontra todos esses bloqueios legais.

Na ADPF 442, encontra a seguinte ressalta: “[...] O Poder Constituinte reservou, portanto, à lei em sentido formal, a competência acerca da elaboração dos tipos penais, bem como das respectivas excludentes de ilicitude e de punibilidade. [...]” (AGU, 2017, p.23). No ato da elaboração da norma jurídica, ficou decidido quem seria competente para criar novos tipos penais, como também suas excludentes de ilicitude.

O que vai se admitir é a existência de causas supralegais que geram a exclusão do crime, referindo-se a tipicidade, ilicitude e culpabilidade, em qualquer de suas esferas. O que se discute na arguição em tela, é o plano da tipicidade, observando se a referida conduta pleiteada tem como fato penal ilícito. (AGU, 2017)

A ADPF 442 faz lembrar que:

> Ressalte-se, ainda, quanto à razoabilidade do regramento fixado pelo Código Penal acerca do aborto, que a interrupção voluntária da gravidez não foi proibida, de forma absoluta e indiscriminada, pelo ordenamento jurídico brasileiro. De fato, o legislador fixou, de modo expresso, as hipóteses em que se admite sua realização. [...] (AGU, 2017, p.26)

Destaca-se aqui, a previsão legal da conduta abortiva, questões essas trazidas em capítulo anterior. Para a ADPF 442: “Assim, depreende-se da leitura de tais precedentes dessa Suprema Corte que não foi realizada, em nenhum momento, uma efetiva ponderação entre os direitos do feto e os direitos da gestante. [...]” (AGU, 2017, p.33). O que deve ser observado e discutido, são os dois lados do problema em tela, o que deveria ter sido feito a ponderação de direitos e os reflexos positivos e negativos na sociedade.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, é descrito:

> Nesses termos, não se está a afirmar que o direito à vida do nascituro seria absoluto – caráter, aliás, que nenhum preceito constitucional possui –, mas, tão somente, que a decisão legislativa de lhe conferir prevalência nos casos de aborto injustificado não implica ofensa à Constituição Federal. (AGU, 2017, p.41)

A simples e clara exposição da realidade da norma, quando se refere que o direito não se encontra absoluto. O que se refere o texto supracitado, é que não existirá ofensa à Constituição Federal quando se preferir que o aborto seja realizado.

Ao se referir a solução trazida pelo legislador, a ADPF 442 (2017) explica que:

> Assim, a solução adotada pelo legislador, que optou por proteger a vida do feto por meio da criminalização do aborto e, de outro lado, impôs à Administração Pública o dever de fornecer os meios adequados para que se evitem gestações indesejadas, guarda plena compatibilidade com a Constituição Republicana. (AGU, 2017, p.44)

O que se defendeu em duas linhas diferentes, o que gera duas situações peculiares, na qual nós temos que a vida do feto ou embrião está protegida, e que as gravidezes indesejadas vão ser coibidas, ceifar a sua realização, questão que é compatível com a Constituição Federal, na qual ocorrendo-a dentro das situações que não excluem a tipicidade do aborto, o Estado está protegendo o ser em desenvolvimento.

O que se observa ainda na ADPF 442 é que:

> As normas impugnadas na presente arguição, sobretudo por não proibirem a interrupção da gravidez de maneira irrestrita, são adequadas e proporcionais, contribuindo para impedir que a vida em formação seja descartada de forma unilateral e injustificada. [...] (AGU, 2017, p.44)

Assim, é a proteção da norma jurídica e da vida, respeitando as normas de proteção do Estado e da sociedade.

Desse modo, na ADPF 442 está exposto que:

> De fato, as disposições sob invectiva não contemplam limitação indevida aos direitos individuais da mulher. Tratam, tão somente, de reconhecer a prevalência do direito à vida do nascituro e de impedir que a prática da interrupção da gestação ocorra de modo arbitrário e injustificado. (AGU, 2017, p.45)

Como explica os fatos em questão, não contorna os direitos das mulheres. Existe um maior valor da vida do embrião, impedindo que a prática do aborto ocorra de forma desordenada e sem quesitos mínimos. Nesse sentido, na ADPF 442 (2017) está escrito que:

> Por fim, em relação ao periculum in mora, requisito de satisfação igualmente necessária à concessão da medida cautelar pleiteada, observa-se que o arguente não logrou demonstrar sua presença de forma satisfatória. (AGU, 2017, p.46)

A concessão de cautelar necessitaria de provas do perigo na demora, na qual não estava presente, logo não foi atendida. “[...]. No entanto, a argumentação apresentada pelo arguente no sentido de que haveria excepcional urgência a justificar a concessão da medida acautelatória postulada na presente arguição não merece prosperar”. (AGU, 2017, p.46)

O requisito da concessão da medida não foi atendido, o que por lei não pode ser concedido o pedido descrito anteriormente, o que demonstra a concretude da norma e a sua aplicação. “Isso porque as normas sob invectiva foram editadas em 1940, estando em vigor, portanto, há quase 80 (oitenta) anos. [...]” (AGU, 2017, p.46), as normas do Código Penal estão vigorando.

A ADPF 442 continua explicando:

> Ademais, cumpre observar a existência, na espécie, de periculum in mora inverso, uma vez que o eventual deferimento da medida pleiteada corresponderia à concessão de autorização para que inúmeras vidas fossem eliminadas de forma precoce e arbitrária, dano que jamais poderia ser revertido. (AGU, 2017, p.47)

O perigo na demora, solicitado na arguição em tela, causaria uma instabilidade jurídica, resultando na matança de diversos fetos, o que é ação extremista que lesiona toda sociedade e o Estado. Na ADPF 442 (2017) observa-se: “a ocorrência de risco de grave dano ao Estado brasileiro e aos seus cidadãos, que têm debatido amplamente a questão por meio de seus representantes no Parlamento, ao qual compete decidir sobre o assunto”. (AGU, 2017, p.47)

Novamente, a ADPF 442 (2017) explana que:

> Trata-se, de fato, de questão extremamente delicada sob os aspectos jurídico, moral, ético e religioso, a demandar cautelosa análise por parte das instituições estatais, sem que se possa prescindir da efetiva participação da sociedade. (AGU, 2017, p.48)

O que se discute envolve não só o Estado como criador da norma, mas toda sociedade que precisa das normas, principalmente aquelas mais protetivas. O que necessita de uma consulta na sociedade, nos diversos ramos das ciências, por se tratar de um problema que envolve questões jurídicas, morais, éticas e religiosas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho demonstrou que o resultado da anomalia do zika vírus nos fetos está ligada a uma situação difícil de ser controlada, razão essa de ser transmitida por um mosquito e o seu controle necessitar de um trabalho e colaboração de toda sociedade. Nesse intuito, a aceitação e inclusão de crianças portadoras da especialidade precisa acontecer antes mesmo do nascimento, formando uma barreira protetiva contra preconceitos, olhares diferenciados por outras pessoas, e tratamentos degradantes, corroendo não só a dignidade da pessoa com necessidades especiais, como contribui para a proliferação de um preconceito corrosivo.

Nesse sentido, foi demonstrado, por meio da pesquisa em materiais específicos que discorrem sobre o problema, que o resultado se dar contra a vontade humana, mas que pode ser controlado, por se verificar que sua transmissão é quase imperceptível, podendo ser facilmente confundida a picada do mosquito vetor da anomalia com outros mosquitos, a exemplo da muriçoca, conhecida também por pernilongo em outras regiões, comum em todo Brasil.

Mostrando que, a premissa de que as pessoas devem atender a certos padrões de aceitação acarretam em verdadeiras atrocidades contra a dignidade humana e o respeito ao ser diferente do outro, já que o Brasil é um país diversificado e que não aceita esse tipo de julgamento feito por quase todas as pessoas. O avanço da medicina na área veio mostrar de onde o problema veio, e explicar o mesmo, questão que era desconhecida por todos e que assombrava toda sociedade, por se referir a um problema gigantesco e sem ter uma equipe especializada para a demanda de fetos que estariam com a anomalia prestes a nascerem e as crianças que buscavam e buscam um desenvolvimento e tratamento humanizado.

Necessita da implantação por parte do Estado Brasileiro, clínicas e profissionais especializado na área da microcefalia, promovendo um tratamento contínuo para as crianças com a anomalia causada pelo zika vírus, como também uma assistência psicológica e financeira para os pais e/ou familiares que cuidam do ser humano especial em destaque. Isso porque essas crianças necessitam de tratamento e acompanhamento constantes, o que necessita de dedicação e atenção

de forma exclusiva e particular, tendo como resultado a necessidade de assistência financeira para a pessoa cuidadora.

O Estado Brasileiro deve ainda implantar política de informação do problema causado pelo zika vírus, difundindo em todas as regiões do país, com linguagem acessível à todas as classes sociais, por todos os meios conhecidos atualmente como jornal impresso, internet, televisão, redes sociais dos órgãos da saúde pública da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Investindo nas pesquisas científicas sobre o problema em tela, determinando uma maior quantidade de recursos para a área da saúde familiar, da prevenção e do tratamento humanizado das crianças portadoras da anomalia, bem como o benefício assistencial para os pais da criança.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, argumenta-se que as condições que levaram à criminalização do aborto não se sustentariam mais, em razão da fundamentação constitucional da Constituição Federal de 1988. A criminalização está relacionada ao poder coercitivo do Estado.

A situação de ausência constitucional do aborto não deriva de omissão ou descuido do legislativo, mas apenas uma decisão do Poder Constituinte originário, ao ponto de deixar tal decisão para o legislador infraconstitucional. As modificações no tema remetem a discussões e debates aprofundados, o que se tem hoje é a aceitação da tipificação trazida pelo Código Penal de 1940, no qual temos as figuras criminosas e legais bem tipificadas.

Nesse sentido, as questões que rodeiam a conduta abortiva são jurídicas, morais, éticas e religiosas, o que necessita de debates por órgão do Estado Brasileiro com a participação da população. Dessa maneira, não existe possibilidade de aborto fora das duas previsões legais do art. 128 do Código Penal.

REFERÊNCIAS

AGU. Advocacia-geral da União. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. Arguente: Partido Socialismo e Liberdade. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 08 de abril de 2017. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Brasília. Disponível em <www.agu.gov.br/page/download/index/id/38121647> Acesso em 13 out 2018.

ALBERTO, Miryan Vilia Lança. et al. Anencefalia: causas de uma malformação congênita. **Revista de Neurociência, São Paulo, n. 18, mar. 2010**. Disponível em <http://www.revistaneurociencias.com.br/edicoes/2010/RN1802/351%20revisao.pdf. > Acesso em 11 de setembro de 2018.

BECKER, Marco Antônio. Anencefalia e a possibilidade de interrupção da gravidez. **Revista Medicina**. N. 155. Conselho Federal de Medicina, 2005. Maio –jul.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte especial 2, dos crimes contra a pessoa. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Código penal.** Senado Federal, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasilia, DF, 07 de abril de 2012). Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Disponível em < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf> Acesso em 13 de outubro de 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. **Curso de direito penal**: parte especial, volume 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRUNONI, Decio et al. Microcefalia e outras manifestações relacionadas ao vírus Zika: impacto nas crianças, nas famílias e nas equipes de saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, [s.l.], v. 21, n. 10, p.3297-3302, out. 2016. FapUNIFESP (SciELO).

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial, volume 2. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Termo de Atesto. **RESOLUÇÃO CFM Nº 2.173/2017**. Define os critérios do diagnóstico de morte encefálica. 2017. Disponível em<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2173> Acesso em 14 de outubro 2018.

DINIZ, D. et al. A magnitude do aborto por anencefalia: um estudo com médicos. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 14, suppl 1, out. 2009. Disponível em:<http://www.scielo.br/pdf/csc/v14sl/a35v14s1.pdf>. Acesso em 10 agosto de 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Volume II: parte especial. Niterói: Impetus, 2011.

HENRIQUES, Cláudio Maierovitch Pessanha et al. Desafios para o enfrentamento da epidemia de microcefalia. **Epidemiologia e Serviços de Saúde**, [s.l.], v. 25, n. 1, p.10-1, jan. 2016. Instituto Evandro Chagas.

_____. Increased cases of microcephaly in Brazil. **Revista Médica de Minas Gerais**, [s.l.], v. 25, p.88-89, 2015. GN1 Genesis Network.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte especial, volume 2, dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o patrimônio. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENEZES, Hugo Leonardo dos Santos et al. Zika vírus associado à microcefalia. **Revista de Patologia do Tocantins**, Tocantins, v. 3, n. 2, p.32-45, 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**, volume II, 31. ed. Atlas, 2014.

NORBERT, Adriana Andreia De Fatima et al. A Importância da estimulação precoce na microcefalia. **Salão do Conhecimento**, [S.l.], set. 2016. ISSN 2318-2385. Disponível em: <https://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaoconhecimento/article/view/6476>. Acesso em: 11 set. 2018.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**, volume 2, dos crimes contra a pessoa, dos crimes conta o patrimônio. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Maíra Carvalho; SÁ, Sumaia Midlej. **A Experiência Parental após o Diagnóstico da Microcefalia por Zika Vírus: um estudo de caso**. Revista Pesquisa em Fisioterapia, [s.l.], v. 7, n. 4, 22 nov. 2017. Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública.

PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (neurológica**).** ***Physis*** **[online]**. 2005, vol.15, n.1, pp.95-106. ISSN 0103-7331. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010373312005000100006&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 10 de ago. 2018.

REIS, Raquel Pitchon dos. Surto de microcefalia no Brasil. **Revista Médica de Minas Gerais**, [s.l.], v. 25, n. 4, p.463-465, 2015. GN1 Genesis Network.

SALGE, Ana Karina Marques et al. Infecção pelo vírus Zika na gestação e microcefalia em recém-nascidos: revisão integrativa de literatura. **Revista Eletrônica de Enfermagem**, Goiânia, v. 18, mar. 2016. ISSN 1518-1944. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/fen/article/view/39888/21133>. Acesso em: 11 set. 2018.

STF. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5581. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS - ANADEP. ILTON NORBERTO ROBL FILHO. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF de

2016. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581 Distrito Federal**. Brasília. Disponívelem:<www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310227487 &tipoApp>. Acesso em: 13 out. 2018.

VEIGA, Suelia Aparecida da. et al. Assistência de enfermagem à criança com microcefalia. **Revista Científica Interdisciplinar**, São Carlos, v. 2, n. 2, p.116-128, jul – dez. 2017.