

REFLEXÃO ACERCA DO ABORTO DE FETO MICROCÉFALICO SOB A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Isabelle Dantas Silva¹
Islane Alcantara P. Chaves²

RESUMO

O artigo elaborado traz uma discussão acerca da grande problemática que vem se alastrando na população brasileira sobre a questão da possibilidade do aborto de fetos eugênicos, ressaltando os fetos microcefálicos, e sua relação com a sustentabilidade social e econômica. Dessa forma, o presente estudo buscou responder o seguinte problema de pesquisa: A possibilidade da legalização do aborto no caso de fetos microcefálicos pode ser embasada na tese da sustentabilidade social e econômica? Para tanto, objetivou-se analisar a problemática da microcefalia, bem como a verificação da legislação brasileira, e os argumentos expostos pela doutrina, sobre a possibilidade da aplicação da prática aborto nos referidos casos. A metodologia utilizada propõe a adoção de um desenho metodológico respaldado no campo exploratório, oferecendo uma revisão de literatura dialética onde autores divergem e convergem sobre o tema. Contudo, essa reflexão pretende dirimir as possíveis dúvidas acerca do que prevê os dispositivos legais sobre a temática em questão, contribuindo ao esclarecimento dos pontos críticos a respeito do assunto.

Palavras-chave: Aborto. Microcefalia. Sustentabilidade.

ABSTRACT

The article presents a discussion about the great problem that has been spreading in the Brazilian population. The proposed theme presents an analysis on abortion of eugenic fetuses, emphasizing microcephalic fetuses and their relation with social and economic sustainability. Thus, the present study sought to answer the following research problem: Can the possibility of legalization of abortion in the case of

¹ Graduanda do curso de Direito, 4º semestre da Faculdade Regional da Bahia (UNIRB), Campus Alagoinhas – BA, integrante do Grupo de Pesquisa Direito e Pós-Modernidade ministrado pelos professores Leandro Sanson e Edimário Nascimento. Endereço Eletrônico: belle.d-silva@hotmail.com

² Graduanda do curso de Direito, 8º semestre da Faculdade Regional da Bahia (UNIRB), Campus Alagoinhas – BA, integrante do Grupo de Pesquisa Direito e Pós-Modernidade ministrado pelos professores Leandro Sanson e Edimário Nascimento. Endereço Eletrônico: islanealcantara01@hotmail.com

microcephalic fetuses be based on the thesis of social and economic sustainability? The purpose of this study was to analyze the problem of microcephaly, as well as the verification of the Brazilian legislation and the arguments presented by the doctrine on the possibility of applying abortion practice in these cases. The methodology used proposes the adoption of a methodological design supported in the exploratory field, offering a review of dialectical literature where authors diverge and converge on the theme. However, this reflection intends to resolve possible doubts about what the legal provisions on the subject in question provide, contributing to the clarification of the critical points on the subject.

Keywords: Abortion. Microcephaly. Sustainability

INTRODUÇÃO

Diante do caos que acometeu o Brasil nos últimos anos acerca da epidemia do mosquito *Aedes Aegypti*, transmissor da doença Zika vírus, faz-se necessário discutir acerca do tema supracitado para elucidar conflitos que permeiam sobre a possibilidade do aborto de feto com microcefalia ser legal ou não.

A relevância deste artigo está sustentada nos argumentos prós e contras acerca do aborto de feto com microcefalia, analisando junto a Constituição Federal Brasileira de 1988 (CRFB/1988), e verificando a discussão pertinente sobre as diversas posições doutrinárias favoráveis e contrárias sobre o tema, em especial no que também se refere aos direitos fundamentais relativos ao direito a vida e o princípio da dignidade da pessoa humana em amplo aspecto, onde é analisada a mulher e o feto em circunstâncias diferentes. Este artigo pretende dirimir as possíveis dúvidas acerca do aborto nessa situação, contribuindo ao esclarecimento dos pontos críticos a respeito do assunto.

Conforme o tema abordado, o presente estudo objetiva-se analisar a reflexão existente da viabilidade acerca do aborto de feto com microcefalia³ a luz da legislação Brasileira; e os objetivos específicos, pautados na análise dos aspectos favoráveis e contrários a continuidade da gravidez de fetos microcéflicos, tendo em

³Microcefalia - é caracterizada pela má formação congênita do perímetro cefálico. ALMEIDA, Isadora Maria Gomes. Estadão Política. Microcefalia, aborto e STF. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/blogs/supremo-em-pauta/microcefalia-aborto-e-stf/>> acesso em 18 de novembro de 2016.

vista a garantia dos direitos fundamentais; o reconhecimento das Políticas Públicas governamentais em prevenção ao combate do mosquito causador da doença e a relação do presente tema à sustentabilidade social e econômica.

A doença aqui tratada é causada pelo mosquito *Aedes Aegypti* que é capaz de transmitir doenças diferentes, entre elas se destacam: a dengue, o zika vírus, a febre amarela e a chikungunya. A microcefalia é causada diretamente pelo chamado zika vírus e também podem ter como causa diversos agentes infecciosos.

O mosquito *Aedes Aegypti*, apesar de seu pequeno porte, gerou implicações irreparáveis na sociedade e segundo a constatação do Ministério da Saúde, vem provocando transtorno e insegurança as gestantes e as que pretendem engravidar. Isto porque os mosquitos infectados com o vírus procura atacar as células nervosas e atinge o cérebro ainda em formação do embrião, provocando danos em seu desenvolvimento.

O local pioneiro de casos de microcefalia se deu no Nordeste do país e continua tendo o maior índice de casos comprovados. Isso se dá devido à precariedade de instalações sanitárias, por ser uma das regiões mais pobres que são desprovidas das mínimas condições de higiene.

Percebe-se então, o descaso em relação à política de saneamento básico, e a falta de atenção governamental com a população mais carente que superlota as periferias desses locais multiplicando assim os focos do mosquito transmissor dessa doença.

É notório os conflitos e despreparos que as mães de crianças com microcefalia enfrentam e a consequência futura que esse problema pode gerar por falta de conhecimento, condições psicológicas e financeiras, mas será que a legalização do aborto de fetos microcéfálicos será a válvula de escape para a resolução do problema? ou apenas a criação de um problema ainda maior, que afetará de maneira direta a sustentabilidade social e econômica de nosso país?

Neste sentido, e diante do tema exposto surgem questões com relação à concessão do aborto de feto microcefálico, dentre elas se trará sustentabilidade social e econômica às gerações presentes e futuras.

Sendo assim, como o objetivo principal deste trabalho é promover uma análise acerca do tema proposto, pautada na discussão doutrinária dos aspectos favoráveis e contrários à continuidade da gravidez de fetos microcéfálicos, e sua relação com a sustentabilidade social e econômica, propõe-se a adoção do desenho

metodológico respaldado no campo exploratório, por meio de um método dialético, oferecendo uma revisão de bibliográfica na doutrina, artigos e legislação da área.

1. DIREITO À VIDA

Ao longo do tempo, um dos assuntos mais discutidos em todos os ramos da sociedade, e matérias de direito, é a vida. O direito a vida é fundamental, e está assegurado pela Constituição Federal de 1988, mas especificadamente em seu art. 5º, caput, *in verbis*: “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”.

Para Moraes (2014, p.34)⁴ “O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”.

Dessa forma, torna-se evidente, que um dos principais direitos garantidos na Carta Magna é o direito a vida, pois se esse não for assegurado, todos os outros perdem o sentido de ser. Nessa Perspectiva, André Ramos Tavares (2010, p. 259)⁵ afirma que o Direito a vida “é o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente”.

Neste sentido, o direito a vida deve ser analisado sob duas óticas, no qual a primeira é o direito de estar vivo, a qual trata do direito principal, e a segunda o direito à uma vida digna, que é o direito à saúde, à alimentação, à educação, e toda condição que garanta a dignidade da pessoa humana (FERNANDES, 2011)⁶.

A dignidade da pessoa humana passou a ser o centro e o fundamento básico de inúmeros preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais, assim como o direito à vida. Para melhor compreensão, vejamos a definição de Ingo Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres

⁴ MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁵ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 8ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 569 - 571.

⁶ FERNANDES, Bernardo. Curso de direito constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2011, p.73)⁷

Isto posto, percebe-se que a noção de dignidade da pessoa humana está intrinsecamente ligada ao direito à vida. Portanto, é necessário o Estado assegurar uma vida digna a todas as pessoas para proteger, ao mesmo tempo, o próprio direito à vida.

Contudo, o direito a vida humana, mesmo sendo o principal e primeiro direito a ser protegido não pode ser visto como regra constitucional absoluta, pois podem sofrer restrições. Dentre elas surge, a colisão entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, quando se trata da temática aborto, existiu um conflito entre dignidade da gestante e o direito à vida intrauterina.

Existindo assim esse conflito, explica-se o auge do princípio da dignidade humana a partir do pensamento de Kantiano, que ressaltou como característica do homem um ser racional, dotado de inteligência e vontade, onde o homem deve ser considerado como um fim em si mesmo em todas as suas ações, dissociado do divino e posto acima de todas as coisas, inclusive do próprio Estado.

Portanto, nota-se que a dignidade da pessoa humana passou a ser o centro e o fundamento básico de todo preceito constitucional relativos aos direitos fundamentais, assim como o próprio direito à vida.

2. Aborto perante a legislação brasileira

No ordenamento jurídico pátrio existem fontes legislativas diversas que tratam da matéria aborto, mas em nenhuma dessas fontes está estabelecido o seu conceito explícito. Dessa forma, ao tratar do tema em questão a legislação mais significativa referente ao assunto é o Código Penal. Pois nele, o aborto está incluído no capítulo de “crimes contra a vida”, visando penas restritivas de liberdade de detenção ou reclusão para o ato delituoso.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 73)

O aborto pode ser visto a partir de vários ângulos, dependendo de uma análise sobre quando se inicia a vida. Trata-se de um tema gerador de polêmicas por envolver questões relacionadas ao direito à vida, ao próprio corpo, a escolha e a religião.

Assim como afirma José Afonso da Silva (2005)⁸, existe diferentes teorias sobre o tema: a primeira é salvaguardava o direito à vida desde a concepção e, por consequência, proibia o aborto; a segunda que considerava que só se tem um sujeito de direito a partir de seu nascimento com vida, sendo a mulher responsável pela vida intrauterina do feto, podendo abortar ou não, nessa última o fundamento que prevalece é da autonomia da vontade.

A criminalização do aborto está prevista no Código Penal o Código Brasileiro em seus artigos 124, 125, 126 e 127. Cita-se:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: (Vide ADPF 54)

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

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

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

Forma qualificada

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

Nota-se, conforme expresso pelo Código Penal, que a prática do aborto é caracterizada pela ação direta da gestante ou com seu consentimento (art. 124), ou

⁸ SILVA, José Afonso. Curso de direito Constitucional Positivo. 25. Ed, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

contra sua vontade praticado por terceiro (art. 125), ambas situações que acabam pondo fim a vida do nascituro.

Apesar da criminalização da prática abortiva pelo Código Penal, o art. 128⁹, da mesma norma legal prevê algumas excludentes de ilicitude. Os abortos legais são: o aborto necessário, e o aborto no caso de estupro que resultou uma gravidez, conhecido como aborto sentimental.

O aborto necessário é o ato praticado por médico e exclui a possibilidade do crime quando há perigo de vida da mãe, dessa forma deixar de punir a interrupção tendo em vista a vida da mãe.

O Estado de necessidade disposto no art. 24¹⁰ do CP é outra possibilidade de exclusão do crime, em todas as hipóteses pode-se perceber que o Código opta pela vida da gestante, analisando essa questão é notável que o diploma legal considerasse relevante optar pela vida já desenvolvida, ao consentir a morte do feto. É importante ressaltar que nesses casos o médico será isento de responsabilidade, tendo em vista exclusão de ilicitude, e o profissional ter agido em estado de necessidade.

Logo, observa-se que ao permite o aborto sentimental o legislador relativizou o direito a vida, colocando em conflito com princípio da dignidade da pessoa. Neste conflito deu-se preferência a autonomia da vontade e o direito de escolha da mulher involuntariamente grávida, prosseguir ou não, com a gestação.

Ao contrário do que ocorre no Brasil, em outros países como nos Estados Unidos e Alemanha as gestantes possuem autonomia de vontade, e direito de escolha, no entanto, eles enfrentam uma batalha feroz devido á divisão de opiniões. Como afirmar George Malmelstein:

⁹ 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.

¹⁰ Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Ainda assim, a discussão sobre o aborto é extremamente polêmica, dividindo opiniões. Lá nos Estados Unidos, por exemplo a questão foi decidida pela Suprema Corte Norte Americana no famoso caso Roe vs. Wade, de 1973.

No referido caso, a Suprema Corte Norte Americana autorizou, por 7 votos a 2, a prática do aborto em determinadas situações. Basicamente, ficou decidido que: (1) Os Estados possuem interesses legítimos em assegurar que a prática do aborto não coloque em risco a vida da mulher; (2) o direito a privacidade abrande o direito de a mulher decidir se interrompe ou não a gravidez; (3) o direito de interromper a gravidez não é absoluta podendo ser limitado pelos interesses legítimos do Estado em manter padrões médicos apropriados e em proteger a vida humana em potencial; (4) o embrião ao está incluído na definição de (pessoa), tal como ousada na décima quarta emenda; (5) ante do fim do primeiro trimestre da gravidez o Estado não pode interferir na decisão de abortar ou não; (6) ao fim do primeiro trimestre é o período de tempo do feto se tornar viável, o Estado pode regular o procedimento do aborto somente se tal regulação se relacionar a preservação da vida ou da saúde da mãe; (7) a partir do momento em que o feto se tornar viável, o Estado pode proibir o aborto completamente, a não ser naqueles casos em que seja necessário preservar a vida ou a saúde da mãe. (MALMELSTEIN, 2014, p.93)¹¹

Segundo Ronald Dworkin (2003)¹² na Alemanha, antes da unificação da parte Ocidental com a Oriental, as leis do aborto eram distintas, na parte Ocidental exigia um certificado médico da necessidade de abortar, já na Oriental era um método normal de controle. Quando a Alemanha foi unificada, as nações continuaram com o método da Alemanha Oriental, no entanto, o Parlamento adotou uma conciliação entre as partes, permitindo que as mulheres decidissem por conta própria seu desejo de abortar nos três primeiros meses de gravidez.

2.1. Aborto de fetos anencéfalos – julgamento do Supremo Tribunal Federal ADPF 54

No Brasil em 2012, o aborto de anencéfalos¹³ foi descriminalizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por oito votos a dois, o julgamento da ADPF 54¹⁴ que trata da interrupção de gestação de fetos com anencefalia, foi declarada pela

¹¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

¹² DWORKIN, Ronald - Domínio da Vida - Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. São Paulo: Martim Fontes, 2003

¹³ Anencefalia - Defeito na formação do tubo neural de um bebê durante o desenvolvimento. Um bebê que nasce com anencefalia pode ser natimorto ou sobreviver apenas algumas horas ou dias após o nascimento. MARQUES, José Manoel de Souza. Anencefalia: interrupção da gravidez é uma liberdade de escolha da mulher? Revista de Direito Sanitário. Vol. 11, nº 1. São Paulo, jun. 2010. p.157 Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/13200/15011>> Acesso em 22 set. 2017.

¹⁴ STF-Pleno-ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais) 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 11 e 12 -4-2012, informativo STF nº 661

Corte nesse caso, a inconstitucionalidade na interpretação restritiva do Código Penal, ou seja, não caracteriza crime as mulheres que interrompem esse tipo de gravidez, vista a inviabilidade de vida do feto. Alguns ministros chamaram de o "julgamento mais importante de toda a história da corte".

A discussão do tema iniciou-se no ano de 2004, com a propositura da ação pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, e só em 2012 chegou ao plenário. Na ADPF, a instituição pedia que o Supremo firmasse a concepção de que antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico não é aborto, autorizando que gestantes nesta situação tivessem tal direito sem a necessidade de autorização judicial ou permissão do Estado.

A grande discussão se deu ao pensar quando se inicia a vida intra-uterina para que se possa então verificar em quais casos de interrupção da gravidez ocorreria ou não o delito de aborto. Alguns doutrinadores e juristas defendem que a proteção da vida tem início com a fecundação e, outros, em analogia com a Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, defendem que o início da vida se dá apenas quando da formação da placa neural. A falta de consenso gerou a polêmica acerca da necessidade ou não de autorização judicial para o abortamento de fetos anencefálicos.

Os casos de anencefalia são distintos aos dos fetos com microcefalia que tem possibilidade de vida extrauterina. Todavia as consequências da doença são altamente graves, e não tem cura.

Anencefalia é quando o feto é diagnosticado com deformação no tubo neural, havendo ausência parcial do encéfalo, ou seja, o bebê nasce sem parte do cérebro. É constatada uma deficiência causada pela insuficiência de ácido fólico na dieta das gestantes, o que acarreta 50% dos casos, mas fatores genéticos e ambientais também influenciam os números.

Prevaleceu nesse caso o voto do Ministro Marco Aurélio, relator da ação em julgamento, para quem "anencefalia e vida são termos antitéticos". O Ministro afirmou que existe, no caso, um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais já que não há qualquer possibilidade de o feto sem cérebro sobreviver fora do útero da mãe. O que estava em jogo, disse Marco Aurélio, é saber se a mulher que interrompe a gravidez de feto em caso de anencefalia tem de ser presa. Os Ministros decidiram que não.

Já o Ministro Cezar Peluso¹⁵, defendeu que não se pode admitir que o feto anencéfalo não tenha vida. Para ele a vida não é um conceito falso previsto pelo ordenamento jurídico para efeitos operacionais. A vida e a morte são eventos anteriores à ação judicial das quais o direito se apropria para determinado fim.

É importante salientar, que nos casos de aborto de fetos anencéfalos é indispensável dois laudos com diagnósticos realizados por médicos diferentes, além de exames e técnicas atuais e regularmente segura.

3. Discussão acerca da política do Aborto de feto com Microcefalia

No tocante os posicionamentos contrários e favoráveis ao aborto em nosso país, é tarefa complicada e polêmica, pois esse tema é muitas vezes norteador para o entendimento social, e não apenas dos legisladores. Uma vez que, o mesmo tem relação direta com os direitos individuais, devendo ser analisado em esferas diferentes, tanto os direitos do feto quanto os direitos da mãe.

O crescente número de casos de mulheres infectadas pelo vírus “Zika” transmitido pelo mosquito *Aedes Egipty*, acarreta discussão acerca da viabilidade da interrupção voluntária de gestações de feto microcefálico.

De acordo com o Ministério da Saúde a microcefalia é caracterizada pela má formação congênita do perímetro cefálico. Neste sentido, colocam-se em pauta as viabilidades legais de descriminalização do aborto de feto com microcefalia, através de manifestação de grupo de advogados, acadêmicos e ativistas que circula nos veículos midiáticos com escopo de aliviar a pressão no Supremo Tribunal Federal, solicitando a descriminalização dessa prática, tendo em vista a má formação do feto, as consequências da doença e o direito da mulher de se autodeterminar – liberdade feminina, além da condição da gestante para manter seu filho, e dar ao mesmo vida digna.

Como dito anteriormente, o aborto de anencéfalos foi descriminalizado pelo Supremo Tribunal Federal, onde os votos contrários argumentavam que, ainda anencéfalo, o feto teria vida, e deveria ser tratado como pessoa humana, trazendo à baila há ofensa à Constituição Federal e o direito à vida

¹⁵ HAIDAR, Rodrigo. STF permite interrupção de gravidez de feto anencéfalo. Consultor Jurídico: 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-12/supremo-permite-interruptao-gravidez-feto-anencefalo>> Acesso em: 22 de Set. de 2017.

Dessa forma alguns doutrinadores dispõem que são direitos fundamentais assegurado na Constituição Federal à liberdade e intimidade:

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:

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

No tocante a intimidade, só a mulher conhece seu corpo e as transformações acometidas pela gravidez. Dessa forma, tem de ser levado em conta a vontade da gestante, em seguir com a gravidez e as consequências da doença do feto para o resto da vida

Ao tratar da liberdade deve-se analisar o direito da mãe em dispor do próprio corpo, e a condição externa da gestante, pois as crianças afetadas pela doença necessitam de cuidados especiais, nesse contexto dispõem Antônio Chaves (1994, p. 32)¹⁶, “afirmam os defensores do aborto eugênico que não se pode impor aos pais o sacrifício, para o resto da vida, de ter um filho anormal e nem a preocupação pelo futuro do filho, quando não mais puderem cuidar dele”.

Aludi à conceituada doutrinadora Patrícia Partamian Karagulian (2007, p.19)¹⁷:

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

Por esse ângulo, é necessário analisar minuciosamente a respeito da liberdade da gestante interligado ao aspecto econômico, uma vez que deve ser garantida a criança uma vida digna. E com pouco recurso de sobrevivência esse objetivo não será alcançado com êxito, tendo em vista o desamparo do Estado, para com aquelas afetada pela epidemia, e a ineficácia do combate ao mosquito, sendo assim uma criança com má formação e graves doenças sem condições para cuidados especiais, gera desespero e aflição para uma mãe.

¹⁶ CHAVES, Antônio. Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

¹⁷ KARAGULIAN, Patrícia Partamian (Coord.). Aborto e legalidade: malformação congênita. São Caetano do Sul: Yendis, 2007. In: ALMEIDA, Carlos Henrique Bissoli; MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. Artigo científico: Aborto nos casos de Microcefalia: revista eletrônica do centro universitário Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente de São Paulo

Alguns ministros já se posicionaram sobre o tema, dentre ele o Ministro Marco Aurélio¹⁸ em seu discurso sobre a vida destaca que "a vida é um bem a ser preservado a qualquer custo, mas, quando a vida se torna inviável, não é justo condenar a mãe a meses de sofrimento de angústia, de desespero".

Destarte, os defensores do aborto de microcéfalos alegam que o Poder Público é o maior responsável pela epidemia de zika vírus, o causador de tal doença, ao ser omissivo no que diz respeito a erradicação do mosquito transmissor do vírus. Partindo do viés de que obrigar essas mulheres a ter um filho portador de tal malformação é o mesmo que "penaliza-las" pela falha do governo nas políticas públicas e na má gestão, torna-se "viável" o direito a escolha do chamado "aborto legal".

Tendo em vista, o desrespeito ao direito á vida, alguns juristas se posicionam contrariamente ao aborto de fetos microcéfálicos, por se tratar de casos diferentes dos fetos anencéfalos, que já possui legalização permitida por lei, o primeiro trata de um prazo de vida que um prazo que não pode ser mensurado, enquanto o segundo não tem probabilidade de vida.

Desta maneira, Cezar Peluso ministro do STF defende que, ao tratar da temática do aborto de anencefálos, a ideia de morte encefálica pressupõe a existência de vida, não é possível pensar a existência de morte se não estivesse vivo, o aborto é uma atitude 'egocêntrica' da mulher.

Ainda, segundo o Ministro supracitado, o feto não pode ser destruído para amenizar um sentimento de frustração, se não podemos admitir o aborto de anencefálos, mesmo quando sabemos que o seu tempo de vida é estimado, dessa forma como poderíamos imaginar a legalização do aborto microcéfalo, estaríamos privando um ser humano de uma vida durável para satisfazer a vontade de outrem.

Segundo Dr. Roberval Casemiro Belinati¹⁹, Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

[...]O direito à vida é cláusula pétrea, que não pode ser modificada por emenda constitucional, por lei ordinária e muito menos por um código penal [...] O aborto, além de ofender a Carta Magna, macula o Código Civil Brasileiro, no seu artigo 2º, que proclama que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro

¹⁸ Decisão STF. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2416707&tipoApp=RTF.>

¹⁹ SIQUEIRA, Thácio. Domínio Espírita. Disponível em: <<https://dominioespirita.blogspot.com.br/2012/12/desembargador-questiona-questao-da-vida.html>> acesso em 21 de setembro de 2017

Por essa ótica, na temática a luz do Art. 5º da Constituição, notamos que a aprovação desta medida é descabida, considerando a inviolabilidade do direito à vida, exatamente por se tratar de direito fundamental.

Além da CF/88 declarar essa inviolabilidade, podemos encontrar também em acordos internacionais sobre Direitos Humanos assinados pelo Brasil, formas de garantir a esse feto o direito a Vida. O principal desses acordos é Pacto de São José da Costa Rica²⁰, que entrou para o nosso Ordenamento Jurídico Brasileiro através do Decreto 678/1992 e tem status de norma constitucional, e em seu artigo 4º prevê que toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Ademais, reconhecendo que a vida começa na concepção, o Código Civil de 2002, dispõe em seu Art. 2º que a personalidade civil da pessoa humana começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo a garantia dos direitos do nascituro.

Para os contra, percebe-se que proibir o aborto de fetos microcefálicos, põe a salvo a vida do nascituro, assegurando e fazendo cumprir o disposto no artigo Art. 5º da Constituição Federal e demais tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil. Além de proteger o direito à vida, por trata-se de um direito fundamental do homem, que decorrem de todos os outros direitos, sendo natural, inerente à condição de ser humano, uma vez que não a nada que comprove a existência de qualquer empecilho para o nascimento e manutenção da vida desses fetos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante o exposto, restou claro que o direito à vida está garantido constitucionalmente sendo que este é o principal e primeiro direito protegido no ordenamento jurídico, do qual sucedem todos os demais.

Apesar de o direito à vida humana ser assegurado de forma acentuada pela legislação pátria, percebe-se que este não pode ser considerado absoluto, pois a mesma permite restrições como nos casos já previstos.

No tocante a política do aborto de fetos microcefálicos, percebe-se que, as opiniões acerca da legalização são de fato divergentes, alguns juristas afirmaram sobre a importância da vida sobre os direitos da personalidade humana, respeitando

²⁰ Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a ratificado em setembro de 1992.

a Constituição Federal em todos os seus termos. Outros que visam à autonomia da vontade e o direito de escolha da mulher. Trazendo a baila o Poder Público como maior responsável pela epidemia de zika vírus, o causador de tal doença, ao ser omissos no que diz respeito a erradicação do mosquito transmissor do vírus.

No entanto, ao analisarmos os fundamentos legais adotados em outros países acerca da prática do aborto, a exemplo do caso Norte Americano (EUA), percebemos que a legislação adota um viés mais liberal, privilegiando em muitos casos a autonomia da vontade das gestantes, ao poder optar pela prática ou não do fim da gestação. É justamente nesse interim, que se observarmos as consequências de ordem econômica e social trazidas para os fetos microcefálicos, é que vislumbra-se o debate sobre a descriminalização da prática do aborto nesses casos. Por certo, esse debate é amplo e ainda incipiente no ordenamento jurídico brasileiro, mas ao mesmo tempo extremamente relevante.

Nessa perspectiva, é imprescindível a figura do Estado para assegurar todos os direitos fundamentais, além de promover políticas públicas eficazes pautadas pela sustentabilidade social e econômica no que diz respeito a práticas de atos preventivos.

Nesse contexto, entende-se que é preciso antes de tudo investir no combate à raiz desse problema em todos os âmbitos sociais e midiáticos para a erradicação do caso, dando-se a importância devida para que as famílias que são vítimas da microcefalia tenham assistência adequada, levando em consideração que é direito de todos e dever do Estado à proteção a vida, a saúde e a família.

Sendo assim a sustentabilidade engloba toda estruturação de um Estado amplamente baseado nos direitos e deveres para com uma sociedade, dessa forma concluímos que, a medida mais eficaz seria a criação de políticas públicas que visem a conscientização e combater do mosquito *Aedes aegypti* como forma de melhorar a sustentabilidade social e econômica, sendo o meio mais viável para redução dos casos de zika vírus e consequentemente a microcefalia.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Isadora Maria Gomes. Estadão Política. **Microcefalia, aborto e STF**. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/blogs/supremo-em-pauta/microcefalia-aborto-e-stf/>> acesso em 18 de novembro de 2016.

ALMEIDA, Carlos Henrique Bissoli; MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. Artigo científico: **Aborto nos casos de Microcefalia**: revista eletrônica do centro universitário Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente de São Paulo. Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/5553/5278>> acesso em 18 de novembro de 2016.

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

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Consultório jurídico. **Aborto de feto com microcefalia não é tema para o STF**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/observatorio-constitucional-aborto-fetos-microcefalia-nao-tema-stf>> acesso em 18 de novembro de 2016.

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

DWORKIN, Ronald - **Domínio da Vida - Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. São Paulo: Martim Fontes, 2003

FERNANDES, Bernardo. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

H Aidar, Rodrigo. **STF permite interrupção de gravidez de feto anencéfalo**. Consultor Jurídico: 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-12/supremo-permite-interruptao-gravidez-feto-anencefalo>> Acesso em: 22 de Set. de 2017.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARQUES, José Manoel de Souza. **Anencefalia: interrupção da gravidez é uma liberdade de escolha da mulher?** Revista de Direito Sanitário. Vol. 11, nº 1. São Paulo, jun. 2010. p.157 Disponível em:

<<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/13200/15011>> Acesso em 22 set. 2017.

MINISTERIO DA SAÚDE: **Bahia Governo do Estado**. Disponível em <<http://www.saude.ba.gov.br/novoportal/>> acesso em 18 de novembro de 2016.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p.90.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAIS, Lorena. **A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher**. Senatus, Brasília, v. 6, n. 1, p. 50-58, maio 2008

KARAGULIAN, Patrícia Partamian (Coord.). **Aborto e legalidade**: malformação congênita. São Caetano do Sul: Yendis, 2007. In: ALMEIDA, Carlos Henrique Bissoli; MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. Artigo científico: **Aborto nos casos de Microcefalia**: revista eletrônica do centro universitário Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente de São Paulo

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 73)

SILVA, José Afonso. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 25. Ed, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

SIQUEIRA, Thácio. Domínio Espírita. Disponível em: <<https://dominioespirita.blogspot.com.br/2012/12/desembargador-questiona-questao-da-vida.html>> acesso em 21 de setembro de 2017

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 569 - 571.