

P A R E C E R

CONSULENTE: ASSOCIAÇÃO NACIONAL
DOS DEFENSORES PÚBLICOS (ANADep)
MAIO/2.016

A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS (ANADep) solicitou parecer às vésperas de ajuizar Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) perante o Supremo Tribunal Federal (STF) para proteger os direitos ao planejamento familiar, à maternidade e à infância sadia e capaz de digno desenvolvimento humano, em face da epidemia do vírus zika, epidemia essa, diga-se, resultante do descaso histórico do Estado brasileiro com a saúde pública.

Para tanto, formulou a seguinte indagação: *É razoável considerar que a epidemia do vírus zika provoca um estado de necessidade à mulher grávida infectada pelo referido vírus, tornando a interrupção da gravidez, nesse caso, um direito da mulher para proteção de sua saúde mental?*

Tendo em vista os critérios de brevidade e clareza, a resposta será apresentada em itens:

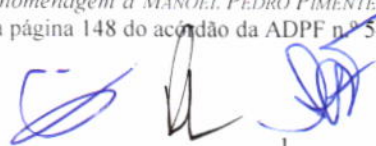
a) A DISTINÇÃO TÍPICA ENTRE A INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ E O ABORTO

A legislação brasileira não definiu, de forma suficiente e pormenorizada, os elementos configuradores do tipo objetivo do crime de aborto e o que o diferencia das hipóteses lícitas de interrupção da gravidez.

Vale enfatizar que o aborto é apenas a forma excepcional e ilegal de interrupção da gravidez. No que se refere aos dados compositivos do tipo de aborto, *provocar* é o verbo indicador da ação criminosa e se trata de verbo comum aos arts. 124, 125 e 126, todos do Código Penal (CP). Como tal, *provocar* não se traduz numa conduta carregada de desvalor social, menos ainda de ilicitude, como seria o caso dos verbos *matar*, *caluniar*, *injuriar* etc. A estrutura típica só se torna definível com referência explícita ao objeto direto do comportamento criminoso, ou seja, ao vocábulo *aborto*, cuja área de significado deverá ser delimitada.

Em estudo datado de 1.992, já se observou que a definição de aborto carece de “valoração por parte do juiz ou intérprete”¹, a partir do ambiente cultural de aplicação

¹ FRANCO, ALBERTO SILVA. Aborto por indicação eugênica. *Estudos jurídicos em homenagem a MANOEL PEDRO PIMENTEL*. São Paulo: RT, 1.992, p. 90. Posteriormente, corretamente reconhecido pelo STF, na página 148 do acórdão da ADPF nº 54, de relatoria do Min. MARCO AURÉLIO.



da norma. Assim, a noção jurídica de aborto não poderá ser encerrada numa espécie de moldura fixa, ou seja, numa prisão conceitual. Trata-se de elemento normativo do tipo que comporta sempre espaços livres que permitem alargar a área de delimitação do conceito, de acordo com a compreensão a ele emprestada pelo intérprete/julgador.

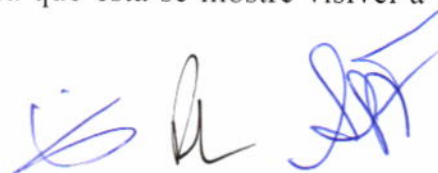
Não se trata, no caso, de puro arbítrio interpretativo. O intérprete/julgador deverá atentar aos dados sociais, ao processo biológico de desenvolvimento embrionário, às inovações tecnológicas no campo da medicina, aos diagnósticos pré-natais idôneos a identificar antecipadamente problemas no curso da gestação, para determinação do conceito de aborto. É o resultado desse processo interpretativo que diferencia a regular interrupção da gravidez do crime de aborto.

O conceito de interrupção da gravidez é, sem dúvida, bem mais abrangente do que o de aborto. Há hipóteses de interrupção da gravidez, com morte do pré-embrião, embrião ou do feto, sem que se configure o aborto. Por acaso, nas hipóteses de gravidez molar, de gravidez extrauterina, de gravidez que demanda intervenção cirúrgica no útero da mulher gestante devido a uma afecção oncológica, não seria exigível um ato interruptor da gravidez, com a consequente morte do embrião ou do feto? Seria pertinente em qualquer desses casos cogitar-se do tipo de aborto?

Evidentemente, não.

Além disso, na questão da anencefalia, o embrião ou o feto, em razão de um processo patológico, não estará irreversivelmente condenado à morte, não havendo em consequência vida intrauterina a ser protegida?

Assim, as intervenções efetuadas no processo gestacional não visam a morte do embrião ou do feto, mas pura e simplesmente pôr cobro ao sofrimento da mãe gestante, evitando o agravamento de sua saúde psíquica. Não há como relacionar a expulsão do embrião ou do feto ao resultado morte, uma vez que a intervenção executada não foi a causa direta e imediata da morte, mas mera ocasião para que esta se mostre visível a todos.



A malformação obsta que o produto da gestação tenha condições de ter vida própria fora do ventre materno a não ser por tempo bem reduzido. Assim, embora se possa cogitar na anencefalia de interrupção do processo gestacional, é indubitável que não há como adequá-la ao tipo de aborto. Trata-se, portanto, de hipótese de pura atipia.

Nessa linha de entendimento, no julgamento da ADPF n.º 54, o STF, pela maioria de seus membros, considerou que não caberia cogitar do direito à vida em relação ao anencéfalo, na medida em que se vislumbra, nesse caso, uma total antítese entre a vida e a anencefalia. Com propriedade, o Relator, Ministro MARCO AURÉLIO, observou que inexistente na hipótese em foco uma colisão de direitos fundamentais já que o anencéfalo não se revela titular do direito fundamental à vida². Portanto, a interrupção da gestação, nessa hipótese, não concretiza crime contra a vida, em razão da atipicidade da conduta³ ou da sua localização fora do âmbito de proteção do tipo.

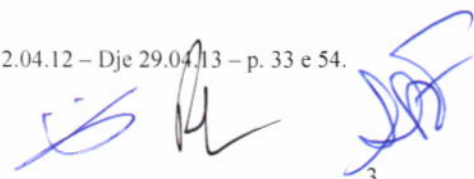
A partir dessa conclusão, não guardaria também pertinência a consideração de que o embrião ou o feto que exibam gravíssimas enfermidades físicas ou psíquicas que possam ter prorrogação atemporal no processo vital, não poderiam admitir uma interrupção da gravidez com a morte de um ou de outro?

Aqui, já não se cogita de um caso de anencefalia no qual não há vida humana subsistente, mas, na hipótese enfocada, a vida existente não tem capacidade de desenvolvimento livre e autônomo. Situação diametralmente oposta a do aborto legal de mulher, vítima de estupro, no qual se legitima a possibilidade de interrupção da gravidez de feto saudável (art. 128, II, do CP).

A verificação e a identificação de gravíssimas enfermidades físicas ou psíquicas perenes, no processo de gestação, tornaram-se possíveis com o extraordinário desenvolvimento assumido pelas ciências médicas e biológicas. Já há décadas, é perfeitamente viável, com o emprego de diferentes técnicas, conhecer o estado de saúde do embrião ou do feto antes mesmo de vê-lo com os próprios olhos. O diagnóstico pré-

² BRASIL – STF – Pleno – ADPF n.º 54 – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – j. 12.04.12 – Dje 29.04.13 – p. 33 e 54.

³ Idem, p. 55, 112, 152, 222 e 266.



natal abre, na atualidade, um amplo espectro de possibilidades que atendem às mais diversas finalidades, inclusive a de identificar, no embrião ou no feto, anomalias incuráveis. Isto acarreta, de um lado, a realidade de um ser sem a mínima qualidade de vida e de outro, um enorme sofrimento à mãe e seus parentes que tenham de enfrentar a problemática desses tipos de enfermidades.

Em verdade, o critério da qualidade de vida surge “como corretivo do princípio até então irremovível da santidade da vida”⁴. Desta forma, entende-se atualmente que “a vida somente será valiosa na medida em que apresente um certo grau de qualidade. Portanto, a linha argumentativa consiste em assumir uma noção da vida humana que se fundamenta na exigência de uma série de condições mínimas para que essa vida se considere como algo digno de proteção normativa”⁵.

Ademais, a própria Constituição Federal (CF) estatuiu que todos os direitos fundamentais – inclusive o direito à vida – estão ancorados na ideia-chave da dignidade da pessoa humana que é o fundamento (art. 1º, III, da CF) que baliza e, de certo modo, matiza o conteúdo de todos os direitos fundamentais. Portanto, a vida humana deve ter um mínimo de qualidade para que possa guardar a indispensável dignidade.

A microcefalia, provocada pelo vírus *zika*, por meio do mosquito *aedes aegypti*, apresenta alteração morfológica de extrema gravidade, na medida em que tal vírus ataca a estrutura cerebral, não apenas destruindo seu tecido, como também provocando a calcificação de ventrículos, ou seja, de cada uma das cinco cavidades do cérebro humano⁶.

⁴ MARCOS DEL CANO, ANA MARIA. *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Tomo I. Director: Carlos Maria Romeo Casabona, verbete Calidad de vida. Granada: Editorial Comares, 2.011, p. 311.

⁵ Idem, ibidem.

⁶ RUBIN, ERIC J; GREENE, MICHAEL F; BADEN, LINDSEY R. Zika virus and Microcephaly, *The New England Journal Medicine*. Feb., 2016, p. 1 “At autopsy, the fetal brain was grossly diseased, with finding that included a very small brain (weight, 84 g), a complete absence of cerebral giry, severe dilatation of both cerebral lateral ventricles, dystrophic calcifications throughout the cerebral cortex, and hypoplasia of de brain stem and spinal cord, including Wallerian degeneration of de long descending spinal tracts. Particles consistent with Zika virus were visualized on electron microscopy, and a large amount of viral genomic RNA was present in the brain but in no other organs. The viral sequence was similar to that de other recent virus isolates. No evicence of any fetal genetic abnormalities or other pathogens was found”.