

ABORTO DE NASCITURO DIAGNOSTICADO COM SÍNDROME DA INFECÇÃO CONGÊNITA DO ZIKV COMO DIREITO REPRODUTIVO DA MULHER GESTANTE

ABORTION UNBORN CHILDREN DIAGNOSED WITH SYNDROME OF ZIKV CONGENITAL INFECTION AS A REPRODUCTIVE RIGHT OF PREGNANT WOMEN

GEDSON ALVES DA SILVA: Graduando do curso de Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim. Graduado em Ciências Biológicas (2007) pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Alegre-ES. Técnico Legislativo na Câmara Municipal de Marataízes-ES.

E-mail: gedson.as@gmail.com. **Telefone/What'sApp:** (28) 99996-9810

Sumário: 1 Introito; 2 Síntese acerca da tutela jurídica do nascituro à luz do novo Código Civil (Lei N.º 10.406/2002) e da Constituição Federal de 1988; 3 As teorias em voga acerca do início da personalidade do nascituro; 3.1 Teoria concepcionista; 3.2 A personalidade condicionada ao nascimento com vida; 3.3 Teoria natalista; 3.4 Convergência teórica; 3.5 Conceitos pertinentes preliminares à teoria concepcionista na praxis do ordenamento jurídico; 4 A personalidade do nascituro tutelada pelo princípio da dignidade da pessoa humana e a tipificação do aborto; 5 A dignidade da pessoa humana e o direito à vida do nascituro; 5.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade cumulada com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 5.581/DF; 6 Estatísticas oficiais acerca da temática e breves apontamentos meritoriais; 7 Conclusão; Referências.

Resumo: Este trabalho é sistematizado à luz da situação jurídica do nascituro, cujos fundamentos baseiam-se na decisão exarada pela Excelentíssima Ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia relatora nos autos da ação direta de inconstitucionalidade n.º 5.581/DF, bem como nos argumentos da impetrante a Associação Nacional dos Defensores Públicos. O tema central, dentre outras questões, é o conflito de direitos do nascituro (à vida, especialmente), acometido da síndrome de infecção congênita do ZIKV, com os direitos reprodutivos e psicossociais da gestante. Por derradeiro, junta-se à baila dessas discussões, além de importantes características psicobiológicas preconizadas pela *World Health Organization (WHO)* e conceitos jurídicos pertinentes ao exame, dois acórdãos do STF, quando do julgamento da ADPF 54 e do HC 124.306/DF. Por tudo, observar-se-á a tendência evolutiva do Direito naquilo que se conhece por direitos do nascituro, a lume da doutrina, da jurisprudência, das normas infraconstitucionais, das diretrizes globais, e de princípios fundamentais do texto constitucional.

Palavras-chave: nascituro; personalidade; aborto; zika; microcefalia.

Abstract: This article it is a systematized on the insite of the legal situation of the unborn children and in the grounds of the sentence of the Minister of the Federal Supreme Court (STF), Carmen Lúcia, judge of the direct action of unconstitutionality (ADI) number 5,581 / DF, as well as in the arguments of the petitioner the National Association Of Public Laws. The central theme, among other issues, is the conflict of rights of the unborn children (especially life), diagnosed with ZIKV congenital infection syndrome, with the reproductive rights, psychological and social rights of pregnant. At

the end of the article, we discuss the important psychological and biological characteristics stipulated by the World Health Organization (WHO) and legal concepts relevant to the examination, two STF judgments, ADPF 54 and HC 124.306 / DF. It will observe the evolution trend of law on the rights of the unborn child, based on Lawers Researchers, jurisprudence, under constitutional laws, global guidelines, and fundamental principles of the brazilian's constitutional text.

Key-words: unborn children; personality; abortion; Zika virus; microcephaly.

1 INTROITO

O artigo aborda, analiticamente, a problemática acerca da situação jurídica do nascituro, a influência do reconhecimento de sua personalidade e a possibilidade de interpretação conforme a Constituição de 1988 dos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, no sentido de assegurar que a situação de gravidez com diagnóstico de síndrome da infecção congênita do *ZIKV* (microcefalia), por parte do Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI n.º 5.5581/DF.

Desenvolve-se à luz do arcabouço normativo infraconstitucional amparado pelas matérias esposadas na Carta da República de 1988, quais sejam, os preceitos constitucionais, suas relações normativo-axiológicas e sua articulação jurídica com o texto do art. 2º do Código Civil brasileiro e com a Lei Penal que tipifica o aborto.¹

Trata-se de um tema sopesado pela doutrina, porém não pacificado nas cortes superiores, que adotam, em alguns casos, a teoria concepcionista como base teórica relevante.

Analisa, via dialética, a exegese do conceito de pessoa humana com vistas à compreensão jurídica daquele que está por nascer e, *a posteriori*, elenca as três teorias doutrinárias acerca do início de sua personalidade e quais direitos lhes são e/ou lhes serão garantidos.

Para tanto, serão mencionadas decisões do Supremo Tribunal Federal quanto à relativização dos direitos do nascituro ponderados com os direitos da parturiente, caso a caso, prevalecidos sobre os daquele.

Pela seara civil, constatar-se-á que o reconhecimento dos direitos da personalidade do nascituro, notadamente o direito à vida, em regra, não pode ser relativizado e, em razão da reconhecida personalidade jurídica do nascituro, esse está ou estaria igualmente amparado pelo Código Penal na proteção de sua vida, cerne do debate a seguir delineado.

¹ Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. (BRASIL, 2002).

No âmbito penal, a problemática orbita a tipificação do aborto de feto diagnosticado com microcefalia, para o que se propõe a presente discussão com fundamentos sólidos no sentido de que, nesses casos, poderá o Supremo Tribunal Federal conferir interpretação conforme a Constituição para reconhecer, assim, o estado de necessidade específico (art. 128, I, do Código Penal) ou estado de necessidade geral (arts. 23, I, e 24 do mesmo Código), com vistas a descriminalização da antecipação terapêutica do parto de feto com microcefalia, figurando-se, tal decisão, como possibilidade de avanço jurisprudencial na garantia do princípio da dignidade da pessoa humana da mulher.

2 SÍNTESE ACERCADA TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO À LUZ DO CÓDIGO CIVIL (LEI 10.406/2002) E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

No plano lógico-semântico da exegese do vocábulo nascituro, diz-se daquele que está por nascer².

Extrai-se uma breve e importante divergência doutrinária a esse respeito:

No entanto, urgem incessantes divergências na construção do conceito sobre aquele que está por nascer, decorrentes de interpretações diversas acerca das fases de desenvolvimento embrionário, tendo em vista a significativa dificuldade para identificar o momento em que o embrião ou zigoto possa começar a ser chamado de nascituro. Majoritariamente, o que se tem verificado é que o nascituro surge com o fenômeno da nidação³, que é a fixação ou implantação (para o caso de concepções artificiais ou in vitro) do zigoto nas paredes do útero. (PAMPLONA FILHO e ARAÚJO, 2007, p. 07).

A abordagem com foco na pessoa humana como fundamento da ordem jurídica constitucional (C.R.F.B. de 1988, art. 1º, III) e o inalienável pético direito à vida (C.R.F.B. de 1988, arts. 5º, *caput*, e 60, §4º, IV) encontram sustentáculo na assertiva do texto magno, pois não se resumem à dicotomia entre as normas de conduta e as normas de sanção de dogmática estritamente positivista. Explica-se.

No plano internacional dos Direitos Humanos, a evolução social demonstra que a simples existência de certos direitos positivados não exaure a necessidade de se reconhecer que, em se tratado do ser humano, os direitos humanos transcendem ao plano dos direitos naturais de sua própria condição.

², “[...] ente já concebido (onde já ocorreu a fusão dos gametas, a junção do óvulo ao espermatozoide formando o zigoto ou embrião), nidado (implementado nas paredes do útero materno), porém não nascido.” (PAMPLONA FILHO e ARAÚJO, 2007, p. 07); “[...]O nascituro é aquele que foi concebido, mas ainda não nasceu”. (TARTUCE, 2017, p. 75).

³ Importante consignar que na blastogênese, entre o quinto e o sexto dia após a fecundação (nidação/implantação), o embrião possui entre 0,1 e 0,2 mm. (AMABIS; MARTHO, 2010).

Cita-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro 1948, como marco temporal para o resgate dos fundamentos essenciais dos direitos da pessoa humana, face à ênfase ao desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos, resultantes dos atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade durante as sucessivas guerras mundiais da primeira metade do século XX.

Nesse ínterim, 45 anos depois, a Declaração de Viena de 1993, resultado final da 2ª Conferência Mundial das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, dispõe (parágrafo 1º da Parte I) que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são direitos naturais de todos os seres humanos, outrora preconizados no texto constitucional brasileiro de 1988.

É de claridade solar que a dignidade da pessoa humana, enquanto núcleo dos direitos humanos, perpassa as questões positivistas do direito, haja vista que:

O seu conteúdo traduz normas programáticas que consagram, em sua estrutura, fundamentos e princípios, que, reunidos, evidenciam a essência do ordenamento, refletindo seu caráter predominantemente axiológico e seus objetivos programados. Os diplomas infraconstitucionais (ou microsistemas jurídicos) devem refutar situações que contraponham a norma maior, coadunando o seu conteúdo, o que não é excepcionado pela codificação civil, mesmo sendo ela um amplo conjunto de regras jurídicas voltadas à disciplina das relações privadas, que disciplina a vida humana desde antes de nascer até depois de seu falecimento. (PAMPLONA FILHO e ARAÚJO, 2007, p. 01).

Não obstante, a dogmática jurídica voltada à proteção integral da dignidade da pessoa humana influenciou, decerto, além das Declarações de 1948 e 1993, a Constituição brasileira de 1988, consagrando a dignidade humana como princípio e fundamento republicanos (CF de 1988, art. 1º, III).

A evolução do direito civil clássico para o contemporâneo⁴, especialmente em virtude das ameaças nazifascistas da primeira metade do século XX, evidencia-se com a ruptura da tradição liberal clássica de “tendência individualista-formalista”⁵, cuja superação dogmática caracteriza-se com a evolução do direito civil contemporâneo, que passa a orbitar os axiomas principiológicos abstraídos da Constituição Federal de 1988.

⁴ No tema específico aqui versado, há a presença do fenômeno da “despatrimonialização e da repersonalização do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica.” (BARROSO, 2006, p. 20).

⁵ (PAMPLONA FILHO; ARAÚJO, 2007, p. 02).

Os fatores narrados, reunidos e articulados no contexto social, fizeram ascender o neoconstitucionalismo, pois a “aproximação quase absoluta entre direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade (BARROSO, 2006, p. 28)”.

A pessoa humana transcende a mera existência terrena, material/patrimonial, e passa a ocupar posição de primazia e relevância, amparada não apenas pelos direitos civis positivados, mas pelos fundamentos constitucionais, como cimentado no princípio da dignidade da pessoa humana da Carta Manga/88, a base constitutiva do Estado brasileiro e, ao mesmo tempo, a finalidade inesgotável de todas as suas atividades. (FERRAZ, 2001, *apud* PAMPLONA FILHO; ARAÚJO, 2007),

Percebe-se, com alguma facilidade, que as divergências doutrinárias tratadas não estão no âmbito conceitual da personalidade. A problemática está não somente no axioma exegético que consolida a personalidade da pessoa humana, mas na tentativa de definir a condição biológica em que se inicia, para a qual a ciência jurídica apresenta algumas teorias consideradas complementares entre si.

3 AS TEORIAS EM VOGA ACERCA DO INÍCIO DA PERSONALIDADE DO NASCITURO

A categorização das teorias admitidas no direito brasileiro, comuns ao direito civil, apresenta-se em três espécies de sujeitos (naturais) de direito quais sejam (i) a pessoa natural; (ii) nascituro e (iii) prole eventual. (PAMPLONA FILHO e ARAÚJO, 2007)⁶.

Não obstante, tratar-se-á das questões que envolvem os direitos da tutela jurídica do nascituro relativizada no caso concreto, oportunamente, quando em confronto com direitos específicos da pessoa natural (mulher gestante), conforme discussão nos tópicos seguintes.

Dito isso, desenvolve-se a temática de proteção dos direitos do nascituro a partir dos direitos da pessoa natural, do início de sua personalidade jurídica e da capacidade civil, cujo excerto pertinente merece transcrição *in verbis*:

⁶ “Pessoa natural é todo ser humano considerado como sujeito titular de direitos e obrigações [...] Quanto à prole eventual, o Código Civil (LGL\2002\400) admite que os filhos ainda não concebidos (portanto, não existentes à época da sucessão) possam suceder por testamento, conforme dispõe o art. 1.799, I do CC/2002 (LGL\2002\400). (PAMPLONA FILHO e ARAÚJO, 2007, p.03).

Pessoa natural é todo ser humano considerado como sujeito titular de direitos e obrigações. [...] Assim dispôs a codificação civil, em seu art. 2.º, quando determinou que a personalidade civil da pessoa começa do seu nascimento com vida. Assim, a íntima relação entre deter personalidade jurídica e ser sujeito de direitos e obrigações:

Personalidade jurídica, portanto [...], é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações. Adquirida a personalidade, o ente passa a atuar, na qualidade de sujeito de direito (pessoa natural ou jurídica). A pessoa natural, para o direito, é, portanto, o ser humano, enquanto sujeito/destinatário de direitos e obrigações [...] nascimento e vida - implica a constatação da existência da personalidade jurídica, de maneira que, ainda que uma criança nasça com vida e depois venha a falecer, terá a adquirido. O nascimento é a separação daquele que está por nascer do ventre de sua mãe e a ocorrência do elemento vida está condicionada à verificação do fenômeno fisiológico da respiração, que, sinteticamente, é a entrada de ar nos pulmões. (PAMPLONA FILHO e ARAÚJO, 2007, p.05).

A razão dos questionamentos que dificultam o reconhecimento do nascituro como pessoa está no próprio texto do *códex* “uma vez que a lei não o reconhece, mas, garante a observância de direitos que são genericamente inerentes a essa condição, configurando um sistema de proteção aos entes dotados de personalidade civil.” (PAMPLONA FILHO e ARAÚJO, 2007, p.09).

Adotando-se a tese da professora Maria Helena Diniz de conceito de direitos da personalidade que exprime a inteligência demandada, aduz-se: “direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física [...]; a sua integridade intelectual [...]; e sua integridade moral.” (DINIZ, 2007. p. 142).

Consoante esses apontamentos iniciais, o núcleo valorativo dos direitos da personalidade decorre daqueles que são inerentes à pessoa, à dignidade dessa pessoa humana, fundamento axiológico e principiológico da *res publica* (TARTUCE, 2017).

Outrossim, junta-se explicações para a natureza jurídica do nascituro, dos direitos à personalidade que lhes são garantidos, pelo prisma das correntes do (i) concepcionismo– direito francês – (TARTUCE, 2017); da (ii) personalidade condicional – direito espanhol – (GONÇALVES, 2013); e da (iii) natalista– direito romano – (GONÇALVES, 2013), em detalhes a seguir.

3.1 TEORIA CONCEPCIONISTA

A linha concepcionista aduz que a titularidade de direitos personalíssimos e patrimoniais da personalidade é garantida com a fixação do embrião nas paredes do útero (nidação) (TARTUCE, 2017; PAMPLONA FILHO e ARAÚJO, 2007).

É de bom alvitre trazer à baila as luzes da Professora CHINELATO (2007):

A terceira corrente doutrinária é por mim denominada concepcionista ou verdadeiramente concepcionista [...] Sustenta que a personalidade começa da concepção e não do nascimento com vida, considerando que muitos dos direitos e status do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os Direitos da Personalidade. (CHINELATO, 2007, p. 56).

Parênteses: ressalva-se que essa fase embrionária (nidação) da blastogênese configura eventual possibilidade de vida viável. Destarte, ainda que haja apenas expectativa de viabilidade vital, os direitos patrimoniais/materiais e físico-psicobiológicos do nascituro estão de fato protegidos (linha concepcionista), tese que melhor reflete a posição doutrinária do presente trabalho.

Doutra banda, a tese que defende que todos os direitos do nascituro lhes serão garantidos desde que haja viabilidade de vida intra e extrauterina com consequente nascimento (vivo) e registro civil, tendo seus direitos retroagidos a concepção, é consagrada pela corrente denominada de personalidade condicional.

Liga-se a esse pensamento, em termos exatos, o reconhecimento de que certos direitos do nascituro, considerado como sujeito de direito, notadamente o direito à vida, em regra, não podem ser relativizados, máxima comum às teorias em foco.

É aqui que reside a centralidade da celeuma. Em razão da reconhecida personalidade jurídica do nascituro esse está, ou estaria, igualmente amparado pelo Código Penal, na proteção de sua vida, cuja inteligência é solar pelo fragmento *ipsi litteris*:

É o caso do aborto, crime contra o não nascido que está disciplinado no Código Penal entre os crimes do título "Crimes contra a pessoa". Dessa forma, não há que se falar em expectativa de direitos para o nascituro, pois estes não estão condicionados ao nascimento com vida, existem independentemente dele. (PAMPLONA FILHO e ARAÚJO, 2007. p. 06).

Perfilha-se às lições de TARTUCE (2017), pois o direito à vida é o centro dos direitos da personalidade, não fazendo sentido a proteção acessória de outros direitos, se o direito de nascer do feto não for protegido como bem jurídico inalienável, sobre aquele que atente contra sua vida deve-se aplicar a Lei Penal (arts. 124 a 126).

O ordenamento jurídico como um todo (e não apenas o CC) alinhou-se mais à teoria concepcionista – para a qual a personalidade jurídica se inicia com a concepção, muito embora alguns direitos só possam ser plenamente exercitáveis com o nascimento, haja vista que o nascituro é pessoa e, portanto, sujeito de direitos. Além disso, apesar de existir concepção mais restritiva sobre os direitos do nascituro, amparada pelas teorias natalista e da personalidade condicional, atualmente há de se reconhecer a

titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante, uma vez que garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. (TARTUCE, 2017, p, 69).

Assenta-se sobre a tese concepcionista, por meio da ponderação de valores constitucionais inerentes ao núcleo dos direitos da personalidade⁷, rígidos aspectos de caráter excepcional quando a temática envolve a relativização da personalidade do nascituro, debate melhor detalhado adiante.

3.2 A PERSONALIDADE CONDICIONADA AO NASCIMENTO COM VIDA

A teoria da personalidade condicionada, logicamente, condiciona o início da personalidade do nascituro ao nascimento com vida, de modo que nem o feto nem o natimorto⁸ possuem personalidade.

A garantia de certos direitos vem com o nascimento (suspensão condicional), cujos efeitos jurídicos dar-se-iam *ex tunc*, com marco temporal iniciado na concepção. (PAMPLONA FILHO e ARAÚJO, 2007).

A vida intrauterina é tutelada “pela lei (o curador ou seu representante legal será responsável pelo zelo de seus direitos), que lhe garante direitos personalíssimos e patrimoniais sujeitos à condição suspensiva - nascimento com vida.” (PAMPLONA FILHO; ARAÚJO, 2007, p.07).

Como de sabença, “a condição suspensiva é o elemento acidental, o nascimento [...] que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto, nascimento com vida ou não”. (TARTUCE, 2017, p. 76).

3.3 TEORIA NATALISTA

Corrente derivada do direito romano, alinhada à primeira parte do art. 2º do Código Civil/2002, ligada à expectativa de direito do não nascido, pois, “adotada a teoria natalista [...] seria razoável o entendimento no sentido de que, não sendo pessoa, o nascituro possui mera expectativa de direito.” (PAMPLONA FILHO e ARAÚJO, 2007,p.07).

⁷ (TARTUCE, 2017, p. 70).

⁸ É o produto do nascimento de um feto morto. Considera-se feto morto aquele que nasce pesando mais de 500g e que não tem evidência de vida depois de nascer. Para fins de cálculos estatísticos de taxa de mortalidade perinatal para comparação internacional, somente se incluirão fetos mortos que pesam 1000g ou mais ao nascer. (PARANÁ, s.d., s.p.).

A natalista afirma que a personalidade civil somente se inicia com o nascimento com vida; a da personalidade condicional sustenta que o nascituro é pessoa condicional, pois a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida, não se tratando propriamente de uma terceira teoria, mas de um desdobramento da teoria natalista. (GONÇALVES, 2012, p. 96).

Filia-se à teoria natalista parte da doutrina que considera o início da personalidade da pessoa humana somente no instante em que se inicia o funcionamento autônomo do aparelho cardiorrespiratório, constatado e comprovado por meio de exame próprio (Docimasia hidrostática de Galeno)⁹, mesmo que faleça logo após nascido. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012).

Infere-se, então, que o texto da primeira parte do art. 2º do CC/2002 reflete as teses natalista e da personalidade condicional e a teoria concepcionista é apontada, em sentido lato, pela segunda parte do mesmo dispositivo.

3.4 CONVERGÊNCIA TEÓRICA

Os civilistas reconhecem tratar-se de questão complexa. Muito embora não pacificadas no mundo jurídico, as aceções em tela corroboram e convergem com seu entendimento, no sentido de que, com relação ao direito à vida do nascituro (tutelado civil e penalmente), independentemente de que se reconheça ou não sua personalidade jurídica, quanto àquela garantia fundamental (à vida) não há controvérsias¹⁰,

Pari passu, pelo prisma infraconstitucional, pode-se citar como proteção aos direitos da personalidade do nascituro o art. 8º da Lei 8.069/1991 (Estatuto da Criança e do Adolescente), cujo império legal é a humanização da assistência pré e perinatal. Ainda, preciso amparo nesse sentido é conferido pela Lei Penal, quando da tipificação do crime de aborto.

Percebe-se a intersecção da doutrina em ponto ou outro, “independentemente da atribuição da personalidade somente a seres que nasçam com vida, o ordenamento jurídico reconheceu a necessidade da tutela do nascituro, fazendo no

⁹ “A personalidade somente se exterioriza com o nascimento, devendo a criança estar viva, para que ingresse no cenário jurídico, evidenciando-se o fato por sinais inequívocos, como a respiração natural, o choro, a movimentação independente e outros compatíveis.” (GONÇALVES, 2013, p. 165).

¹⁰ Como também assim os são pela lei Civil de 2002 o Direito a ter nomeado curador, se o pai ausente e a mãe impedida de exercer o poder familiar (art. 1.779, CC/2002); ser sujeito de reconhecimento voluntário de filiação (art. 1.609, parágrafo único, CC/2002); perceber doação de outrem (art. 542, CC/2002) e estar agraciado em testamento (art. 1.798, CC/2002). (GONÇALVES, 2013).

campo das relações civis e no âmbito penal”. (PAMPLONA FILHO e ARAÚJO, 2007, p. 07).

3.5 CONCEITOS PERTINENTES PRELIMINARES À TEORIA CONCEPCIONISTA NA PRAXIS DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Na esteira do tema proposto, aduz-se, do campo da ponderação dos princípios e da inexistência material de princípios absolutos, face à presente abordagem, fundamentos à descriminalização do aborto nos casos de feto diagnosticado com síndrome da infecção congênita do vírus *Zika*, pois o ordenamento jurídico hodierno não admite, na análise de casos concretos, a existência de direitos e/ou princípios de caráter absoluto.

Se existem princípios absolutos, então, a definição de princípios deve ser modificada, pois se nenhum princípio tem precedência em relação a todos os outros em caso de colisão, até mesmo em relação ao princípio que estabelece que as regras devem ser seguidas, nesse caso, significa que sua realização não conhece nenhum limite jurídico, apenas limites fáticos, diante disso, o teorema da colisão não seria aplicável. (ALEXY, 2009, p. 111).

A antecipação terapêutica do parto, para casos de fetos com microcefalia, coloca em rota de colisão princípios inerentes à personalidade: de um lado, o direito à vida do nascituro, do outro os direitos reprodutivos da mulher gestante, sua dignidade e sua autodeterminação no mundo.

A corrente concepcionista, aquela de proteção integral dos direitos da personalidade do nascituro, adotada para fins argumentativos na seara em tela, considera a proteção inarredável, em abstrato, dos direitos do nascituro.

Fato é que para essa corrente a vida é o valor supremo da condição humana desde a concepção, porém, com relação à continuidade ou descontinuidade de uma gestação nos casos apresentados, deve-se ponderar acerca dos demais princípios conflitantes, incluindo-se nessa ponderação os direitos da mulher gestante de feto diagnosticado com microcefalia.

Consoante isso, microcefalia ou síndrome da infecção congênita do vírus *Zika* não é sequer classificada como uma doença em si,

[...] mas um sinal de destruição ou déficit do crescimento cerebral, podendo ser classificada como primária (de origem genética, cromossômica ou ambiental, incluindo infecções) ou secundária, quando resultante de evento danoso que atingiu o cérebro em crescimento, no fim da gestação ou no período peri e pós-natal. (EICKMANN, et al. 2016, p. 02).

Em última análise, o *Centers for Disease Control and Prevention*, autoridade estadunidense que é um dos principais componentes operacionais do Departamento de Saúde e Serviços Humanos daquele país, esclarece:

In addition to severe microcephaly, a pattern of other birth defects, called congenital Zika syndrome, has been found, which is unique to fetuses and infants infected with Zika virus before birth. This pattern includes thin cerebral cortices with subcortical calcifications; macular scarring and focal pigmentary retinal mottling; congenital contractures, such as club foot or arthrogryposis; and hypertonia restricting body movement soon after birth(...) to brain atrophy and asymmetry, abnormally formed or absent in structures, hydrocephalus, and neuronal migration disorders . (EUA, s.d). ¹¹. (EUA, s.d).

Indene de dúvidas, a gravidade de tal síndrome congênita é capaz não apenas de causar morte intrauterina, como também de provocar anomalias que inviabilizam a vida extrauterina.

Há, ainda, aqueles indivíduos que desenvolvem certas condições de vida pós-parto, mesmo que precárias, contudo, correspondem às raras exceções. Essas exceções sujeitam-se, continuamente, aos danos neurais causados pela infecção por *ZIKV* que não cessam com o nascimento. Amostras biológicas pinçadas de um recém-nascido com microcefalia, que veio a óbito dois meses após o nascimento, demonstraram haver, nesse período de pós-parto, a multiplicação do vírus no córtex cerebral, fato causador do óbito. (STEENHUYSEN, 2016).

Nota-se, com base na definição da *World Health Organization (WHO)* e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), alinhamento semântico no conceito de nascido vivo. Ambas as instituições, reconhecidas internacionalmente por sua excelência, definem nascido vivo como:

A expulsão ou extração completa de um produto da concepção do corpo materno, independentemente da duração da gestação, o qual, depois da separação do corpo materno, respire ou dê qualquer outro sinal de vida, tais como: batimento do coração, pulsação do cordão umbilical ou movimento efetivo dos músculos da contração voluntária, estando ou não cortado o cordão umbilical e estando ou não desprendida a placenta. (BRASIL, s.d., s.p.); (WHO, 2016, s.d., s.p.).

No tocante à antecipação terapêutica do parto de feto, porém de feto anencefálico, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente o pedido contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

¹¹Tradução livre: Além da microcefalia grave, identificou-se um padrão para ocorrência de outros problemas congênitos, causados pela síndrome congênita de Zika, exclusivamente em nascituros infectados com o vírus Zika. No padrão verificado, inclui-se córtex cerebral delgado com calcificações subcorticais; cicatriz macular e moteamento pigmentar focal da retina; contraturas congênitas involuntárias, artrogriposis, e hipertonia que restringe o movimento do corpo logo após o nascimento. [...] atrofia cerebral e assimetria, formações físicas anormais ou ausentes, hidrocefalia e distúrbios de migração neuronal.

n.º 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

O excerto do voto do Ministro-relator da ADPF 54 é solar:

O anencéfalo, tal qual o morto cerebral, não tem atividade cortical [...] no eletro encéfalo dos portadores da anomalia, há uma linha isométrica, como no caso de um paciente com morte cerebral, [...] isto é a morte cerebral, rigorosamente igual. O anencéfalo é um morto cerebral, que tem batimento cardíaco e respiração. STF. ADPF 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno. Data de Publicação: acórdão eletrônico, DJe-080 29/04/2013: Public. 30/04/2013.

Destaca-se também trecho do voto da eminente Ministra Rosa Weber:

A gestante deve ficar livre para optar sobre o futuro de sua gestação do feto anencéfalo. Todos os caminhos, a meu juízo, conduzem à preservação da autonomia da gestante para escolher sobre a interrupção da gestação de fetos anencefálicos.

A postura contrária, a meu juízo, não se mostra sustentável, em nenhuma dessas perspectivas e à luz dos princípios maiores dos direitos, como o da dignidade da pessoa humana, consagrada em nossa Carta Maior, no seu artigo 1º, inciso III. STF. ADPF 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Voto Min. Rosa Weber. Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno. Data de Publicação: acórdão eletrônico, DJe-080 29/04/2013: Public. 30/04/2013.

Necessária, para formação de um adequado juízo de valor, ponderado e razoável à gravidade da condição da microcefalia e às questões do aborto criminalizado até então, a análise da Pesquisa Nacional de Aborto de 2016 (PNA 2016) que investiga, desde 2010, essa prática no Brasil.

[...] o aborto é comum entre as mulheres brasileiras. Das 2.002 mulheres alfabetizadas entre 18 e 39 anos entrevistadas pela PNA 2016, 13% já fez ao menos um aborto [...] o número de mulheres urbanas alfabetizadas de 18 a 39 anos que, em 2014, já fez aborto ao menos uma vez seria de cerca de 3,9 milhões. (DINIZ, et. al., 2017, p. 655).

Outro dado relevante é o número de internações necessárias para finalização do aborto no ano de 2016, que foi de 48%, todas decorrentes de complicações do aborto clandestino. (DINIZ, et. al., 2017).

Tomando-se os dados apresentados e submetendo-os ao viés jurídico num esforço dialético, postula-se uma solução para as escolhas femininas quanto à possibilidade de aborto de feto diagnosticado com microcefalia, por meio do controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo STF, evento reprodutivo de escolha individual arraigado culturalmente como resposta feminina ao modo como a sociedade caracteriza suas funções reprodutiva e social.

A doutrina majoritária e a jurisprudência filiam-se à teoria concepcionista, ao passo que, no que concerne a legislação nacional, destaca-se, como exemplo de norma concepcionista a obrigação de prestação de alimentos gravídicos¹². Considera o legislador prática injusta permitir à gestante arcar com os custos da fase pré-natal, direito igualmente reconhecido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹³.

Parênteses necessários: o termo *gravídicos*, estampado na Lei 11.084/2008 que já em seu art. 1^o¹⁴, desvia a finalidade fundamental da prestação de alimentos, pois essa prestação é, obviamente, destinada ao nascituro e não à gestante. Quer-se dizer que, da forma como a lei estabelece, os recursos percebidos a título de prestação de alimentos podem ser utilizados ao desejo da mulher, por exemplo, para custear uma viagem turística ou procedimento cirúrgico meramente estético, dessa forma, em detrimento dos interesses e das necessidades subjetivas, reais e diretas do nascituro?

A literatura civil apregoa nesse sentido:

A norma novel despreza toda a evolução científica e doutrinária no sentido de reconhecer os direitos do nascituro, principalmente aqueles de natureza existencial, fundados na sua personalidade. Desse modo, seria melhor que a lei fosse denominada lei dos alimentos do nascituro, ou algo próximo. (TARTUCE, 2017, p. 70).

Por essa guia, esse direito extravagante positivado (alimentos gravídicos determináveis na fase pré-natal) coaduna-se com a jurisprudência no que tange à responsabilidade civil e ao eventual dano causado ao que ainda não nasceu. O dever jurídico de indenizar, pautado nos princípios da responsabilidade civil, são transversalizados com o princípio da dignidade da pessoa humana (direito do nascituro).

O viés natalista impossibilita o nascituro de perceber qualquer indenização por dano moral eventual, pois não é sujeito de direito, não é considerado pessoa, excetuando-se no caso a possibilidade de se indenizar a família ou o curador do nascituro, conforme o caso concreto, enquanto que, obviamente, para a teoria da personalidade condicional, após nascido com vida e dotado de personalidade poder-

¹² Nota-se que, apesar do texto ter sido escrito, originalmente, em 2007, alinha-se ao que viria a ser a Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008, que disciplina o direito a alimentos gravídicos.

¹³ TJRS, 7.^a Câmara Cív. AgIn 70.017.520.479, rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Dje. De 03/03/2007.

¹⁴ Art. 1^o Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido.

se-ia pleitear algum dano sofrido pelo nascituro e se natimorto nada haveria a se indenizar. (PAMPLONA FILHO; ARAÚJO, 2007).

Por derradeiro, para a teoria concepcionista, é cabível indenização por danos morais causados ao nascituro decorrente de dano moral causado a pessoa, pois, conforme a jurisprudência e a melhor doutrina, o nascituro é sujeito de direito em sua plenitude e faz merecer destaque o trecho da literatura:

A reparação seria mais um meio de coibir práticas que atentem contra direitos já constitucionalizados. Nesse sentido:

"Acidente de trânsito. Indenização por dano moral. Induvidosos sofrimentos, angústia e tensão, por longos oito meses, diante gravidez [sic] com possível prejuízo da vida e/ou da integridade física do nascituro, há dano moral indenizável." (Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, 2.^a Câm. Cív., ApCív 194.026.779, rel. Geraldo César Fregapani, j. 17.11.1994)

"Seguro-obrigatório. Acidente. Abortamento. Direito a percepção da indenização. O nascituro goza de personalidade jurídica desde a concepção. O nascimento com vida diz respeito apenas à capacidade de exercício de alguns direitos patrimoniais. Apelação a que se dá provimento." (TJRS, 6.^a Câm. Cív. ApCív 70.002.027.910, rel. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, j. 28.03.2001). (PAMPLONA FILHO e ARAÚJO, 2007, p. 11).

O Superior Tribunal de Justiça¹⁵, por seu turno, reconhece ao nascituro a possibilidade de perceber *quantum* indenizatório a título de reparação por dano moral, o que é indicação de que há, de fato, reconhecimento da personalidade daquele que ainda não nasceu, porém já concebido no ventre materno.

As ciências jurídicas, em claro avanço principiológico, inquinam-se para além dos direitos da personalidade do nativo. Assim é a reflexão do enunciado n.º 1 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, promovida em Brasília, pelo Centro de Estudos Judiciários – CEJ, no ano de 2002¹⁶¹⁷.

Sob o enfoque de todos os fundamentos expostos, apregoa-se que os pressupostos estabelecidos pela teoria concepcionista, sem, no entanto, descartar por completo as demais, afiguram-se como caminho evolutivo do direito a reconhecer a personalidade do nascituro, relativizada em alguns casos concretos, e

¹⁵Responsabilidade civil. Acidente do trabalho. Morte. Indenização por dano moral. Filho nascituro. Fixação do *quantum* indenizatório. *dies a quo*. Correção monetária. Data da fixação pelo juiz. Juros de mora. Data do evento danoso. Processo civil. Juntada de documento na fase recursal. Possibilidade, desde que não configurada a má-fé da parte e oportunizado o contraditório. Anulação do processo. Inexistência de dano. Desnecessidade. - STJ - REsp: 931556/RS 2007/0048300-6, Rel: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 17/06/2008. TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 5/08/2008.

¹⁶ "1 – Art. 2º: a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura." (BRASIL, 2002).

¹⁷ Os enunciados aprovados representam um indicativo para interpretação do Código Civil e significam o entendimento majoritário das comissões temáticas constituídas. (ROSADO, 2004).

a necessária coerção a quem atente contra sua vida, visto que as possibilidades de aborto contidas no Código Penal são excepcionalíssimas.

4 A PERSONALIDADE DO NASCITURO TUTELADA PELO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A TIPIIFICAÇÃO DO ABORTO

Por hermenêutica constitucional incorpora-se à teoria a advertência de que:

[...] a Carta Magna (1988) não definiu a partir de que momento se daria essa proteção (à vida), atribuição que caberá à legislação ordinária. O inciso XXXVII do referido artigo, incluiu o aborto como espécie dos crimes dolosos contra a vida, submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri. (PAMPLONA FILHO e ARAÚJO 2007, p. 03).

O indivíduo-pessoa é o destinatário dos direitos da pessoa humana, dos direitos e garantias individuais, porque

A Constituição Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em ela começa. Adotando assim a teoria natalista, em contraposição às teorias concepcionista ou da personalidade condicional, a Constituição não considera todo e qualquer estágio da vida humana um bem jurídico tutelável constitucionalmente, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva.” (CUNHA JUNIOR, 2017. p. 598).

Daí alicerçado, o direito à vida e à integridade psicofísica não pode ser tratado pela ótica biológica ou jurídica de maneira isolada. O direito à vida, princípio constitucional fundamental, é atributo humano de natureza biológica, social, filosófica, política e jurídica. Como exposto alhures, a vida antecede ao direito, não podendo, portanto, ser hierarquizada entre os direitos existentes. (PAMPLONA FILHO e ARAÚJO, 2007).

Esses pontos fundam o passo seguinte da teoria *sub examine*, pela proteção à vida do nascituro, *abstractu sensu*, que é consubstanciada e tutelada no ordenamento jurídico pela dignidade da pessoa humana, pelo direito à vida e pela tipificação do aborto na Lei Penal.

5 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À VIDA DO NASCITURO

Os direitos do nascituro, sem embaraço, devem ser analisados conforme o princípio da dignidade da pessoa humana e de todos os outros que dali decorrem, mas, antes, no caso concreto proposto, ponderados pelo prisma da expressão volitiva da mulher gestante, que, via de regra, possui, para aquele momento gestacional específico, pleno gozo de seus direitos.

Não se olvida que, em alguns casos, os direitos garantidos ao nascituro podem chocar-se com os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, com o direito de, racionalmente, realizar suas escolhas existenciais, bem como confrontarem-se com sua integridade psicofísica, de modo que a interrupção da gestação deve ser ponderada.

Sobre a ponderação, mister aduzir as lições do jusfilósofo alemão Robert Alexy, haja vista ser princípio fundamental do Estado a dignidade da pessoa humana, onde "o método de aplicação é a aplicação da razão e da proporção." (ALEXY, 2009, p. 85).

Igual medida, entende-se que para "direitos e deveres *prima facie*, o método de aplicação é o da ponderação e, no caso de conflito, prevalece aquele com mais peso no caso concreto. (ROBL FILHO, 2010, p. 5.565).

Esse debate orbita a dupla função imbuída ao princípio da dignidade da pessoa humana porque:

Constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana serve como importante elemento de proteção dos direitos contra medidas restritivas, e, portanto, também contra o uso abusivo de direitos [...] serve como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, acabando, neste sentido, por atuar como elemento limitador desses. (SARLET, 2008. p. 129).

O texto acima é de claridade solar quanto às indagações acerca da relativização desse princípio que, em vias subjetivas, concretamente, ao assegurar a dignidade de um indivíduo pode-se interferir, de modo negativo, na dignidade de outrem.

As colisões entre os princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem um dos princípios terá de ceder [...] nos casos concretos os princípios tem pesos diferentes e que princípios com maior peso tem precedência [...] as colisões entre princípios [...] ocorrem na dimensão do peso. (ALEXY, 2009, p. 93-94).

As fontes do direito estabelecem proteções, sejam elas relativas ou integrais ao nascituro. Mas há que se observar as reais e fáticas diferenças: "o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas sim embrião de pessoa humana." (CUNHA JUNIOR, 2017. p. 598).

Difere o aborto, crime tipificado, da antecipação terapêutica do parto e da interrupção humanitária da gestação. Enquanto (*uno*) o aborto é a morte do feto em consequência da interrupção comissiva da gravidez, isto é, a morte do feto é o

resultado direto da conduta abortiva, (*duo*) a antecipação terapêutica é conduta médica adequada à preservação da vida da parturiente cuja morte do feto seja certa e inevitável decorrente de má-formação congênita. (BARROSO, 2008).

A doutrina consigna uma terceira modalidade inerente à matéria ao tratar as exceções do art. 128, II, do Código Penal (gravidez decorrente de estupro), como caso de (*tre*) aborto sentimental ou interrupção humanitária de gestação (MORAES, 2011).

Incumbe, para a discussão, salientar da concepção mais ampla sobre o aborto, a justificativa de prevalência dos direitos da gestante¹⁸ em relação aos direitos do nascituro diagnosticado com microcefalia.

Ainda que fosse possível considerar o estabelecimento dos parâmetros utilizados na ponderação conflitiva (dignidade humana da mulher e do feto), o diagnóstico de microcefalia revelaria a hipótese de um acordo que autorizaria à dignidade da pessoa humana a “ceder em face de valores sociais mais relevantes, quando o intuito [é] for o de salvaguardar a vida e a dignidade pessoal dos demais integrantes de determinada comunidade”. (SARLET, 2008, p. 130).

Como visto, a questão estrita a respeito dos direitos do nascituro foi deixada pelo titular do poder constituinte originário para ser tratada no âmbito infraconstitucional, com maior minudência no Código Civil de 2002. Contudo, para conferir prerrogativa de direito constitucional à parte do CC/2002 que versa sobre a personalidade, o enunciado n.º 274/CFJ de 2006, alinhou-se às lições de TEPEDINO (2004), nestes termos:

Os direitos da personalidade regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação. (TEPEDINO, 2004, p. 50).

¹⁸ Inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente. [...] Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida. STF. ADPF 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno. Data de Publicação: acórdão eletrônico, DJe-080 29/04/2013; Public. 30/04/2013.

A *World Health Organization*, dentre os cuidados dispensados às mulheres grávidas cujo feto apresente contaminação pelo vírus *Zika*, prevê que:

As mulheres que pretendam interromper a gravidez devem receber informação rigorosa acerca das opções que lhes são permitidas por lei, incluindo redução de danos, quando os cuidados pretendidos não estiverem prontamente disponíveis.

Todas as mulheres, quaisquer que sejam as suas escolhas individuais relativamente à sua gravidez, devem ser tratadas com respeito e dignidade. (*WHO*, 2016, p. 09).

A toda evidência, com as considerações transpostas, o direito à dignidade da pessoa humana inerente ao nascituro sob diagnóstico de microcefalia, prepondera ser relativizado à égide das escolhas da gestante, para, exatamente, proteger os direitos daqueles grupos de mulheres que, em virtude de sua natureza reprodutiva (biológica), venham a ser impelidas a submeter-se às escolhas de continuidade ou descontinuidade de uma gestação, do que são bons exemplos os casos concretos adiante.

5.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CUMULADA COM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N.º 5.581/DF

Tendo por base a clareza das definições, dos pressupostos e das teorias já anunciadas a regra geral é a proteção da vida e a garantia de alguns direitos civis do nascituro, para o que convergem as teorias concepcionista, da personalidade condicional e a natalista.

Tais direitos civis, de plano, estão protegidos por princípios constitucionais fundamentais, consagrados no art. 1º, III e art. 5º¹⁹, *caput*. Essa é a regra geral. A bem da verdade, a proteção à vida, à dignidade, à personalidade do nascituro congruem para matéria de extrema relevância e deve ser tratada com total deferência, não apenas pelo direito, mas por todas as áreas do conhecimento.

Aduzir assertivas sobre a matéria em tela, à margem da jurisprudência do STF quando do exercício de competência do controle de constitucionalidade concentrado, seria uma impropriedade, haja vista que a jurisprudência é componente essencial do direito, assim como são a doutrina, os costumes e o direito positivado.

¹⁹ “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:” (BRASIL, 1988).

Na esteira das acepções abordadas, encontra-se no centro da problemática a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5581), juntamente com arguição de descumprimento de preceito fundamental, interposta em 24 de agosto de 2016 pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep), junto ao Supremo Tribunal Federal, sob a égide de julgamento da Eminente Ministra Cármen Lúcia, com pedido de medida cautelar contra atos comissivos e omissivos do poder público, no que se refere a políticas públicas relacionadas ao vírus da *zika* e à microcefalia.

Malgrado a todos os demais pedidos da vestibular, será abordado neste artigo somente aquele que pertine à omissão estatal ante a possibilidade de interrupção da gravidez, por ausência de políticas públicas para mulher grávida infectada pelo vírus *zika*.

Depreende-se do petítório a pretensão autoral de provimento ao pedido de interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, no sentido de assegurar que a situação de gravidez com diagnóstico de síndrome do *ZIKV*, deve ser enquadrada no art. 128, I, do Código Penal, como estado de necessidade específico, ou nos arts. 23, I, e 24 do mesmo Código como estado de necessidade geral.

Ato contínuo, a Ministra relatora destacou da vestibular, *ad argumentandum tantum*, o excerto adiante transcrito *in verbis*:

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). Por sua vez, o acesso a serviços de saúde de referência para interrupção da gestação garante a mulheres grávidas infectadas pelo *zika* e em estado de sofrimento a necessária atenção em saúde mental, que é um dos eixos de acolhimento de tais serviços, conforme a Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento²⁰.

Demais disso, a querelante traz como argumento o fato de que a infecção por *Zika*, em algumas gestações, causa a morte do embrião ou do feto e recorre à jurisprudência firmada pelo STF quando do julgamento da ADPF nº. 54, haja vista as

²⁰ Cujá decisão foi: “Adoto o rito do art. 10 da Lei n. 9.868/1999 e determino sejam requisitadas, com urgência e prioridade, informações ao Presidente da República e ao Presidente do Senado Federal, a serem prestadas no prazo máximo e improrrogável de cinco dias. Simultaneamente, vista ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República para manifestação, na forma da legislação vigente, no prazo máximo e prioritário de três dias (art. 10, § 1º, da Lei n. 9.868/1999). Cumpridas as providências, retornem-me os autos eletrônicos em conclusão com urgência.”

lesões que comprometem os campos neurais e motores do nascituro, hipótese aqui confirmada pelos dados técnicos colacionados nos tópicos 3.5 e 6.

Consigna-se que não há até a presente data decisão de mérito nos autos, exceto a interlocutória para o pedido de urgência já deferido pela Eminente relatora.

6 ESTATÍSTICAS OFICIAIS ACERCA DA TEMÁTICA E BREVES APONTAMENTOS MERITÓRIOS

Para compreensão holística do contexto, passa-se a analisar outros dados de interesse.

Segundo BRASIL (2017), com dados coletados entre as semanas epidemiológicas (SE's) de 08/11/2015 a 08/04/2017, o Ministério da Saúde recebeu 13.490 notificações de casos suspeitos de alterações no crescimento e desenvolvimento, em tese inicial, relacionadas à infecção autóctone por *ZIKV*. Desse total 2.653 (19,7%) foram confirmados e 105 (0,8%) foram classificados como prováveis de infecção congênita gestacional por *ZIKV*.

Foram 369 notificações de fetos, abortos espontâneos e natimortos, dos quais 291 (78,9%) permanecem em investigação e 29 (7,9%) foram confirmados como causa a infecção congênita durante a gestação e, quanto a distribuição estatística dos óbitos fetais e/ou neonatais, houve 335 óbitos suspeitos, dos quais 271 (80,9%) permanecem em investigação, e 22 (6,6%) confirmados, com 6 registros (1,8%) prováveis para infecção gestacional por *ZIKV*.

Ainda segundo os dados do mesmo Boletim Epidemiológico, a região Nordeste do país concentra 57,3% dos casos confirmados de aborto por infecção congênita do vírus *Zika*.

Constata-se, dos números do último censo oficial realizado em 2010 pelo Governo Federal, que a população nordestina corresponde a cerca de 28% (53.081.950 habitantes) da população residente no Brasil. (BRASIL, 2010).

Pior,

A economia Nordestina se mantém próxima a 13,6% do Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil desde a década de 40 – em 1939 chegou a 16%, mas o percentual não se sustentou. O valor, que em 2013 era 13,6% do valor total do PIB, está nesse patamar desde o início do século. (DANTAS, 2016, p. 28).

Agrava esses dados o fato de que, dos 9 estados da região, 2 desses detêm 50% do PIB nordestino: A Bahia com 3,8% e Pernambuco com 2,7%, dos 13,6% da participação regional (VALOR ECONÔMICO, 2014).

Os dados epidemiológicos devem ser correlacionados com os dados demográficos e econômicos expostos, a partir dos quais, por lógica e obviedade, conclui-se que a região onde está 28% da população brasileira (14,8% de mulheres), que detém apenas 13% das riquezas produzidas no Brasil, está mais sujeita aos casos de microcefalia do que qualquer outra região do país, chegando a registrar 57,3% dos casos notificados no território nacional entre 2015 e 2017.

Qual o grupo social mais sofre com a criminalização do aborto e a falta de políticas públicas adequadas para os casos de microcefalia? Responde-se à retórica: O grupo que concentra as mulheres em situação de vulnerabilidade social, de baixa escolaridade e menos abastada residente, em sua maioria, na segunda região mais pobre do país.

É nesse cenário caótico de desigualdade social e econômica que surge a ADI 5.581, visando garantir à mulher sua autodeterminação, sua dignidade e a prevalência de seus direitos reprodutivos.

Por não se tratar de uma abordagem das mais suaves, faz-se prudente lançar mão das indispensáveis audiências públicas interdisciplinares promovidas pelo STF, com a máxima urgência, objetivando a coleta de embasamento técnico-científico, a exemplo dos dados estatísticos e conceituais apresentados, necessários para bem fundamentar o julgamento desses pedidos, como assim se deu na ADI 3.510 e na ADPF 54, bem como pela inteligência dos trechos do voto-vista do Excelsoior Pretor Ministro Luís Roberto Barroso em sede de julgamento do *Habeas Corpus*-STF n.º 124.306, conglobadas com definições interdisciplinares que dizem respeito a essas mesmas particularidades.

No mérito das questões penais, a Procuradoria Geral da República, quando da manifestação nos autos da ADI 5.581, é pela interpretação conforme a Constituição aos arts. 124, 126, 23, I, e 24 do Código Penal, garantindo com isso o reconhecimento da causa de justificação genérica (estado de necessidade genérico) para interrupção de gravidez nos casos comprovados de gestação com infecção congênita do *Zika*.

Deve-se destacar dentre os principais argumentos da PGR que justificam o posicionamento ministerial, o excerto:

O direito a saúde e a integridade física e psíquica possui natureza fundamental, que se encontra sob forte ameaça em epidemias. No caso da zica, trata-se de epidemia em que as consequências mais trágicas até aqui conhecidas envolvem a reprodução humana. São as mulheres os indivíduos primeiramente atingidos. Elas é que sofrem antes mesmo que exista uma criança com deficiência à espera de cuidado. Por não haver conflito entre os direitos envolvidos, cabe prestigiar o direito fundamental à saúde da mulher, inclusive no plano mental.

[...]

Criminalizar a mulher que interrompa a gravidez em razão do extremo sofrimento que esta lhe provoca é definir, contra a Constituição (art. 226, §7º), que a reprodução é dever da mulher e não um direito [...] tem razão a requerente quanto à inconstitucionalidade da criminalização do aborto em caso de infecção pelo vírus da *Zika*.

O entendimento da PGR coaduna-se com a novel jurisprudência da Corte Suprema nacional, pois além da ADPF n.º 54, mencionada alhures, a decisão em sede de *Habeas Corpus* n.º 124.306/DF, relatado pelo Ministro Marco Aurélio Mello, com voto-vista vencedor do Eminentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso, informa com precisão o caminho que percorre, para a temática, aquela Corte Superior:

Direito Processual Penal. *Habeas Corpus*. Prisão Preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício.

[...]

3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação. [...] 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; [...] 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. STF. HC 124306/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 08/12/2014. Data de Publicação DJe-244: 11/12/2014. Public. 12/12/2014.

São os mesmos fundamentos outrora aduzidos pelo STF quando do julgamento da ADPF 54.

Dessa feita, tornar o direito à vida do nascituro absoluto, não ponderado conforme a Constituição, diante da subjetividade do caso concreto é dispor de uma série de outros direitos da mulher e da família. Dito de outra forma, obrigar por império dos Códigos Civil e Penal, a mulher levar a cabo uma gestação de feto acometido com a síndrome de infecção congênita do *Zikv*, figura-se desproporcional e desarrazoado, como assim entendeu o STF no caso de feto anencéfalo.

A descriminalização do aborto (não sua banalização) é realidade jurídica. É avanço em saúde pública, reconhecimento dos direitos da mulher subsumidos à proporcionalidade, a sua autodeterminação, garante dignidade à pessoa humana, proteção à vida e garante estabilidade familiar e por consequência social, e mais:

(...) em relação ao aborto que, além das hipóteses já permitidas pela lei penal, na impossibilidade de o feto nascer com vida, por exemplo, em casos de acrania (ausência de cérebro) ou, ainda, comprovada a total inviabilidade de vida extrauterina [...], nada justificaria sua penalização, uma vez que o direito penal não estaria a serviço da finalidade constitucional de proteção à vida, mas sim estaria ferindo direitos fundamentais da mulher, igualmente protegidos: liberdade e dignidade humanas. Dessa forma, a penalização nesses casos seria de flagrante inconstitucionalidade. (MORAES, 2011. p. 86).

Obviamente, nos casos não previstos nos art. 126 a 128 do Código Penal, com relação a gestação em condições normais de saúde do feto e da parturiente, sob nenhuma hipótese pode o direito, ao menos por ora, autorizar procedimentos abortivos ao bel prazer da vontade das partes, sem que haja algum fato que assim o justifique.

Frente às boas condições de saúde da parturiente e do (s) feto (s), ante a indicação de um nascimento viável, devem prevalecer todos os direitos associados ao nascituro, especialmente a vida que se seguirá²¹, não podendo, lado outro, fazer-se o mesmo juízo do fruto de concepção que se apresente inviável desde as primeiras semanas de desenvolvimento embrionário²².

A guisa de arremate, sob a ótica das classificações civilistas que almejam definir o início da personalidade jurídica, pela símile dos eventos traçados, vê-se

²¹ Nota-se que sobreleva o texto do inciso II, art. 128 do Código Penal, pelo qual se reconhece o aborto ético ou humanitário mesmo que o feto esteja em perfeita saúde. Quis o legislador, porquanto, proteger os direitos da mulher violentada em detrimento daquele que, eventualmente, estaria por nascer. (BARROSO, 2006).

²² Nossa ordem constitucional, incluída nossa jurisdição constitucional que tem por função precípua a definição da interpretação constitucional, como deliberado e decidido nos casos da ADPF 54 e da ADI 3.510, entendeu pelo caráter não absoluto do direito à vida, afirmação esta que é referendada pela própria Constituição Federal, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. STF. HC 124.306/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 08/12/2014. Data de Publicação DJe-244: 11/12/2014. Public. 12/12/2014.

teorias complementares entre si todas capazes de informar a necessidade de aplicação das teses conforme a necessidade do caso concreto.

As decisões jurisdicionais nos autos da ADPF 54, no HC 124.306, relativizaram os direitos à personalidade do nascituro subjetivamente ponderado, caso a caso, devendo prevalecer esses entendimentos jurisdicionais quando do vindouro julgamento da ADI 5.581.

7 CONCLUSÃO

Por tudo aventado, o neoconstitucionalismo²³ nacional confere ao judiciário posicionamento de primazia no ordenamento jurídico. Por suas bases filosóficas, jurídicas e históricas, e poderá o STF adotar uma postura ativa no controle das decisões tanto do Executivo, quanto do Legislativo e, com isso, salvaguardar direitos pétreos esposados no texto da Carta Política de 1988, no que diz respeito à possibilidade de interrupção da gestação nos casos de microcefalia.

Por isso, *in situ*, deve o Estado abster-se de interferir nos desejos e escolhas da mulher, entendendo assim que há um limite de invasão a sua liberdade e autodeterminação, ou, mas com o mesmo efeito, agir para garantir que suas opções estejam ao seu alcance e que o aparelhamento estatal lhe afiance viver de acordo com seus valores dando o suporte necessário à consecução finalística de suas decisões lícitas.

Observa-se, com certa facilidade, que as perspectivas em torno das questões abarcadas são plurais, sobressai e vige a decisão ou corrente majoritária meio às divergências, emergindo a conquista contumaz da democracia, fato que confere alguma legitimidade às decisões e à legislação.

O acervo jurisprudencial do STF acerca do debate da antecipação terapêutica do parto, termo que parece mais apropriado à definição delineada, inexoravelmente, evolui para impor efetiva proteção às liberdades e garantias fundamentais, especialmente às classes de mulheres em situação de vulnerabilidade socioeconômica e às minorias.

²³ “Representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano na teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito; e no plano da Teoria do Direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios — atenção: princípios não como valores e, sim, operando no código lícito-ilícito), na teoria da interpretação, que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e ativismos, a partir da construção de uma teoria da decisão judicial e em uma teoria da decisão, que complementa a teoria da interpretação.” (STRECK, 2017, p. 140).

No âmbito jurisdicional, como visto, a relativização de direito primaz (direito à vida) não tem o condão de esvaziá-lo de significação, bem ao contrário, quando do choque de direitos do feto que apresente inviabilidade vital, com os direitos da gestante, conforme a necessidade e a proporcionalidade do caso, naquilo que a lei prevê a jurisprudência autoriza, prevalecem os direitos da gestante.

À guisa de arremate, bem assevera o Eminentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso no voto-vista do HC 124.306/RJ, ao afirmar que quem sofre com a tipificação penal do aborto é a gestante pobre, por não ter condições de custear profissionais qualificados e estrutura adequada submete-se a qualquer horda de procedimentos, no mais das vezes, em clínicas clandestinas, colocando em grave risco a sua própria vida.

Isto posto, a antecipação terapêutica do parto de feto diagnosticado com síndrome da infecção congênita do ZIKV (microcefalia) não deve ser tratada como mero abortamento, mas sim como recurso terapêutico necessário à proteção do núcleo axiológico constitucional (dignidade da pessoa humana), condição intrínseca à mulher. Aponta-se como mais condizente à interpretação conforme a Constituição, quando do julgamento da ADI 5.558 a ser oportunamente apreciada pelo STF, o reconhecimento da antecipação terapêutica de parto, resultado de decisão volitiva da gestante, como o estado de necessidade específico (art. 128, I, do Código Penal) ou estado de necessidade geral (arts. 23, I, e 24 do mesmo Código).

REFERÊNCIAS

ABAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Ed. Martins Fontes. São Paulo. 1998.

ALEXY, ROBERT. **Conceito e Validade do Direito**. OLIVEIRA G. B. de M. (Trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

AMABIS, J.M.; MARTHO, G.R. **Biologia das células**. v. 1. São Paulo: Moderna, 2010.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. **Boletim epidemiológico**. Vol. 48, n. 10. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. 2017. Disponível em <<http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/abril/03/Monitoramento-dos-casos-de-dengue-febre-de-chikungunya-efebre-pelo-virus-Zika-10-2017.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei Nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo 2010**. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default_resultados_universo.shtm>. Acesso em: 12 mai. 2017.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Registro Civil: Nascido Vivo. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/nascido_vivo.shtm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

CHINELATO, Silmara Juny. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no novo código civil**: parte geral. v. 6. São Paulo: Método, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. Salvador: JusPodivm. 2017.

DANTAS, PAULO. Retração do PIB no Nordeste é pior que a média nacional. **Revista Nordeste**. Ano 11, n 125, p. 28 a 30, mar. 2016.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciênc. saúde coletiva**. Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, fev. 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 09 mai. 2017.

DINIZ, Maria. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

EICKMANN, Sophie Helena et al. Síndrome da infecção congênita pelo vírus Zika. **Cad. Saúde Pública**. Vol. 32, n. 7. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016000700601&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 08 abr. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. v. 1. 14 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1**: parte geral. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Leonardo Alves de. Da descriminalização do aborto (no primeiro trimestre gestacional e nos casos de microcefalia). **Revista dos Tribunais**, vol. 976, p. 263 a 272. Fev. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PAMPLONA FILHO. Rodolfo; ARAÚJO. Ana Thereza Meirelles. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. **Revista de Direito Privado**. vol. 30, p. 251 a 264. Abril/junho 2007.

PARANÁ. Conceito e definições. **Secretaria de Saúde do Estado do Paraná**. Disponível em <<http://www.saude.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=668>>. Acesso em 15 set 2017.

ROBL FILHO, I. N. **Conceito e validade do direito**: a polêmica entre Robert Alexy e Eugenio Bulygin sobre a pretensão de correção do direito. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza. 09 a 12 de Junho de 2010. p. 5563 a 5573. Anais (...). Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3507.pdf>>. Acesso em: 08 de mai. 2017.

ROSADO, Ruy. (Org.). III Jornada de Direito Civil. Brasília: CJF, 2004. Disponível em <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em 08 mai. 2017.

STEENHUYSEN. Julie. Zika vírus pode continuar crescendo no cérebro de bebês mesmo após nascimento, diz CDC dos EUA. Reuters: Revista dos Tribunais Online, dez. 2016. Disponível em <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 08 mai. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

TARTUCE. Flávio. **Manual de direito civil**. 7 ed. São Paulo: Método, 2017.

TEPEDINO. Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**: temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

UNITED STATES OF AMERICA. Zika virus infection and microcephaly. **Centers for Disease Control and Prevention**, 2016. Disponível em <<https://www.cdc.gov/zika/hcproviders/infants-children/zika-microcephaly.html>>. Acesso em 08 abr. 2017.

VALOR ECONÔMICO. **Sudeste concentra 55,2% do PIB do país, diz IBGE**. Artigo. 14 nov. 2014. Disponível em <<http://www.valor.com.br/brasil/3779496/sudeste-concentra-552-do-pib-do-pais-diz-ibge>>. Acesso em 12 de mai. 2017.