



DOI: 10.33947/2238-4510-v10n2-4439

## A (DES) CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NOS CASOS DE MICROCEFALIA PROVOCADA PELO ZIKA VÍRUS: UMA ANÁLISE JURÍDICA E SOCIAL DA DEMANDA

### THE (DE) CRIMINALIZATION OF ABORTION IN CASES OF MICROCEPHALY CAUSED BY THE ZIKA VIRUS: A LEGAL AND SOCIAL ANALYSIS OF THE DEMAND

Carlos Henrique Pires Neto<sup>1</sup>, Fabrício Bau Dalmas<sup>2</sup>, Amelissa Sanezi<sup>3</sup>, Skaletth Freitas Tizzo<sup>4</sup>

#### RESUMO .

Busca-se com esse artigo uma visão crítica acerca das discussões jurídicas propostas pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.581, a qual se exigia a garantia de direitos violados na epidemia provocada pelo zika vírus, iniciada no Brasil em 2015, como acesso aos serviços essenciais de saúde e pensão vitalícia para crianças com síndrome congênita - microcefalia. Tem por objetivo fazer uma análise jurídica e social dessa demanda discutida no STF que, entre outras medidas, propôs descriminalizar o aborto para as gestantes infectadas pelo vírus. Apreende-se que o tema em tela: “aborto” é extremamente polêmico, obrigando o julgador a se rodear do maior número de informações para viabilizar uma decisão mais acertada. Neste sentido, lastrearam-nos o estudo de diversos periódicos jurídicos, artigos científicos, além da legislação pátria. Logo, urge-se o debate do tema proposto no meio acadêmico para que se possam compreender os aspectos jurídicos e sociais envolvidos nessa lide, pois, numa análise apurada, deve-se, com cautela, resguardar direitos fundamentais de todos os atores envolvidos nesse cenário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Aborto. Zika virus. Microcefalia. Descriminalização.

#### ABSTRACT.

*This article seeks a critical view of the legal discussions proposed by the Direct Action of Unconstitutionality No. 5,581, which required the guarantee of rights violated in the epidemic caused by the Zika virus, which started in Brazil in 2015, as access to essential health services of health and lifetime pension for children with congenital syndrome - microcephaly. It aims to make a legal and social analysis of this demand discussed in the SFC, which, among other measures, proposed to decriminalize abortion for pregnant women infected by the virus. It appears that the theme on screen: “abortion” is extremely controversial, forcing the judge to surround himself with the greatest amount of information to make a more correct decision possible. In this sense, we have supported the study of several legal journals, scientific articles, in addition to the national legislation. Therefore, it is urgent to debate the topic proposed in the academic environment so that the legal and social aspects involved in this struggle can be understood, since, in an accurate analysis, one must, with caution, safeguard fundamental rights of all the actors involved in this scenario.*

**KEYWORDS:** Abortion. Zikavirus. Microcephaly. Decriminalization.

<sup>1</sup> Psicólogo pela FTC/BA. Especialista em Saúde Mental pela UNINTER/PR e em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC-UNINTER/PR. Mestrando em Análise Geoambiental UNG e discente em Direito na Universidade Guarulhos. Estagiário de Direito no TJSP. Associado do IBCCRIM;

<sup>2</sup> Biólogo, Mestre e Doutor em Geociências pela USP, docente na Universidade Guarulhos. Vice-coordenador do Mestrado em Análise Geoambiental - MAG. Coordenador do Comitê de Pesquisa na Universidade UNG;

<sup>3</sup> Discente do curso de Direito na Universidade Guarulhos;

<sup>4</sup> Discente do curso de Direito na Universidade Guarulhos;



## INTRODUÇÃO

Diante do grande aumento dos casos no Brasil, como ocorreu no ano de 2018, o Sistema Judiciário terá que analisar a questão do aborto decorrente de fetos diagnosticados com microcefalia, pois já há casos em que mulheres estão praticando aborto de forma ilegal, colocando a vida do feto e principalmente a sua em risco.

Destarte, é importante que o tema seja analisado sob o enfoque da ponderação dos direitos fundamentais, respeitando-se a individualidade de cada gestante, as razões que a levaram a buscar no aborto uma forma de alívio pelos danos já ocasionados desde o diagnóstico da doença<sup>5</sup>.

Nesse sentido, tem-se que as causas da microcefalia ainda possuem divergências no campo científico, se é causada exclusivamente pelo Zika Vírus ou se também pode ser ocasionada pelo pyriproxyfen, substância encontrada num larvicida que é utilizado em caixas de água para evitar a formação de criadouros do mosquito *Aedes aegypti*<sup>6</sup>. Todavia, já é consenso que a interrupção da gestação nos casos de microcefalia gera diferentes correntes de pensamento.

A microcefalia está causando o adiamento do sonho da maternidade de vários casais brasileiros, pois uma criança que venha a nascer com a doença terá provavelmente danos irreparáveis no decorrer de sua vida, necessitando de cuidados especiais<sup>7</sup>.

Por isso, propôs-se uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5581<sup>8</sup>), a qual foi ajuizada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep). Essa entidade percebeu a relevância do tema e evidentes violações aos direitos fundamentais das gestantes, após o surgimento de numerosos casos de microcefalia no Nordeste do país em 2015. Assim, a ANADep, visando a assegurar direitos e garantias, encaminhou ao Supremo Tribunal Federal

a ADI 5581 que, entre outras medidas, propunha a descriminalização do aborto para as gestantes infectadas pelo vírus zika.

Assim, o intuito do presente trabalho acadêmico consiste em ampliar a discussão e percepção dos aspectos jurídicos e sociais envolvidos nessa temática: abortamento nos casos de microcefalia provocada pelo zika vírus.

Para tanto, buscou-se arcabouço teórico na literatura médica, artigos científicos e também amparo na jurisprudência pátria e doutrinadores que tratam dos direitos e garantias fundamentais – insculpidos no Texto Maior, dentre outras fontes.

## 2. DO ABORTO NOS CASOS DE MICROCEFALIA

De acordo com o Ministério da Saúde a microcefalia têm causas multivariadas e pode ser compreendida como "uma malformação congênita em que o cérebro não se desenvolve de maneira adequada. Essa malformação pode ser efeito de uma série de fatores de diferentes origens, como substâncias químicas e infecciosas, além de bactérias, vírus e radiação"<sup>9</sup>.

Assim, tem-se que o vetor causador é o mosquito *Aedes aegypti*, que por meio de sua picada transmite o vírus, ocasionando a infecção microencefálica, com consequências que permanecerão ao longo de toda uma vida.

Tendo em vista que os bebês com microcefalia podem desenvolver leves ou graves deficiências de desenvolvimento, é preciso que haja um encaminhamento para um pré-natal de alto risco, caso a mulher queira prosseguir com a gravidez, ou o direito ao aborto legal, caso a mulher prefira interromper a gestação<sup>10</sup>.

A socióloga e pesquisadora da Fiocruz Pernambuco, Camila Pimentel, destacou em entrevista concedida à Revista Gênero e Número que:

<sup>5</sup> (ALMEIDA & MARTINS, 2016).

<sup>6</sup> (CISCATI, 2016).

<sup>7</sup> (ALMEIDA & MARTINS, Op. cit).

<sup>8</sup> **Petição inicial ajuizada pela Anadep ao STF**. Acesso em 16 de julho de 2020. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp-content/uploads/2018/03/ADI-5581-Manifesta%C3%A7%C3%A3o-AGU.pdf>

<sup>9</sup> **Ministério da Saúde**. Acesso em 18 de julho de 2020. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/microcefalia>.

<sup>10</sup> CRUZ; BATISTA FILHO; CAMINHA, & SOUZA, 2016.



[...] a Zika tem um impacto na memória e no aprendizado na saúde pública, porque foi algo novo, tal qual estamos vivendo agora. Ela já era uma doença conhecida, como o coronavírus, mas, devido a mutações, teve um impacto diferente na epidemia que atingiu o Brasil. Os impactos sociais e na saúde são muito grandes<sup>11</sup>.

No Brasil, ainda não há uma prevenção adequada à microcefalia. Assim, para as mulheres que já estão grávidas não há medicamentos ou vacinas com a eficácia de evitá-la.

Então, seria necessária a implementação de políticas sociais com foco nas limitações desses bebês e que garantissem assistência integral às mães e famílias.

Por isso, muitas gestantes acabam com esse dilema através do aborto, todavia, da pior maneira possível, por não terem alternativa, recorrendo a abortamentos, muitas vezes, malconduzidos e em condições precárias, já que se trata de uma prática ilegal à luz do sistema jurídico brasileiro.

De tal modo, essas mulheres se expõem ao risco de morte, uma vez que, numa tentativa malsucedida de abortamento (sem apoio médico), é provável que este seja fatal para ambos.

A partir disso, exsurge um conflito de direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, de um lado, o direito à vida do feto, de outro, o direito à intimidade, à liberdade sexual e reprodutiva da gestante.

Atendendo ao clamor das gestantes que seriam atingidas pela ação encabeçada pela Anadep, o então procurador-geral da República, Rodrigo Janot, à época dos fatos, encaminhou ao Supremo Tribunal Federal (STF) parecer no qual defendia o aborto nos casos de infecção pelo vírus da zika.

Para excelentíssimo membro do Parquet, a decisão tomada em 2012 pela Corte Constitucional que autorizou o aborto em caso de fetos anencéfalos também deveria valer quando houvesse diagnóstico de infecção pelo zika, por motivo de “proteção da saúde”<sup>12</sup> da mulher.

Nesse sentido, afirmou o ex-procurador-geral que se trata de “justificação genérica de estado de necessidade”. Cabendo, portanto, às redes pública e privada realizar o procedimento apropriado, nessas situações.

## 2. 1. Direitos Fundamentais em Discussão

A Constituição Federal de 1988 prescreve, no título dos direitos e garantias fundamentais, que há uma proteção jurídica aos direitos fundamentais, inclusive aos direitos à vida e à liberdade:

Art. 5.º 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<sup>14</sup>.

Ou seja, observa-se que o direito à vida, em conjunto com a liberdade, seria uma cláusula pétrea no rol de direitos humanos elencado em nossa Carta Magna, tanto que não pode ser sequer objeto de discussão matéria tendente a abolir direitos e garantias individuais.

As garantias fundamentais possuem duas vertentes, uma objetiva, que seria a forma da proteção de um Estado de Direito com relação à sociedade; e outra subjetiva, no sentido de assegurar as liberdades individuais e autonomia das pessoas

<sup>11</sup> Revista eletrônica Gênero e Número - startup e organização de mídia independente. Acesso em 17 de julho de 2020. Disponível em: <http://www.generonumero.media/numero-de-casos-cai-mas-efeitos-da-zika-permanecem-no-brasil/>

<sup>12</sup> Portal de notícias G1, entrevista do ex-procurador Rodrigo Janot. Acesso em 18 de julho de 2020. Disponível em: <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/09/janot-defende-aborto-para-gravidas-infectadas-pelo-zika-virus.html>

<sup>13</sup> Idem – 8.

<sup>14</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais – Art. 5º caput. Atualizada até 07/2020. Acesso em 04 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/constituicao1988>



perante o Estado.

Tal percepção é percebida pelo constitucionalista espanhol Antonio Enrique Pérez Luno:

Em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais determinam o status legal dos cidadãos, tanto nas relações com o Estado quanto nas relações entre si. Tais direitos tendem, portanto, a proteger a liberdade, autonomia e segurança da pessoa, não apenas contra o poder, mas também contra outros membros do corpo social<sup>15</sup>.

Nesse sentido, destaca-se que a nossa Carta Magna possui, dentre outros fundamentos, a dignidade da pessoa humana - **art. 1º, III**<sup>16</sup> – instituto este intimamente ligado ao viver dignamente, ou seja, com pelo menos, condições mínimas para se manter em sociedade.

Além disso, o constituinte originário esculpiu no nosso Diploma Maior em seu **art. 4º, II**<sup>17</sup> - prevalência dos direitos humanos, de como a República Federativa do Brasil deveria reger-se nas suas relações internacionais, qual seja, com pleno respeito aos direitos humanos.

Igualmente, fica notório que o legislador constitucional genuíno consagrou no **art. 5º incisos: I**<sup>18</sup> - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; **II** - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; **VIII**<sup>20</sup> - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa,

fixada em lei; **XXXIX**<sup>21</sup> - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, ou seja, dando ao artigo 5º (cláusula pétrea) ação mandamental e imutável, porque não são apenas direitos, mas garantias fundamentais que o Estado também deve respeitar.

Logo, é notório que a mulher tem direito a ser tratada com **isonomia** (material); deve-se respeitar o **princípio da legalidade** (*latu senso*), somente a lei pode obrigar alguém a fazer algo;

também se deve respeitar o direito de crença religiosa, ou seja, o Estado é laico e não deve intervir nas convicções político-filosóficas; como também é **livre o exercício profissional**, por exemplo, o da medicina, ressalvadas as devidas regulamentações legais; por fim, deve-se sagrar, estritamente, o **princípio da legalidade penal**, cujo cerne está na literalidade da lei penal incriminadora, sendo assim, somente a lei (*strictu senso*) poderá dizer qual será a infração penal (crime ou contravenção) sujeita à determinada sanção penal (pena ou medida de segurança).

Ocorre que a ADI 5581, proposta junto ao Supremo Tribunal Federal, foi extinta sem resolução de mérito em virtude da reconhecida ilegitimidade do requerente<sup>22</sup>, no caso a ANADEP, logo, sobre o mérito em questão – abortamento nos casos de zika vírus que provocam microcefalia – nada restou decidido pela Guardiã da Constituição em nosso país.

Inobstante isso, cabe destacar o posicionamento do ministro Luís Roberto Barroso que, embora tenha decidido acompanhar a maioria, a qual já estava formada quando ele votou, fez duas importantes ressalvas. A primeira: a Anadep tem legitimidade para o ajuizamento da ADPF; e a segunda: o arquivamento do caso adia um debate importante no Brasil sobre o

<sup>15</sup> (Luño, 2005).

<sup>16</sup> Idem – 10. **CRFB/88. Título I: Dos Princípios Fundamentais** – Art. 1º, III.

<sup>17</sup> Idem – 10. **CRFB/88. Título I: Dos Princípios Fundamentais** – Art. 4º, II.

<sup>18</sup> Idem – 10. **CRFB/88. Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais** – Art. 5º caput, I.

<sup>19</sup> Idem – 10. **CRFB/88. Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais** – Art. 5º caput, II.

<sup>20</sup> Idem – 10. **CRFB/88. Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais** – Art. 5º caput, VIII.

<sup>21</sup> Idem – 10. **CRFB/88. Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais** – Art. 5º caput, XXXIX.

<sup>22</sup> **O pleno do STF julgou prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade** e não conheceu da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do voto da Relatora Min. Carmen Lúcia. Acesso em 18 de julho de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5037704>



aborto, já feito pelas principais cortes constitucionais do mundo.

Nesse sentido, o excelso Ministro Barroso trouxe uma reflexão de que a extinção das ações:

[...] adia a discussão de um tema que as principais supremas cortes e tribunais constitucionais do mundo em algum momento já enfrentaram: o tratamento constitucional e legal a ser dado à interrupção de gestação, aos direitos fundamentais da mulher e à proteção jurídica do feto<sup>23</sup>.

Por isso, exige-se maior debate sobre a autorização para a gestante proceder com o abortamento, nesse contexto, precisa ser garantido a partir da confirmação da infecção pelo zika vírus, como um direito da mulher em face de uma grave epidemia não controlada pelo Estado brasileiro.

Notadamente, percebe-se que as consequências efetivas que a infecção pode gerar no feto, que são inúmeras, inclusive incapacitantes, exigem, no mínimo, ponderação, devendo-se respeitar a realidade de cada gestante, já que nenhuma mulher deve ser obrigada a enfrentar uma gravidez de riscos graves e futuro incerto (desconhecido), causada pela negligência estatal em controlar uma epidemia, sob pena de violação aos direitos das mulheres.

## 2. 2. Dos Direitos à Intimidade e à Liberdade Sexual da Gestante

Urge consignar que a intimidade e a liberdade são direitos fundamentais que sempre podem estar em colisão quando tratamos da amplitude do direito à vida, em especial quando a mulher decide interromper

sua gestação, dando fim à existência de um ser. Tal conflito de direitos pode ocorrer, quer pelo caráter subjetivo que possuem a intimidade e a liberdade sexual da gestante quer pela ampla proteção que se confere à vida em todos os ordenamentos jurídicos.

Nesse contexto, faz-se presente a intimidade da mulher durante a gestação, em que praticamente apenas ela conhece seu corpo e sabe as transformações físicas, hormonais e psíquicas decorrentes da gravidez. Em virtude dessa intimidade é necessário que seja respeitada a vontade da gestante, sobretudo, quando, durante a gravidez, toma conhecimento de que seu filho sofrerá consequências irreparáveis no decorrer de sua vida e que precisará de acompanhamento quase que integral, para que possa viver em sociedade<sup>24</sup>.

É cediço que há muita divergência na doutrina sobre a possibilidade de a gestante dispor do seu próprio corpo e interromper uma gestação indesejada. Quem acredita ser inviável pensa que a vida do feto está acima de qualquer livre arbítrio da mãe, mesmo em se tratando de um aborto decorrente de estupro.

Por outro lado, alguns doutrinadores consideram que a mãe deve consentir para que queira dar continuidade à gestação. Trazer à baila o doutrinador Chaves que, “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”<sup>25</sup>.

Nessa toada, o Ministro Barroso, do STF, ressalta que o abortamento é “fato indesejável”<sup>26</sup>, sendo papel do Estado e da sociedade “procurar evitar que ele ocorra, dando o suporte necessário às mulheres”<sup>27</sup>. Reiterando seu próprio entendimento no HC 124.306<sup>28</sup>, destacou que “o tratamento do aborto como crime não tem produzido o resultado de elevar

<sup>23</sup> **Voto do Min. do STF Barroso**, exposto no site CONJUR. Acesso em 18 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-barroso-adi-5581.pdf>

<sup>24</sup> (ALMEIDA & MARTINS, 2016).

<sup>25</sup> (CHAVES, 1994).

<sup>26</sup> Idem – 19.

<sup>27</sup> Idem – 19.

<sup>28</sup> **HABEAS CORPUS 124.306 – votos dos ministros do STF**: Acesso em 18 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>



a proteção à vida do feto”<sup>29</sup>.

Noutras palavras, tem de ser levado em conta, quando uma criança é diagnosticada com microcefalia ou outra doença que inviabilize a vida, o direito à liberdade da gestante de dispor do seu próprio corpo em conjunto com condições externas.

Por isso, o nobre Ministro reitera que “as mulheres são seres autônomos, que devem ter o poder de fazer suas escolhas existenciais, e não úteros a serviço da sociedade”<sup>30</sup>, obviamente, sem adentrar na colisão de direitos fundamentais (direitos da mulher e proteção do feto).

Nesse prisma, coaduna com os fundamentos aludidos pelo Ministro do STF o ilustre ex-Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, em seu parecer à mais alta Corte do país: “É constitucional a interrupção de gravidez quando houver diagnóstico de infecção pelo vírus zika, para proteção da saúde, inclusive no plano mental, da mulher e de sua autonomia reprodutiva”<sup>31</sup>.

Ainda, de acordo com o ex-procurador, o Estado não pode ser responsável pelo sofrimento das mulheres no parecer encaminhado ao STF, uma vez que:

Na ADPF 54, embora o julgamento se tenha restringido ao caso de interrupção da gravidez ante diagnóstico de anencefalia, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a imposição da gravidez pode ser forma de tortura das mulheres, em alguns casos. O Direito Penal é forma de recuperação e reafirmação da autoridade do estado por violação de direitos, não meio de tortura<sup>32</sup>.

No mesmo sentido cita a doutrinadora Karagulian (2007, p.19):

<sup>29</sup> Idem – 19.

<sup>30</sup> Idem – 19.

<sup>31</sup> Idem – 8.

<sup>32</sup> **Decisão do STF sobre a ADI 5581** – microcefalia exposta no site CONJUR. Acesso em 18 de julho de 2020.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-01/stf-rejeita-acao-aborto-gestantes-zika>

<sup>33</sup> (KARAGULIAN, 2007, p.19).

<sup>34</sup> **Revista eletrônica Gênero e Número**. Acesso em 17 de julho de 2020. Disponível em: <http://www.generonumero.media/numero-de-casos-cai-mas-efeitos-da-zika-permanecem-no-brasil/>

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<sup>33</sup>.

Por sua pertinência, vale citar a socióloga e pesquisadora da Fiocruz Pernambuco, Camila Pimentel que, em entrevista à Revista Gênero e Número - startup e organização de mídia independente – trouxe o debate para a realidade socioeconômica de quem enfrenta a realidade em tela, ou seja, daquelas mulheres brasileiras que são mães de alguma criança com microcefalia:

[...] no Brasil existe uma feminização do cuidado, por isso, o impacto na vida laboral é muito maior para a mulher, seja ela mãe, avó ou tia. Existe um impacto diferenciado na vida das mulheres, que mudaram o curso da vida com a chegada da criança, também no âmbito profissional e econômico. Os planos de trabalho e estudos dessas mulheres sofrem uma mudança brusca, porque muitas delas deixaram de trabalhar para cuidar dos seus filhos, o que significa uma renda a menos<sup>34</sup>.

Logo, sob este enfoque, não se pode olvidar que, diante do grande aumento dos casos de microcefalia no país, principalmente nos estados do



Nordeste, região com menos recursos financeiros, o aspecto econômico acaba sendo um fator relevante na liberdade de escolha da gestante quanto ao prosseguimento ou não da gravidez, devendo ser sopesado, pois, uma vez que venha a nascer, a criança terá que ser garantida uma vida digna, com todos os cuidados necessários em razão de sua patologia<sup>35</sup>.

### 3. DA REALIDADE SOCIAL ENVOLVIDA NO DEBATE

O zika vírus, transmitido pelo mosquito *Aedes aegypti*, foi considerado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e pelo Ministério da Saúde o motivo do surto no Brasil de microcefalia, condição rara em que o bebê nasce com o crânio do tamanho menor do que o normal.

Insta consignar que para avaliação da criança com microcefalia incluem-se anamnese completa realizada com a família, histórico da gestação e exame físico. São necessários exames sorológicos da mãe e do neonato. Usualmente, são solicitados exames por imagem, dentre eles, a tomografia computadorizada do encéfalo e/ou ressonância magnética e ultrassonografia transfontanelar, sendo que o melhor método e o momento ideal para a sua realização ainda são controversos.

Além disso, estima-se que os gastos básicos mensais com o apoio multidisciplinar (profissionais de notório saber avaliam as melhores formas de abordagem dos recém-nascidos com microcefalia) para o acompanhamento de cada paciente giram em torno de 10 mil reais, ou seja, fora da realidade da maioria dos brasileiros, já que grande parte vive com menos de um salário-mínimo por mês<sup>36</sup>.

Nesse sentido, a abordagem interdisciplinar e o encaminhamento para especialista em Infectologia, Genética, Neurologia e Oftalmologia Pediátrica, dentre outros profissionais, podem ser necessários para o diagnóstico e planejamento do seguimento

da criança, o que, na prática, eleva sobremaneira os gastos financeiros de toda a família, muito além do suportável, pois, são em grande parte, mais vulneráveis socialmente.

O engenheiro de Saúde Pública e pesquisador André Monteiro Costa, da Fundação Oswaldo Cruz de Pernambuco /Fiocruz-PE, traz uma análise interessante sobre a questão epidemiológica que reverbera na social, senão vejamos:

Todo o discurso oficial está centrado no âmbito da reprodução biológica, no campo das práticas biomédicas. Contudo, sabe-se que a reprodução biológica é, em humanos, regulada ou determinada pela reprodução social. Há uma hierarquia na organização na história da vida, do biológico (átomo, molécula, célula, tecido, órgão, indivíduo) ao social (comunidade, tecno-economia, política pública, ecologia). Nesse nível da reprodução social emergem cultura, cosmologia, política, processos tecno-econômicos e políticas públicas como expressões do Estado. Nessa arquitetura da complexidade, o social é contexto do biológico. Compreender os processos sociais e como eles determinam a saúde é central para desvelar como as condições de vida, enquanto processos sociais, produzem processos biológicos. O reducionismo ocorre quando formulamos problemas ancorados apenas em uma ou outra dimensão<sup>37</sup>.

Estudos contemporâneos demonstram que existe uma relevante relação entre o desemprego dos genitores daquelas crianças acometidas por microcefalia e a redução das condições socioeconômicas, o que demonstra, por conseguinte, que não conseguem suprir boa parte da demanda do infante com má formação congênita precisa<sup>38</sup>.

Nesta mesma linha de percepção, prossegue o

<sup>35</sup>(ALMEIDA & MARTINS, 2016).

<sup>36</sup>(BRASIL, 2019).

<sup>37</sup>(COSTA, 2016).

<sup>38</sup>(GONÇALVES; TENÓRIO; FERRAZ, 2018).



saudoso professor Antônio Chaves:

O mongolismo, a microcefalia, a anencefalia e a spina bifida não tem cura e qualquer intervenção seria inócua. Nestes casos, o diagnóstico servirá apenas para preparação psicológica dos pais. Além de se esperar deles a paternidade responsável, far-se-á necessário conscientizá-los do nascimento de um filho afetado. A responsabilidade que lhes cabe é incomparavelmente maior exigindo maturidade, além de recursos econômicos, a fim de que o sofrimento da criança possa ser minimizado<sup>39</sup>.

Outrossim, tamanha é a problemática socioeconômica envolvida nessa questão que recentemente foi sancionada a lei 13.985<sup>40</sup> de 2020 pelo presidente da República em exercício, Jair Bolsonaro, a qual garante pensão vitalícia a crianças atingidas por Zika vírus. Assim, as crianças com microcefalia decorrente do Zika vírus perceberão o valor de um salário mínimo, que hoje perfaz R\$ 1.045,00 – na forma da lei.

Nesse diapasão, a pós-doutoranda pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Sílvia de Oliveira Pereira, ressalta que o impacto financeiro, ao longo do tempo, provocado pelo Zika vírus passa essencialmente por fatores como a queda da produção laboral. Por isso, a pesquisadora destaca a importância da pensão vitalícia, pois servirá como uma espécie de reparação do Estado que, no entanto, “não é capaz de tirar as famílias da condição de vulnerabilidade”<sup>41</sup>.

Portanto, as questões acerca do Zika vírus e da microcefalia mobilizam toda a sociedade e a economia do país, pois desencadeia uma série de

problemas, tais como: elevado custo no tratamento médico e multidisciplinar (da criança microcefálica e de sua família), redução da renda familiar, vez que os responsáveis (ou ao menos, um deles), terão que se afastar do trabalho para dar apoio e acompanhar no tratamento; além do alto investimento em saneamento básico e na elaboração de políticas públicas para o combate efetivo ao mosquito transmissor da doença<sup>42</sup>.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Face o exposto, tem-se que criminalizar as ações das mulheres que desejam abortar os fetos infectados pelo Zika vírus, as quais, na sua maioria, são negras e pobres, seria incompatível com os direitos fundamentais expostos na Constituição Federal de 1988.

Uma vez que elas não dispõem de acesso à saúde e prevenção de qualidade, criminalizá-las só agravaria a situação de “estado de coisas inconstitucionais”<sup>43</sup>, como se vê no Sistema Carcerário brasileiro.

Assim, ressalta-se a importância de se enfrentar o tema em comento, pois é evidente que as mulheres possuem pleno exercício de direitos sexuais e reprodutivos, no sentido de fazer suas próprias escolhas existenciais sem que o Estado ou a Religião interfiram na sua autonomia, pois a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu íntimo seus dilemas, é aspecto intransponível do debate.

Nesta esteira, a Suprema Corte Brasileira trouxe a lume jurisprudência no acolhimento do HC 124.306 (1ª T. do STF), o qual ensejou o entendimento de que não configuraria crime o aborto realizado até os três meses de gestação. Ou seja, seguindo-se o mesmo

<sup>39</sup> Idem – 21.

<sup>40</sup> **Legislação Federal que trata da pensão especial nos casos de microcefalia por causa do Zika vírus.** Acesso em 18 de julho de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13985.htm)

<sup>41</sup> Discussões no Senado Federal acerca do PL que anunciava a pensão especial para os casos de microcefalia. Acesso em 18 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/596643-para-especialistas-criterios-para-pensao-a-criancas-com-microcefalia-sao-restritivos/>

<sup>42</sup> (CANOSSA; STELUTE; CELLA, 2018).

<sup>43</sup> **Expressão constante do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**, rel. Min. Marco Aurélio.



posicionamento, daria tempo suficiente para se verificar os casos de microcefalia por infecção viral e se permitir a realização do procedimento abortivo; em plena consonância com o entendimento do Pretório Excelso, sem que tal conduta configurasse, portanto, crime de aborto dentro dos três meses e ainda, com má-formação (microcefalia – por causa do vírus zika), sendo perfeitamente possível no âmbito jurídico nacional.

Então, vê-se que a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo institutos que corroboram com a vida, mas que ela seja repleta de dignidade, em consideração aos direitos dos humanos, de todos nós, inclusive da mulher – grávida que deseja realizar um procedimento médico abortivo, desde que este seja fruto de uma infecção viral por zika, pois são agentes infectantes diretamente ligados aos casos de má-formação genética e que causam microcefalia.

Destarte, embora sejamos a favor da vida e que esta seja respeitada na sua plenitude, também somos a favor das liberdades e, em especial, daquelas que foram tolhidas (das mulheres) – quanto ao direito de escolha entre dar continuidade ou interromper uma gestação malsucedida. Ocorre que, muitas vezes, essas mulheres são negras e as mais pobres, as quais não conseguem exercer seus direitos com dignidade.

Neste viés, não se pode ignorar os aspectos socioeconômicos que envolvem essa temática, pois resta evidente o elevado custo financeiro para a manutenção da qualidade de vida das crianças acometidas pelo zika vírus, muitas vezes, incompatível com a realidade econômica de tais famílias.

Dessa forma, forçoso convir que o aborto seja direito da gestante em casos de microcefalia, pois nada justifica que se obrigue a mulher a aceitar uma maternidade conturbada; além de ter que criar um filho fruto de uma situação trágica, à qual não deu causa, a lhe trazer sentimentos de grande frustração, sofrimento e desamparo social.

Por derradeiro, não se pode ignorar que, numa sociedade extremamente estratificada como a nossa, resta evidente que apenas os mais vulneráveis (muitas vezes, negros e pobres) acabam sendo os “escolhidos” para figurarem como marginais (transgressores da legislação penal incriminadora),

já que, na situação em pauta, seriam vítimas as mulheres que praticassem o aborto, as quais, na nossa visão, estariam - na verdade - acobertadas por uma hipótese supralegal de estado de necessidade, não havendo crime.

Portanto, conclui-se que criminalizar o aborto não trouxe baixa na mortalidade dos fetos tampouco logrou proteger a vida do nascituro, uma vez que, deixar que o feto se forme com essa patologia equivale a transformar um momento tão especial quanto à maternidade num tormento para toda sua vida.

## REFERÊNCIAS E NOTAS

ALMEIDA & MARTINS, 2016.

ALMEIDA, Carlos Henrique Bissoli de; MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. O aborto nos casos de microcefalia. **Anais do Encontro Toledo de Iniciação Científica**, v. 12, n. 12, 2016.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Dados da renda média do brasileiro. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2019/10/renda-media-de-mais-da-metade-dos-brasileiros-e-inferior-um-salario-minimo.html>. Acesso em: 20 maio 2020.

CANOSSA, Gabriela Caroline Coelho; STELUTE, Letícia Bugança; CELLA, Daltro. Zika vírus: análise, discussões e impactos no Brasil. **Brazilian Journal of Development**. Curitiba, v. 4, n. 7, Edição Especial, nov. 2018, p. 4187-4198. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/494> Acesso em: 18 jul. 2020.

CHAVES, Antônio. Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1994. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181032/000360067.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 08 jul.



2020.

CISCATI, Rafael. O que o boato sobre o larvicida que “causa” microcefalia diz sobre nosso medo de epidemias. **Época**. 2016. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/02/o-que-o-boato-sobre-o-larvicida-que-causa-microcefalia-diz-sobre-nosso-medo-de-epidemias.html>>. Acesso em: 9 abril. 2016.

COSTA, André Monteiro. A determinação social da microcefalia/Zika. **Revista Desafios do Desenvolvimento – IPEA**. Edição 88 - 17/06/2016. Ano 13. Disponível em: <[https://www.ipea.gov.br/desafios/images/stories/ed88/161123\\_revista\\_desafios\\_88.pdf](https://www.ipea.gov.br/desafios/images/stories/ed88/161123_revista_desafios_88.pdf)> Acesso em: 18 jul. 2020.

CINTRA, Ajair de A.; MACHADO, Costa (org.); AZEVÊDO, David Teixeira de (coord.). **CP. Código Penal Interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 9. ed. Barueri, SP: Manole, 2019, 645p.

CRUZ, Rachel de Sá Barreto Luna Callou; BATISTA FILHO, Malaquias; CAMINHA, Maria de Fátima Costa; SOUZA, Edvaldo da Silva. Protocolos de atenção pré-natal à gestante com infecção por Zika e crianças com microcefalia: justificativa de abordagem nutricional. **Rev. Bras. Saúde Mater. Infant**. Recife, v. 16, supl. 1, p. S95-S102. Nov. 2016.

GONÇALVES, Amanda; TENÓRIO, Sibebe; FERRAZ, Priscila. Aspectos Socioeconômicos dos Genitores de Crianças com Microcefalia Relacionada ao Zika Vírus. **Revista Pesquisa em Fisioterapia**. V. 8, 10.17267/2238-2704rpf.v8i2.1865, 2018/04/17. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/325098571\\_ASPECTOS\\_SOCIOECONOMICOS\\_DOS\\_GENITORES\\_DE\\_CRIANCAS\\_COM\\_MICROCEFALIA\\_RELACIONADA\\_AO\\_ZIKA\\_VIRUS/citation/download](https://www.researchgate.net/publication/325098571_ASPECTOS_SOCIOECONOMICOS_DOS_GENITORES_DE_CRIANCAS_COM_MICROCEFALIA_RELACIONADA_AO_ZIKA_VIRUS/citation/download) Acesso em: 17 jul. 2020.

GRECO, Rogério. **Código Penal: Comentado**. 10. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2016. 1280p.

KARAGULIAN, Patrícia Partamian (Coord.). **Aborto e legalidade**: malformação congênita. São Caetano

do Sul: Yendis, 2007.

LUNO, Antônio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de atenção à saúde. **Protocolo de atenção à saúde e resposta à ocorrência de microcefalia relacionada à infecção pelo vírus Zika**. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde – Brasília: Ministério da Saúde, 2015. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/microcefalia>. Acesso em: 18 jul. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 997p.

Primeira organização de mídia no Brasil orientada por dados para qualificar o debate sobre equidade de gênero. **Revista Eletrônica Gênero e Número**. Disponível em: <<http://www.generonumero.media/numero-de-casos-cai-mas-efeitos-da-zika-permanecem-no-brasil/>>. Acesso em: 17 jul. 2020.

SANCHES, Rogério Cunha. **Código Penal para Concursos**. 3. ed. Ver., atual e ampl. Salvador, BA: JusPodivm, 2020. 1088p.

1. (ALMEIDA & MARTINS, 2016).
2. (CISCATI, 2016).
3. (ALMEIDA & MARTIN S, Op. cit).
4. **Petição inicial ajuizada pela Anadep ao STF**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/03/ADI-5581-Manifesta%C3%A7%C3%A3o-AGU.pdf> Acesso em: 16 jul. 2020.
5. **Ministério da Saúde**. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/microcefalia>. Acesso em: 18 jul. 2020.
6. (CRUZ; BATISTA FILHO; CAMINHA, & SOUZA, 2016).
7. Startup e organização de mídia independente. **Revista eletrônica Gênero e Número**. Disponível em: <http://www.generonumero.media/numero-de-casos-cai-mas-efeitos-da-zika-permanecem-no-brasil/>. Acesso em: 17 jul. 2020.



8. **Portal de notícias G1, entrevista do ex-procurador Rodrigo Janot.** Disponível em: <>. <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/09/janot-defende-aborto-para-gravidas-infectadas-pelo-zika-virus.html> Acesso em: 18 jul. 2020.
9. **Idem – 8.**
10. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais – Art. 5º caput. Atualizada até 07/2020. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/constituicao1988>>. Acesso em: 04 ago. 2020.
11. (LUÑO, 2005).
12. **Idem – 10. CRFB/88.** Título I: Dos Princípios Fundamentais – Art. 1º, III.
13. **Idem – 10. CRFB/88.** Título I: Dos Princípios Fundamentais – Art. 4º, II.
14. **Idem – 10. CRFB/88.** Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais – Art. 5º caput, I.
15. **Idem – 10. CRFB/88.** Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais – Art. 5º caput, II.
16. **Idem – 10. CRFB/88.** Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais – Art. 5º caput, VIII.
17. **Idem – 10. CRFB/88.** Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais – Art. 5º caput, XXXIX.
18. **O pleno do STF julgou prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade e não conheceu da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do voto da Relatora Min. Carmen Lúcia.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5037704> Acesso em: 18 jul. 2020.
19. **Voto do Min. do STF Barroso, exposto no site CONJUR.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-barroso-adi-5581.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2020.
20. (ALMEIDA & MARTINS, 2016).
21. (CHAVES, 1994).
22. **Idem – 19.**
23. **Idem – 19.**
24. **HABEAS CORPUS 124.306 – votos dos ministros do STF.** Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf> Acesso em: 18 jul. 2018.
25. **Idem – 19.**
26. **Idem – 19.**
27. **Idem – 8.**
28. **Decisão do STF sobre a ADI 5581 – microcefalia exposta no site CONJUR.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-01/stf-rejeita-acao-aborto-gestantes-zika> Acesso em: 18 jul. 2020.
29. (KARAGULIAN, 2007, p.19).
30. **Revista eletrônica Gênero e Número.** Disponível em: <http://www.generonumero.media/numero-de-casos-cai-mas-efeitos-da-zika-permanecem-no-brasil/> Acesso em: 17 jul. 2020.
31. (ALMEIDA & MARTINS, 2016).
32. (BRASIL, 2019).
33. (COSTA, 2016).
34. (GONÇALVES; TENÓRIO; FERRAZ, 2018).
35. **Idem – 21.**
36. **Legislação Federal que trata da pensão especial nos casos de microcefalia por causa do zika vírus.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13985.htm) Acesso em: 18 jul. 2020.
37. **Discussões no Senado Federal acerca do PL que anunciava a pensão especial para os casos de microcefalia.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/596643-para-especialistas-criterios-para-pensao-a-criancas-com-microcefalia-sao-restritivos/> Acesso em: 18 de jul. 2020.
38. (CANOSSA; STELUTE; CELLA, 2018).
39. **Expressão constante do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, rel. Min. Marco Aurélio.**