



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO À VIDA DO  
NASCITURO.

Flávia Melo Henriques Alves

Rio de Janeiro  
2016

FLÁVIA MELO HENRIQUES ALVES

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO À VIDA DO  
NASCITURO.

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2016

## O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO À VIDA DO NASCITURO

Flávia Melo Henriques Alves

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes.

**Resumo:** O ordenamento jurídico brasileiro revela a preocupação do legislador em salvaguardar os direitos do nascituro. Aliado a isso, há uma constante evolução dos institutos jurídicos destinados a implementar a efetiva proteção aos direitos e garantias fundamentais, em especial, o direito à vida e à igualdade. O presente trabalho tem por fim identificar os pontos de convergência do ordenamento na proteção dos direitos do nascituro e da pessoa com deficiência, ressaltando de que modo o Estatuto da Pessoa com Deficiência pode alcançar a proteção dos direitos do nascituro, expondo ainda as hipóteses em que se admite a mitigação da norma penal incriminadora do aborto a fim de evidenciar o profundo retrocesso jurídico que se instauraria no ordenamento jurídico brasileiro pela descriminalização do aborto dos fetos diagnosticados com microcefalia.

**Palavras-chave:** Direito Civil. Direitos da Personalidade. Nascituro. Estatuto da Pessoa com Deficiência.

**Sumário:** Introdução. 1. As teorias acerca do início da personalidade civil e seu papel na consagração dos direitos do nascituro por meio do estatuto da pessoa com deficiência. 2. O direito à vida do nascituro: mitigações no ordenamento jurídico brasileiro que autorizam a realização do aborto. 3. O respeito às normas do estatuto da pessoa com deficiência como instrumento de vedação ao retrocesso jurídico que se pretende implementar com a ampliação das hipóteses de autorização do aborto.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar as teorias acerca do início da personalidade civil, e identificar aquela adotada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), para a partir de um confronto desta com as normas autorizadas do aborto no Brasil, discutir os novos desafios que se levantam no judiciário decorrentes da crise na saúde causada pela epidemia de contaminação pelo vírus Zika, que vem provocando um aumento expressivo no número de bebês diagnosticados com microcefalia.

Inicia-se o primeiro capítulo com o estudo das teorias acerca do início da personalidade, bem como dos direitos do nascituro consagrados no ordenamento jurídico brasileiro. Busca-se identificar o padrão estabelecido pelo legislador ao pôr a

salvo os direitos do nascituro desde a sua concepção, especialmente, por meio das novas regras do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que asseguram um tratamento diferenciado para aqueles indivíduos diagnosticados com alguma deficiência física ou psíquica, desde a fase gestacional.

No segundo capítulo são estudadas as hipóteses nas quais o ordenamento jurídico brasileiro autoriza a realização do aborto e seus fundamentos, traçando o perfil escolhido pelo legislador para mitigar a norma incriminadora da interrupção da gravidez.

Neste mesmo capítulo, destaca-se que diante da epidemia de contaminação pelo vírus Zika no Brasil, que vem provocando um número anormal de casos de bebês diagnosticados com microcefalia no país, a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP), ajuizou Ação Declaratória de Inconstitucionalidade buscando a interpretação conforme a Constituição da República aos artigos do Código Penal que tratam das hipóteses de interrupção da gravidez, para excluir do alcance da norma do art. 124 do CP a mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika.

A partir disso, são discutidos os principais argumentos de defesa da ANADEP, confrontando-os com os fundamentos já fixados pelo legislador e pelo STF para mitigação da norma incriminadora do aborto.

Por fim, no terceiro capítulo, busca-se alertar para a importância de que se respeite o avanço jurídico alcançado com o Estatuto da pessoa com deficiência, combatendo assim a flagrante tentativa de retrocesso legislativo que vem se levantando por meio da defesa da constitucionalidade do aborto realizado pelas gestantes infectas pelo vírus Zika a fim de “prevenir” o aumento do número de bebês que nascem com microcefalia no Brasil.

Para tanto, a pesquisa será necessariamente qualitativa. O pesquisador se valerá da bibliografia pertinente ao tema.

## 1. O PAPEL DAS TEORIAS ACERCA DO INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL E NA CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS DO NASCITURO POR MEIO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O Código Civil Brasileiro de 2002 afirma categoricamente em seu artigo 2º, que a personalidade civil tem início com o nascimento com vida, mas a lei resguardará os direitos do nascituro desde a concepção.

A redação do Código Civil permite entender o “nascituro” como aquele que já foi concebido, mas ainda não nasceu. No entanto, a legislação deixa margem para que se mantenha uma discussão há muito travada na doutrina quanto à teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro acerca do momento do início da personalidade civil.

Trata-se de questão de maior relevo no cenário jurídico uma vez que a todo direito deve corresponder um titular, o qual deve ser inserido no meio social e ter sua dignidade valorizada, como preconiza o artigo 5º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

Desse modo, para a real definição de quais são os verdadeiros destinatários das normas vigentes em nosso ordenamento, é imperiosa a exata definição do momento de início da personalidade, ou seja, da titularidade dos direitos e deveres.

A doutrina destaca a existência de três teorias acerca do início da personalidade civil: a Teoria Natalista, a Teoria da Personalidade Condicional, e a Teoria Concepcionista.

Segundo a Teoria Natalista, o início da personalidade civil depende do nascimento com vida, sendo este considerado quando principia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório aferível pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno. Nesse contexto, o nascituro não seria uma pessoa – sujeito de direitos e deveres.

Os críticos dessa teoria afirmam que ela não consegue responder à seguinte pergunta: se o nascituro não é pessoa, o que seria? A resposta levaria ao absurdo de afirmar-se que o nascituro é uma coisa<sup>1</sup>. Como se não bastasse tal teoria não explica a justificativa para os direitos do nascituro já consagrados em nosso ordenamento, como aqueles relacionados à sua personalidade.

Para a Teoria da Personalidade Condicional, fundada no art. 130 do Código Civil<sup>2</sup>, a personalidade jurídica se inicia com o nascimento com vida, porém, os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, que seria o nascimento com vida. Além disso, os direitos reconhecidos ao nascituro seriam de cunho patrimonial,

---

<sup>1</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 12. ed. rev., atual. e ampl. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 120.

<sup>2</sup>BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 30 mai. 2016.

não se lhe reconhecendo os direitos da personalidade, já que estes não se sujeitam a condições suspensivas.

A teoria recebe críticas de autores renomados como Clóvis Beviláqua, para quem “parece mais lógico afirmar francamente, a personalidade do nascituro”<sup>3</sup>. Ainda, Flávio Tartuce afirma que tal teoria acaba se confundindo com a própria teoria natalista<sup>4</sup>.

Por derradeiro, a Teoria Concepcionista sustenta que o nascituro é pessoa titular de direitos resguardados por lei.

Filiada a essa corrente, Maria Helena Diniz faz distinção ainda entre personalidade jurídica formal e personalidade jurídica material:

O embrião ou nascituro têm resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem, é porque tem personalidade jurídica. Na vida intrauterina, ou mesmo in vitro, tem *personalidade jurídica formal*, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo *personalidade jurídica material* apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais e dos obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido.<sup>5</sup>

Trata-se de Teoria defendida pela maioria dos doutrinadores modernos, a saber, Pontes de Miranda, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Francisco Amaral, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, dentre outros.

Vale ressaltar que a evolução do ordenamento jurídico brasileiro aponta muito mais para a adoção da Teoria Concepcionista do que da teoria natalista como parece expressar a redação do art. 2º, do Código Civil<sup>6</sup>.

A análise dos diversos diplomas legais vigentes voltados à proteção de direitos do nascituro revela que antes mesmo do nascimento com vida já existe no mundo jurídico um titular de direitos tanto patrimoniais quanto da personalidade, que merece ser considerado integrante do meio social e amparado pelos direitos e garantias fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>3</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. V. 1. Rio De Janeiro: Rio, 1940. p. 178.

<sup>4</sup> TARTUCE, op. cit., p. 77.

<sup>5</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 149-150.

<sup>6</sup> Vide nota 2.

Como exemplo de diploma legal, destaca-se a “Lei dos Alimentos Gravídicos” (Lei nº 11.804/2008)<sup>7</sup>. Trata-se de norma que garante à gestante o recebimento de alimentos que compreendam valores suficientes para cobrir as despesas com a gravidez, da concepção ao parto. É pacífico na doutrina que os alimentos gravídicos são fixados em razão da preocupação com a pessoa – nascituro – e não do estado biológico da mulher – gestante. Logo, o titular dos “alimentos gravídicos” é o nascituro e não a gestante.

Pode-se mencionar ainda como direitos da personalidade reconhecidos ao nascituro o direito ao nome, o direito ao reconhecimento da paternidade, o reconhecimento de danos morais ao nascituro – indenizáveis após o nascimento-, e até mesmo havendo quem defenda o direito à adoção do nascituro<sup>8</sup>.

No campo dos direitos patrimoniais, destacam-se o direito de participação na herança do pai falecido antes de seu nascimento, e o direito de receber bem por doação, aperfeiçoando-se o ato após o nascimento.

Como se verifica, a evolução histórica dos direitos do nascituro deixa evidente o reconhecimento de sua personalidade civil. Assim, todo e qualquer diploma jurídico em vigor deve ser lidos à luz da Teoria Concepcionista e não à luz da Teoria Natalista sob pena de configurar verdadeiro retrocesso jurídico.

Com o novel Estatuto da Pessoa com Deficiência não é diferente. De acordo com o art. 10 do Estatuto<sup>9</sup>, compete ao poder público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida. Para tanto, o art. 18, afirma que as ações e os serviços de saúde pública destinados à pessoa com deficiência devem assegurar o diagnóstico e intervenção precoces, de modo que, determina o art. 19, inciso I, que compete ao SUS desenvolver ações destinadas à prevenção de deficiências por causas evitáveis por meio de acompanhamento da gravidez.

Assim, é possível afirmar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência adotou a teoria concepcionista quanto aos direitos da personalidade, ao garantir ao nascituro o direito à saúde quando constatada eventual deficiência durante a gravidez e especialmente, o direito à vida com todas as garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas.

---

<sup>7</sup>BRASIL. Lei n. 11.804 de 5 de novembro de 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm). Acesso em: 30 mai. 2016.

<sup>8</sup> ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 27.

<sup>9</sup>BRASIL. Lei n. 13.146 de 6 de julho de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm). Acesso em: 30 mai. 2016.

## 2. O DIREITO À VIDA DO NASCITURO: MITIGAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO QUE AUTORIZAM A REALIZAÇÃO DO ABORTO

Partindo da premissa de que as normas jurídicas vigentes devem ser orientadas pela adoção da teoria concepcionista, entendendo o nascituro como titular de direitos e deveres - mormente dos direitos fundamentais consagrados na constituição federal, como a vida, a saúde, e a dignidade humana - é válido analisar por que razões, e em quais circunstâncias, o legislador ou o intérprete da norma jurídica (em especial, o STF), têm relativizado o direito à vida do nascituro.

O ordenamento jurídico brasileiro tutela a proteção à vida intrauterina pela incriminação do aborto nos artigos 124 a 127, do Código Penal<sup>10</sup>. Referidos dispositivos punem a prática do aborto tanto pela própria gestante quanto por terceiro que lhe incentive ou lhe preste auxílio. Cumpre ressaltar que o fim da norma legal é proteger o produto da concepção, seja ele o óvulo fecundado, o embrião, ou o feto propriamente dito (para fins deste artigo – o nascituro). Ainda, destaca-se que a corrente majoritária da doutrina defende que a vida intrauterina tem início pela nidação – implantação do óvulo fecundado na parte interna do útero.

O art. 128, do CP traz as hipóteses legais de exclusão da ilicitude cabível em duas hipóteses: (i) quando não há outro meio de salvar a vida da gestante; e (ii) se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante. Em ambos os casos, exige-se que o aborto seja praticado por um médico.

Observa-se que nestas duas hipóteses os agentes se encontram em situação de inexigibilidade de conduta diversa. Além disso, o aborto se justifica após uma ponderação entre direitos e princípios constitucionalmente válida.

Na primeira situação, em que não há outro meio de salvar a vida da gestante, é possível verificar a opção do legislador pela prevalência do direito à vida da gestante em detrimento da expectativa de nascimento com vida do nascituro. Mesmo porque, é possível que em alguns casos, vindo a gestante a falecer, o feto também se perca.

---

<sup>10</sup>BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1.940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 03 out. 2016



Quanto à excludente de ilicitude do aborto nos casos de gravidez decorrente de estupro é possível perceber a proteção à integridade psíquica da vítima do estupro, autorizando-a à prática do aborto.

Além destas hipóteses em que a lei expressamente autoriza a interrupção da gravidez, o Supremo Tribunal Federal, já se posicionou no sentido de admitir o aborto do feto anencéfalo.

O pronunciamento se deu no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54/DF<sup>11</sup> no qual o Tribunal, por maioria de votos, julgou procedente a ação para declarar inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez do feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, do Código Penal.

Nesta hipótese, a Suprema Corte, tomando como base o disposto no art. 3º, da Lei n. 9.434/97 (que regulamenta o transplante de órgãos)<sup>12</sup>, segundo o qual considera-se como fim da vida o momento em que cessa a mais atividade encefálica, entendeu que nos casos de fetos anencéfalos não há vida, e portanto, não há bem jurídico a ser tutelado.

Assim, realizou-se o devido confronto entre os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e 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. A corte enfrentou ainda a proteção à dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde, e o reconhecimento pleno de direitos individuais.

Somente após o enfrentamento de todos os direitos e princípios constitucionalmente consagrados, somado ao entendimento de que sem cérebro não há vida, à luz do art. 3º, da Lei 9.434/97, declarou o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade da criminalização do aborto do feto anencéfalo.

Como se verifica, todas as hipóteses nas quais se autoriza o aborto no Brasil passam pelo confronto dos direitos e garantias individuais em jogo.

No entanto, uma nova discussão ganha relevo perante o Supremo Tribunal Federal, que merece total atenção da comunidade jurídica brasileira.

---

<sup>11</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ANENC%29&baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h8n8sqt>. Acesso em: 3 out. 2016.

<sup>12</sup>BRASIL. Lei n. 9.434 de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm). Acesso em 3 de out. 2016.

A Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP) ajuizou a ADI n. 5581<sup>13</sup>, juntamente com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, questionando diversos dispositivos da Lei n. 13.301/2016<sup>14</sup> (que trata da adoção de medidas de vigilância em saúde relativas aos vírus da dengue, chikungunya e zika).

Em linhas gerais, a ADI revela-se em harmonia com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, já que pretende ampliar o alcance dos benefícios previdenciários e assistenciais por ela assegurados às crianças e mães vítimas de sequelas neurológicas decorrentes da contaminação com os vírus da dengue, chikungunya e zika.

Sob o fundamento de que a população mais atingida pela epidemia de Zika no Brasil é de mulheres pobres e nordestinas, e ressaltando que mais de 60% (sessenta por cento) dos casos é de filhos de mulheres desta região do Brasil, a ANADEP defende que a concessão do benefício de prestação continuada previsto no art. 18, da Lei n. 13.301/2016, destinado às pessoas portadoras de deficiência, e à criança vítima de microcefalia decorrente de sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes Aegypti*, seja prolongada para além dos 3 (três) anos previstos na lei.

Além disso, os defensores requerem que tal benefício de prestação continuada seja concedido não só à criança vítima de microcefalia em decorrência de sequelas neurológicas oriundas de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*, mas também àquelas que sofrem de outras desordens neurológicas causadas pela síndrome congênita do vírus zika, que vierem a ser comprovadas cientificamente no futuro. Sustentam, que segundo pareceres técnicos, é esperado que crianças aparentemente sem alterações ao nascer possam desenvolver sintomas no decorrer da infância, o que só será verificado mais adiante.

Tais medidas, como dito, são perfeitamente adequadas à evolução legislativa alcançada com a publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, uma vez que revelam um olhar atento dos defensores às necessidades especiais das pessoas portadoras de deficiência.

Na contramão destes pedidos, a ANADEP requer que se dê interpretação conforme a Constituição da República aos artigos do Código Penal que tratam das hipóteses de interrupção da gravidez, para excluir do alcance da norma do art. 124 do CP a mulher que tiver sido infectada pelo vírus Zika.

---

<sup>13</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5037704>. Acesso em: 3 out. 2016.

<sup>14</sup> BRASIL. Lei n. 13.301 de 27 de junho de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13301.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13301.htm). Acesso em: 3 out. 2016

Alternativamente, o pedido dos defensores é de que se julgue constitucional a interrupção da gravidez nesses casos, fundado no que definem como estado de necessidade com perigo atual de dano à saúde provocado pela epidemia de Zika e agravada pela negligência do Estado brasileiro na eliminação do vetor.

Como se verifica, se acolhido o pleito da ANADEP neste ponto, restará consagrada no sistema jurídico brasileiro mais uma hipótese de mitigação da norma expressa do art. 124 do Código Penal.

A ADI ainda não foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal, porém, já constam dos autos os pareceres da Procuradoria Geral da República e da Advocacia Geral da União, ambos defendendo teses opostas<sup>15</sup>. Sendo assim, é imperioso que se fomente o debate acerca da matéria no meio jurídico para que se evite a violação de direitos e garantias fundamentais em jogo, bem como profundo retrocesso jurídico.

O parecer do Procurador-Geral da República foi pela procedência do pedido da ANADEP, sob o fundamento de que a decisão tomada pelo STF de autorizar o aborto em caso de fetos anencéfalos também deve se aplicar aos casos de diagnóstico de infecção por zika, em razão da “proteção da saúde” da mulher.

Por outro lado, a Advocacia Geral da União se pronunciou pela improcedência da ação, firme no fundamento de que tal pretensão viola o direito à vida.

Desta forma, revela-se que as questões inerentes à mitigação da norma proibitiva do aborto estão longe de se pacificarem, demandando dos operadores a intensificação dos debates acerca da matéria, em especial a fim de assegurar a maior harmonia no ordenamento jurídico brasileiro e a coibição do retrocesso jurídico.

### 3. O RESPEITO ÀS NORMAS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE VEDAÇÃO AO RETROCESSO JURÍDICO QUE SE PRETENDE IMPLEMENTAR COM A AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE AUTORIZAÇÃO DO ABORTO

---

<sup>15</sup> Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5037704>. Acesso em: 3 out. 2016.

Como restou evidenciado no primeiro capítulo deste artigo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência adota a teoria concepcionista dos direitos da personalidade ao prever a proteção à saúde e à dignidade da pessoa com deficiência desde a fase gestacional de sua existência.

Por outro lado, levanta-se perante o Supremo Tribunal Federal discussão por meio da qual se pretende a autorização do aborto nos casos em que seja diagnosticada a microcefalia do feto em razão da contaminação da gestante pelo vírus da Zika durante a gestação.

De acordo com o parecer exarado pelo Procurador-Geral da República nos autos da ADI n. 5581, seria constitucional a interrupção da gravidez quando houver diagnóstico de infecção pelo vírus Zika, em prol da proteção à saúde, “inclusive no plano mental”, da mulher. Acrescentou o Exmo. Procurador-Geral da República que a hipótese deveria ser comparada à autorização legal para aborto nos casos de vítimas de estupro, pois “visa a proteger a mulher em estado de evidente e excepcional sofrimento e desamparo (o chamado aborto humanitário ou ético)”<sup>16</sup>. Segundo o Exmo. Procurador-Geral da República, as gestantes que recebem o diagnóstico de que seus filhos são portadores de microcefalia teriam idêntico nível de desamparo e sofrimento.

A posição defendida pelo Procurador-Geral da República em seu parecer, e guerreada pela ANADEP não causa surpresa. Desde o julgamento da citada ADPF n. 54, o Min. Cesar Peluso, ao proferir seu voto, alertou:

uma discussão judicial, isentando de sanção o aborto de fetos, anencéfalos, ao arrepio da legislação existente, além de discutível, do ponto de vista científico, abrirá as portas para a interrupção de gestações de inúmeros embriões que sofram ou viriam a sofrer outras doenças genéticas ou adquiridas, que de algum modo, levariam ao encurtamento de sua vida intra ou extra uterina.<sup>17</sup>

É exatamente essa a questão que o Supremo Tribunal Federal terá de enfrentar no julgamento da ADI n. 5581, sendo notório que a decisão a ser adotada pela Corte Suprema neste caso concreto determinará o futuro do judiciário Brasileiro no que diz respeito à autorização do aborto.

---

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5581. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultaprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5037704>>. Acesso em: 05 out. 2016.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultaprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954>>. Acesso em: 05 out. 2016.

Acerca da proposta da ANADEP e do parecer do Procurador-Geral da República, vale analisar em primeiro lugar que pretender a autorização do aborto dos fetos diagnosticados com microcefalia decorrente da contaminação da gestante pelo vírus da Zika não guarda correlação lógica com as outras hipóteses nas quais já se aceita a realização do aborto.

Como já abordado no presente artigo, em todas as hipóteses nas quais a lei ou o Supremo Tribunal Federal (dando leitura conforme a Constituição à Lei) autorizam a realização do aborto, há um genuíno confronto dos direitos e garantias fundamentais em jogo, o que não ocorreria na hipótese de autorização da interrupção da gravidez nos casos das gestantes contaminadas com o vírus Zika.

Repise-se, quando a lei autoriza o aborto para salvar a vida da gestante, também chamado de aborto necessário ou aborto terapêutico, a doutrina majoritária defende tratar-se de caso especial de estado de necessidade<sup>18</sup>. Rogério Greco esclarece que “entre a vida da gestante e a vida do feto, a lei optou por aquela. No caso, ambos os bens (vida da gestante e vida do feto) são juridicamente protegidos.”

O aborto do feto anencéfalo por sua vez também não deixa margem para maiores indagações, já que não há uma colisão entre os direitos da gestante e os direitos do nascituro, pois não há vida intrauterina a ser preservada.

Quanto ao aborto praticado pelas vítimas de estupro, não se mostra razoável a comparação pretendida pelo Procurador-Geral da República com as gestantes que recebem o diagnóstico de que seus filhos são portadores de microcefalia decorrente da contaminação com o vírus da Zika.

Isto porque, a própria doutrina diverge quanto à natureza jurídica dessa modalidade de aborto legal (art. 128, II, do CP). Há quem defenda que se trata sim de estado de necessidade. Porém, corrente respeitável da doutrina afasta tal possibilidade.

Não se diverge quanto ao fato de que o aborto humanitário envolve razões de ordem ética e emocional que foram levadas em consideração pelo legislador. Hungria, enfrentando o assunto em sua obra “Comentários ao Código Penal”, afirma que

nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida. Segundo Binding, seria profundamente iníqua a

---

<sup>18</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 13.ed. V. 2. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 45.

terrível exigência do direito de que a mulher suporte o fruto de sua involuntária desonra.<sup>19</sup>

No entanto, Rogério Greco defende que “para que se possa falar em estado de necessidade, é preciso que haja um confronto de bens igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico.” Nesse sentido, pondera o autor que

há uma vida em crescimento no útero materno. Uma vida concebida por Deus. Não entendemos razoável no confronto entre a vida do ser humano e a honra da gestante estuprada optar por este último bem, razão pela qual, mesmo adotando-se a teoria unitária não poderíamos falar em estado de necessidade<sup>20</sup>

Assim, na visão de Rogério Greco não haveria que se falar em estado de necessidade, mas em inexigibilidade de conduta diversa, “não se podendo exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção da sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será típico e ilícito, mas deixará de ser culpável.”

Visto isso, é possível concluir que a hipótese de aborto humanístico pressupõe que a gestante que carrega o fruto do crime carrega em si a dor da violência, sentimento de desonra, ou seja, profundo abalo psíquico sim, mas este sentimento não pode de modo algum se comparar ao valor do maior bem jurídico a ser tutelado pelo legislador que é a vida – no caso, a vida do feto em formação.

Tais conceitos, portanto, afastam a razoabilidade da tese defendida pelo Exmo. Procurador-Geral da República. Isto porque, se a natureza jurídica do art. 128, II, do Código Penal não é de estado de necessidade, pois não há que se aceitar que o legislador tenha feito uma ponderação entre o bem jurídico honra da gestante e o bem jurídico vida do feto, fazendo prevalecer a honra da gestante, é igualmente inaceitável falar em uma ponderação entre a proteção da saúde psicológica da gestante que carrega em seu ventre um filho portador de deficiência e a proteção à vida do feto.

Defender tese diversa seria ainda uma flagrante discriminação em relação a todos os portadores de deficiência, e profundo retrocesso jurídico depois de todo o avanço alcançado até a publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Significa ainda afirmar que os portadores de deficiência seriam causa de sofrimento no seio familiar, em total dissenso como que se pretende o Estatuto da Pessoa com Deficiência com seu ideal de igualdade, que prevê inclusive apoio à

---

<sup>19</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 304.

<sup>20</sup> GRECO, op.cit., p. 146.

gestante que recebe diagnóstico de malformação fetal com atendimento prioritário durante a gravidez de modo a minimizar seu sofrimento.

O conceito jurídico de pessoa com deficiência é previsto no art. 2º, da Lei nº. 13.146/2015, segundo o qual, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial de tal maneira que afete seu convívio social em igualdade de condições com as demais pessoas.

A microcefalia é uma doença que provoca tal impedimento, pois a cabeça e o cérebro das crianças são menores que o normal para a sua idade, o que prejudica o desenvolvimento mental do indivíduo ao impedir que o cérebro cresça e desenvolva suas capacidades normalmente.

Justamente por isso, a questão do aborto do feto portador de microcefalia passa não só pelo debate constitucional dos direitos e garantias fundamentais do nascituro, mas também pela atenção à norma infraconstitucional, uma vez que vigente norma destinada a defesa dos direitos e garantidas dos portadores de deficiência.

E nem há que se falar que se trata de uma vida inviável. O novo tratamento legal se revela em harmonia com os avanços tecnológicos e apto a proporcionar maior igualdade e dignidade humana.

Estudos científicos revelam a ultrassonografia morfológica fetal é capaz de diagnosticar com sensibilidade e especificidade defeitos estruturais no feto já a partir da vigésima semana de gestação<sup>21</sup>.

Feito o diagnóstico adequado, ainda precocemente, as chances de cura são maiores. Ainda, no que diz respeito à microcefalia, nem todos os casos demandarão cuidados por toda a vida, um diagnóstico preciso só é confirmado depois do primeiro ano de vida e dependerá do quanto o cérebro conseguiu se desenvolver e que partes do cérebro estão mais comprometidas. Assim, assumir que há um direito à integridade emocional da mulher gestante a ser preservado em detrimento do direito à vida do feto é aceitar que gestantes e médicos possuem dons premonitórios estando aptos a preverem o grau de deficiência e dependência que aquele nascituro apresentará em um futuro próximo.

---

<sup>21</sup>PAULA, Túlio Bráulio Cantalice de; MURTA, Carlos Geraldo Viana; FERNANDES, Camila Daniela. Diagnóstico das malformações fetais: implicações médico-jurídicas. *Femina*. v. 35, n. 2, p. 123-126, fev. 2007. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br>>. Acesso em: 16 ago.2016.

E ainda, autorizar que diante desse grau de deficiência, se exclua este indivíduo – ainda em formação – do futuro convívio em sociedade.

Nesse contexto, a correta interpretação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, alinhada com o que defendem doutrina e jurisprudência acerca das hipóteses autorizadoras do aborto, permitem concluir pela proteção integral ao direito à vida do nascituro portador de deficiência, não havendo que se falar em mitigação do direito à vida em tais hipóteses.

## CONCLUSÃO

Como se verifica, a evolução histórica dos direitos do nascituro deixa evidente o reconhecimento deste como titular dos direitos da personalidade. Assim, as normas jurídicas vigentes devem ser analisadas à luz da Teoria Concepcionista e não à luz da Teoria Natalista sob pena de configurar verdadeiro retrocesso jurídico.

Na esteira deste raciocínio, verificou-se também que é perfeitamente possível afirmar que o novel Estatuto da Pessoa com Deficiência adotou a teoria concepcionista dos direitos da personalidade, uma vez seus dispositivos aplicados conjuntamente garantem prioridade e proteção ao deficiente desde sua concepção.

Desse modo, outra não pode ser a conclusão senão a de que o nascituro é alcançado enquanto sujeito de direitos por todos os direitos da personalidade, em especial, pelos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, dentre os quais merece destaque especial o direito à vida.

Somado a isso, é possível identificar no ordenamento jurídico brasileiro que as hipóteses legais que autorizam a interrupção da gravidez se justificam a partir de uma pormenorizada ponderação entre os direitos em jogo, e o mesmo se dá na interpretação do STF quanto à constitucionalidade do aborto do feto anencéfalo.

O mesmo não se pode dizer quando diante de uma pretensão de autorização de interrupção da gravidez em razão do diagnóstico de alguma malformação fetal que implicaria.

Admitir o aborto em tais situações seria assumir uma rejeição aos deficientes desde sua concepção, contrariando o maior postulado do Estado Democrático de Direito, qual seja, a igualdade de todos, e negando aos deficientes o maior de todos os direitos, que é o direito à vida.



Nem se diga que lhes faltaria uma vida digna, ou que seria uma vida inviável – pois não o é. Ademais, o objetivo primordial do Estado e da Sociedade deve ser assegurar a todos, ainda que na medida de sua desigualdade, condições de uma vida digna.

Logo, admitir medidas como o aborto de fetos diagnosticados com malformação é contrariar o Estatuto da Pessoa com Deficiência, e acima de tudo, contrariar direitos fundamentais consagrados na Constituição da República, devendo os aplicadores do direito estar atentos contra a violação de tais garantias.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. ed. histórica. t. I. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

BRASIL. Constituição Federal 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: 30 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 03 out. 2016

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.434 de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm). Acesso em 3 de out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 30 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.804, de 05 de novembro de 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/11804.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11804.htm). Acesso em: 30 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.146, de 07 de julho de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art127](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art127). Acesso em: 30 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.301, de 27 de junho de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13301.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13301.htm). Acesso em: 3 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 5581. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultaprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5037704>. Acesso em: 05 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultaprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954>. Acesso em: 05 out. 2016.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. V.1. 14.ed. São Paulo: Jus Podivm, 2016.

GODINHO, Adriano Marteleto. *Direito ao Próprio Corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária*. São Paulo: Juruá, 2014.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 13.ed. V. 2. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

PAULA, Túlio Bráulio Cantalice de; MURTA, Carlos Geraldo Viana; FERNANDES, Camila Daniela. Diagnóstico das malformações fetais: implicações médico-jurídicas. *Femina*. v. 35, n. 2, p. 123-126, fev. 2007. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br>>. Acesso em: 16 ago.2016.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TARTUCE, Flavio. *Direito Civil: Lei de Introdução e parte geral*. V.1. 12. ed. São Paulo: GEN, 2016.