

INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NO CASO DE FETO COM MICROCEFALIA

UNCONSTITUTIONALTY OF ABORTION'S LEGALIZATION IN CASE OF MICROCEPHALIC FETUS

Márcio Augusto Friggi de Carvalho

Promotor de Justiça do Estado de São Paulo

Mestre em Direito Penal pela PUC-SP

Professor de Direito Penal pela PUC-SP

Natalia Pellicciari

Analista Judiciária do Ministério Público

Pós-graduada em direito penal econômico pelo IBCCRIM/Universidade de Coimbra

Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo



RESUMO

O abortamento é considerado crime no Brasil. Não obstante, com o aumento dos casos de microcefalia, foi questionado perante o STF, mediante a ADI 5581, a possibilidade de legalização do aborto no caso de feto com microcefalia, reque-rendo a interpretação conforme a Constituição Federal para declarar que tal conduta não seria enquadrada no crime de aborto tipificado no Código Penal, ou para enquadrar tal conduta na excludente de ilicitude do estado de necessidade específico referente ao aborto necessário, analogicamente no aborto humanitário ou ao estado de necessidade genéri-co do artigo 24 do CP. Nesse sentido, o Procurador Geral da República em sede da ADI 5581 deu parecer favorável ao postulado pela requerente, entendendo que a conduta de abortamento de feto com microcefalia deveria ser lícita, em virtude da incidência do estado de necessidade genérico. Em tal artigo buscaremos comprovar que, por uma questão de coerência jurídica, não há como o STF legalizar a conduta de feto com microcefalia, uma vez que: (i) tal conduta não pode ser enquadrada como estado de necessidade; (ii) a decisão da ADPF 54, em que o STF decidiu pela atipicidade da conduta de abortamento de feto anencéfalo não pode ser utilizada como precedente para o caso em questão, vez que os fundamentos fáticos são completamente diversos e (iii) a Constituição Federal, a Convenção Internacional sobre as pessoas com deficiência e o Estatuto da Pessoa com deficiência vedam a conduta discriminatória, de modo que se o nosso Código Penal criminaliza a conduta de aborto, não há porque ser dado um tratamento jurídico diverso para quem aborta feto com microcefalia.

Palavras-chave: ADI 5581. Aborto. Microcefalia. Discriminação. Pessoas com deficiência.

ABSTRACT

Abortion is considered crime in Brazil. Nevertheless, with the increase of cases of microcephaly, the possibility of legalizing abortion in the case of microcephalic fetus was questioned before the STF through ADI 5581, requiring interpretation according to the Federal Constitution to declare that such conduct would not be framed in the crime of abortion as defined in the Penal Code, or to frame such conduct in the exclusion of illegality from the specific state of necessity regarding humanitarian abortion or the general state of necessity of article 24 of the CP. In this sense, the Attorney General of the Republic, in the records of ADI 5581 gave a favorable opinion to the petitioner, believing that the conduct of fetal abortion with microcephaly should be lawful, due to the incidence of the generic state of necessity. In this article we will seek to prove that there is no way in which the Supreme Court can legalize the fetus's conduct with microcephaly, considering that: (i) such conduct can not be framed as a state of necessity; (ii) the decision of ADPF 54, in which the STF decided on the atypical conduct of abortion of the anencephalic fetus, can not be used as a precedent for the case in question, since the factual grounds are completely different and (iii) the Federal Constitution , The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Disabled Persons Statute prohibit discriminatory conduct, so that if our Penal Code criminalizes abortion, there is no reason to be given a different legal treatment for those who abort a fetus with microcephaly.

Keywords: ADI 5581. Abortion. Microcephaly. Discrimination. People with disabilities.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O Início da Vida. 3. Direito à vida e Aborto. 3.1 Mandados constitucionais de criminalização. 3.2 Garantismo positivo e o princípio da proporcionalidade. 3.3 Mandado constitucional de criminalização: tutela da vida humana e vedação a proteção deficiente. 4. Novo Código Penal e Abortamento. 5. A visão do STF no que diz respeito ao abortamento. 6. Distinção entre Microcefalia e Anencefalia. 7. Do não enquadramento da conduta de abortamento de feto com microcefalia como estado de necessidade. 8. O princípio da igualdade e o novo regime de incapacidade trazido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. 9. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A notícia (BEDINELLI, 2015; MELLO, K., 2015; SOBE..., 2016), de que desde outubro de 2015¹ tem crescido no Brasil o número de recém-nascidos infectados pelo vírus da Zika levantou novos questionamentos na sociedade e na comunidade jurídica acerca da criminalização do abortamento² e da colisão de direitos entre o feto e a mulher. Nesse sentido, a ADI 5581 (BRASIL, 2016a)³ foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal (STF), tendo como pedidos: (i) a declaração de inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gestação em relação à mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida é conduta tipificada nos artigos 124 e 126 do Código Penal ou ii) sucessivamente, a interpretação conforme a Constituição do art. 128, I e II, do Código Penal para declarar a constitucionalidade da interrupção da gestação de mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika, tendo em vista se tratar de causa de justificação específica, e por estar de acordo, ainda, com a justificação genérica dos arts. 23, I e 24 do Código Penal.

É esse enquadramento do abortamento de feto com microcefalia como conduta atípica ou excludente de ilicitude que será discutido no presente artigo. A premissa para tanto será a criminalização do abortamento no Código Penal Brasileiro (CP) e suas restritivas hipóteses legais. Em síntese, a discussão se cingirá à futura decisão do STF na ADI 5581 (BRASIL, 2016a), cujo pedido no âmbito penal se limita ao abortamento de feto com microcefalia, não se discutindo a constitucionalidade ou não da criminalização do abortamento pelo nosso diploma penal.

2 O INÍCIO DA VIDA

O bem jurídico tutelado pela tipicidade do crime de abortamento é a vida intrauterina. Tal criminalização, no entanto, passa por um ponto que ainda é controvertido no campo do direito, da filosofia e até mesmo da biologia: o início da vida humana.

Habermas (2004, p. 44) aponta a dificuldade em estabelecer um início abso-

1 Segundo Protocolo de Vigilância e resposta à ocorrência de microcefalia e/ou alterações do sistema nervoso central (SNC) do Ministério da Saúde: em 22 de outubro de 2015, a Secretaria Estadual de Saúde de Pernambuco notificou e solicitou apoio do Ministério da Saúde para complementar as investigações iniciais de 26 casos de microcefalia, recebidas de diversos serviços de saúde nas semanas anteriores à notificação. Em 28 de novembro de 2015, com base nos resultados preliminares das investigações clínicas, epidemiológicas e laboratoriais, além da identificação do vírus em líquido amniótico de duas gestantes da Paraíba com histórico de doença exantemática durante a gestação e fetos com microcefalia, e da identificação de vírus Zika em tecido de recém-nascido com microcefalia que evoluiu para óbito no Estado do Ceará, o Ministério da Saúde reconheceu a relação entre o aumento na prevalência de microcefalias no Brasil com a infecção pelo vírus Zika durante a gestação (1,3).

2 Como há muito explica a doutrina mais técnica de Direito Penal, o termo correto a ser utilizado para tipificar a conduta de eliminação da vida do feto não seria aborto, como previsto nos artigos 124 e seguintes do Código Penal, mas abortamento, uma vez que aborto seria o crime de lesão corporal qualificada que, em uma conduta preterdolosa acaba por gerar a eliminação da vida do feto. Não obstante, diante da utilização costumeira da palavra aborto para definir o delito dos artigos 124 e seguintes do Código Penal, tal denominação será utilizada no presente artigo.

3 AADI em questão foi cumulada com ADPF, tendo em vista os dispositivos questionados serem do Código Penal Brasileiro, lei ordinária anterior à CF, e, em tese, a única ação de constitucionalidade concreta que admite o controle de atos anteriores à CF/88 ser a ADPF.

luto e definitivo da vida, afirmando que “qualquer tentativa de estabelecer um limite específico e moralmente relevante em algum ponto entre a fecundação ou a junção de gametas, de um lado, e o nascimento, de outro, seria arbitrária”.

Contribuindo para a controvérsia, inúmeras posições buscam definir quando a vida humana se inicia: (i) com a fecundação (teoria biológica ou concepcionista); (ii) com a nidação (fixação do embrião no útero materno) (teoria da nidação); (iii) com a formação do sistema nervoso central (teoria neurológica) e (iv) com o nascimento (teoria ecológica ou natalista). Vejamos cada uma delas.

A teoria concepcionista, defendida pela Igreja Católica e por alguns doutrinadores, importa da biologia o momento do início da vida. Assim, para tal teoria, o início da vida se dá com a concepção, com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide. Nesse sentido, Alexandre de Moraes (2001, p. 61-62):

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóiide, resultando um ovo ou zigoto. Assim a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez. Conforme adverte o biólogo Botella Luziá, o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe. A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina.

Para a teoria da nidação, por sua vez, a vida inicia-se com a fixação do embrião na parede uterina. Somente a partir deste momento o embrião é considerado como pessoa humana, tendo sua vida tutelada (SOARES, 2015). É essa teoria que é utilizada pelo nosso ordenamento jurídico para permitir a utilização da pílula do dia seguinte e não enquadrar tal conduta como aborto. Isso porque a denominada pílula do dia seguinte somente tem eficácia se ingerida em até 72 (setenta e duas) horas do ato sexual e, durante esse lapso temporal, não ocorre a fixação do embrião na parede uterina.

De outro modo, a teoria neurológica argumenta que a vida só se inicia com a atividade cerebral. O principal fundamento para tal teoria é o fato da morte só se concretizar com o fim das atividades cerebrais, de modo que a vida só pode se iniciar com elas. O início das atividades cerebrais por sua vez, ainda não é certo. Para alguns, as primeiras atividades se iniciam na oitava semana, outros na vigésima (SOUZA, 2017, p. 05).

Por fim, a teoria natalista encampa a ideia de que o nascituro apenas possui expectativas de direitos, sendo a sua aquisição condicionada ao nascimento com vida.

A aplicação dessas teorias é controvertida em nosso sistema jurídico, não havendo como afirmar qual prevalece.

Nesse sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018) em seu artigo 4º, I, parece adotar a Teoria Concepcionista, de que a vida se inicia com a concepção, vez que

dispõe: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, e, em geral, desde o momento da concepção”.

O Código Civil brasileiro, por sua vez, segundo doutrina majoritária, adotou a teoria natalista, de que a vida só se inicia com o nascimento com vida, uma vez que apesar de a lei proteger o nascituro desde a concepção (art. 2º, Código Civil), o nascituro só adquire a personalidade e, portanto, passa a ser sujeito de direitos e obrigações com o nascimento com vida.⁴

Por fim, a Lei n. 9.347, de 4.02.97 (BRASIL), que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, permite a retirada de órgãos destinados a transplante após o diagnóstico de “morte encefálica”⁵ do doador, de modo que o indivíduo é considerado morto quando o seu cérebro deixa de ter atividade.

É, inclusive, com base em tal conceito, que a doutrina penal aponta nas lições de direito processual probatório que a docimásia hidrostática pulmonar de Galeno faz prova plena de vida, mas não de ausência de vida, razão pela qual pode ser ineficaz para definir o feto recém-nascido como natimorto ou nascituro. Isso porque, tal técnica comprova o início da atividade respiratória, não adotando o conceito de morte encefálica, que comprovaria a morte.

Com relação ao crime de aborto, cumpre observar que foi a adoção do conceito de morte encefálica que levou o Supremo Tribunal Federal a entender pela atipicidade da conduta de feto com anencefalia, ante a ausência de atividade cerebral e, portanto, de vida.

De fato, considerando que a conduta de aborto consiste na eliminação do ser em formação durante a gestação, a definição do início de vida, e conseqüentemente do que é considerado o início da gestação, é essencial para a definição de que conduta é enquadrada ou não como crime de aborto. Se adotarmos a teoria da concepção, o início da gravidez e da vida é marcada pela fecundação, de modo que toda conduta praticada com o fim de eliminar o feto a partir de tal momento é considerada aborto. Por sua vez, se adotarmos a teoria que entende que a vida humana se inicia com a nidação, a conduta de aborto só pode ser considerada crime a partir da fixação do óvulo no útero materno. Não obstante, como vimos, não há como afirmar qual dessas teorias é aplicada de forma majoritária pela jurisprudência e doutrinas pátrias.

4 Nesse sentido Christiano Cassetari (2017, p. 46) explica que “a teoria natalista, defendida por Silvio Rodrigues, tinha uma maior aceitação por parte da doutrina, que hoje, na construção de um novo Direito Civil, prefere adotar a Teoria Concepcionista, defendida por Francisco Amaral. No nosso sentir, a razão está com a teoria mista, defendida por Maria Helena Diniz, Washington de Barros Monteiro e Caio Mário da Silva Pereira, já que o nascituro possui personalidade formal, ou seja, conta desde o momento da concepção com a proteção dos direitos da personalidade, pois é o próprio art. 2º do CC que estabelece isso. Porém, como o referido dispositivo determina que a personalidade civil da pessoa natural se inicia com o nascimento com vida, a interpretação deste artigo será feita no sentido de defender que a personalidade nela referida é a material, ou seja, a que permite de direitos e deveres de conteúdo patrimonial”.

5 Conforme Lei n. 9.434, de 4.02.97 (BRASIL), que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento: “Art. 3º. A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”.

3 DIREITO À VIDA E ABORTO

A missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos e, de acordo com a Teoria Constitucional do Direito Penal, a tarefa de criação de crimes e cominação de penas somente se legitima quando são tutelados valores consagrados na Constituição Federal (STRECK, M., 2009, p. 40).

A vida, de todo modo, é um valor essencial e inquestionável, desde sempre reconhecida como merecedora da proteção do Direito Penal. Atrelada à dignidade da pessoa humana, é pressuposto para o exercício dos demais direitos assegurados ao homem.

A Constituição Federal assegura o direito à vida em sua dupla acepção, qual seja, o direito de continuar vivo e de se ter uma vida digna quanto à subsistência. Nesse sentido vale-nos reportar a explicação de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p. 46). Vejamos:

Não se resume o direito à vida, entretanto, no mero direito à sobrevivência física. Lembrando que o Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, resulta claro que o direito fundamento em apreço abrange o direito a uma existência digna, tanto sob o aspecto espiritual, quanto material (garantia do mínimo necessário a uma existência digna, corolário do Estado Social Democrático).

Portanto, o direito individual fundamental à vida possui duplo aspecto: sob o prisma biológico traduz o direito à integridade física e psíquica, desdobrando-se no direito à saúde, na vedação à pena de morte, na proibição ao aborto, etc); em sentido mais amplo significa o direito a condições materiais e espirituais mínimas necessárias a uma existência condigna à natureza humana.

A necessidade de tutela da vida humana pelo ordenamento jurídico é incontroversa. O questionamento da doutrina constitucional e penal, no entanto, reside na necessidade da tutela da vida humana ser ou não protegida pelo Direito Penal. Em síntese, todas as condutas que podem de algum modo pôr em risco o bem jurídico vida devem ser tuteladas pelo direito penal? No que pertine o objeto do presente artigo, o aborto deve ser conduta típica do CP, mesmo quando, em tese, a gravidez também colocar em risco o direito à vida, à saúde e à integridade física da mulher e do próprio feto?

Nesse sentido, na ADI 5.581/DF, a Associação Nacional dos Defensores Públicos, utilizando o mesmo direito à vida que fez com que o legislador ordinário optasse por criminalizar o abortamento, mas sob o prisma biológico - direito à integridade física e psíquica, desdobrando-se no direito à saúde - defende a constitucionalidade da interrupção quando houver diagnóstico de infecção pelo vírus zika, para proteção da saúde, inclusive no plano mental, da mulher e de sua autonomia reprodutiva.

Para realizar tal debate, no entanto, algumas premissas devem ser fixadas.

3.1 Mandados constitucionais de criminalização

Primeiramente, entende-se que o legislador está obrigado a se valer do Di-

reito Penal como instrumento de proteção quanto a alguns valores albergados na Constituição por meio dos mandados explícitos e implícitos de criminalização.

Segundo Antonio Carlos da Ponte (2008, p. 164), os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigação de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral.

Nesse mesmo sentido, Luciano Feldens (2005) defende que além de a Constituição funcionar como limite material e fonte valorativa do Direito Penal, também funciona como fundamento normativo do Direito Penal incriminador.

Destarte, os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Poder Público, constituindo também decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, de modo a fornecer diretrizes para os órgãos legislativos judiciários e executivos. Nas palavras de Ingo Sarlet (2003), “os direitos fundamentais passaram a apresentar no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos”.

A origem da teoria dos mandados constitucionais de criminalização remonta ao direito alemão. Em decisão paradigmática - Schwangerschaftsabbruch I - o Tribunal Constitucional alemão, em 1975, julgou inconstitucional o art. 218, §1º de seu Código Penal, que previa a licitude da conduta de aborto realizado por um médico, com a concordância da gestante, desde que respeitado o prazo de doze semanas desde a concepção. A inconstitucionalidade de tal dispositivo foi sustentada, justamente, pela existência de mandados implícitos de criminalização no texto constitucional, de modo que a conduta de aborto nessas condições não poderia ser legalizada, sob pena de afrontar a proteção constitucional do direito à vida (MORAES, 2014, p. 58).

A adoção da teoria dos mandados constitucionais de criminalização implica no entendimento de que ao enumerar determinados direitos fundamentais como cláusulas pétreas o legislador também previu mandados constitucionais de criminalização, determinando a criminalização de condutas que colocassem em risco tais direitos fundamentais. Assim, esses direitos, via de regra, não podem ser objeto de medidas despenalizadoras, sob pena de violar a mens constitucional.

Os mandados constitucionais de criminalização, aliás, já foram reconhecidos pelo STF. Nas palavras do ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI de n. 3132 (BRASIL, 2006b):

Os mandados constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais [...]. Outras vezes cogita-se mesmo de mandados de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida na Constituição. Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (untermassverbot), cumpria ao legislador estatuir o sistema de proteção penal adequado.

A doutrina reconhece a existência tanto de mandados implícitos, quanto explícitos de criminalização. O maior exemplo de mandado constitucional explícito é o

constante no art. 5º, XLIII da CF que impõe que a “lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos [...]”. Tal mandado, inclusive, teria sido cumprido pela Lei de n. 8072/90, que classifica determinados crimes como hediondos, bem como estabelece condições de cumprimento de pena diferenciadas.

Os mandados constitucionais de criminalização implícitos, por sua vez, são aqueles que, muito embora não estejam claramente expostos, podem ser extraídos da interpretação sistemática do texto constitucional. Foram reconhecidos, pela primeira vez, pela mesma decisão do Tribunal Constitucional alemão de 1975, que julgou a inconstitucionalidade do art. 218, §1º, CP. Segundo consta:

De outro lado, não convence a objeção de que não se possa deduzir de uma norma de direito fundamental garantidora de liberdade a obrigatoriedade do Estado de sancionar criminalmente. Se o Estado é obrigado, por meio de uma norma fundamental, que encerra uma decisão axiológica, a proteger eficientemente um bem jurídico especialmente importante também contra-ataque de terceiros, frequentemente serão inevitáveis medidas com as quais as áreas de liberdade de outros detentores de direitos fundamentais serão atingidas. (MARTINS, 2005, p. 271).

Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

3.2 Garantismo positivo e o princípio da proporcionalidade

A expressão garantismo logo nos remonta para as lições de Luigi Ferrajoli, que buscou estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando normas que preterissem os direitos e garantias individuais. O garantismo, portanto, sempre teve um viés negativo, protegendo os indivíduos contra os excessos do Estado.

Não obstante, o neoconstitucionalismo, a eficácia normativa da Constituição⁶ e os direitos fundamentais de segunda geração trouxeram para o Estado a função de não apenas proteger contra o arbítrio, garantindo os direitos e liberdades individuais, mas também garantir a eficácia dos direitos fundamentais, garantindo aos indivíduos o direito fundamental à segurança e os protegendo da criminalidade.

Nesse viés, o Direito Penal assume relevante função, utilizando-se do seu aspecto punitivo para garantir a segurança pública e a paz social. Os direitos fundamentais, portanto, para o Direito Penal, passam a ter dupla função: uma limitadora de sua atuação e outra legitimadora.

⁶ Segundo Lenza (2012, p. 61): “A doutrina passa a desenvolver, a partir do início do século XXI, uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominada neoconstitucionalismo, ou, segundo alguns, constitucionalismo pós-moderno, ou, ainda, pós-positivismo. Busca-se, dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, buscar a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais.”

Tal raciocínio passa a ser empregado também na aplicação do princípio da proporcionalidade, que é utilizado tanto para deslegitimar o abuso da intervenção estatal, como a sua omissão, face à necessidade de proteção de direitos fundamentais. A doutrina passa a definir, então, duas acepções do princípio da proporcionalidade. Vejamos.

A primeira, mais conhecida e difundida, é a proibição do excesso, consistente na proibição da proteção excessiva em prol do indivíduo, restringindo a sua liberdade (*ubermassverbot*). Tal acepção tem duplo destinatário: (i) o Poder Legislativo, que deve estabelecer penas proporcionais à gravidade do delito e (ii) o Poder Judiciário, que, em termos de dosimetria da pena, deve fixar penas proporcionais à gravidade do delito (MORAES, 2014, p. 58).

Tal vertente da proporcionalidade fundamenta o modelo clássico de garantismo negativo que, no entanto, deve ser superado. A leitura do princípio da proporcionalidade não deve ser unilateral, pois não se limita à proibição do excesso, mas também à proteção deficiente.

Com efeito, a segunda acepção do princípio da proporcionalidade veda a proteção deficiente do bem jurídico tutelado (*untermassverbot*). Nesse sentido, é cristalina a explanação de Ingo Wolfgang Sarlet (2003), a quem nos reportamos:

De outra parte, a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso já que vinculada igualmente, como ainda será desenvolvido, a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.

Essa segunda acepção do princípio da proporcionalidade assentada na proibição da proteção deficiente já foi reconhecida pela Corte Constitucional em duas ocasiões. No HC 104410 (BRASIL, 2012a), o ministro Gilmar Mendes defendeu a legitimidade da criminalização do porte de arma desmuniçada, pois

os direitos constitucionais não podem ser considerados apenas como vedação de intervenção, mas também um postulado de criminalização. Pode-se dizer que os direitos fundamentais não expressam apenas uma vedação ao excesso, mas também a vedação da proteção deficiente.

Da mesma forma, no RE 418.376-5 (BRASIL, 2006a), o mesmo Min. Gilmar Mendes afirmou que:

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição da proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de casos em que o Estado não pode abrir mão do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.

No mesmo sentido, o STF, na ADI 4422 (BRASIL, 2011), de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Ministro Gilmar Mendes, mais uma vez, utilizou o princípio da proteção insuficiente para determinar que os artigos 12, inciso I, 16 e 41 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), devem ser entendidos no sentido de que não se aplica a Lei 9.099/95 aos crimes de lesão corporal praticados contra a mulher no ambiente doméstico, de modo que a ação para julgar referido crime é a de ação penal pública incondicionada.

3.3 Mandado constitucional de criminalização: tutela da vida humana e vedação a proteção deficiente

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 5º, caput, a inviolabilidade do direito à vida, posicionando-o dentre os direitos individuais e coletivos, constituindo-o como um direito fundamental a todos.

Destarte, a vida humana, mesmo não albergada em ordem constitucional direta de criminalização, nos dizeres de Luciano Feldens, compõe o epicentro do sistema de proteção jurídico-penal, acompanhada da liberdade e da dignidade humana (apud CARVALHO, 2016, p. 58).

Segundo Márcio Friggi de Carvalho (2016, p. 07), “a inviolabilidade do direito à vida, estampada no art. 5º da Constituição Federal, associada à nota de magnitude do direito em referência, habilita-o a exigir proteção pela normativa penal”.

E, nesse sentido, entendendo que o direito à vida do ser humano em formação (PRADO, 2010, p. 105) merece proteção jurídica penal, cumprindo o mandato, ao menos implícito, de criminalização de condutas que põem em risco à vida, o aborto é tratado pela legislação brasileira como crime. O crime de aborto é tipificado com a conduta de eliminar a vida do feto durante a gestação. Assim, as condutas de: aborto provocado pela gestante e aborto provocado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante, estão tipificadas nos artigos 124 a 127 do Código Penal.

Excepcionalmente, o legislador entende lícita a conduta de abortamento em apenas duas hipóteses: (i) se não há outro meio de salvar a vida da gestante, denominado aborto necessário ou terapêutico e (ii) se a gravidez resulta de estupro, denominado aborto sentimental. O único alargamento de tais hipóteses se deu com a decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADPF 54, em que foi declarada a inconstitucionalidade da interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos referentes ao aborto no Código Penal. Assim, além das condutas de aborto necessário e sentimental serem lícitas, a conduta de abortamento de feto anencéfalo é atípica.

O aborto necessário exige que: (i) o aborto seja feito por médico e (ii) não haja outro meio, senão o aborto, para salvar a vida da gestante. A doutrina observa que nesta figura não há a necessidade do risco atual, bastando que o médico constate pelos exames que o prosseguimento da gestação poderá causar a morte. Saliencia-se, ademais, que tal conduta não exige o consentimento da gestante. Apesar de haver quem entenda que tal causa de justificação é uma espécie de estado de

necessidade, a doutrina majoritária entende que não se trata de estado de necessidade, pois esse exige uma situação de perigo atual, enquanto o perigo no aborto é iminente ou futuro; ademais, o aborto necessário só pode ser realizado pelo médico, enquanto o estado de necessidade não está vinculado a uma profissão. Nesse sentido, por todos, Mirabete (2003, p. 99):

[...] Para evitar qualquer dificuldade, deixou o legislador consignado expressamente a possibilidade de o médico provocar o aborto se verificar ser esse o único meio de salvar a vida da gestante. No caso, não é necessário que o perigo seja atual, bastando a certeza de que o desenvolvimento da gravidez poderá provocar a morte de gestante.

O aborto humanitário, por sua vez, exige que: (i) seja feito por médico; (ii) a gravidez seja resultante de estupro e (iii) exista autorização da gestante ou do representante legal se ela for vulnerável (menor de quatorze anos). O abortamento, nesse caso, não exige autorização judicial. Para regulamentar o tema, o Ministério da Saúde editou a Portaria n. 1145 do ano de 2005 (BRASIL), que dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Isso posto, cumpre observar que o Código Penal não previu, como hipótese legal, o aborto eugênico, isto é, aquele provocado em razão de graves e irreversíveis enfermidades ou deformidades físicas ou mentais do feto.

Assim, considerando que o CP, em regra, privilegiou o direito à vida do feto, punindo a prática do aborto e restringindo de uma certa forma os direitos das mulheres, questiona-se: o mero fato da mulher ter em seu ventre um feto contaminado pelo vírus da zika, faz com que o seu direito de saúde física e psíquica prevaleça sobre o direito à vida do feto? O fato de a mulher ter o risco de dar à luz a um feto com algum grau de deficiência⁷ faz com que sua conduta seja diferente daquela mulher que abortou um feto saudável? O direito penal deve responder de modo diferente a essas duas situações ou a discriminação, nesse caso, seria ilegítima, implicando na violação do princípio da igualdade, no descumprimento do mandado de criminalização de proteção à vida e no descumprimento do princípio da proporcionalidade?

4 NOVO CÓDIGO PENAL E ABORTAMENTO

Pesquisa realizada pelo Departamento de Pesquisas Sociais do Centro de Pesquisa em Saúde Reprodutiva de Campinas com 1.493 juízes e 2.614 promotores no Brasil entre os anos de 2005 e 2006 concluiu que “ a maioria (78%) dos participantes opinou que as circunstâncias nas quais não se pune o aborto deveriam ser ampliadas, ou mesmo que o aborto não deveria ser considerado crime” (DUARTE et

⁷ A definição de deficiência deve ser dada à luz do artigo 2º da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (L. 13.146/2015) (BRASIL), que estabelece que “considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. A deficiência, portanto, é ampla, englobando impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial.

al, 2010).

A diversidade de concepções acerca do momento em que tem início a vida e as questões políticas e criminais de cada país faz com que a conduta de abortamento não seja punida do mesmo modo ao redor do mundo, o que corrobora com o aumento das discussões sobre o tema nos Tribunais Constitucionais e no âmbito da sociedade.

Nesse sentido, nos Estados Unidos, reconhece-se à mulher o direito constitucional amplo para realizar aborto no primeiro trimestre de gravidez. Em Portugal, por sua vez, o Tribunal Constitucional português reconheceu a constitucionalidade de lei que permite o aborto em circunstâncias específicas, dentre elas o risco à saúde física ou psíquica da gestante, feto com doença grave e incurável, gravidez resultante de estupro e outras situações de estado de necessidade. Na Alemanha, após uma posição inicial restritiva, materializada na decisão conhecida como “Aborto I” (1975), a Corte Constitucional, em decisão referida como “Aborto II” (1993), entendeu que uma lei que proibisse o aborto, sem criminalizar, no entanto, a conduta da gestante, seria válida, desde que adotasse outras medidas para proteção do feto.⁸

No Brasil, no entanto, desde 1940, ano de vigência do Código Penal Brasileiro, o aborto, como vimos, é, em regra, criminalizado, só sendo permitidas as condutas de abortamento no caso de feto anencéfalo, ou enquadradas em alguma das causas de extinção de punibilidade. Não há, portanto, na presente legislação, a possibilidade de abortamento legal por razões econômicas, sociais ou por solicitação da mulher em razão de risco à sua integridade mental.

Não obstante, ano após ano, aumentam as demandas sociais pressionando por mudanças legislativas, de modo a alargar a licitude da conduta de abortamento no estado brasileiro. Como veremos a seguir, o Supremo Tribunal Federal já foi demandado diversas vezes para decidir casos de aborto e, da mesma forma, o Congresso Nacional é pressionado com o fito de alterar a atual legislação.

Nesse sentido, corre, desde 2012, o Projeto de Lei de n. 236 de 2012 do Senado (SENADO FEDERAL), que trata da reforma do Código Penal. Em tal projeto, o artigo 128, inciso IV do Código Penal passaria a prever que não há crime de aborto se: (i) houver risco à vida ou à saúde da gestante; (ii) se a gravidez resulta da violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida; (iii) se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina, em ambos os casos atestado por dois médicos ou (iv) se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

O aborto, portanto, passaria a ser permitido, de um modo geral, por vontade da gestante até a 12ª semana de gestão e, além da anencefalia, nos casos em que o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida-extrauterina.

5 A VISÃO DO STF NO QUE DIZ RESPEITO AO ABORTAMENTO

⁸ Roe v. Wade, 410, U.S. 113 (1973) e, mais recentemente, Planned Parenthood of Southwestern Pennsylvania v. Casey 505 U.S. 833 (1992) (apud BARROSO, 2005).

Enquanto o Congresso Nacional não coloca em pauta a votação do referido Anteprojeto do Código Penal ou de tantos outros projetos que tratam do aborto, constata-se um protagonismo do STF acerca da descriminalização do aborto, em mais uma típica atuação de judicialização de políticas públicas. Desse modo, a seguir, analisaremos o posicionamento do STF em quatro ações que trataram, de uma forma global ou específica, da descriminalização do aborto.

a) ADPF 54 – Anencefalia

Cuida-se de arguição de preceito fundamental proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde sustentando que a interpretação que enquadra como crime o aborto de feto anencefálico viola preceitos fundamentais ligados à dignidade humana, o direito à liberdade e o direito à saúde. Pleiteia, portanto, a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, que impeça a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado, independente de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado.

O argumento central da ação foi a certeza científica da impossibilidade da vida extra-uterina do feto. Isso porque não há tratamento, cura ou qualquer possibilidade considerável de sobrevivência de um feto com anencefalia.

Considerando o conceito de morte adotado pela Lei n. 9.347/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, o Supremo Tribunal Federal considerou a conduta atípica, por entender que o feto anencefálico sequer chega a ter início de atividade cerebral.

Com base nesse mesmo raciocínio, o Tribunal entendeu que o conflito dos direitos fundamentais protegidos da mulher com o direito à vida do feto anencéfalo é aparente, porque não há aborto, não há vida a ser tutelada (BUCCI, 2012).

Ao final, a demanda foi julgada procedente, declarando o STF a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos os Código Penal (BRASIL, 2012b).

b) ADI 5581 – Microcefalia

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade cumulada com arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep) contra atos comissivos e omissivos do poder público, no que se refere a políticas públicas relacionadas ao vírus da zika e à microcefalia.

No que se refere a este artigo a requerente, por meio da ADPF, requer: (i) a declaração de inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gestação em relação à mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida é conduta tipificada nos artigos 124 e 126 do Código Penal ou

ii) sucessivamente, a interpretação conforme a Constituição do art. 128, I e II, do Código Penal para declarar a constitucionalidade da interrupção da gestação de mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida, tendo em vista se tratar de causa de justificação específica, e por estar de acordo ainda com a justificação genérica dos arts. 23, I e 24 do Código Penal.

O enquadramento da mulher que interrompe a gravidez em razão da infecção pelo vírus da zika na causa excludente de ilicitude genérica de estado de necessidade é defendida pela ANADEP em razão do perigo atual de dano à saúde mental da mulher, provocado pela epidemia de zika e agravado pela negligência do Estado brasileiro na eliminação do vetor. Nesse sentido, defende que:

(i) a gravidez foi transformada em uma espera desamparada para as mulheres, semelhante a um permanente estado de maus-tratos; (ii) muitas mulheres vivem a gestação com medo: não há garantia quanto à saúde dos fetos e delas próprias; (iii) são nove meses de desamparo e se o futuro filho nascer com desordens neurológicas provocadas pela síndrome congênita do zika, tem início um longo percurso de necessidades singulares de saúde e acessibilidade que não são garantidas como direitos e (iv) em relação aos direitos das mulheres grávidas infectadas pelo vírus zika, há o seu direito à vida digna, o qual pressupõe a possibilidade de escolher não continuar com a gravidez que lhe causa intenso sofrimento. (BRASIL, 2012b).

Por sua vez, ao buscar que a conduta da mulher que interrompe sua gravidez em razão de infecção pelo vírus zika seja enquadrada no estado de necessidade específico de aborto humanitário, a ANADEP defende que o sofrimento que a mulher sofre em razão da lembrança do ato violento de estupro é equivalente ao sofrimento sofrido pela mulher que tem ciência de que foi infectada pelo mosquito vetor. Em suas palavras:

[...] Imaginável que a autorização para a interrupção da gravidez em caso em decorrência de estupro se apoia, também, no estado de evidente sofrimento da mulher, pelo estado desamparado provocado pela experiência e lembrança do ato violento. Do mesmo modo, a interrupção da gravidez deve ser autorizada quando o Poder Público falhou em evitar o sofrimento da mulher, por não erradicar o mosquito vetor, por não informar, por não promover medidas preventivas adequadas no contexto da epidemia e, ainda, quando não se compromete com a garantia de direitos da mulher e de seus futuros filhos. (BRASIL, 2016).

Já com relação ao artigo 128, I do CP, o aborto necessário ou terapêutico, permitido para salvar a vida da gestante, a autora requer sua aplicação analógica, por defender que não se sabe ao certo qual é a taxa de risco entre mulheres grávidas infectadas pelo vírus. Assim, defende que, por via analógica, poderia se alargar o conteúdo da causa de justificação para tutelar a saúde física e psíquica da gestante.

Pois bem. Em todos os argumentos utilizados pela requerente se vislumbra que como fundamento basilar está o direito à vida da mulher, primordialmente no que se refere à sua saúde física e psíquica.

Dando parecer favorável ao postulado pela autora, o Procurador Geral da República (PGR) defendeu “a constitucionalidade da 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”. Classificou a conduta como causa de justificação genérica de estado de necessidade, cabendo às redes pública e privada realizar o procedimento apropriado, nessas situações.

O perigo atual elementar do estado de necessidade no caso seria o risco certo à saúde psíquica da mulher. Segundo o PGR, a continuidade forçada de gestação em que há certeza de infecção pelo vírus da zika violaria o direito fundamental à saúde mental e a garantia constitucional de vida livre de tortura e agravos sérios evitáveis.

Tal ação, no entanto, ainda está em andamento perante a Corte Constitucional, com análise de mérito ainda pendente de julgamento.

c) HC 124.306 - Legalização do aborto até o 3o do mês de gestação

Decisão que gerou muita repercussão na mídia no ano de 2016 e 2017 foi a proferida no HC 124.306 (BRASIL, 2016b), de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

Em sede de controle incidental, e apenas como obter dictum e não como ratio decidenti da decisão proferida, de modo que não há se falar em efeito vinculante e erga omnes, o ministro manifestou o entendimento de que “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 efetivada no primeiro trimestre” (BRASIL, 2016b).

Tal afirmação se baseou nos seguintes argumentos: (i) a criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, como seus direitos sexuais e reprodutivos, bem como sua integridade física e psíquica; (ii) a criminalização, nessa hipótese, violaria o princípio da proporcionalidade, por constituir medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar, por existir meios mais eficazes e menos lesivos de evitar os abortos do que a criminalização e por ser desproporcional em sentido estrito, já que geraria custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios e (iii) por uma questão de política criminal, considerando o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres e os frequentes casos de automutilação, lesões graves e óbitos (BRASIL, 2016b).

O princípio da proteção deficiente foi utilizado por Barroso não para proteger a vida do feto, mas para tutelar: os direitos sexuais e reprodutivos, a autonomia e a integridade psíquica e física da mulher. Em suas palavras:

Em verdade, a criminalização confere uma proteção deficiente aos direitos sexuais e reprodutivos, à autonomia, à integridade psíquica e física, e à saúde da mulher, com reflexos sobre a igualdade de gênero e impacto desproporcional sobre as mulheres mais pobres. Além disso, criminalizar a mulher que deseja abortar gera custos sociais e para o sistema de saúde, que decorre da necessidade de a mulher se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da morbidade e da letalidade. (BRASIL, 2016b).

A teoria de início de vida utilizada por Barroso foi a de formação da atividade

cerebral que, segundo ele, ocorreria durante o primeiro trimestre de gestação. Até esse momento, o ministro considerou que não há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno.

Com base em tais argumentos, foi defendido que é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal, de modo a excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre (BRASIL, 2016b).

d) ADPF 442

Cuida-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL (BRASIL, 2017), em face da alegada controvérsia constitucional relevante acerca da recepção dos artigos 124 e 126 do Código Penal, que instituem a criminalização da interrupção voluntária da gravidez.

A autora defende a não recepção de tais artigos pela CF/88, ante a violação de preceitos fundamentais, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a não discriminação, a inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas.

Cautelarmente, foi requerido: (i) a suspensão das prisões em flagrante, inquéritos policiais e andamento de processos ou efeitos de decisões judiciais que pretendam aplicar ou tenham aplicado os artigos 124 a 126 do Código Penal a casos de interrupção da gravidez induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 (doze) semanas de gravidez; (ii) reconhecimento do direito das mulheres de interromper a gestação e dos profissionais de saúde de realizar o procedimento. Tal pedido cautelar foi indeferido, a princípio, tendo sido aplicado o procedimento previsto no art. 5º, §2º da Lei n. 9.882/1999, com a intimação das autoridades responsáveis para a adequada instrução e deliberação do feito.

Não obstante, em novembro de 2017 tal pedido foi renovado, sob o argumento de novos elementos jurídicos e fáticos a justificarem a configuração dos requisitos legais para a tutela de urgência. A autora se refere ao caso concreto de Rebeca Mendes Silva Leite, estudante de direito com dois filhos, que não teria condições econômicas e emocionais de levar a gestação adiante (MARTINELLI, 2017).

Tal pedido foi negado, pois, para a relatora,

o pedido de concessão de medida cautelar de urgência individual, referente a Rebeca Mendes Silva Leite, por sua natureza subjetiva individual, não encontra guarida no processo de arguição de preceito fundamental, que serve como instrumento de jurisdição constitucional abstrata e objetiva. (BRASIL, 2017).

A pauta da descriminalização do aborto, portanto, ainda não foi julgada pelo Plenário do STF, sendo objeto de deliberação futura. Os argumentos levantados pelo ministro Barroso no HC acima visto deverão ser reanalisados e o pleno do STF deverá proferir uma decisão com caráter vinculante e erga omnes sobre o tema.

As três decisões acima analisadas demonstram que, aos poucos, o STF vem proferindo decisões de modo a alargar as hipóteses legais em que o aborto é permitido. A decisão do Judiciário ou do Legislativo de legalizar o aborto, de um modo geral, para todas as mulheres, e para todos os fetos, no entanto, como definimos, não é objeto do presente artigo.

O que se defende e passará a ser justificado nos próximos tópicos é que, se nosso ordenamento jurídico optou por criminalizar a conduta de aborto por atender o mandado constitucional implícito de criminalização de proteção à vida, não há como tutelar de forma mais rígida a vida de fetos sem deficiência, em detrimento da vida dos fetos com qualquer tipo de deficiência, pois, tal escolha afrontará, de forma veemente, os princípios da proporcionalidade e igualdade.

6 DISTINÇÃO ENTRE MICROCEFALIA E ANENCEFALIA

Como já citado, o STF na ADPF de n. 54, cujo pedido era similar ao analisado no presente artigo, realizou uma interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128, I e II, declarando que a conduta de abortamento em razão de feto com anencefalia seria atípica. Diante de tal precedente questiona-se: seria possível realizar uma analogia entre a anencefalia e a microcefalia, de modo a se estender os efeitos da decisão do STF na ADPF 54?

A resposta a tal questionamento só pode ser negativa. Apesar de tanto a microcefalia quanto a anencefalia serem causadas, em síntese, pela má formação do cérebro fetal na gestação, tais anomalias são facilmente distinguidas pela constatação ou não de vida viável.

Nesse sentido são uníssonas as palavras do Ministro do STF Luís Roberto Barroso:

Inexiste qualquer proximidade entre a pretensão aqui veiculada e o denominado aborto eugênico, cujo fundamento é eventual deficiência grave de que seja o feto portador. Nessa última hipótese, pressupõe-se a viabilidade da vida extrauterina do ser nascido, o que não é o caso em relação à anencefalia. (BARROSO, 2005, p. 93-120).

Com efeito, o feto com anencefalia não tem qualquer expectativa de vida minimamente viável e, de modo diametralmente oposto, na microcefalia, há cérebro e vida extrauterina viável. O feto anencéfalo possui baixa sobrevivência após o parto, quando este ocorre. Segundo estudos estatísticos a expectativa de vida do anencéfalo é demonstrada na seguinte porcentagem: (i) 7% falecem no útero; (ii) 18% morrem durante o parto; (iii) 26% vivem entre 1 e 60 minutos; (iv) 27% vivem entre 1 e 24 horas; (v) 17% vivem entre 1 e 5 dias e (vi) apenas 5% viveram 6 ou mais dias.⁹ Por sua vez, é certo que a criança com microcefalia tem expectativa de vida considerável, podendo, inclusive, ter sobrevida após o parto.

Nesse sentido, reportamo-nos ao Parecer da Dra. Laura Rodrigues citado no parecer do Procurador Geral de Justiça: “como em outras síndromes congênicas, é

⁹ Estatísticas retiradas da Revista dos Tribunais Online (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2013, v. 935).

esperado que crianças aparentemente sem alterações ao nascimento desenvolvam sintomas no decorrer da infância, e crianças com anomalias ao nascimento podem desenvolver novas complicações” (BRASIL, 2016a).

Segundo Protocolo de Vigilância e Resposta à Ocorrência de Microcefalia e/ou alterações do Sistema Nervoso Central do Ministério da Saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016):

As microcefalias constituem em um achado clínico e podem decorrer de anomalias congênitas ou ter origem após o parto. As anomalias congênitas são definidas como alterações de estrutura ou função do corpo que estão presentes ao nascimento e são de origem pré-natal. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), a microcefalia é caracterizada pela medida do crânio realizada, pelo menos, 24 horas após o nascimento e dentro da primeira semana de vida (até 6 dias e 23 horas), por meio de técnica e equipamentos padronizados, em que o Perímetro Cefálico (PC) apresenta medida menor que menos dois (-2) desvios-padrões abaixo da média específica para o sexo e idade gestacional. Além disso, a OMS considera que a medida menos que menos três (-3) desvios-padrões é definida como microcefalia grave. Considera-se que a criança com microcefalia, em alguns casos, pode apresentar alteração na estrutura do cérebro e problemas de desenvolvimento (4,6-11) [grifo nosso].

Da leitura de tais características gerais da microcefalia, constata-se sem muita dificuldade que: (i) os sinais da microcefalia podem ter origem apenas após o parto; (ii) há diferentes graus de microcefalia, sendo que apenas a medida de -3 desvios-padrões é considerada microcefalia grave e (iii) não é certo que toda criança com microcefalia vai apresentar alteração na estrutura do cérebro e problemas de desenvolvimento.

De fato, manifestação do Sindicato dos Médicos do Pará-Sindmepa como *amicus curiae* nos autos da ADI n. 5581 (2016a) explica que:

Quando a criança tem microcefalia pode apresentar atraso mental, alterações físicas como dificuldade para andar, problemas de fala e hiperatividade ou convulsões. Além disso, a criança tem uma cabeça menor do que a normal, podendo precisar de ajuda para comer, tomar banho ou andar, por exemplo. Porém, estas consequências da doença não surgem em todos os casos e, algumas crianças podem se desenvolver normalmente tendo uma inteligência normal, porque isso depende da gravidade da sua microcefalia (grifo nosso).

Diante de considerações e tomando como base o sistema de precedentes obrigatórios encampado pelo Código de Processo Civil de 2015 é fácil constatar que a ADPF 54 não pode ser utilizada como precedente para a ADI 5.581/DF. Senão, vejamos.

Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento de casos posteriores análogos. Nesse aspecto, Lordelo (2017), citando Cruz e Tucci, registra que todo precedente é composto de duas partes: a) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; b) a tese assentada na motivação (*ratio decidendi*).

Os precedentes obrigatórios são apenas aqueles dotados de eficácia vinculante e no Código de Processo Civil de 2015 se limitam ao rol estampado no art.

927 do Código de Processo Civil, englobando: (i) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados de súmula vinculante; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Desse modo, a decisão do STF na ADPF 54 é um precedente obrigatório, não obstante, diante das circunstâncias de fato que embasam a controvérsia da ADI 5.581, não seja hipótese para aplicação do precedente, mas para distinção. Nos dizeres de Fredie Didier Jr. (2015, p. 491):

Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houve distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.

Em uma visão clara e objetiva, verifica-se que não há coincidência entre os fatos discutidos, uma vez que na ADPF 54 não havia vida propriamente dita a ser tutelada pelo direito penal, já que o feto tinha uma expectativa de vida, na melhor das hipóteses de no máximo 5 (cinco) dias, enquanto na ADI 5581 (BRASIL, 2016a) não se verifica a inviabilidade do embrião ou do feto cuja mãe tenha sido infectada pelo vírus Zika, mas a mera impossibilidade de danos neurológicos e impedimentos corporais. Não se fala em inviabilidade do feto, mas mera deficiência.

Ante o exposto, não é coerente defender que se a Corte Suprema na ADPF 54 decidiu pela atipicidade da conduta de abortamento de feto com anencefalia levando em consideração a vida, saúde, dignidade, autodeterminação e liberdade sexual e reprodutiva da mulher, deverá fazer o mesmo na ADI objeto de estudo deste artigo, uma vez que, como demonstrado, as circunstâncias fáticas são completamente distintas.

7 DO NÃO ENQUADRAMENTO DA CONDUTA DE ABORTAMENTO DE FETO COM MICROCEFALIA COMO ESTADO DE NECESSIDADE

Ao contrário do defendido pela autora da ADI 5581 (BRASIL, 2016a) e pelo próprio Procurador Geral da República, como vimos, não nos parece que a hipótese pode ser enquadrada em caso de estado de necessidade.

Segundo Cleber Masson (2011, p. 418), os requisitos do estado de necessidade são: (i) situação de necessidade e (ii) fato necessitado. A situação de necessidade engloba: a. situação de perigo atual; b. não criada voluntariamente pelo sujeito; c. ameaça a direito próprio ou de 3º e d. ausência do dever legal de enfrentar o perigo. Por sua vez, o fato necessitado engloba: (i) a proporcionalidade e (ii) a inevitabilidade do perigo por outro modo.

Primeiramente, questiona-se se a mãe não tem o dever legal de “enfrentar o

perigo” de ter um filho com deficiência, da mesma forma que teria o dever legal pelo Código Penal de garantir a integridade física de seu feto não procedendo a manobras abortivas.

De mais a mais, é evidente que a interrupção da gravidez no caso de feto com microcefalia não preenche tais requisitos. Como se dizer que há inevitabilidade de enfrentar o perigo (infecção do feto por zika) por outro modo? Ademais, tal conduta seria proporcional?

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, há duas formas de violação da proporcionalidade: pela intensidade e pela extensão da medida adotada. Quanto à intensidade, haverá conduta desproporcional quando a força da reação administrativa for incompatível com o baixo grau de lesividade do comportamento a ser censurado. Já quanto à extensão, a violação do princípio da proporcionalidade ocorre quando a reação administrativa tem uma extensão pessoal ou geográfica maior do que a necessária (MAZZA, 2012, p. 115).

O princípio da proporcionalidade é estruturado pela doutrina (MELLO, C., 2011, p. 110) em três elementos:

a) Adequação (geeinetheit): examina-se se a medida adotada é a mais apropriada para concretização do objetivo visado;

b) Necessidade (erfordelichkeit): a medida implementada não deve extravar os limites da consecução dos limites determinados, procurando sempre o meio menos gravoso. É traduzido pela mínima ingerência possível ou pelo corolário segundo o qual “o cidadão tem direito à menor desvantagem possível” (MELLO, C., 2011, p. 110).

c) Proporcionalidade em sentido estrito: traduzido pelo princípio da justa medida: por uma regra de ponderação, em que meios e fins são colocados em equação, analisa-se se os resultados obtidos são proporcionais à carga de intervenção praticada nos direitos fundamentais envolvidos.

Desse modo, tomando como premissa que o objetivo da ADPF 54 e do Procurador Geral da República ao admitir o aborto de feto com microcefalia enquadrando-o em estado de necessidade genérico foi garantir o respeito à saúde e integridade física da mulher, questiona-se:

a) O aborto é a medida mais adequada para assegurar a saúde e integridade física da gestante somente porque seu futuro filho pode nascer com certo grau de deficiência?

b) O aborto é o meio menos gravoso para tal objetivo, tendo em vista a proteção jurídico penal dada ao feto?

c) O resultado obtido - eliminação da vida em razão da microcefalia- é medida proporcional apenas para assegurar a saúde e integridade física da mulher?

Não nos parece. A resposta negativa a essas três perguntas, além dos questionamentos já feitos, evidencia que a conduta de abortamento de feto com microcefalia não pode ser enquadrada na excludente de ilicitude de estado de necessidade - nem genérica, nem específica.

Tal conduta, na verdade, é enquadrada na conhecida figura absurda do aborto eugênico que, no dizer de Elida Séguin (SÉGUIN, 2001, p. 320), “visa a evitar o

nascimento de crianças deformadas, quando há suspeita fundamentada de mal genético hereditário ou de doenças graves transmitidas pelos genitores”.

Ademais, considerando que a causa de pedir nas ações de controle concentrado de constitucionalidade é aberta, de modo que a Corte Constitucional não está adstrita aos fundamentos levantados pela requerente, mas sim a uma análise sistêmica do ordenamento jurídico constitucional, há outras considerações que impossibilitam a interpretação, perante o nosso Código Penal vigente, de que a conduta de abortamento de feto com microcefalia não deve ser penalizada.

8 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O NOVO REGIME DE INCAPACIDADE TRAZIDO PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Ao defender o aborto no caso do feto com microcefalia, muitos doutrinadores o fazem com base no princípio da igualdade (SCLACON, 2016). Tomando como premissa (verdadeira) de que os dados empíricos da infecção pelo vírus da zika atingem em sua maioria mulheres em regiões de elevada pobreza e em estados menos desenvolvidos do país, principalmente aquelas mais pobres, que vivem em áreas sem condições mínimas de dignidade, como saneamento básico, defende-se que não há uma igualdade formal entre as mulheres, de modo que por tal razão deve-se constitucionalizar o aborto de feto com microcefalia, evitando o alastramento da desigualdade existente. Tal argumento pode ser utilizado com coerência ao se defender a prática do aborto em geral - já que é fato notório que o aborto é realidade para mulheres com condições financeiras e crime para as mulheres em situação de pobreza. Não obstante, voltando-se à premissa do presente artigo: sendo o aborto crime no Brasil não há coerência em admitir o aborto apenas em razão da certeza de o feto nascer com alguma deficiência. Utilizando-se o mesmo princípio da igualdade, fetos com deficiência e sem deficiência devem ser tratados de modo desigual?

Em síntese, utilizando-se conceitos jurídicos, entre fetos “normais” e fetos com microcefalia deve ser aplicada a igualdade formal ou a igualdade material?

A igualdade formal é aquela que se depreende da leitura do artigo 5º de nossa Constituição Federal e do artigo 1º da Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão. Ao afirmarem que “todos são iguais perante a lei”¹⁰ ou que “os homens são iguais em direitos”¹¹, proclamam o direito à igualdade formal. Trata-se de uma igualdade em caráter negativo, que visa impedir a discriminação. É a igualdade jurídica, a mesma utilizada para combater o racismo e considerá-lo crime imprescritível.¹²

Tal igualdade não leva em consideração a realidade fática. Ela trata todos como iguais perante a lei, agindo de maneira impessoal e não atribuindo, portanto, nenhuma hierarquização ou instituição de privilégios ou benefícios entre as pessoas.

É o sentido da igualdade defendido pela Revolução Francesa. Voltada tanto

10 CF, 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 [...].

11 Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão. Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos.

12 Art.5º XLII. A prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

para o legislador quanto para o aplicador da lei, o princípio da igualdade determina, nesse sentido, que a lei deve ser geral e abstrata, tratando todos da mesma forma.

Diferentemente, a igualdade material traduz a máxima de Aristóteles de que “deve-se tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual”. A promoção da igualdade material está associada à ideia de igualdade fática: não basta que a igualdade exista perante a lei, sendo necessário que ela exista perante a realidade.

Amplamente ligada à ideia de justiça distributiva e social, trata-se de desigualar para igualar. A grande dificuldade, no entanto, de aplicação da igualdade material por meio da máxima aristotélica é justamente definir, em cada caso concreto, quem são os iguais, quem são os desiguais e qual a medida dessa desigualdade (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2010).

Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello (2006) buscou definir critérios a serem analisados para apontar se a discriminação realizada é legítima, sendo uma ofensa ou não ao Princípio da Igualdade.

Primeiramente constatou que não é o critério de diferenciação escolhido (raça, religião ou sexo) que é capaz de provocar alguma afronta ao princípio isonômico, de modo que qualquer critério pode ser utilizado desde que:

(i) Exista um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida e a desigualdade de tratamento em função dela conferida;

(ii) Essa correlação lógica seja compatível com os interesses constitucionais;

(iii) O critério de *discrimen* não seja tão específico que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto, um sujeito específico;

(iv) O critério de *discrimen* esteja presente na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada. Nenhum elemento que não resida no sujeito à discriminação pode ser utilizado;

(v) Portanto, a discriminação conferida pela lei seja voltada a uma categoria de pessoas ou a um sujeito indeterminado e indeterminável no presente.

Não há correlação lógica compatível com os interesses constitucionais entre o fato do feto ter microcefalia e a diferença de tratamento penal que terá a conduta de quem o abortou, uma vez que: a) a CF veda a discriminação; b) a Convenção de Nova York¹³ estabelece que os Estados Partes devem assegurar o efetivo direito à vida das pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas e c) o Estatuto da Pessoa com Deficiência¹⁴ estabelece que toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

Ademais, há de se considerar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/15) (BRASIL), inspirado pela Convenção de Nova York, deu uma nova

13 Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 (BRASIL). Art. 10. Os Estados Partes reafirmam que todo ser humano tem o inerente direito à vida e tomarão todas as medidas necessárias para assegurar o efetivo exercício desse direito pelas pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

14 Também conhecido como Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146 de 06 de julho de 2015).

roupagem ao conceito de pessoa com deficiência, de modo que o conceito de deficiência é atribuído à pessoa em razão das barreiras - físicas, mentais e até mesmo sociais- que ela enfrenta, e não por um mero conceito biológico.¹⁵ Tanto é verdade, que a Lei de Inclusão Brasileira determina que a avaliação para definição da pessoa com deficiência será biopsicossocial e não médica. Nesse sentido, Geraldo Nogueira (apud CUNHA, PINTO, FARIAS, 2016):

[...] É importante salientar que não devemos colocar a deficiência dentro de uma concepção puramente médica, ficando associada exclusivamente à doença. Se bem que a deficiência possa ser causada por uma doença, ela não se caracteriza como doença, não devendo, portanto, ser confundida com uma das causas que a podem gerar, e que não a constitui de fato. Muito mais atual e dinâmica é a compreensão da deficiência como parte da área de desenvolvimento social e de direitos humanos, conferindo-lhe uma dimensão mais personalizada e social.

Diante de tal conceito, é evidente que a interpretação postulada pela requerente acaba por discriminar o feto com microcefalia, atribuindo-lhe barreiras. Em nome do princípio da igualdade, se o aborto no Brasil não é permitido em razão da proteção ao direito à vida, o aborto de feto microcéfalo também não pode ser permitido em razão da mesma proteção ao direito à vida. Como bem consignado por Sales Fonteles (2016, p. 34), “pessoas com microcefalia não são menos importantes que quaisquer outras. Pessoas não tem preço, mas sim dignidade”.

9 CONCLUSÃO

Partindo-se da premissa de que o Código Penal, com o fito de proteger o bem juridicodireito à vida - direito fundamental previsto na Constituição da República criminaliza o abortamento, como explicar que o abortamento de feto sem deficiência será criminalizado mas o abortamento de feto com deficiência não o será? O direito à vida de pessoa sem deficiência deve ter tutela jurídica diferente? Ser mais protegido?

A defesa do aborto no caso de feto com microcefalia implica na defesa de um genocídio de pessoas com deficiência física. Aliás, há de se considerar que ao decidir pela possibilidade de aborto em razão do feto com microcefalia, o STF abrirá um precedente extremamente perigoso: hoje, com o avanço da medicina, é possível desde logo saber se a criança nascerá com certos tipos de deficiência, como down, exencefalia, síndrome de Edwards, entre outros. Em todos esses casos, pelo simples fato da certeza de que a criança poderá nascer com certas dificuldades, caberá à mãe o direito de abortar?

A existência de mandado constitucional de criminalização de proteção à vida não implica, necessariamente, na decisão de criminalização do aborto. Tal decisão, além de se relacionar com medidas de saúde pública e de política criminal pode ser

15 Art. 2o § 1o A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

- I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
- II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
- III - a limitação no desempenho de atividades; e
- IV - a restrição de participação.

variável a depender, inclusive, como vimos, da teoria utilizada para fundamentar o início da vida humana.

Não obstante, ou o STF, em uma decisão de política criminal ou de saúde pública opta por descriminalizar a conduta de aborto, dentro de certos parâmetros, para todas as gestantes, independente das características da vida em formação que cada uma carrega, ou proferirá decisão que permitirá ao Estado a prática da eugenia.

O postulado em sede da ADI 5581 é incompatível com o princípio da não discriminação. Sob o argumento de defesa da integridade física e saúde da mulher acaba-se por defender, de um modo discriminatório e inconstitucional, que uma vida com deficiência é uma vida indesejada.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, David Alberto Luiz; NUNES JÚNIOR, Vidal Cerrano. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. Saraiva, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. O aborto sob a perspectiva da bioética. **Revista dos Tribunais**, v. 807, 2003, p. 473-485, Jan/2003.

BARROSO, Luis Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 93-120, 2005.

BEDINELLI, Talita. Casos de microcefalia crescem 41% e Governo muda critérios para doença. **El País**, 9 dez. 2015. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/12/08/politica/1449584853_265963.html>. Acesso em: 21 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.434**, de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm>. Acesso em: 18 fev. 2018.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.145**, de 07 de julho de 2005 – Dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt1145_07_07_2005.html>. Acesso em: 24 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 418.376-5**, Mato Grosso do Sul, 09 fev. 2006a. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+418376%2ENU-ME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+418376%2EACMS%2E%29&ba>>.

se=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bekslw9>. Acesso em: 18 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3132**, Sergipe, julgamento em 15 fev. 2006b. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3132%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3132%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b8c839o>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 24 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 106.212**, Mato Grosso do Sul, julgado em 24 mar. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1231117>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 104.410**, Rio Grande do Sul, julgado em 06 mar. 2012a. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+104410%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+104410%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a5djb49>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**, Distrito Federal, julgado em 12 abr. 2012b. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+54%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+54%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bblls2d>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 18 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5581**, Distrito Federal, protocolado em 24 ago. 2016a. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5037704>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 124.306**, Rio de Janeiro, julgado em 29 nov. 2016b. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442**, Distrito Federal, protocolado em 08 mar. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

BUCCI, Daniela. **Dimensões jurídicas da proteção da vida e o aborto do feto**

anencéfalo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-02042013-101506/pt-br.php>>. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-02042013-101506/pt-br.php>>. Acesso em: 20 out. 2017.

CASSETARI, Cristiano. **Elementos do Direito Civil.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 22 fev. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo.** Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** 10. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015.

DUARTE, Graciana Alves; OSIS, Maria José Duarte; Faúndes, Anibal; SOUSA, Maria Helena de. Aborto e legislação: opinião de magistrados e promotores de justiça brasileiros. **Revista de Saúde Pública**, USP, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 406-429, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v44n3/AO1270.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal:** a dupla face da proporcionalidade nas normas penais. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2005.

CARVALHO, Márcio Augusto Friggi de. **Crimes multitudinários:** homicídio perpetrado por agentes em multidão. Curitiba: Juruá, 2016.

FONTELES, Samuel Sales. Aborto e Microcefalia: uma análise constitucional. **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**, Goiânia, n. 31, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2017/03/23/14_24_21_740_Revista31_final.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2017.

HABERMAS, Jurgen. **O futuro da natureza humana:** a caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LORDELO, João Paulo. **Precedentes Judiciais no Novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <<http://www.joaolordelo.com>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

MARTINELLI, Andréa. Em meio ao retrocesso, um pedido de lucidez: A carta de Rebeca ao STF e o direito ao aborto seguro. **Huffpost**, 24 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.huffpostbrasil.com/2017/11/24/em-meio-ao-retrocesso-um-pedido-de-lu>>

cidez-a-carta-de-rebeca-ao-stf-e-o-direito-ao-aborto-seguro-no-brasil_a_23286768/>. Acesso em: 25 fev. 2018.

MARTIS, Leonardo (Org.). **Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

MASSON, Cléber Rogério. **Direito Penal esquematizado** – Parte Geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, v.1.

MAZZA, Alexandre. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Celso Antonio de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Káthia. Aumenta o número de bebês com microcefalia no Estado do Rio. **G1/Globo**, 30 dez. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/11/aumenta-o-numero-de-bebes-com-microcefalia-no-rio.html>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Protocolo de Vigilância e Resposta à Ocorrência de Microcefalia e/ou alterações do Sistema Nervoso Central do Ministério da Saúde. **Versão 2**, 10 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.combateaedes.saude.gov.br/images/sala-de-situacao/Microcefalia-Protocolo-de-vigilancia-e-resposta-10mar2016-18h.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

MIRABETE, Júlio Frabbrini. **Manual de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A Teoria dos Mandados de Criminalização e o Combate Efetivo à Corrupção. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, v. 5, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial**, arts. 121 a 249. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, v. 2.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. **Revista dos Tribunais online**: Supremo Tribunal Federal, Abril, v. 935, Set. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

SÉGUIN, Elida. Biodireito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 - (Novo Código Penal). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

STRECK, Maria Luiza Schafer. Direito Penal e Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOARES, Vladia Maria de Moura. Anencefalia e o direito à vida: a decisão do Supremo Tribunal Federal e a separação dos poderes. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito. São Paulo, 2015.

SOBE para 3.893 o número de casos de microcefalia no país. UOL, 20 jan. 2016. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2016/01/20/sobe-para-3893-o-numero-de-casos-de-microcefalia-no-pais.htm>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

SOUZA, Priscila Boim. Teorias do início da vida e a lei de biossegurança. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/1863>>. Acesso em: 08 out. 2017.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

Submetido: 15/10/2018

Aprovado: 23/01/2019

