

RECEBIDO EM 16/12/2021

APROVADO EM 17/12/2021

# DO ABORTO SELETIVO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

## *SELECTIVE ABORTION IN LIGHT OF THE 1988 CONSTITUTION*

*Carolina Zancaner Zockun*

*Mestre e doutora em Direito Administrativo pela PUC/SP. Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra, em Portugal. Professora de Direito Administrativo na PUC/SP (São Paulo-SP, Brasil). Procuradora da Fazenda Nacional.*

*Gabriela Zancaner Bandeira de Mello*

*Doutoranda em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professora de Direito Constitucional e Fundamentos de Direito Público na PUC/SP (São Paulo-SP, Brasil).*

Maurício Zockun

*Mestre em Direito Tributário pela PUC/SP. Doutor e Livre-docente em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professor de Direito Administrativo na PUC/SP (São Paulo-SP, Brasil). Advogado.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Interrupção seletiva da gestação. 2 Pessoa com deficiência. 3 Possibilidade de aborto no âmbito do ordenamento jurídico. 4 Possibilidade jurídica de aborto seletivo. 5 Conclusões. Referências.

**RESUMO:** O artigo investiga a possibilidade de descriminalização do aborto seletivo, assim entendido como a interrupção da gestação no caso de feto com deficiência. Para tanto aborda a diferença entre aborto eugênico e interrupção seletiva da gestação, traça um panorama da proteção ao direito à vida no ordenamento e aborda as decisões judiciais acerca da matéria, sobretudo aquela proferida no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF. O artigo prossegue investigando como a Constituição e a legislação definem e estabelecem proteção à pessoa com deficiência e qual é o seu papel social e jurídico na sociedade brasileira, além de fazer uma breve explanação sobre o princípio da igualdade. Por fim, concluímos que o feto anencefálico difere totalmente do feto com deficiência, que o direito à vida não é protegido desde a concepção, mas sim a partir da formação do tronco encefálico e que o aborto voluntário até o terceiro mês de gestação encontra respaldo na Constituição e no ordenamento. Entretanto, a realização de interrupção da gestação unicamente tendo por motivo deficiência congênita não encontra respaldo nas disposições que asseguram a aplicabilidade do princípio da igualdade, o que resulta em inconstitucionalidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Aborto Seletivo. Descriminalização do Aborto. Pessoa com Deficiência. Proteção Jurídica da Vida. Igualdade.

**ABSTRACT:** This article investigates the possibility of decriminalizing selective abortion, that is the interruption of pregnancy in cases in which the fetus presents a disability. Thus, it addresses the difference between abortion for eugenics purposes and selective interruption of pregnancy, including an outline of the panorama of the protections afforded the right to life under existing law and the jurisprudence on the subject, especially that related to Allegation of a Violation of a Fundamental Right no. 54/DF. The article proceeds to investigate how

the Constitution and legislation define and establish protections of the disabled and what their social and legal role is in Brazilian society, as well as presenting a brief explanation of the principle of equal protection. Finally, we conclude that an anencephalic fetus differs totally from a disabled fetus, that the right to life is not protected from conception, but rather from the formation of the brainstem, and that a voluntary abortion until the third month of pregnancy is supported by the Constitution and the existing legal framework. However, the interruption of pregnancy solely due to a congenital disability finds no support in the provisions guaranteeing the application of equal protection principles and is thus unconstitutional.

**KEYWORDS:** Selective Abortion. Abortion Decriminalization. Disabled Persons. Legal Protection of Right to Life. Equal Protection.

## **INTRODUÇÃO**

A questão do Aborto no Brasil, assim entendida como a interrupção voluntária do estado gravídico, foi (e ainda é) permeada por diversas questões de ordem jurídica, social, ética e moral e envolve profundo embate psíquico que, aliado a uma legislação arcaica e distante da realidade enfrentada por diversas mulheres, suscita problemas que acabam sendo enfrentados pelos Tribunais, sem uma reflexão da sociedade sobre o tema.

Apesar de o Código Penal ter admitido, ainda em 1940, a possibilidade de abortamento em casos específicos, a situação só foi efetivamente implementada em 1989 com a abertura, na cidade de São Paulo, do primeiro serviço público de atendimento a mulheres para a realização do procedimento (COLAS et al., 1994, p. 81-85).

A dificuldade de acesso ao aborto legal ainda persiste, não obstante os mais de 30 anos implementação do serviço, e tem suscitado diversas reações por parte dos agentes políticos, membros do judiciário e da própria sociedade, além de entidades favoráveis à interrupção voluntária da gestação, como também de entidades que se posicionam de forma contrária ao abortamento.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, afirma a inviolabilidade do direito à vida, entretanto é silente quanto ao início da proteção deste direito, o que abre diversas possibilidades para alteração da legislação quanto ao tema que, inclusive, foi e está sendo objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal.

Assim, o presente artigo busca investigar possibilidade de Aborto Seletivo à luz da Constituição e dos princípios que garantem o direito à vida e à igualdade, bem como a relação existente entre estes princípios e a autonomia da vontade e demais fundamentos da Bioética.

## 1 INTERRUPTÃO SELETIVA DA GESTAÇÃO.

O aborto, conforme o entendimento de Ronald Dworkin (2009, p. 1), consiste na opção de matar um embrião em formação, antes do começo da vida extrauterina.

Débora Diniz e Marcos de Almeida (1998, p. 126-127) dividem a interrupção gestacional em quatro subtipos, quais sejam, (i) interrupção eugênica da gravidez, realizada com o intuito de preservar a pureza da raça, como ocorreu na Alemanha nazista ou para promover o nascimento de apenas um dos sexos, como se verificou durante a política do filho único na China comunista; (ii) interrupção terapêutica da gestação, realizada com o objetivo de salvar a vida da gestante, prevista como excludente de ilicitude pelo Código Penal Brasileiro de 1940; (iii) interrupção seletiva da gestação, que ocorre em razão de eventual lesão fetal, incompatível ou não com a vida e, por fim, (iv) a interrupção voluntária da gestação, que pressupõe a autonomia da gestante ou das partes envolvidas, que não mais desejam a gravidez.

Para fins deste estudo, o que nos interessa é o aborto seletivo e como ele deve ser tratado a luz do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo após a decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF que incluiu, entre as hipóteses de exclusão de ilicitude, o aborto do feto anencefálico.

Preliminarmente, é importante destacar que a interrupção seletiva da gravidez não se confunde com a interrupção eugênica da gestação. Novamente, valendo-nos das lições de Debora Diniz e Marcos Almeida (1998, p. 126-127), concluímos que na interrupção seletiva da gestação há participação ativa da gestante ou do casal, enquanto o aborto eugênico ocorre independentemente da vontade das partes e, unicamente, para fins de suposto aprimoramento genético. Em outras palavras, a eugenia através do aborto é tida como parte de uma política ou ideologia de extermínio, vejamos:

(...) Outro motivo que nos fez diferenciar a saúde mental fetal para a escolha da terminologia a ser adotada foi o fato de vários escritores

denominarem a ISG de IEG. Este é um exemplo interessante do que denominamos ‘terminologia de guerra’. O termo ‘seletivo’, para nós, remete diretamente à prática a que se refere: é aquele feto que, devido a malformação fetal, faz com que a gestante não deseje o prosseguimento da gestação. Houve, é claro, uma seleção, só que em nome da possibilidade da vida extra-uterina ou da qualidade de vida do feto após o nascimento. Tratar, no entanto, o aborto seletivo com eugênico é nitidamente confundir as práticas. Especialmente porque a ideologia eugênica ficou conhecida por não respeitar a vontade do indivíduo. A diferença fundamental entre a prática do aborto seletivo e a do aborto eugênico é que não há obrigatoriedade de se interromper a gestação em nome de alguma ideologia de extermínio de indesejáveis, como fez a medicina nazista. A ISG ocorre por opção da paciente.

Apesar de concordarmos com entendimento exarado pela antropóloga acima, vale destacar que o Ministro Marco Aurélio Mello (2012), no voto<sup>1</sup> que descriminalizou a interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo, não levou em consideração esta distinção. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o Ministro limitou-se a afirmar que aborto do embrião anencefálico não se compara ao aborto eugênico, pois não se refere à criança com deficiência, mas sim à condição incompatível com a vida extrauterina.

Assim, podemos inferir que o Ministro colocou o aborto eugênico no mesmo patamar do aborto seletivo, entendendo que, ao menos para os fins da decisão, não haveria uma distinção relevante entre ambas as espécies.

Portanto, para fins desta análise, assumimos que o aborto seletivo é aquele realizado com o consentimento da gestante exclusivamente para impedir o nascimento de crianças com deficiência pelos mais variados motivos, que vão desde questões econômicas, perpassam pela autonomia

---

1 Acerca do aborto eugênico o Ministro Marco Aurélio Mello ressalta que: “Cumprir rechaçar a assertiva de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo consubstancia aborto eugênico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepam de padrões imoralmente eleitos. Nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dúbio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênicas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portador de deficiência grave que permita sobrevivência extrauterina. Cuida-se tão somente de anencefalia. Na expressão da Dra. Lia Zanotta Machado, ‘deficiência é uma situação onde é possível estar no mundo; anencefalia, não’. De fato, a anencefalia mostra-se incompatível com a vida extrauterina, ao passo que a deficiência não”. (Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 54. Distrito Federal).

da vontade da gestante, até a falta de disponibilidade para assumir uma pessoa com condições atípicas, sejam elas de ordem neurológica ou física.

## 2 PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Antes de adentrarmos na questão da possibilidade do aborto no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, é necessário trazer algumas considerações sobre a pessoa com deficiência e sua proteção jurídica, já que estamos tratando de aborto seletivo.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo diversos dispositivos que tratam especificamente e diretamente da pessoa com deficiência, como e.g. o artigo 7º, inciso XXXI, que trata da proibição de discriminação no ambiente de trabalho, o artigo 23, inciso II, que dispõe sobre a competência comum dos entes federativos para cuidar da saúde e assistência da pessoa com deficiência, o artigo 24, inciso XVI, que estabelece a competência concorrente dos entes federativos para legislar sobre a proteção e integração da pessoa com deficiência, o artigo 37, inciso VII, sobre a reserva de vagas em cargos e empregos públicos, o artigo 203, inciso IV, que trata da habilitação e reabilitação da pessoa com deficiência, além da sua integração à vida comunitária pela assistência social, entre outros.

Ademais, o texto constitucional congrega outras disposições que enfatizam e consagram a busca pela igualdade material entre todos aqueles, independentemente das condições físicas, raciais, psíquicas ou sociais, que integrem a sociedade brasileira. Destaque-se a dignidade da pessoa humana com fundamento da República (artigo 1º, inciso III), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária com objetivo fundamental (artigo 3º, inciso I) e, sobretudo, a igualdade perante a lei, nos termos do artigo 5º, *caput* da Constituição.

Cumpre-nos, então, definir quem são essas pessoas objeto da proteção constitucional acima e como, então, devem ser consideradas para fins do presente estudo.

Luiz Alberto David Araujo (2001, p. 20), em precioso trabalho sobre o tema, faz uma abordagem ampla sobre o conceito de deficiência<sup>2</sup>,

---

2 Sobre a pessoa com deficiência (ARAUJO, 2001, p. 20): "O que define a pessoa com deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa com deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade, de estar incluído socialmente. O grau de dificuldade para a inclusão social é que definirá quem é ou não pessoa com deficiência."

passando por uma detalhada análise que engloba a conceituação do verbete “deficiente” nos dicionários atuais – que passa uma ideia de ausência de algo ou falha em alguma coisa – até uma definição social que engloba todos os indivíduos cujo grau de dificuldade de integração à sociedade é relevante, conforme o meio em que o indivíduo está inserido.

Já legislação sobre o tema também traz algumas definições importantes. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (Decreto nº 6.949/2009), que foi promulgada em 25 de agosto de 2009, traz a seguinte definição em seu Artigo 1º:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência<sup>3</sup> (Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015), em seu artigo 2º, *caput*, transcreve, de forma quase idêntica a definição trazida pela Convenção acima, acrescentando que “a avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar (...)”.

Portanto, podemos concluir que a doutrina e a legislação adotam conceitos bastante abrangentes no que concerne à definição de pessoa com deficiência e, ao invés de rol taxativo, opta por uma abordagem individualizada de cada caso que envolve atipicidade.

Para nós, no âmbito deste trabalho, o que efetivamente interessa é aquela deficiência congênita, que pode ser identificada já no âmbito da gestação e, levando em conta fatores de ordem social e psíquica, podem resultar em dificuldades para o indivíduo após o nascimento.

### **3 POSSIBILIDADE DE ABORTO NO ÂMBITO DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

Apesar de a Constituição proteger o direito à vida, no artigo 5º, *caput*, conforme mencionado alhures, não há no texto qualquer menção acerca do momento em que essa proteção se efetivaria. Em outras palavras o legislador

3 Art. 2º. 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.

deixou a questão em aberto, o que poderia favorecer a descriminalização da interrupção da gestação.

O Código Penal de 1940 (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), por outro lado, tipifica a prática em qualquer circunstância que não sejam aquelas descritas no artigo 128 do texto legal, a saber, a interrupção da gestação por médico para salvar a vida da gestante e no caso da gravidez resultante de estupro com o consentimento da gestante.<sup>4</sup>

Ademais, a Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental nº 54/DF, já referida neste artigo, declarou inconstitucional a interpretação que tipifica a hipótese de interrupção da gravidez de feto anencefálico, visto que, conforme o entendimento da Suprema Corte, a anencefalia é condição incompatível com a vida protegida pela Constituição.

Resta saber, ainda, se as disposições sobre o aborto no Código Penal, editado sob a égide de constituição anterior, foram recepcionadas pelo atual texto constitucional. O Supremo Tribunal Federal, em análise preliminar sobre a questão, no bojo do Habeas Corpus nº 124.306/ RJ, impetrado para afastar a prisão preventiva de um casal que realizava intervenção médica para a interrupção de gestações indesejadas com o conhecimento da gestante, ou seja, na hipótese de aborto voluntário, optou novamente pela interpretação conforme dos artigos 124 a 126 do Código Penal<sup>5</sup>, entendendo pela descriminalização da prática até o terceiro mês de gestação.

O Ministro Luís Roberto Barroso, em voto proferido quando da concessão do writ acima mencionado, entendeu que a criminalização da

---

4 Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

5 Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena – detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 – Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de três a dez anos

Art. 126 – Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de um a quatro anos

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

prática em determinadas circunstâncias viola diversos direitos fundamentais, como a autonomia da mulher e sua liberdade individual, seu direito à integridade física e psíquica, seus direitos sexuais e reprodutivos, a igualdade de gênero – que incentiva uma visão idealizada da maternidade –, além do princípio da proporcionalidade, em que a tipificação da conduta só se justificaria se “(i) for adequada à tutela do direito à vida do feto (adequação); (ii) se não houver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e seja menos restritivo dos direitos das mulheres (necessidade); e (iii) a tipificação se justificar a partir da análise de seus custos e benefícios (proporcionalidade em sentido estrito)”.

Ao nosso ver, o entendimento do Supremo mostra-se acertado e consubstancia-se em grande avanço civilizatório, pois encontra respaldo na ordem jurídica, já que a criminalização do aborto não evita a prática, que geralmente é realizada em circunstâncias insalubres e com grandes riscos para a gestante, além de impor à mulher uma dupla penalização, pois além de ter que arcar com o fardo de ter optado por interromper a gestação, ainda se vê obrigada a responder pela conduta na esfera penal, perpetrando práticas patriarcais e incompatíveis com a ordem jurídica.

Em outras palavras, a tipificação do aborto não contribui para a proteção ao direito à vida, visto que, apenas em 2019, o Sistema Único de Saúde registrou quase 200.000 (duzentas mil) internações por conta de aborto, sendo que o aborto legal corresponde a apenas 1% do número de internações, ou seja, independentemente da pena, o aborto continua a ser praticado no país, de forma clandestina, insegura e insalubre (LICHOTTI; MAZZA; BUONO, 2020).

Sobre a autonomia da mulher e sua liberdade individual, saliente-se que, para além das questões de ordem jurídica, um dos princípios da bioética é, justamente o princípio da autonomia, que estabelece o respeito às decisões do paciente com relação aos rumos terapêuticos que pretende seguir.<sup>6</sup>

---

6 Sobre os princípios da bioética, Francesco Bellino (1997, p. 198-199) assevera: “O princípio da autonomia estabelece o respeito pela liberdade do outro e das decisões do paciente e legítima a obrigatoriedade do consento livre e informado, para evitar que o enfermo se torne um objeto.

O princípio de beneficência ou beneficência (beneficente) estabelece a obrigação de cumprir o bem terapêutico do paciente. Junto a este princípio, mesmo se diferente, vem o princípio de não maleficência ou de não-malevolência (não-maleficente), que prescreve, como o preceito hipocrático, não prejudicar (*neminem laeder, primum non nocere*) e não fazer ao outros um mal ao qual o indivíduo não se opõe e presumivelmente consente, para evitar danos e para justificar a necessidade de controlar a imposição de riscos”.

Apesar da existência, por outro lado, do princípio da beneficência, atrelado a não-malevolência, que dispõe sobre a necessidade do profissional de saúde buscar a melhor alternativa terapêutica para o paciente, entendemos que, no caso do aborto voluntário, o melhor interesse da paciente só é atingido com a efetivação do procedimento de interrupção estacional. Isto porque, a gestação envolve mudanças físicas, psíquicas e sociais que somente a gestante experimenta e, portanto, cabe somente a ela decidir sobre os rumos da gestação.

Outrossim, para fins de adequação ao ordenamento jurídico, cabe-nos indagar se o feto é ou não um ser vivo passível de proteção jurídica. Para melhor compreensão da questão, vale trazer ao presente estudo uma definição jurídica de morte. Observe-se que não pretendemos esgotar o tema, mas apenas trazer uma definição que se alinhe aos preceitos jurídicos e aos avanços científicos, que, assim como no tema envolvendo o início da vida humana, experimentou, nas últimas décadas, um avanço significativo no sentido de estabelecer um marco específico ao momento da morte.

Convém ressaltar, entretanto, que, assim como a vida, a morte é um processo que se inicia com o nascimento com vida e termina com a falência da última célula do corpo<sup>7</sup>. Portanto, para fins deste estudo, o que nos interessa é a morte encefálica, pois, ao nosso ver, é com a sua efetivação que os direitos de personalidade se encerram.

A morte encefálica, portanto, conforme preconiza o Conselho Federal de Medicina na Resolução nº 2.173, de 23 de novembro de 2012, consiste “na perda completa e irreversível das funções encefálicas, definida pela cessação das atividades corticais e de tronco encefálico”<sup>8</sup>.

Assim sendo, transportando a definição de morte encefálica para o marco inicial de proteção à vida, temos que antes do desenvolvimento de sistema nervoso central, por volta da 12<sup>a</sup> semana de gestação, ou seja, antes de o feto tornar-se responsivo ao ambiente, não haveria proteção

---

7 A professora Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos (1997), sobre o conceito jurídico de morte, ensina que: “Em Hermenêutica Jurídica o conceito de morte é um conceito aberto, assim considerado porque seus elementos constitutivos são dados pela ciência médica, mas sua interpretação é jurídica.

O conceito de morte interessando às diversas ciências biológicas, médicas, jurídicas e sociais, está longe de ter um consenso do momento real de sua ocorrência. Assim sendo, o Direito não define o que seja a morte, nem o que seja a vida. É preciso, porém, fazermos uma distinção entre a morte, o morrer e o morto”.

8 Resolução nº 2.173, de 23 de novembro de 2012 que define os critérios do diagnóstico de morte encefálica.)

jurídica à vida, o que torna o aborto voluntário até então uma conduta legítima.

Por fim, vale trazer o entendimento de Ives Gandra Martins (apud MIRANDA; SILVA; 2008, p. 145-146)<sup>9</sup>, que para demonstrar sua forte oposição a qualquer tipo de interrupção gestacional, denomina o aborto como homicídio uterino. Para tanto, alega que, por se tratar de uma célula com potencialidade de vida, o zigoto não poderia prescindir de proteção jurídica, pois seria um “ser humano” desde a sua concepção.

Para o jurista, os dispositivos que tratam da excludente de ilicitude do aborto no Código Penal não foram recepcionados pela Constituição de 1988, já que o artigo 5º do texto magno estabelece a inviolabilidade do direito à vida.

Entretanto, entendemos de forma diversa. Ao nosso ver, nem o zigoto, nem o feto antes do desenvolvimento do sistema nervoso central, gozam proteção jurídica. Por um lado, a proteção jurídica de uma mera expectativa de vida colide frontalmente com os direitos à autonomia e à saúde da gestante. De outra feita, sem o sistema nervoso central, não há personalidade, não há sensações e nem responsividade ao meio, o que torna o feto apenas uma expectativa de ser humano, e não um indivíduo em si mesmo.

Neste sentido, entendemos que não há óbice jurídico à interrupção da gestação até a formação do sistema nervoso central do feto, cabendo à gestante decidir os rumos da gravidez.

#### 4 POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ABORTO SELETIVO

Estabelecida a legitimidade jurídica da conduta da gestante no que concerne ao aborto até a formação do sistema nervoso central do feto, cumpre-nos indagar se é possível limitar esta possibilidade apenas à

---

9 Ives Gandra Martins (apud MIRANDA; SILVA; 2008, p. 145-146) sobre a possibilidade jurídica do aborto em qualquer situação: “Trata-se, pois, desde a primeira célula, de um ser humano, e não de um animal. Se admitíssemos que ainda não fosse um ser humano, apesar de toda a carga genética e seu mapa definitivo de ser humano já estar plasmado no zigoto, teríamos que admitir que todos nós teríamos sido animais nos primeiros anos de vida e só depois nos transformado em seres humanos.

(...)

Entendo que a Constituição Federal não admitiu a hipótese de aborto sentimental, porque, pela primeira vez, faz menção ‘a inviolabilidade do direito à vida’ e não mais, como nos textos passados, o respeito aos ‘direitos concernentes à vida’. O discurso atual é direto e claríssimo, ao determinar que a inviolabilidade é do direito à vida, e não apenas o respeito a direitos concernentes à vida”.

existência de anomalias congênicas na gestação que impeçam ou limitem a convivência da criança gerada em sociedade.

Essa hipótese tornou-se objeto de discussão, sobretudo, após a descriminalização do aborto no caso de feto anencefálico pelo Supremo Tribunal Federal, pois acentuou a ideia de que o anencéfalo seria uma pessoa com deficiência e, portanto, o direito conferido à gestante do anencéfalo poderia ser estendido às mulheres grávidas de feto com deficiência identificável por meio de exames pré-natais.

Entretanto, entendemos que o diagnóstico de anencefalia não pode ser comparado ao de deficiência congênita. Primeiro porque, no caso de anencefalia, a morte da criança, se nascida com vida, é uma certeza. Segundo porque o ordenamento jurídico pátrio não abarca determinados tipos de discriminação e, viabilizar o aborto para, apenas e tão somente, fetos com deficiência, antes ou depois da décima-segunda semana de gestação não encontra fundamento de validade na Constituição, conforme veremos a seguir.

É fundamental dizer que a decisão que incluiu o aborto do feto sem o tronco cerebral nas hipóteses de exclusão de ilicitude do tipo penal resulta, necessariamente, em natimorto. Não há nada que indique qualquer comparação, para fins jurídicos, do feto anencéfalo com um feto com deficiência congênita.

Um - o anencefálico - é a antítese da vida, enquanto o outro, não obstante eventuais limitações, pode levar uma vida plena, não só do ponto de vista jurídico, mas também do ponto de vista social, por meio de diferentes instrumentos, implementados nos mais diversos meios e áreas de conhecimento, para o alcance da igualdade material. Afinal, a pessoa com deficiência não pode ser considerada um estorvo para a sociedade, mas sim como parte integrante do corpo social, apta a exercer direitos e deveres, como todos os demais indivíduos.

Assim, a descriminalização do aborto do feto anencefálico, por si só, não autoriza a descriminalização do aborto de fetos com alguma atipicidade, já que as duas situações aqui envolvidas são substancialmente divergentes.

Resta saber, contudo, se a Constituição autorizaria a realização da interrupção da gestação, única e tão somente, utilizando como critério a existência ou não de deficiência em um determinado feto, independentemente do momento gestacional.

Preliminarmente, é importante entender quando a Constituição autoriza comportamentos discriminatórios, já que o que se pretende é o alcance da igualdade material.

Como bem ponderou Celso Antônio Bandeira de Mello (2021, p. 13):

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas e em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos.

Com se vê, a lei nada mais faz do que erigir determinadas categorias de indivíduos. Em outras palavras, as normas jurídicas elegem determinada característica ou situação para fins de regular determinada conduta aplicável a este ou aquele grupo de indivíduos.

Esse tipo de discriminação, levado a efeito pela própria legislação, não pode eleger elemento externo à situação ou à pessoa como fator de discriminação, como por exemplo o tempo. É claro que a lei estabelece datas e lapsos temporais. Entretanto, o que se discrimina, neste caso específico, não é a passagem do tempo, mas sim os acontecimentos que ocorreram durante determinado período.

Não se pode, ainda, estabelecer um critério de discriminação tão específico que, no momento da elaboração da norma, já se saiba quem é o indivíduo beneficiado ou atingido pela norma, sob pena de se estabelecer perseguições ou favoritismos incompatíveis com o preceito isonômico.

Portanto, estabelecidas as vedações, ainda que de modo perfunctório, resta saber se os critérios que discriminam fetos com deficiência congênita, verificável por meio de exames pré-natais, podem ser divergentes daqueles aplicados aos fetos sem qualquer atipicidade aparente.

Apesar de a própria lei, em diversas situações, criar discriminações positivas para pessoas com deficiência, com e.g., vagas próprias em concursos públicos, entendemos que criar uma categoria jurídica que permita a discriminação de fetos com deficiência para fins de excludente

de ilicitude com relação à interrupção da gestação não encontra respaldo no ordenamento jurídico.

Novamente, socorremo-nos dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello. Insta-nos averiguar se existe correlação lógica entre o fator de discriminação (feto com deficiência) e o tratamento diverso dado a gestante (possibilidade de interrupção da gestação).

É certo que a mãe de pessoa atípica pode enfrentar dificuldades que as outras mães não enfrentam. Isso ocorre, sobretudo, em razão do sistema discriminatório que foi instalado no país desde os primórdios e que, até os dias atuais, repercute negativamente na sociedade, ao arrepio dos mais modernos instrumentos legislativos de proteção da pessoa com deficiência.

Para ilustrar a afirmação acima, é válido trazer à luz os mais diversos termos já utilizados pela legislação ao longo da história para denominar pessoas com deficiência, como as expressões “loucos de todo o gênero” (Código Civil de 1916), pessoa “alienada” ou “débil mental” (Código Penal de 1940), “aleijão ou deformado” (Código Civil 1916) e pessoa “com defeito” (Código Civil de 1916). Essa forma de se referir aos indivíduos, aliada a uma política nitidamente excludente, cujos reflexos ainda se mostram presentes na legislação<sup>10</sup>, transformam uma gestação de feto com deficiência em uma experiência particularmente desafiadora para a mulher.

Portanto, em um primeiro momento, sem que uma reflexão mais detida sobre a questão possa se desenvolver, poderíamos entender que há uma correlação lógica entre o fator discriminador e a conduta que autoriza um tratamento jurídico diverso à situação.

Entretanto, convém ressaltar que a deficiência, nos dias atuais, deve ser encarada como parte da diversidade humana, como uma característica do indivíduo, que só deve ser erigida para fins de discriminação positiva<sup>11</sup>, visando ao pleno exercício de direitos, no sentido de mitigar eventuais barreiras que possam existir<sup>12</sup>.

10 Vide, por exemplo, o Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020, que, dentre outras disposições, prevê a possibilidade de criação de escolas especializadas, sob a justificativa de que instituições de ensino regulares não atendem às necessidades de determinados indivíduos.

11 Eugênia Augusta Gonzaga Fávero (2006, p. 148) sobre a possibilidade de discriminação positiva de pessoas com deficiência: “Ou seja, enquanto são proibidos os tratamentos desiguais que impliquem negação a direitos em geral, as medidas especiais ou afirmativas são válidas justamente por facilitarem o acesso”.

12 Sobre a busca da igualdade material, Luiz Alberto David Araujo (2001, p. 87) assevera que: “Ao lado da igualdade formal, ou seja, a igualdade perante a lei, devemos assinalar a igualdade na lei. O constituinte

Ingo Wolfgang Sarlet e Gabrielle Bezerra Sales Sarlet (2017, p. 220-221), com proficiência, alertam que:

A deficiência, no entanto, persiste como um dogma na sociedade ocidental, especialmente nos dias atuais, em que se busca cada vez mais ansiosamente pela padronização de um ideal de perfeição. Quanto mais se utiliza a medicalização para conter, dominar e transformar o ser humano, mais efeitos nocivos se detecta para a ideia de inclusão dos diferentes. Convém lembrar que a concretização do direito à igualdade somente se aperfeiçoa na medida em que se contempla na mesma medida o direito à diferença e, no que tange às pessoas deficientes, deve se falar igualmente do direito à inclusão. Pois o direito à inclusão é, na contemporaneidade, a consequência natural do amadurecimento da teoria dos direitos fundamentais, e daí a sua afirmação deve ser pluridimensional, no intuito de alcançar a máxima efetividade.

Dentro deste mesmo raciocínio – no sentido de que a atipicidade é uma característica e não um “defeito” – entendemos que um critério discriminatório que permita a interrupção da gestação de fetos com deficiência não pode ser tido como válido pois não guarda correlação lógica com a conduta diferenciadora.

Ao nosso ver, a mera existência de uma característica, ainda que este traço específico possa implicar em barreiras sociais, conforme a legislação, não tem o condão de permitir o aborto tendo como fundamento esta particularidade.

Contudo, é bom deixarmos claro – se é que já não está evidente – que este estudo não encontrou óbice para a legitimidade de a conduta ser considerada válida para todos os casos de gestação, a depender da vontade da gestante, até a formação do tronco encefálico.

Além da necessidade de um critério racional lógico para a descriminalização do aborto apenas do feto com deficiência, mantendo

---

originário, incondicionado, ilimitado e criador da nova ordem jurídica, visou proteger grupos determinados, situações específicas e certos valores. Sua escolha é desvinculada de qualquer critério preestabelecido, sendo, na realidade, um ato político. Assim, teve atenção especial para a gestante, o trabalhador, as populações indígenas, o meio ambiente etc. No rol das pessoas protegidas surgem as com deficiência, que recebem amparo singular, este necessário para que se igualem na lei. A zelar por esses grupos ou interesses, o constituinte originário quis, na realidade, dar as mesmas condições das pessoas sem deficiência. A igualdade material (vista sob o ângulo de proteção de certos grupos sociais) nada mais é do que a explicitação de princípios constantes nos fundamentos e objetivos do Estado Brasileiro, enunciados respectivamente, nos artigos primeiro e terceiro: (...)”

a proibição para os demais tipos de gestação, há ainda a necessidade de respaldo da conduta diferenciadora na Constituição Federal.

Neste ponto, o ordenamento jurídico é bastante claro, pois além dos esforços promovidos pelo legislador constitucional no sentido integrar a pessoa com deficiência à sociedade, diversos mecanismos legais foram tomando estatura e criando mecanismos para fortalecer a diversidade do corpo social.

Ressalte-se que a promoção da diversidade e proteção de minorias através de instrumentos jurídicos não se restringe à pessoa com deficiência. Desde 1988, uma série de grupos minoritários tem encontrado na lei e na jurisprudência ferramentas aptas a promover uma redução dos obstáculos enfrentados na busca da igualdade material.

Dentre os instrumentos que aperfeiçoaram o conteúdo do texto constitucional, tendo em vista que a Lei Magna coloca como objetivo primordial da República construir uma sociedade livre, justa e solidária, inferindo que deve haver integração e participação igualitária de todos os cidadãos na construção da sociedade, não só do ponto de vista econômico, como também, trazendo protagonismo a setores que, em razão dos mais variados fatores, são menos participativos, podemos citar a Lei nº 9.100/95, que estabelece quotas para candidaturas de mulheres (art. 11, § 3º) e a Lei nº 13.409/2016<sup>13</sup>, que alterou a redação da Lei 12.711/2012, incluindo a reserva vagas em universidades a pessoas pretas, pardas, indígenas e com deficiência<sup>14</sup>.

A partir daí, nos parece claro que qualquer tipo de discriminação de pessoas com deficiência, que não vislumbre a integração à sociedade e a busca da igualdade material, não encontra respaldo constitucional e legal.

Se a legislação e a jurisprudência vierem a eleger qualquer característica do feto para fins de realização da interrupção da gestação que não seja a total incompatibilidade com a vida extrauterina – como

---

13 Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

14 Sob uma ótica internacional diferenciada e atrelada ao direito internacional e à proteção das populações vulneráveis, vide o estudo de Brian D. Lepard (2020).

no caso do feto anencefálico – resta evidente a inconstitucionalidade da disposição ou da decisão judicial.

Em outras palavras, se entendermos, como no bojo deste estudo, que a vida humana só é juridicamente protegida quando da formação do tronco encefálico e do desenvolvimento das primeiras atividades cerebrais, assim como a morte só se caracteriza, para efeitos jurídicos, com fim destas mesmas atividades cerebrais, podemos concluir que a interrupção da gestação, até o advento da 12<sup>a</sup> (décima-segunda) semana de gestação, é possível para todas as gestantes, independentemente da condição do feto.

Em contrapartida, não há elementos no ordenamento que permitam que apenas os fetos atípicos possam ser objeto de interrupção da gestação, salvaguardando os demais da possibilidade de abortamento.

## **5 CONCLUSÕES**

1. A interrupção seletiva da gestação é aquela realizada, com consentimento da gestante, em razão de deficiência congênita verificada no feto gestado. Ao contrário do aborto eugênico, o aborto seletivo só é realizado se houver manifestação de vontade da gestante ou das partes envolvidas na gestação.

2. Pessoa com deficiência é aquele que, em razão de uma característica específica, que perdure a longo prazo ou de forma permanente, encontre limitações e barreiras que obstruam a sua capacidade de exercer a cidadania plena.

3. O aborto voluntário, aquele realizado em razão, única e exclusivamente da vontade da gestante, encontra fundamento de validade na Constituição e na Legislação até a formação do tronco encefálico do feto.

4. O direito à vida passa a ter proteção jurídica somente por volta de 12<sup>a</sup> semana de gestação, quando o tronco encefálico se desenvolve e o feto passa a ser responsivo ao ambiente.

5. O direito à vida deixa de ter proteção jurídica com a morte encefálica, assim definida como o fim das atividades corticais do tronco encefálico.

6. O feto anencefálico é um natimorto, incompatível com a vida e, portanto, não pode ser comparado ao feto com deficiência congênita.

7. O aborto seletivo é incompatível com o ordenamento jurídico e com o princípio da isonomia, já que inexistente correlação lógica entre a interrupção da gestação e a atipicidade do feto. Ademais, a Constituição de 1988 tem como objetivo mitigar diferenças e promover a igualdade material do cidadão, através de mecanismos de proteção e de ações afirmativas, o que torna a discriminação do feto para fins de aborto, em razão exclusivamente da deficiência, inconstitucional.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência*. 3. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2001.

BELLINO, Francesco. *Fundamentos da Bioética: Aspectos Antropológicos, Ontológicos e morais*. Tradução: Nelson Souza Canabarro; São Paulo: EDUSC, 1997. p. 198-199.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus nº 124.306. Rio de Janeiro. Pacientes: Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. 29 de novembro de 2016. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Distrito Federal. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator: Min. Marco Aurélio. 12 de abril de 2012. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>.

COLAS, Osmar R. Colas; NETO, Jorge Andolaft; ROSAS, Cristiano Fernando; KATER, José R.; PEREIRA, Irotilde G. *Aborto legal por estupro – primeiro programa público no país*. Bioética, Brasília, volume 2, n. 1, 1994, p. 81-85. Disponível em: [https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/447](https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/447).

DINIZ, Débora; ALMEIDA, Marcos de. *Bioética e Aborto*. Iniciação à Bioética. Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 125-137. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/inicio%20%20biotica.pdf>.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. Tradução Jefferson Luiz de Camargo. Revisão da Tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *O Princípio da Igualdade e sua Implementação pelas Convenções Internacionais*. Dissertação de mestrado. São Paulo: PUC/SP, 2006. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/7168/1/EUGENIA%20AUGUSTA%20GONZAGA%20FAVERO.pdf>.

LEPARD, Brian D. *A legalidade e a ética de medidas especiais para proteger populações vulneráveis sob o direito internacional*. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 113-157, jan./jun. 2020.

LICHOTTI, Camila, MAZZA, Luigi, BUONO, Renata. Abortos Diários no Brasil. *Revista Piauí*. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/os-abortos-diarios-do-brasil/>.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Conceito Médico-Forense de Morte. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo. V.92, 1997. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67369>.

SARLET, Ingo Wolfgang e SARLET, Gabrielle Bezerra Sales Sarlet. Igualdade Como Proibição de Discriminação e Direito à (e Dever de) Inclusão: o Acesso ao Ensino Superior e a Regulamentação do Estatuto Brasileiro das Pessoas com Deficiência. *Revista de Direito Público*. RDU, Porto Alegre, Volume 14, n. 78, 2017, 197-226.

