

Este texto foi publicado no Jus no endereço
<https://jus.com.br/artigos/62842>
Para ver outras publicações como esta, acesse <https://jus.com.br>



A interrupção voluntária da gestação, o Direito Penal e a análise do tema no Supremo Tribunal Federal

A interrupção voluntária da gestação, o Direito Penal e a análise do tema no Supremo Tribunal Federal



Thomás Luz Raimundo Brito

Publicado em 12/2017. Elaborado em 12/2017.

O artigo analisa a interrupção da gravidez à luz do disposto no Código Penal e na Constituição Federal, bem como aborda o tema na jurisprudência da Suprema Corte brasileira.

O Código Penal criminaliza a interrupção voluntária da gestação e dispõe, *in verbis*:

“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 debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por

qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.”

O próprio Código Penal excepciona duas situações, *litteris*:

“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.”

Logo, a lei penal, em regra, tipifica a interrupção voluntária da gravidez e somente a admite se a gestação resultar de estupro, ou não houver outro meio de salvar a vida da gestante (art. 128, do Código Penal).

Saliente-se que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, entendeu que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não configura o delito de aborto. Eis a ementa do acórdão1 (#sdfnote1sym) :

“ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”. (ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013).

Cabe transcrever, a propósito, trechos do informativo do citado julgamento publicado no *site* da Suprema Corte:

“(…) Nestes termos, aludiu que o anencéfalo, assim como o morto cerebral, não deteria atividade cortical, de modo que se mostraria deficiente de forma grave no plano neurológico, dado que lhe faltariam não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas. Portanto, o feto anencefálico não desfrutaria de nenhuma função superior do sistema nervoso central 'responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade' Ressaiu, pois, que essa má-formação seria doença congênita letal, pois não haveria possibilidade de desenvolvimento de massa encefálica em momento posterior, pelo que inexistiria, diante desse diagnóstico, presunção de vida extrauterina, até porque

seria consenso na medicina que o falecimento diagnosticar-se-ia pela morte cerebral. Anotou que, em termos médicos, haveria dois processos que evidenciariam o momento morte: o cerebral e o clínico.

(...) [a maioria dos Ministros] observou que seria improcedente a alegação de direito à vida dos anencéfalos, haja vista que estes seriam termos antitéticos. Explicou que, por ser o anencéfalo absolutamente inviável, não seria titular do direito à vida, motivo pelo qual o conflito entre direitos fundamentais seria apenas aparente, dado que, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontraria o direito à vida ou à dignidade humana de quem estivesse por vir. Assentou que o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, seria juridicamente morto, de maneira que não deteria proteção jurídica, principalmente a jurídico-penal. Corroborou esse entendimento ao inferir o conceito jurídico de morte cerebral da Lei 9.434/97, de modo que seria impróprio falar em direito à vida intra ou extrauterina do anencéfalo, natimorto cerebral. Destarte, a interrupção de gestação de feto anencefálico não configuraria crime contra a vida, porquanto se revelaria conduta atípica. Advertiu que, nas décadas de 30 e 40, a medicina não possuiria recursos técnicos necessários para identificar previamente a anomalia fetal, por isso, a literalidade do Código Penal de 1940 certamente estaria em harmonia com o nível de diagnósticos médicos existentes à época, o que explicaria a ausência de dispositivo que previsse expressamente a atipicidade da interrupção da gravidez de feto anencefálico. Nesse aspecto, lembrou que se trataria do mesmo legislador que, para proteger a honra e a saúde mental ou psíquica da mulher, considerara impunível o aborto provocado em gestação oriunda de estupro em hipótese de feto plenamente viável. Assim, entendeu ser lógico que, apesar da falta de previsão expressa no Código Penal de 1940, o feto sem potencialidade de vida não pudesse ser tutelado pelo tipo incriminador em comento. (...) Aclarou que, quando a Constituição reportara-se a 'direitos da pessoa humana' e a 'direitos e garantias individuais' como cláusulas pétreas, teria tratado de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, destinatário dos 'direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade'. Ponderou, entretanto, que jamais haveria indivíduo-pessoa no caso do anencéfalo, razão pela qual não se justificaria sua tutela jurídico-penal, principalmente na hipótese em que esbarraria em direitos fundamentais da mulher. ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.” (grifo nosso).

Verifica-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal autorizou a interrupção da gestação, nos casos de anencefalia, com base em dois fundamentos: i) a ausência de atividade cerebral superior faz com que o feto, ainda que biologicamente vivo, seja considerado juridicamente morto; ii) a total inviabilidade de vida extrauterina.

Numa palavra, além das hipóteses legais previstas no art. 128, do Código Penal, é admitida a interrupção da gravidez, quando verificada a anencefalia do feto.

Ocorre que, ao julgar o Habeas Corpus nº 124.306, a Primeira Turma do Supremo Tribunal, majoritariamente, assentou, *in verbis*:

“(…) 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. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. (...)”

(HC 124306, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 16-03-2017 PUBLIC 17-03-2017)

Gize-se que, embora o escopo da impetração haja sido a revogação da prisão preventiva dos pacientes, a maioria dos Ministros da Primeira Turma da Suprema Corte avançou no tema e consignou que não há crime, quando a interrupção voluntária da gestação é efetivada no primeiro trimestre desta.

Cabe pontuar que os Ministros Luiz Fux e Marco Aurélio não ingressaram na discussão, quanto à não incidência da norma penal incriminadora, nas hipóteses de interrupção voluntária no primeiro trimestre da gestação. O entendimento consubstanciado na ementa acima transcrita foi encampado pelos Ministros Roberto Barroso, Edson Fachin e Rosa Weber.

Por seu turno, em março de 2017, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, na qual postulou a concessão de medida liminar para suspender prisões em flagrante, inquéritos policiais e andamento de processos ou decisões judiciais baseados na aplicação dos artigos 124 e 126 do Código Penal a casos de interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez.

No mérito, requereu a declaração de não recepção parcial dos dispositivos pela Constituição, excluindo do âmbito de sua incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, “de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento”² (#sdfootnote2sym) .

A referida ADPF encontra-se em tramitação, sob a relatoria da Min. Rosa Weber e o pleito de deferimento de medida liminar ainda não foi apreciado pelo Plenário da Suprema Corte.

Destarte, nota-se que o Supremo Tribunal Federal examinará, em ação abstrata, cuja decisão possui efeito vinculante e erga omnes, se a interrupção voluntária da gestação, nas primeiras 12 semanas, constitui crime, ou se resta excluída do âmbito de incidência dos arts. 124 a 126, do Código Penal.

Assim sendo, a depender do entendimento encampado pela Suprema Corte, haverá nova possibilidade de interrupção da gravidez.

Com a devida *venia*, entendemos que os arts. 124 a 126, do Código Penal foram recepcionados pela Constituição Federal e incidem, mesmo em relação à interrupção da gestação nas primeiras doze semanas.

Com efeito, o direito à vida do nascituro prepondera sobre a autonomia da gestante, especificamente sobre o seu direito de escolha relacionado à interrupção da gravidez.

A nosso sentir, no cotejo entre tais direitos fundamentais, há de prevalecer o direito à vida, bem maior e razão da existência da pessoa humana.

Conseqüentemente, o direito de escolha da gestante não pode ser absoluto (mesmo nas 12 primeiras semanas da gestação), a ponto de permitir a eliminação de uma vida.

Adite-se que, consoante disciplinado no art. 2º, do Código Civil, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Deste modo, a autonomia de vontade da gestante não pode justificar a interrupção da gestação, sobrepondo-se a uma vida.

Vale realçar, ainda, que não é proporcional invocar os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, sob o argumento de que esta não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada.

No ponto, como frisou o Ministro Cezar ao proferir voto na ADPF 543 (#sdfootnote3sym) , “a conduta censurada [interrupção voluntária da gestação] transpõe a esfera da autonomia e da liberdade individuais, enquanto implica, sem nenhum substrato de licitude, imposição de pena capital ao feto”.

Não é possível olvidar que a Constituição Federal, no art. 1º, III, estatui a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República.

Ora, como o nascituro é um sujeito de direitos, a ele deve ser resguardado tratamento digno, não sendo possível invocar o mero desejo voluntário da gestante em interromper a gravidez.

Demais disso, o Estado, por meio do sistema de saúde e da rede de proteção assistencial, possui meios de proteção e apoio psicológico às gestantes. Logo, a interrupção da gestação não pode ser a primeira opção para uma gravidez não planejada, até porque, no seu curso e em geral, o vínculo maternal desenvolvido gera um amor incondicional entre a gestante e o nascituro.

O Estado não pode, por vias transversas, estimular a a interrupção da gestação, como se esta se fosse um contraceptivo tardio, considerando-se que há uma vida a ser preservada.

Obviamente, na hipótese de inviabilidade de vida extrauterina (como no caso de anencefalia), o enfoque é diferente, já que não se pode impor à gestante um sofrimento de nove meses, considerando-se que o feto não sobreviverá.

Por outro lado, a incidência na norma penal incriminadora às interrupções voluntárias da gestação, nas primeiras doze semanas, não viola o princípio da proporcionalidade.

Pelo contrário, a salvaguarda à vida do nascituro - por meio de regra que veda a sua eliminação voluntária -, é providência adequada à tutela do bem jurídico protegido.

Não é possível olvidar que o acolhimento do pleito contido na ADPF 442 ocasionará, como consequências práticas, o estímulo à interrupção precoce da gravidez e a multiplicação dos casos de interrupção da gestação.

Ponha-se em relevo, outrossim, que, como bem mencionou o Min. Roberto Barroso, na voto condutor do HC 124.306, “o aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve. Por isso mesmo, é papel do Estado e da sociedade atuar nesse sentido, mediante oferta de educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher que deseje ter o filho e se encontre em circunstâncias adversas”⁴ (#sdfootnote4sym) .

Em suma, entendemos que: i) os arts. 124 a 126, do Código Penal foram recepcionados pela Constituição Federal; ii) a norma penal incide sobre qualquer interrupção voluntária da gestação, salvo as hipóteses previstas no art. 128, do Código Penal, e nos casos de anencefalia; iii) portanto, o feto deve ser protegido e resguardado, em atenção a preservação de direitos fundamentais, como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

1 (#sdfootnote1anc) Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 11/12/2017.

2 (#sdfootnote2anc) *Idem.*

3 (#sdfootnote3anc) Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 11/12/2017.

4 (#sdfootnote4anc) Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 11/12/2017.

Autor



Thomás Luz Raimundo Brito

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia. Ex-Assessor de Desembargador do Tribunal de Justiça da Bahia. Coautor do livro "Constitucionalismo - Os desafios do Terceiro Milênio" (Editora Forum). Autor do Livro "Mandado de Injunção - A decisão, os seus efeitos e a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no combate à omissão legislativa" (Editora Nuria Fabris). Autor de outros artigos jurídicos publicados em sites especializados

Informações sobre o texto

Este texto foi publicado diretamente pelo autor. Sua divulgação não depende de prévia aprovação pelo conselho editorial do site. Quando selecionados, os textos são divulgados na Revista Jus Navigandi.

