

Análise do permissivo de aborto decidido no HC 124.306 do STF

*Analysis of permissive abortion decided in the HC 124.306 of the Supreme
Brazilian Court*

Ulisses de Oliveira Simões

Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Gama Filho/RJ – UGF e em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Uberlândia/MG - UFU. Advogado Público efetivo da Procuradoria-Geral do Município de Patrocínio/MG. Professor de Direito Penal e Estatuto da Criança e do Adolescente no Centro Universitário de Patos de Minas/MG – UNIPAM.

E-mail: ulisses@unipam.edu.br

Resumo: As discussões sobre a ampliação das hipóteses legais de aborto geraram duas importantes decisões recentes no Supremo Tribunal Federal. A última delas, decidida no final de 2016 no HC 124.306, fixou o entendimento de que o aborto realizado no primeiro trimestre da gestação não é considerado crime, concedendo a liberdade para o médico e a gestante acusados do delito. Foram alegados como argumentos os direitos e as garantias fundamentais das mulheres, respeitando, principalmente, a sua autonomia. O avanço do debate sobre eventual descriminalização do delito de aborto e os seus argumentos mais atuais são os temas da análise dessa decisão, tratados neste artigo.

Palavras-chave: Aborto. Permissivo. Direitos Fundamentais. Descriminalização.

Abstract: The discussions on expanding the legal hypotheses of abortion have generated two important recent decisions in the Brazilian Federal Supreme Court. The last one, decided at the end of 2016 in HC 124.306, established the understanding that the abortion performed in the first trimester of gestation is not considered a crime, granting freedom to the doctor and the pregnant woman accused of the crime. The basic rights and guarantees of women were argued as arguments, respecting mainly their autonomy. The advancement of the debate on the eventual decriminalization of the crime of abortion and its most current arguments are the themes of the analysis of this decision, discussed in this article.

Keywords: Abortion. Permissive. Fundamental Rights. Decriminalization.

1 Introdução

O aborto, enquanto interrupção da vida intrauterina, traz consequências de ordem moral, física e psíquica à mãe que por ele opta. Não só, a sociedade e o ordenamento jurídico também são atingidos, uma vez que a conduta ainda está tipificada em nosso Código Penal.

A própria Constituição Federal garante a proteção integral da vida humana, mesmo que não de forma absoluta (legítima defesa, estado de necessidade, permissivos legais do aborto, pena de morte em determinados crimes de guerra). A proteção da vida vem de antes do nascimento, ainda durante a gestação.

Não parece temerário afirmar que o processo abortivo, por si só, já é algo terrível que deveria ser evitado. Porém, não parece possível também se cegar diante a realidade dos mais de 500.000 abortos realizados durante o ano de 2015, segundo estudo desenvolvido pela UnB.

O debate sobre a descriminalização dessa conduta não é novo. Ao longo de décadas, decisões geraram precedentes e, inclusive, permissivos legais. Discussão recente é a do HC 124.306 de origem do Rio de Janeiro, votado pela 1ª Turma do STF no dia 29 de novembro de 2016, sob presidência do Ministro Luís Roberto Barroso.

O ministro considerou que a criminalização do aborto no 1º trimestre da gestação violaria vários direitos fundamentais das mulheres, além do princípio da proporcionalidade. Entre os direitos atingidos, destacam-se a autonomia, a integridade física e psíquica, a igualdade de gênero e os direitos sexuais e reprodutivos. Assim sendo, o colegiado deferiu HC para afastar a prisão preventiva do médico e de outros réus envolvidos no caso.

É o que se pretende discutir no presente trabalho, apresentando, ao final, considerações acerca os argumentos constitucionais elencados para se permitir o aborto em uma hipótese ainda não prevista como exclusão do crime no Código Penal. Utilizar-se-á, para tanto, a metodologia teórico-descritiva, com revisão bibliográfica e análise legal e jurisprudencial.

2 Permissivos legais do aborto

Por razões de política criminal, convencionou o legislador em apenar mais brandamente o aborto do que o crime de homicídio. Não por entender que aquela vida vale menos do que a outra, mas por considerar o ser humano após o nascimento como um “ser social” que foi retirado do convívio da sociedade. O feto ainda detém a sua proteção vital intrauterina, sendo punida a tentativa e a consumação de sua expulsão.

Porém, há hipóteses em que a lei penal autoriza o cometimento do aborto, assim elencados no Código Penal Brasileiro:

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.

Ou seja, é permitido o *aborto terapêutico*, com vistas a salvar a vida da gestante, e o *aborto sentimental*, quando a gravidez é decorrente de uma situação de estupro. Essas hipóteses são bastante conhecidas, inclusive pela população em geral que não necessariamente atue na área do Direito, tamanha é a sua repercussão social.

Deve-se atentar ao fato de que, na primeira hipótese, o aborto como meio para salvar a vida da gestante pode ocorrer em dois momentos: *terapêutico*, quando o risco de morte da gestante é atual, e *profilático*, quando se age de maneira preventiva e o risco de morte da gestante é iminente. Nesses casos, o consentimento da gestante não é

relevante, desde que o médico haja em estrito cumprimento do dever legal, no sentido de salvar a sua vida.

Já na segunda hipótese, é necessário o consentimento da gestante, uma vez que o aborto sentimental também é conhecido como *humanitário* ou *ético*, e tem por consectário não obrigar a mulher vítima de um crime de estupro a gerar o fruto dessa terrível violência, cujas lembranças seriam permanentes.

Essa segunda hipótese aparenta ser aquela que rascunhou decisões atuais, no sentido de se respeitar a autonomia da gestante e a sua integridade física e psíquica, como se verá a seguir.

De todo modo, os atuais permissivos são os únicos legalmente previstos no nosso ordenamento jurídico, como hipóteses de exclusão do delito de aborto.

3 Decisões de tribunais superiores estendendo as hipóteses legais de aborto

3.1 Aborto de feto anencefálico (ADPF 54)

Apesar de figurar no Código Penal apenas duas hipóteses de abortos permitidos – necessário e sentimental – há uma terceira hipótese, não prevista em lei, mas de amplo reconhecimento jurisprudencial e também pela sociedade: o aborto de feto anencefálico.

O feto anencefálico caracteriza-se pela ausência do encéfalo e da calota craniana, devido à malformação do tubo neural. Inexistente a atividade cerebral, a medicina considera a anencefalia como uma absoluta impossibilidade de vida do recém-nascido.

O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54) pelo Supremo Tribunal Federal pacificou a questão ao decidir “não constituir crime de aborto a interrupção da gestação em tais casos”.

Para o Ministro Marco Aurélio Mello (BRASIL, 2012, p. 17), “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 discrepem de padrões imoralmente eleitos”.

Ainda, segundo Mello (BRASIL, 2012, p. 23), “aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. (...) Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida”.

Considerando os aspectos éticos e humanitários, Mello (BRASIL, 2012) pontuou, ainda, diversas questões que servem como basilares para a análise posterior. São elas:

o sofrimento dessas mulheres pode ser tão grande que estudiosos do tema classificam como tortura o ato estatal de compelir a mulher a prosseguir na gravidez de feto anencéfalo. (...) Enquanto, numa gestação normal, são nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, com a predominância do amor, em que a alteração estética é suplantada pela alegre expectativa do nascimento da criança; na gestação do feto anencéfalo, no mais das vezes, reinam

sentimentos mórbidos, de dor, de angústia, de impotência, de tristeza, de luto, de desespero, dada a certeza do óbito. (p. 33)

Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Não de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que prefiram interromper a gravidez, para por fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento. (p. 36)

Vale ressaltar caber à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. Cumpre à mulher, em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado – no exercício do direito à privacidade –, sem temor de reprimenda, voltar-se para si mesma, refletir sobre as próprias concepções e avaliar se quer, ou não, levar a gestação adiante. Ao Estado não é dado intrometer-se. (p. 35)

Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. (...) somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto. (p. 38)

Portanto, da análise do voto, extrai-se que não existe a possibilidade de o feto anencefálico se tornar uma pessoa humana. Assim sendo, não surge justificativa para a reprimenda penal. Com maior razão, quando essa reprimenda confronta com direitos fundamentais da mulher, devendo a conduta ser considerada atípica.

3.2 Aborto até o terceiro mês de gestação (HC 124.306)

Já no ano de 2016, a comunidade jurídica e a sociedade foram surpreendidas com mais uma hipótese de permissão para o aborto, decidida pela Suprema Corte.

A 1ª Turma do STF, com voto do presidente Ministro Luís Roberto Barroso, decidiu que a criminalização do aborto no primeiro trimestre da gestação violaria direitos fundamentais das mulheres, entre eles: a autonomia, a integridade física e psíquica, a igualdade de gênero e os direitos sexuais e reprodutivos; além de ferir o princípio da proporcionalidade.

Assim, com o deferimento do *habeas corpus*, aquela turma afastou a prisão preventiva dos réus envolvidos no caso. Segundo Barroso (BRASIL, 2016, p. 1-2),

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.

É de se ressaltar que, no presente voto, considerou-se também o impacto da criminalização do aborto sobre as mulheres pobres, já que o tratamento criminal conferido pela lei brasileira, para Barroso (BRASIL, 2016, p. 2) “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”. Assim sendo, multiplicam-se os casos de automutilação, de lesões graves e de óbitos.

Essa ideia já vem sendo discutida no âmbito da Bioética e do direito comparado. Verifica-se que diversos países democráticos e desenvolvidos não consideram a interrupção da gravidez durante o primeiro trimestre como aborto, como EUA, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

Considerou, ainda, Barroso (BRASIL, 2016, p. 2) que a tipificação penal viola o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam, quais sejam:

- (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.

O confronto com o princípio da autonomia parece evidente, uma vez que é dada à mulher a liberdade de se fazer aquilo que a lei não proíba. A difícil decisão de ter ou não um filho compete a ela, não devendo o Estado intervir.

De igual forma, a integridade física e a psíquica da mulher também são violadas. São claramente perceptíveis as mudanças de caráter físico e psicológico que a mulher pode sofrer, gerando uma gravidez não desejada.

Na seara dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, de aspectos bioéticos, também restam violados ao se criminalizar o aborto, uma vez que deve ser dada a autonomia de quando e se a mulher deseja ter filhos. Durante séculos, essa decisão foi dada aos homens, e o machismo proveniente disso deve ser rechaçado.

No mesmo sentido, esbarra-se na igualdade de gênero. O aborto tem sido reconhecido como crime, uma vez que são as mulheres que engravidam. Se biologicamente fosse possível aos homens engravidarem, muito provavelmente essa conduta já teria sido descriminalizada.

Por último, o impacto social é evidente, uma vez que as grandes vítimas de abortos clandestinos são as mulheres pobres, que não detêm condições de procurar

clínicas especializadas que, apesar de agirem na clandestinidade, ainda possuem um aparato abortivo comparado à estrutura de grandes hospitais. A criminalização retira da mulher a chance de ter um procedimento seguro.

Quanto à proporcionalidade, o Código Penal mantém, desde 1940, mesmo com inúmeras atualizações posteriores, a mesma redação nos crimes de aborto (arts. 124 a 128). Essa defasagem legislativa em relação a valores atuais foi externada na decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 54, descriminalizando a interrupção da gestação na hipótese de fetos anencefálicos.

Nesse sentido, demonstra a necessidade de que a questão do aborto até o terceiro mês de gravidez necessita ser revista proporcionalmente à Constituição de 1988. Nesse sentido, para Barroso (BRASIL, 2016, p. 12), a tipificação penal do crime de aborto só estaria justificada se:

- (i) for adequada à tutela do direito à vida do feto (adequação); (ii) não houver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que 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).

Todavia, por mais convincentes que sejam os argumentos ministeriais, não é dada, ao Poder Judiciário, a prerrogativa de se criar um novo permissivo legal para um crime tão complexo e polêmico. A questão deve ser debatida no Congresso Nacional, a quem é dada a prerrogativa de legislar sobre matéria Penal.

3 Conclusão

Trata-se, obviamente, de tema polêmico sobre o qual as opiniões, na maioria das vezes, são estritamente pessoais, seguindo valores éticos, religiosos, sociais e jurídicos de cada um, que devem ser respeitados. Porém, buscou-se, nesta análise, um viés jurídico, no sentido de se confrontar a tipificação penal com a realidade contemporânea.

Perdeu-se, quando da decisão da ADPF 54, a possibilidade de se incluir mais um inciso (III) ao art. 128 de exclusão do crime de aborto, cuja redação se sugere: “se constatada por laudo médico a anencefalia do feto e a impossibilidade total de vinda extrauterina, precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de sua representante legal” (p. 14); lembrando que o *caput* do artigo determina que seja o procedimento realizado por médico.

Difícilmente o Congresso Nacional estaria apto ou disposto a incluir mais um permissivo ao crime de aborto, tamanha é a discussão e até mesmo o conservadorismo envolvendo o tema. Essa “terceira” hipótese de aborto de fetos anencefálicos, amplamente aplicada pelos tribunais, ainda não foi reconhecida pelo Poder Legislativo. Quanto menos a “quarta” hipótese ventilada pelo HC 124.306 de aborto durante o primeiro trimestre de gestação.

O aborto é sim um procedimento terrível, que dificilmente alguém levantará uma bandeira incentivando a fazê-lo. Não é possível imaginar o que se passa pela

mente da mulher até ela tomar essa pesadíssima decisão. Mais ainda, as consequências depois. Por isso, a ela deve ser dado esse poder de escolha.

Da mesma forma, o Direito Penal protege a vida, e o aborto ainda continua sendo crime, fora as exceções legais. Porém, o caráter punitivo da pena nunca funcionou como inibidor da prática, ou seja, o medo da sanção penal nunca foi “o” motivo para uma mulher decidir ou não abortar. Inclusive, pode ser o último pensamento que passa pela sua cabeça, quando pondera todas as questões antes dessa decisão. Isso, se passar.

Portanto, trata-se de uma norma penal inócua no sentido da efetividade. Quantos julgamentos pelo Tribunal do Júri já foram vistos do crime de aborto? Ou seja, não inibe a conduta e, pior ainda, por ser um crime ocorrido na clandestinidade, a ausência de regulação gera consequências ainda mais graves, como lesões e mortes também das gestantes.

O ideal previsto pela Constituição Federal é o de proteger toda e qualquer forma de vida. Da mesma forma, deve garantir outros direitos e garantias fundamentais, principalmente da mulher.

O desejado seria não existirem abortos. Assim como seria ideal que toda gravidez fosse planejada, que todos os métodos contraceptivos funcionassem, que todos tivessem condições de criar um filho e que todas que engravidassem quisessem, realmente, ter uma criança, e não apenas gerar e criar porque “aconteceu”. Todavia, não é o que se observa, e abortos sempre existiram e existirão. Além dos fetos, quantas mulheres ainda precisarão morrer em decorrência de procedimentos abortivos ilegais para que essa visão mude?

Em que pese a preguiça legislativa reinante em nosso Congresso Nacional, preocupados ordinariamente com outras questões, não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir quando começa efetivamente a vida, sendo que há discussões desse estágio temporal, inclusive, na medicina. Porém, a ele cabe o papel de pontuar a questão, para que seja decidida no âmbito legislativo a inclusão de mais esse permissivo, ou até mesmo a descriminalização total.

Conclui-se que, com os fundamentos apresentados, a decisão de abortar ou não ainda cabe à mulher, que é quem vai sofrer as consequências dessa dolorosa escolha pelo resto da vida.

Referências

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF*. Relator: Marco Aurélio. Publicado em 12/04/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Voto-Vista do Ministro Luís Roberto Barroso no Habeas Corpus nº 124.306/RJ*. Relator: Marco Aurélio. Publicado em 29/11/2016. Disponível em:

<<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>.
Acesso em: 23 abr. 2017.