

O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 124.306 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: SUA RELEVÂNCIA PARA A DISCUSSÃO SOBRE LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL¹

Joana Carvalho Gutierrez*
Letícia Schröter Brognoli**

O habeas corpus número 124.306 foi impetrado em favor de casal que mantinha clínica de aborto clandestina, preso em flagrante ante o suposto cometimento dos crimes previstos pelo artigo 288 (formação de quadrilha), combinado com o artigo 126 (provocar aborto com o consentimento da gestante), em concurso material – por quatro vezes –, ambos do Código Penal brasileiro.

A liberdade provisória dos réus havia sido deferida pelo juízo de primeiro grau, que afirmou serem as penas previstas para os crimes cometidos passíveis de substituição ou cumprimento em regime aberto. O Ministério Público apelou ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, aduzindo que a prisão era necessária para a manutenção da ordem pública e da aplicação da lei penal. O TJRJ admitiu o recurso e determinou a expedição de mandados de prisão contra os pacientes. Em habeas corpus interposto ao STJ, a defesa arguiu a insubsistência dos motivos a justificar a constrição e que, mesmo se os pacientes fossem condenados, cumpririam a reprimenda em regime diverso do fechado. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça não conheceu do habeas corpus em virtude da natureza substitutiva de recurso especial. No recurso destinado ao Supremo Tribunal Federal, a defesa requereu o deferimento de liminar, objetivando a possibilidade de os réus responderem à ação penal em liberdade. No mérito, bus-

* Estudante de graduação do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), monitora da disciplina de Sociologia do Direito, bolsista do PET Direito UFSC (Programa de Educação Tutorial em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina), membra da comissão organizadora do Literar - Grupo de Estudos em Direito e Literatura da UFSC. Endereço eletrônico: joanacutti@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0014414340670053>.

** Estudante de graduação do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), membro da comissão organizadora do Literar - Grupo de Estudos em Direito e Literatura da UFSC. Endereço eletrônico: leticiabrognoli@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0489115755586631>.

¹A primeira versão deste trabalho se apresentou em forma de resenha, submetida a processo avaliativo e exposta oralmente pelas autoras perante a turma no dia 24/09/2020, como requisito da disciplina de Direito Penal III, ministrada pelo Professor Luiz Fernando Dias Cardoso à quarta fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) ao longo do semestre letivo 2020.1. Também como critério avaliativo da disciplina, alguns trechos deste texto serão postados na Wikipédia, sob uma perspectiva de democratização do acesso ao conhecimento jurídico, sem com que se comprometam a qualidade e originalidade do presente trabalho.

cou a confirmação da providência.

O Ministro Marco Aurélio, relator do caso, votou pela admissão do habeas corpus e, no mérito, pelo deferimento da ordem para afastar a custódia provisória. Pediu vista o Ministro Luís Roberto Barroso, que, inicialmente, extinguiu o processo sem resolução do mérito, por inadequação da via processual. Todavia, em razão da relevância e delicadeza da matéria, examinou a possibilidade de concessão da ordem de ofício. Ao final, foram vitoriosos os termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, restando vencido o voto do Ministro Marco Aurélio.

Em sua inteligência, o Ministro Barroso prontamente apontou que não haviam indícios de cumprimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal para decretação da prisão preventiva e, orientado pela jurisprudência da Corte Suprema, entendeu ser ilegal a prisão previamente decretada.

Em um segundo momento, a discussão passou a girar em torno do problema da constitucionalidade da tipificação penal do crime de aborto voluntário, disposto nos artigos 124 e 126 do Código Penal brasileiro. O Ministro aduziu que:

Para ser compatível com a Constituição, a criminalização de determinada conduta exige que esteja em jogo a proteção de um bem jurídico relevante, que o comportamento incriminado não constitua exercício legítimo de um direito fundamental e que haja proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal. (BARROSO, 2016, p. 12)

O Ministro entendeu que, neste caso, a proteção do bem jurídico feto é relevante. Contudo, a criminalização do aborto antes da conclusão do primeiro trimestre gestacional vai de encontro com diversos direitos fundamentais da mulher, além de inobservar o princípio da proporcionalidade.

Caracterizando os direitos fundamentais salvaguardados pela Constituição Federal, Barroso salientou que eles atuam como limite ao legislador, mas também eles próprios estão sujeitos a limites e restrições e, por isso, podem colidir entre si ou com outros princípios, e a solução de tais conflitos deve ser embasada na razoabilidade e na proporcionalidade.

Ainda segundo o Ministro, a própria situação da mulher que opta pelo procedimento de aborto já é suficientemente trágica, o que torna a força coercitiva e repressiva do Estado desnecessária e ainda mais agravante de sua condição de vulnerabilidade. Nesse sentido, se a conduta da mulher é legítima, ilógico, então, criminalizar o profissional que realiza o abortamento.

Quanto ao método de fundamentação da decisão, pode-se separá-la em duas partes, sendo a primeira referente ao caso objetivo dos pacientes, que levou à não concessão do habeas corpus e à afastabilidade da prisão preventiva; a segunda, mais subjetiva, relativa à problemática geral da criminalização do aborto no Brasil.

Primeiramente, sobre o habeas corpus, entendeu-se que não seria cabível no presente caso, mas a prisão preventiva deveria ser desconstituída com base no art. 312 do Código de Processo Penal, considerando-se que os réus não representavam, de fato, risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal. Em um segundo momento, a partir da página 12, a fundamentação da decisão se volta à “inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre”, declarada com base na incompatibilidade com diversos direitos fundamentais e na violação do princípio da proporcionalidade.

Os direitos fundamentais apontados como incompatíveis com a tipificação penal dos artigos 124 e 126 do Código Penal brasileiro são os seguintes, aos quais se adiciona também a “discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres”; eles são divididos em subtópicos e analisados separadamente ao longo das páginas 17 a 21 do acórdão:

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. (BARROSO, 2016, p. 1- 2)

Em seguida, aborda-se a violação ao princípio da proporcionalidade, cuja análise é dividida pelos três subprincípios que compõem o macro princípio da proporcionalidade, transformados nos seguintes subtópicos: 2.1 subprincípio da adequação, 2.2 subprincípio da necessidade e 2.3 subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. No subtópico 2.1, entendeu-se a criminalização do aborto como ineficaz no sentido de conferir proteção à vida do feto, constituindo-se apenas em uma reprovação simbólica conferida pelo direito penal. No 2.2, por sua vez, percebeu-se a medida da criminalização como desnecessária diante da existência de diversas outras formas de proteção à vida da gestante e do nascituro. Por fim, no subtópico 2.3, constatou-se que a criminalização do aborto traz maiores prejuízos à sociedade brasileira (problemas de saúde pública e mortes, por exemplo) do que benefícios.

Também apresentaram-se as experiências de alguns países considerados desenvolvidos, a título de exemplo de reconhecimento legal da prática de aborto na fase inicial da gestação – Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália –, bem como diversas pesquisas que comprovam a ineficácia da criminalização para barrar, de fato, a prática de aborto.

O redator do habeas corpus em apreço concluiu, então, que é preciso interpretar os artigos 124 e 126 do Código Penal à luz da Constituição Federal. Barroso defendeu que, excluindo-se a tipificação penal da interrupção voluntária da gestação, pelo menos, durante o seu primeiro trimestre, período em que o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há

qualquer potencialidade de vida fora do útero materno, poder-se-á conferir proteção aos direitos das mulheres e, inclusive, à vida do nascituro. Para ele, a criminalização do aborto deveria se aplicar somente em casos de maior desenvolvimento do feto.

A partir do resultado exposto acima, os demais Ministros acompanharam a discussão, mostrando-se também favoráveis à descriminalização do aborto durante o primeiro trimestre de gestação.

O Ministro Edson Fachin acompanhou o voto do Ministro Barroso e adicionou nota publicada pelo Papa Francisco fixando a possibilidade de absolvição, pela Igreja Católica, de mulheres e profissionais da saúde que tenham participação na interrupção de uma gravidez após procederem à confissão.

A Ministra Rosa Weber também acompanhou o voto do redator, salientando que o Estado deve tratar o problema do aborto sob a perspectiva da vontade da mulher e adotar uma postura neutra quanto às chamadas questões de ética privada. A Ministra ressaltou, ainda, a necessidade de o STF pautar a problemática da criminalização do aborto diante da abstenção do Poder Legislativo. Em seu voto de quinze páginas, utilizou-se do método comparativo para embasar, juridicamente, a necessidade de descriminalização do aborto no Brasil.

As experiências citadas no âmbito da jurisdição comparada pela Ministra Weber foram as seguintes: o julgamento proferido pela Suprema Corte Americana no caso *Roe versus Wade*, em 1973; a decisão da Suprema Corte Americana no caso *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, em 1992; outra decisão da Suprema Corte Americana no caso *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* (2016); a interpretação dada pela Corte Interamericana sobre o direito à vida, tal como prescrito no artigo 4.1 do Pacto São José da Costa Rica, analisada em relação ao caso *Artavia-Murillo (Fecundación In Vitro) x Costa Rica* (2012); os casos *Paton vs. Reino Unido*, *Vo vs. França*, *Evans vs. Reino Unido*, *A, B, and C vs. Irlanda*, julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Para encerrar seu voto, a Ministra colacionou dados empíricos sobre a prática de aborto, de forma a tratá-la como um problema sanitário e público, reforçando sua concordância com o Ministro Barroso em relação à inconstitucionalidade da criminalização do ato de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre.

Relatado o acórdão, cumpre salientar que a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do habeas corpus 124.306 fez surgir, de forma mais concreta, a possibilidade de se pautar uma possível descriminalização da prática de aborto no Brasil. Contudo, mesmo com a decisão inédita e progressista do STF, o fortalecimento de ideais conservadores e o despontar da extrema-direita nos três poderes federais afastam cada dia mais a perspectiva de uma legislação que descriminalize de alguma forma as práticas abortivas.

Sobre a ocorrência do abortamento no Brasil, deve-se pontuar que a Pesquisa Nacional do Aborto de 2016 entrevistou mulheres brasileiras alfabetizadas com idade entre 18 e 39 anos, neste mesmo ano de 2016, e concluiu que o aborto foi praticado por quase 1 a cada 5 dessas mulheres e está presente em todas as camadas so-

ciais do país, independentemente de cor, classe social, escolaridade e religião. Sendo assim, é considerada uma prática comum e, de acordo com a pesquisa, representa a forma “como a sociedade brasileira se organiza para a reprodução biológica e social” (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2017, p. 656).

Contudo, deve-se ressaltar também a própria obscuridade, provocada justamente pela criminalização do aborto, quanto aos dados empíricos essenciais à tomada de consciência e decisões sobre o tema:

A criminalização do aborto, à exceção das hipóteses do chamado aborto necessário (por questões de saúde da mulher ou feto anencéfalo) ou de gravidez resultante de estupro, tem como efeito negativo o desconhecimento das estatísticas sobre a questão, por ausência de dados oficiais, fato este que influencia em debates e formulação de políticas públicas dissociadas da realidade. (WEBER, 2016, p. 13)

A respeito da decisão do Supremo Tribunal Federal objeto da presente análise, ressalta-se sua importância aos movimentos sociais que lutam pela descriminalização do aborto no Brasil: a atualidade e o alto nível de fundamentação jurídica dos votos proferidos pelos Ministros Barroso e Weber são inegáveis. Porém, não se devem deixar de explorar as questões políticas atinentes ao caso: a atual formação do STF segue uma linha majoritariamente progressista em relação a determinadas liberdades individuais, a exemplo da proteção contra a intolerância religiosa e a discriminação sexual e, evidentemente, a defesa do direito ao aborto seguro e legal.

Nesse sentido, ainda que não tenha se tratado de decisão vinculante, o habeas corpus 124.306 expressa a clara posição dos ministros envolvidos contra a criminalização do aborto, bem como sua propensão, afirmada por eles ao longo de seus votos, a julgar inconstitucionais os artigos criminalizadores do aborto - artigos 124 e 126 do Código Penal.

O julgamento deste habeas corpus, somado ao julgamento da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54, responsável por reconhecer como inconstitucional a proibição da prática de aborto de feto anencéfalo, marcam um momento aparentemente favorável para se pautar seriamente a descriminalização do aborto no Brasil, ainda que isso se limite à esfera do Poder Judiciário, tendo em vista que não se cogita a possibilidade de a agenda ser atendida pelo Congresso Nacional, tomado por uma onda crescente de conservadorismo. Foi este o contexto de ajuizamento da ADPF número 442 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) no início de 2017, poucos meses após o julgamento do HC 124.306.

A ADPF 442 já contou com diversas etapas processuais, como a realização de audiência pública, mas ainda não foi pautada para julgamento. Ela pode até ter surgido em um momento de esperanças, mas hoje, diante da ascensão do conservadorismo impulsionada pelo surgimento do bolsonarismo, o cenário se mostra desfavorável, também por dois motivos específicos: o Ministro Luiz Fux assumiu recentemente a Presidência do STF e já declarou que não pretende pautar temáticas sociais polê-

micas, o que reafirma sua tendência populista a priorizar o julgamento de casos com evidente apoio majoritário; Bolsonaro deve nomear um Ministro para substituir Celso de Mello ainda em 2020 e já anunciou que pretende escolher alguém “terrivelmente evangélico”².

Importante reiterarmos que a criminalização do aborto pelo Estado não é somente ineficaz como também nociva, pois, além de não levar a uma diminuição do número de abortos realizados, repreende a mulher e dificulta a busca por assistência médica e psicológica, bem como por informações essenciais para esses tipos de situação. Por fim, cabe uma ressalva quanto à dupla vitimização exercida contra as mulheres negras e pobres pelo sistema de justiça penal brasileiro, impregnado por um racismo institucional e profundamente enraizado: são elas as mulheres mais prejudicadas pela criminalização do aborto, já que não possuem acesso a profissionais e clínicas médicas qualificadas, bem como tendem a ser mais culpabilizadas no decorrer do julgamento criminal, o que constitui uma evidente anomalia jurídica, diante de tamanha desigualdade material.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus 124306/RJ*. Direito Processual Penal. Habeas Corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de Ofício [...]. Impetrante: Jair Leite Pereira. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Pacientes: Edilson Dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: Min. Marco Aurélio, Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, 9 de agosto de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 23 set. 2020.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. *Pesquisa Nacional de Aborto 2016*. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, Feb. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 set. 2020.

GORTÁZAR, Naiara Galarraga. *Um ministro “terrivelmente evangélico” a caminho do Supremo Tribunal Federal*. El País Brasil, 10 jul. 2019. Disponível em: https://brasil.el-pais.com/brasil/2019/07/10/politica/1562786946_406680.html. Acesso em: 23 set. 2020.

²O Presidente da República, Jair Bolsonaro, nomeou Kassio Nunes Marques para ocupar a vaga de Celso de Mello no Supremo Tribunal Federal – a nomeação foi publicada no Diário Oficial da União em 22 de outubro de 2020, tendo o indicado tomado posse em 5 de novembro de 2020. Contrariando as expectativas geradas pelas próprias declarações de Bolsonaro, Kassio Nunes não é considerado um conservador religioso, apesar de se declarar cristão, o que provavelmente o torna contrário à descriminalização do aborto. Aos bolsonaristas mais indignados, Bolsonaro prometeu indicar alguém conservador e evangélico para ocupar a vaga que estará disponível a partir de agosto de 2021, quando da aposentadoria do Ministro Marco Aurélio.

NOTÍCIAS STF. *Partido questiona no STF artigos do Código Penal que criminalizam aborto*. 8 mar. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337860>. Acesso em: 23 set. 2020.

SAID, Flávia. *Kassio Nunes é nomeado ministro do STF. Fux define data da posse*. Congresso em Foco, 22 out. 2020. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/judiciario/kassio-nunes-e-nomeado-ministro-do-stf-posse-ainda-nao-foi-definida/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

TEIXEIRA, Matheus. *À frente do STF, Fux deve priorizar economia e evitar pautas polêmicas como corrupção, drogas e aborto*. Folha de S. Paulo, 20 jul. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/07/a-frente-do-stf-fux-deve-priorizar-economia-e-evitar-pautas-polemicas-como-corrupcao-drogas-e-aborto.shtml>. Acesso em: 23 set. 2020.