



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O ABORTO AOS TRÊS MESES DE GESTAÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSÍVEL
MUDANÇA DE PERSPECTIVA QUANTO AO CRIME DE ABORTO APÓS O
JULGAMENTO, PELO STF, DO HC n°124.306/RJ

Gabriela Farias Lacerda

Rio de Janeiro
2018

GABRIELA FARIAS LACERDA

O ABORTO AOS TRÊS MESES DE GESTAÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSÍVEL
MUDANÇA DE PERSPECTIVA QUANTO AO CRIME DE ABORTO APÓS O
JULGAMENTO, PELO STF, DO HC n°124.306/RJ

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

O ABORTO AOS TRÊS MESES DE GESTAÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSÍVEL MUDANÇA DE PERSPECTIVA QUANTO AO CRIME DE ABORTO APÓS O JULGAMENTO, PELO STF, DO HC nº124.306/RJ

Gabriela Farias Lacerda

Graduada pela Faculdade de Direito PUC-RIO. Advogada.

Resumo – O presente estudo se propõe a analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 124.306/RJ, buscando identificar, a partir da análise jurisprudencial, os parâmetros da decisão e o que esse julgamento revela sobre o exercício da jurisdição constitucional pela Corte. Para tanto, empregar-se-á uma metodologia de abordagem indutiva, um método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa por documentação indireta. A pesquisa se desenvolve em três momentos partindo de (1) um exame detalhado do Habeas Corpus 124.306/RJ, nas perspectivas formal e (2) material da decisão, para (3) um estudo crítico sobre o exercício da jurisdição constitucional e sobre o que as decisões analisadas revelam em termos de comportamento dos ministros enquanto membros de uma Corte Constitucional. Dentre as principais conclusões da pesquisa, destaca-se o ativismo judicial no relacionado ao tema, o que implica em uma colisão com as demais competências constitucionais destinadas ao Poderes Legislativos e Executivo nesta matéria.

Palavras-chave – Aborto. Descriminalização. Crime Desproporcional. Direitos Fundamentais da Mulher.

Sumário – Introdução. 1. O aborto no ordenamento jurídico brasileiro. 2. Aspectos do *Habeas Corpus* nº124.306/RJ: uma análise dos principais argumentos sustentados pelo Ministro Luís Roberto Barroso. 3. Possíveis consequências para o ordenamento jurídico brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico analisa a temática do aborto e sua flexibilização pelo ordenamento jurídico, em especial pelo Superior Tribunal Federal nos últimos anos, voltando maior atenção para o recente julgamento do HC nº124306/RJ. Procura-se demonstrar que, apesar de penalmente prevista, a conduta em questão vem sendo gradativamente alterada sob uma nova perspectiva constitucional e humanitária.

A interrupção da gravidez constitui delito previsto no Código Penal desde a entrada em vigor deste diploma legal, tendo o Estado voltado sua tutela penal para tal crime sob o argumento da violação de um dos maiores bens jurídicos do ser humano: a vida. Ocorre que com o passar dos tempos e a consequente alteração da composição do STF, a interpretação quanto o alcance da punição estatal foi modificada, passando-se a flexibilizar cada vez mais a

necessidade de intervenção do Estado no tocante a conduta abortiva.

É certo que o aborto constitui prática corriqueira na sociedade brasileira, não sendo reduzida nem afastada perante a existência da previsão como crime. Em verdade, tal previsão penal leva muitas mulheres a procurarem clínicas abortivas clandestinas, colocando em risco sua própria vida. Diante dos efeitos danosos que a tipificação desta conduta traz à saúde, dignidade e vida de muitas mulheres o ordenamento jurídico, em especial o Poder Judiciário, como integrante do Estado, tem voltado maior atenção para a presente questão.

Nesse sentido, o capítulo inaugural do artigo apresenta uma pequena viagem histórica pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e sua postura diante do aborto, sendo apontados os argumentos e teses sustentadas como base para suas decisões.

No segundo capítulo, uma vez analisada a evolução histórica, busca-se estudar a pioneira decisão do STF no HC nº124.306/RJ, de modo a aferir a perspectiva dada, tanto ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, como também ao delito em si.

O terceiro e último capítulo da pesquisa, em consonância com os precedentes e julgamentos analisados nos capítulos anteriores, aponta para um possível prognóstico do delito de aborto no ordenamento jurídico brasileiro. Procura-se explicitar se a decisão proferida pelo STF no HC nº 124.306/RJ representa ou não um possível paradigma na jurisprudência pátria, bem como, quais serão os possíveis reflexos desta postura perante o Poder Judiciário Brasileiro.

O artigo é desenvolvido pela metodologia de análise de decisões. Para tanto, são utilizados como auxiliares do estudo a metodologia do tipo bibliográfica e histórica, qualitativa, parcialmente exploratória.

1. O ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Abortamento, de acordo com a doutrina clássica de Júlio Fabrini Mirabete¹ “é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção”, em suma, consiste na interrupção dolosa da gravidez, com a morte efetiva do feto. Ao lado desta interpretação, entende-se que é com a fecundação que se inicia a gravidez, passando a partir de então a se desenvolver uma nova vida, merecedora de tutela de várias áreas no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, a tutela do Direito Penal².

¹ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.93

² MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado: Parte Especial-v.2*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 89

Na realidade, o marco inicial da vida humana em uma gravidez não é exato e nem sempre foi o mesmo durante a evolução social da humanidade. Apesar do ponto inicial utilizado como parâmetro jurídico penal ser a fecundação, deve-se ressaltar que tal matéria é objeto de muitas controvérsias por envolver aspectos religiosos, filosóficos, biológicos, políticos e outros.

No Brasil, o aborto constitui conduta ilícita desde o Código Criminal do Império de 1830³. Posteriormente, em 1890, o Código Penal da República⁴ manteve a prática como crime, passando também a criminalizar igualmente a gestante que realizasse a conduta. Finalmente, em 1940, o atual Código Penal manteve a tradição de penalizar aquele que retira a vida do feto, no entanto, ao contrário dos diplomas precedentes, inovou ao prever causas exclusivas de ilicitude no artigo 128, incisos I e II, mais conhecidos como hipótese de “aborto legal”.

A legislação penal brasileira apresenta o mencionado histórico pois, sempre obedeceu a tutela do direito à vida, um dos maiores direitos fundamentais do ser humano, presente em todas as Constituições Federais, cuja posição sempre foi de ápice da pirâmide do Ordenamento Jurídico. É certo que todos os direitos da pessoa são invioláveis, não existindo, desta forma, qualquer tipo de direito que seja passível de desrespeito (mas sim flexibilização). Entretanto, no que respeita ao direito a vida, este é considerado como “*cláusulas pétreas*”, não podendo ser abolido da Lei Maior.

O Código Civil Brasileiro⁵, em conformidade com a CRFB/1988 e com o disposto em Tratado Internacionais⁶ de direitos humanos, visando a proteger a vida antes do nascimento, em seu artigo 2º dispõe que a pessoa adquire a personalidade no momento de seu nascimento, com vida, entretanto protege desde a ocorrência da concepção do nascituro, resguardando o seu direito de vir a ter vida extrauterina.

Em consonância com as previsões legais acima mencionadas, em especial à posição do direito à vida como direito fundamental, é possível concluir que, a tutela à vida intrauterina constitui forte direito no ordenamento, devendo os demais diplomas legais obedecer aos parâmetros de tutela estabelecidos, admitindo-se excepcionalmente, e desde que justificadamente, pequenas exceções, como o caso da criação do “aborto legal”.

³ BRASIL, *Código Penal do Império*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 01 ago. 2018

⁴Idem, *Código Penal da República*, Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 01 ago. 2018

⁵Idem, *Código Civil*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 01 ago. 2018

⁶*Convenção Americana de Direitos Humanos*, Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 01 ago. 2018

Apesar de tal constatação a respeito da matéria legal e constitucional, com as mudanças advindas no decorrer dos anos, tendo por base o fato de que a sociedade está sempre em movimento, criando novas formas de pensar e agir, a jurisprudência atual inova ao criar diferentes posicionamentos a respeito do mesmo tema.

Frise-se que o legislador não pode se abster diante dos avanços científicos, sob o risco das lacunas geradas por esta inatividade provocarem uma instabilidade jurídica e social. No entanto, enquanto a alteração legislativa, principalmente constitucional, não avança, os Tribunais Superiores vem modernizando seus entendimentos, atendendo assim aos novos anseios e necessidades sociais.

Nesse sentido, até início de 2012 a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal caminhava junto com a interpretação literal dos diplomas legais e entendimento doutrinário. Ou seja, fora os casos concretos que incidiam nas hipóteses previstas nos incisos I e II do artigo 128, do Código Penal, qualquer aborto, independente do estado de saúde do feto ou tempo de gestação incidiria na prática do delito ora estudado, sendo tal conduta merecedora da persecução e punição Estatal.

Ocorre que no dia 12 de abril de 2012, em decisão inédita, o plenário do STF⁷ entendeu que não pratica crime de aborto a mulher que optar pela “antecipação do parto” nos casos de gravidez de feto anencefálico. Esta mudança de entendimento se deu em sede de ADPF, nº54⁸, impetrada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde do Brasil, cujo pedido requeria à Corte Constitucional uma interpretação conforme a Constituição do Código Penal e, conseqüentemente, declarasse que o aborto de fetos anencefálicos não é crime.

Os argumentos contrários a procedência da ADPF, mais conservadores, se pautavam na premissa de que o feto já pode ser considerado um ser humano, devendo ter seu direito à vida assegurado, mesmo quando pequenas as chances de sobrevivência extrauterina. Frisou-se também a ideia de que a legalização do aborto de fetos anencefálicos representaria um primeiro passo para legalização no Brasil, o que abriria chance para abortos eugênicos.

No sentido contrário, os principais argumentos levados a favor da mudança de paradigma se pautavam no fato de que como o feto em tais casos não desenvolve o cérebro, não teria qualquer condição de sobrevivência extrauterina, de tal maneira que obrigar uma gestação que apenas resultaria em morte apenas prolongaria o sofrimento da gestante. Ademais,

⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *ADPF nº54*, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 12 de abril de 2012, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2018

⁸ Idem.

rigorosamente não haveria nem mesmo aborto porque o feto anencefálico é desprovido de cérebro e, segundo a Lei n.º 9.434/1997⁹, o marco legislativo para se aferir a morte de uma pessoa ocorre no momento em que se dá sua morte cerebral.

Pautados em tais argumentos, em decisão por 8 votos a 2, os Ministros entenderam que não é crime interromper a gravidez de fetos anencefálicos. Assim, repercutiu-se uma inovadora realidade, na qual tanto os médicos que realizam a cirurgia, quanto as gestantes que decidem interromper a gravidez, nestes casos específicos, não cometem crime de aborto.

A posição inédita manifestada pelo STF atenta para a impossibilidade de proteger-se deficientemente a mulher. Vale dizer, não pode o Estado deixar de tutelar determinado titular de direito fundamental, sob pena de violar o princípio da vedação de proteção insuficiente. Deste modo, de nada adiantaria a tutela do direito à vida se, para seu êxito, fosse preciso a inobservância de outro direito igualmente fundamental: a dignidade da gestante.

Na esteira desta mudança de entendimento jurisprudencial, consistente em um verdadeiro ativismo judicial, extremamente necessário diga-se de passagem, o Supremo Tribunal Federal ousou novamente, dessa vez a 1ª Turma do STF, no julgamento do HC n.º124.306/RJ, mencionou a possibilidade de se admitir uma nova exceção: a interrupção da gravidez no primeiro trimestre da gestação provocado pela própria gestante ou com o seu consentimento também não seria crime¹⁰.

Depreende-se que, apesar de um longo período sem grandes mudanças, a atual formação do Supremo Tribunal Federal apresenta fortes indícios que pretende alterar na forma como se interpreta o delito previsto nos artigos 124 e seguintes do Código Penal.

A vida em sociedade apresenta como um dos maiores problemas a determinação do bem comum que deve prevalecer e quais normas devem regular as relações entre os indivíduos e entre estes e o Estado. A tensão entre a legislação, o instrumento por excelência da vontade da maioria, e a função das Supremas Cortes como órgãos de controle de constitucionalidade se manifesta especialmente quando questões de vida e morte, as quais neste artigo, encontram-se presentes na temática do aborto.

Uma vez analisado o histórico legal e jurisprudencial do aborto no Brasil, importante estudar o recente julgamento do HC n.º 124.306/RJ.

⁹ BRASIL, *Lei n.º 9.434/1997*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm. Acesso em: 01 ago. 2018.

¹⁰ Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC n.º 124.306/RJ*. Relator originário Ministro Marco Aurélio, redirecionado para o Ministro Roberto Barroso, julgado em 29/11/2016. Disponível em: Info 849.

2. ASPECTOS DO *HABEAS CORPUS* Nº124.306/RJ: UMA ANÁLISE DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS SUSTENTADOS PELO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

Objeto de análise do presente artigo, o *HC* nº124.306¹¹ tem como caso concreto a denúncia de Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira, presos em flagrante, em 2013, pela suposta prática do crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha, arts.126 e 288 do Código Penal¹², respectivamente.

Segundo o histórico processual anterior a impetração do *HC* nº 124.306¹³, o juízo de primeiro grau deferiu a liberdade provisória aos acusados por considerar que as infrações seriam de menor potencial ofensivo e com penas brandas. Tal decisão foi objeto de recurso pelo MPRJ, tendo o TJRJ decretado a prisão preventiva, a qual foi mantida pelo STJ.

A manutenção da prisão preventiva pelo STJ foi questionada através do *HC* nº124.306 impetrado no STF, em 2014¹⁴. Com a relatoria distribuída ao Ministro Marco Aurélio, da 1ª Turma, foi deferida a liminar do sentido de revogar a prisão dos acusados, acolhendo-se, assim, os argumentos de que estariam ausentes os requisitos necessários para decretação da prisão preventiva, previsto no art. 312 do Código de Processo Penal.

No tocante ao mérito da causa, o Ministro Marco Aurélio votou pelo afastamento da prisão provisória¹⁵, sendo, logo após, requerida vista pelo Ministro Luís Roberto Barroso. No início de seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso debruçou sua análise a respeito da natureza substitutiva de Recurso Ordinário do Habeas Corpus, o qual, segundo jurisprudência pacífica da Corte Suprema não é admissível.

Nesse sentido, a ordem foi deferida de ofício, por entender não haver razão para manter os réus detidos. Em suma, o Ministro Luís Roberto Barroso¹⁶ levou em consideração o fato de todos terem endereço fixo, serem primários e não apresentarem riscos à ordem pública ou à instrução criminal, bem como, o fato dos acusados terem comparecido aos todos os atos de instrução¹⁷.

¹¹ *Ibidem*

¹² *Idem*. *Código Penal*. Organização de Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 1993.

¹³ *1ª Turma afasta prisão preventiva de acusados da prática de aborto*. Notícias STF. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769. Acesso em: 08 abr.2018.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 10

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

Os argumentos sustentados pelo ilustre Ministro, até este ponto, não apresentaram nenhuma inovação ou mudança de entendimento da Corte Suprema, passando a analisar a questão do aborto na segunda parte da decisão, a qual, ao contrário da primeira, inova ao sustentar a possibilidade do aborto ser considerado uma conduta atípica até a o primeiro trimestre de gestação.

Na segunda fase de seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso¹⁸ ressalta que, em um Estado Democrático de Direito, exige-se para a criminalização de determinada conduta que algum bem jurídico relevante seja atingido, sem que, logicamente, configure um exercício regular de direito, e configure ainda uma reação proporcional por parte do ente estatal diante da ofensa produzida.

Tratando-se o caso concreto do delito de aborto com consentimento da gestante, o bem jurídico envolvido é o feto enquanto vida em potencial, o que, segundo o Ministro¹⁹, é evidentemente relevante. Ocorre que, passando a análise deste delito a pessoa que até então seria um dos sujeitos ativos, ou seja, a mulher grávida, a criminalização antes de concluído o primeiro trimestre de gestação enseja a violação de diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade.

A indicação de um período específico para ser o marco diferencial entre uma conduta típica e atípica, não ignora, para o Ministro²⁰, a controvérsia que paira sob o status jurídico do embrião. No entanto, o fato do embrião depender integralmente do corpo da mãe até o fim do primeiro trimestre da gestação é fundamental para ponderar os seguintes direitos da mulher que são violados pela criminalização.

Em primeiro lugar, a autonomia da mulher, núcleo essencial da liberdade individual, é ofendida a partir do momento que o Estado intervem no poder do indivíduo tomar decisões relacionadas a ele, o que inclui cessar ou não uma gravidez²¹. Em segundo, a criminalização afeta a integridade física e psíquica da mulher que é atingida, por toda sua vida, com as transformações decorrentes de uma gravidez. Com base em excelente análise, o Ministro sustenta que não é papel do direito penal impor a uma mulher ter um filho²².

Outro direito violado por conta da criminalização é o direito sexual e reprodutivo da mulher, a qual com muito custo, o adquiriu com o passar dos anos, sendo ainda objeto de tabus,

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem.

²² Ibidem.

discriminações e preconceitos. Neste sentido, a igualdade de gênero ainda é objeto de destaque no voto do ilustre Ministro, na medida que a igualdade plena somente haverá se às mulheres for reconhecido o direito de decidir acerca da manutenção ou não da gravidez.

Ainda segundo os argumentos do Ministro Luís Roberto Barroso²³, a tipificação penal desarrazoada produz uma discriminação social, na medida que prejudica de maneira desproporcional as mulheres mais humildes, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares. Em suma, “a criminalização da interrupção da gestação no primeiro trimestre vulnera o núcleo essencial de um conjunto de direitos fundamentais da mulher.”

Prossegue o Ministro²⁴ fazendo a ressalva de que este posicionamento não pretende disseminar irrestritamente a prática do aborto, mas tão somente busca que ela seja rara e segura, bem como seja evitada sempre que possível com os devidos investimentos nas áreas de educação sexual e saúde pública (métodos contraceptivos).

Outro ponto bem aprofundado no voto em análise diz respeito ao princípio constitucional da proporcionalidade e seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), no tocante a ideia de criminalização do aborto.

Nesse sentido, a adequação da criminalização só teria vez se fosse possível concluir que a vida do feto fosse efetivamente protegida, o que, notoriamente não ocorre visto as taxas de aborto. Segundo dados estatísticos retirados do site da ONU²⁵, o Ministro sustenta que a criminalização afeta apenas na quantidade de abortos seguros, posto que a maioria deste ocorro de maneira escusa, o que impede conferir à efetividade da proibição.

Em relação ao subprincípio necessidade, o Ministro Luís Roberto Barroso²⁶ sustenta ser preciso que se verifique outro meio alternativo à criminalização que proteja igualmente a vida do nascituro, mas não viole tantos direitos das mulheres. Tais meios em suma, concentram-se em políticas e medidas públicas voltadas para a conscientização e auxílio/ atendimento de mulheres grávidas

Por fim, no tocante à proporcionalidade em sentido estrito, para o Ministro deve-se verificar se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da criminalização seria compensado pela proteção da vida do feto. Ao contrário do que defende correntes de viés mais religiosos, o Ministro apresenta argumentos científicos que demonstram a ausência de

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.

potencialidade de vida do feto fora do útero materno, o que implicaria em uma criminalização que tutela bem jurídico inferior aos do suposto agressor²⁷.

3. AS CONSEQUÊNCIAS PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DECORRENTES DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO *HABEAS CORPUS* Nº 124.306/RJ

Tendo como precedente o julgamento da ADPF nº 54²⁸, em que se autorizou a antecipação terapêutica do parto para interromper a gestação de feto diagnosticado com anencefalia, é certo que o HC nº 124.306 espelha uma nova vertente mais liberal de discussão da matéria, a qual se aproxima cada vez mais da declaração de inconstitucionalidade do tipo material previsto no art. 124 e seguintes do Código Penal.

Como primeiro reflexo das decisões supramencionadas, em 2016 a Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADep) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade cumulada com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº5.581²⁹, com pretensão de assegurar, dentre outros direitos, a possibilidade de mulheres comprovadamente infectadas pelo Zika Vírus interromperem a gestação.

Logo em seguida, no ano de 2017, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a ADPF nº442, na qual pede que a Corte declare a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição da República³⁰. Por meio de argumentos similares aos presentes no voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso³¹ no HC nº124.306, o partido sustenta que tais dispositivos violam princípios e direitos fundamentais garantidos na CRFB/88.

²⁷Ibidem.

²⁸Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº54 é julgada procedente pelo ministro Gilmar Mendes*. Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863>. Acesso em: 23 abr.2018.

²⁹Idem. Supremo Tribunal Federal. *Defensores públicos questionam lei sobre combate a doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti**. Notícias STF. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323833 >. Acesso em: 23 abr 2018.

³⁰Idem. *Supremo Tribunal Federal questiona no STF artigos do Código Penal que criminalizam aborto*. Notícias STF. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337860> . Acesso em 23 abr. 2018.

³¹ Ibidem.

A mera leitura da ADPF nº442³² deixa claro que todos os fundamentos e teses sustentados tem como base e inspiração o entendimento firmado no emblemático HC nº124.306. Destaque-se que este mesmo *writ*, assim como a ADI nº3.510 e ADPF nº54 são mencionados como precedentes que estabelecem premissas para o enfrentamento da questão constitucional do aborto.

A interposição de tais ações demonstram o grande anseio por parte de classes representantes da sociedade em pacificar o tratamento dado a prática do aborto. É importante refletir que o este tema consiste em um dos temas mais sensíveis à sociedade brasileira, já que envolve questões de ética, moral, religião, saúde pública e tutela de direitos fundamentais individuais, o que sinaliza a necessidade e urgência de um diálogo e debate sobre o assunto.

Neste sentido, ainda sobre a ADPF nº442, o Supremo Tribunal Federal convocou, em março do corrente ano, audiência pública a ser realizada no início do mês de junho de 2018, o que demonstra uma posição favorável da ministra relatora, Rosa Weber, em participar das preocupações sociais sobre o tema.

É de se ressaltar que a convocação desta audiência pública pode representar até mesmo uma certa tendência por parte da Ministra em seguir a mesma linha do precedente fixado pelo HC nº124.306, visto que, ao rejeitar o posicionamento do Poder Legislativo e Poder Executivo que, em resposta ao pedido de informações³³, sustentaram que a matéria deveria ser debatida no Poder Legislativo, demonstra o entendimento da Ministra no sentido da competência do Poder Judiciário para julgar e tratar do mérito em análise.

A manifestação do Poder Legislativo na ADPF nº 442³⁴, por sua vez, deixa clara a rixa entre os Poderes do Estado quanto ao interesse em tratar do tema “aborto”. Obviamente o conflito entre tais Poderes, no caso, vai além do interesse de regular a matéria, versando mais sobre questões atinentes a legitimidade para tratar da Constituição Federal como última palavra, ativismo judiciário e ativismo legislativo.

Sobre os impactos da matéria “aborto” no Poder Legislativo, uma busca simples nos projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados que contemplem, direta ou

³²Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº442. Petição Inicial*. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>. Acesso em: 23 abr.2018.

³³Idem. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. *Convocada audiência pública em ação que discute descriminalização do aborto até 12ª semana de gestação*. Disponível em:www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=373569. Acesso em: 23 abr. 2018.

³⁴ Ibidem.

indiretamente, o termo “aborto”, revela 222 registros³⁵, os quais levam a concluir no sentido de uma tendência contrária à legalização.

Alguns projetos relevantes são: proibição de método de anticoncepção de emergência (pílula do dia seguinte) (PL 1413/2007); tipificação como crime contra a vida o anúncio de meio abortivo (PL 5069/2013); previsão de aumento de pena no caso de aborto cometido em razão da microcefalia ou anomalia do feto (PL 4396/2016); inclusão do aborto provocado pela gestante, ou por terceiros, com o seu consentimento, como crime hediondo (PL 4703/1998; PL 3207/2008; PL 7443/2006); instituição do Dia Nacional de Conscientização Antiaborto (PL 5617/2016).

De igual modo, a pesquisa por projetos de lei em tramitação no Senado Federal com a mesma chave de busca aponta 34 resultados³⁶, sendo a maioria na mesma tendência apresentada pela Câmara dos Deputados.

É importante registrar que tramita, no Senado, um projeto de reforma do Código Penal³⁷, no qual também são debatidas alterações quanto ao crime de aborto, inclusive, em prol do que equivaleria à legalização da prática no país, o que, embora não seja possível concluir quanto a influência do HC nº124.306 sob a ótica legislativa, tal fato demonstra que o Legislativo não está alheio à discussão.

Quanto as consequências do HC nº 124.306 no campo social, as notícias recorrentes³⁸ tratam do tema como uma “autorização do aborto pelo STF”. Obviamente, embora não se possa concluir com certeza absoluta a respeito desta afirmação, o fato é que a tendência, até o momento, vem sendo no sentido da Corte Suprema considerar a não recepção dos dispositivos que versam sobre o crime de aborto, ou quem sabe, atribuir-lhes interpretação conforme a constituição de modo a descriminalizar a matéria para a gestações até a 12ª semana.

A partir do HC nº124.306, eventual decisão do plenário no sentido de desautorizar o aborto soaria como uma contradição e retrocesso, pois, a decisão mencionada consiste em precedente relevante que não pode ser ignorado, principalmente quando do julgamento da recente ADPF nº 442

³⁵Idem. Congresso Nacional. Senado Federal. *Consultoria Legislativa*. Disponível em: www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?numero=&ano=&autor=&inteiroTeor=aborto&em tramitacao=Todas&tiproposicao=%5BPL++Projeto+de+Lei%5D&data=23/04/2018&page=false. Acesso em: 23 abril 2018.

³⁶ Idem. *Senado Federal*. Disponível em: <https://www6g.senado.leg.br/busca/?colecacao=Projetos+e+Matérias++Proposições&q=aborto>. Acesso em: 23 abril 2018.

³⁷Idem. *Senado Federal* Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em 23 abril 2018.

³⁸Aborto nos três primeiros meses de gestação não é crime decide STF. Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/11/aborto-nos-tres-primeiros-meses-de-gestacao-nao-e-crime-decide-stf.html>. Acesso em: 23 abril 2018.

. CONCLUSÃO

O presente trabalho propôs-se a investigar a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº124.306/RJ, buscando a compreensão não apenas dos parâmetros dessa decisão, especificamente, mas também do que, a partir daí, poderia ser apreendido em termos de exercício da jurisdição constitucional.

De uma averiguação minuciosa acerca dos aspectos da decisão central da pesquisa, fez-se um comparativo com outros posicionamentos da Corte em situações semelhantes, objetivando diagnosticar o *modus operandi* do exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo e as implicações democráticas dessa atuação.

As buscas e estudo dos julgados relacionados ao HC nº124.306/RJ apontam que, ainda que não seja possível declarar com veemência um novo padrão decisório, os casos pontuais já vislumbrados pelo Supremo Tribunal Federal, desde 2012, indicam uma quebra na interpretação estrita da lei aos casos de aborto. É possível afirmar que, embora tímida, a jurisprudência da Corte Constitucional traça uma trajetória rumo a interpretação conforme a Constituição do aborto, sendo provável, em um futuro próximo, entendimento quanto a não recepção deste delito no ordenamento jurídico brasileiro.

Destaque-se que, não obstante tal prognóstico, o *Habeas Corpus* ora estudado não aprofundou o debate de eventual inconstitucionalidade do tipo penal do aborto, tendo em vista, dentre outros fatores, que tal remédio constitucional não serviria a tal finalidade e sequer contemplava qualquer pedido nesse sentido. Espera-se assim que, quando do julgamento das recentes ações de controle concentrado (ADPF nº 5.581 e 442), a constitucionalidade do aborto seja finalmente abordada de modo a ser firmar ou não a tendência exposta pela Corte nos últimos julgados.

Tal tendência de protagonismo do Poder Judiciário, sobretudo no que concerne à interpretação e aplicação do texto constitucional, é parte de um contexto muito mais amplo, formado por um conjunto de determinações institucionais, em vista, principalmente, a inobservância por parte dos demais Poderes a direitos fundamentais. Neste cenário, o aborto continua a ser um dilema social, contrapondo vida e dignidade humana de diferentes perspectivas, as quais, como até então mencionado, apresentam uma possível mudança a integrar cena dos próximos capítulos.

REFERÊNCIAS

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos*. 2 ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2012.

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

_____. *Código Penal*. Organização de Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 1993.

_____. Congresso Nacional. Senado Federal. *Consultoria Legislativa*. Disponível em: www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?numero=&ano=&autor=&inteiroTeor=aborto&emtramitacao=Todas&tipoproposicao=%5BPL++Projeto+de+Lei%5D&data=23/04/2018&page=false. Acesso em: 23 abril 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n°442*. Petição Inicial. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>. Acesso em: 23 abr.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 54 é julgada procedente pelo ministro Gilmar Mendes*. Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863>. Acesso em: 23 abr.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Defensores públicos questionam lei sobre combate a doenças transmitidas pelo Aedes aegypti*. Notícias STF. Disponível em www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323833. Acesso em: 23 abr 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n°124.306/RJ*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 nov 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 05 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal, *HC n°124.306/RJ*, Voto Vista, Min. Roberto Barroso Proferido em 29/11/16, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. *Convocada audiência pública em ação que discute descriminalização do aborto até 12ª semana de gestação*. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=373569. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Partido questiona no STF artigos do Código Penal que criminalizam aborto*. Notícias STF. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337860 . Acesso em 23 abr. 2018.

MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado: Parte Especial-v.2*. 7.ed. Rio de Janeiro:Forense,2015

MIRABETE, Júlio Fabrini.*Manual de Direito Penal*.23ed.São Paulo: Atlas, 2005