

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO**

ROGÉRIO GESTA LEAL

VLADIA MARIA DE MOURA SOARES

FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO

MÁRIO JOÃO FERREIRA MONTE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Rogério Gesta Leal; Flávia Novera Loureiro; Mário João Ferreira Monte; Vladia Maria de Moura Soares – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-478-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Criminal. 3. Direito ao público. 4. Delito. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal)..

CDU: 34



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, durante o VII Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Braga - Portugal, dia 07 e 08 de setembro de 2017 de julho , sob o tema geral: “Interconstitucionalidade: democracia e cidadania de direitos na sociedade mundial - atualização e perspectivas, em parceria com a Universidade do Minho através do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU).

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo da compatibilidade da prática de aplicação da lei penal com o modelo de proteção constitucional do indivíduo ante a ação punitiva do Estado.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 11 (quatorze) artigos, ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Num primeiro momento foi apresentado o artigo intitulado de : A terceira via como resposta penal em prol da tutela ambiental, onde a apresentação teve por objetivo destacar a reparação do dano como resposta penal adequada para a tutela do ambiente. Buscando a reflexão, através das funções do direito penal, sobre um resultado que seja a um só tempo adequado à sociedade e à efetiva integridade do bem difuso. O texto tem como referencial teórico a proposta de Claus Roxin de inserção da reparação do dano como resposta autônoma a ser dada pelo direito penal. O método é teórico e o raciocínio dedutivo. A hipótese é a de que a recomposição ambiental pode ser também alcançada com e pelo direito penal, em seguida Conflito, Determinismo Social e relativização do mal : Traços que unem a dogmatica cidadania e hermeneutica constitucional, onde o autor expôs a importância de estudo dos países periféricos como o Brasil, em ativismo judicial e até, pasme, acusatório. Isto, por si só,

é algo reprovável. No entanto, ganha contornos, ainda mais fortes, quando se presencia, a partir dos bancos universitários, uma perda dogmática e uma fuga teórica muito acentuada. É daí que se enxerga como cada vez mais urgente sistematizar o arcabouço histórico do direito penal, no sentido de com isso preparar o exegeta de modo firme. Voltado para uma lógica que desenvolve a ideia de um direito penal verdadeiramente cidadão, num terceiro momento tivemos a apresentação do artigo intitulado Deveres de conservação de dados para fins penais: Uma reflexão sobre a normativa brasileira a partir dos precedentes da Corte de Justiça da Comunidade Européia, onde o estudo do ordenamento jurídico brasileiro se revela acerca dos deveres de conservação de dados para fins de investigação criminal e processo penal. A este efeito, o início do texto destaca a existência de novos riscos tecnológicos e sua influência no âmbito da persecução penal. Após, são examinados os precedentes do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia sobre a conservação de dados para fins penais. Ao final, o estudo é direcionado à normativa brasileira, com especial destaque às Leis 12.850/2013 e 12.965/2014.

Por conseguinte tivemos a apresentação do artigo intitulado Direito Internacional e Soberanias: Viabilidade de Integração de valores globais a partir do sistema latino americano, com ênfase na internalização das regras do Tribunal Penal Internacional, o qual aderiu grande parte dos países da América Latina, inclusive o Brasil, traz dúvidas na aplicação de suas regras. Basta que os princípios da Lei Maior prevejam hierarquia e interpenetração com normas internacionais, ou é necessária uma adaptação cultural? Por fim, é perguntado se não seria o caso de, aproveitando as proximidades culturais e de legislação interna, propor alterações constitucionais para a criação de um Tribunal Penal Latino-Americano, dando continuidade aos trabalhos a exposição do artigo A Tipificação Penal do Preconceito Racial no Brasil veio trazendo novas nuances sobre o preconceito racial, especialmente em relação aos afrodescendentes no Brasil, possui fortes raízes históricas e permanece sendo um problema social gravíssimo, que precisa ser enfrentado. A Lei Antirracismo, de 1989, que criminalizou as condutas discriminatórias por motivo de cor de pele ou etnia, ao lado da tipificação da Injúria Racial, em 1997, apresentam fragilidades e parecem insuficientes para proteger o bem jurídico que se propõem a tutelar. Por meio do método dialógico de abordagem e das técnicas de pesquisa bibliográfica novas e jurisprudencial, esse artigo problematiza os obstáculos observados no combate às práticas discriminatórias no âmbito penal e processual penal.

Por conseguinte a coordenadora desse GT trouxe os questionamentos sobre os Limites ao ativismo Judicial em Matéria Criminal: Uma reflexão sobre o aborto de anencéfalos a partir da ADPF número 54, onde a mesma não se discute apenas inconstitucionalidade de um código, mas a imprescindível efetivação dos direitos fundamentais na pacificação social. O artigo partiu de uma análise crítico-reflexiva dos códigos normativos e políticos, sem

contudo deixar de lado a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização. Tem-se por objetivo principal verificar quais os limites da atuação do Judiciário em material penal. Dando prosseguimento ao artigo a ser publicado *Nemo Tenetur se Ipsum Accusare* - Um absoluto Direito absoluto trouxe o choque entre interesses de eficiência da investigação e administração da Justiça e direitos dos acusados, a questão do conteúdo e limites do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* coloca-se com ainda maior acuidade. Reconhecido pelos principais diplomas internacionais e direitos processuais penais, independentemente de uma estrutura acusatória ou inquisitória, desafios, maxime colocados por novos e mais desenvolvidos métodos de obtenção de prova e direitos do mundo virtual, agitam as estruturas doutrinárias. Mas são a doutrina e a jurisprudência, nos métodos tradicionais, que nos permitem responder àqueles e otimizar o conteúdo e limites do privilégio.

Finalizando os trabalhos tivemos mais quatro artigos apresentados que trouxeram questionamentos importantes como O Delito de Lavagem de Capitais e a Teoria da Cegueira Deliberada: compatibilidade no Direito Penal Brasileiro? Onde o trabalho buscou discutir a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada no delito de lavagem de capitais. É bastante controversa a delimitação do elemento subjetivo no delito de lavagem de capitais, sobretudo no que tange à admissibilidade do dolo eventual. Nessa linha, discute-se a possibilidade de inclusão ou adaptação da cegueira deliberada (*Wilful blindness*) no direito brasileiro, seja como uma forma equiparada ao dolo eventual, seja como um elemento subjetivo próprio e autônomo, logo em seguida a apresentação se baseou no artigo sobre O Populismo penal e o ativismo judicial punitivista - A delação premiada como falsa harmonização do sistema de justiça penal em sociedades plurais e não reflexivas onde se examina o conflito entre a criminalização primária simbólica face o atual ativismo judicial punitivista com falsa sensação que o sistema de justiça penal é eficiente e produz resultados. Parte-se da premissa que em sociedades plurais, multiculturais e pouco reflexivas, aliado a crise do Estado-jurisdição em vários países, o instituto da delação premiada acaba por assegurar uma falsa verdade real com o espectro de afastar dilemas morais historicamente relacionados a figura do traidor para a elucidação e ruptura da organização criminosa. A penúltima apresentação trata do assunto O Supremo Tribunal Federal e o Aborto: Houve a descriminalização Parcial no Acórdão do HC número 124.306/RJ? Que veio analisar o acórdão do STF que, no julgamento do Habeas Corpus nº 124.306/RJ, firmou o entendimento de que, até os três meses de gestação, a antecipação do parto não configuraria os crimes dos arts. 124 a 128 do Código Penal. O caso será analisado sob sua perspectiva processual, verificando-se se o julgamento pode ser encarado como uma efetiva descriminalização, no caso concreto ou *erga omnes*. Para tanto, será utilizado como base o procedimento e a extensão do julgamento da ADPF nº 54, do mesmo Tribunal, que afastou o crime no caso de aborto de feto anencéfalo.

Por derradeiro o artigo apresentado foi sobre a Valoração da Ação Intersubjetivamente Significativa na Dogmática Jurídico Penal, onde vemos que o Direito Penal exerce a função de controle social formal através da determinação de um núcleo de proibição comportamental. Através de tal função, evidencia-se o objeto desse estudo: a valoração da conduta humana na teoria do delito. O objetivo é analisar o rendimento do conceito de ação capaz de atribuir unidade ao fundamento das expressões do fato punível. A crítica racional da ação, base às categorias que integram as construções dogmáticas, justifica o estudo. Por um viés metodológico dedutivo, a análise se constrói com a compreensão filosófica da ação humana, apreendida pelas construções dogmáticas na teoria do delito.

Assim demos encerramento as apresentações e aos debates do Grupo de Trabalho, parabenizando e agradecendo aos autores dos trabalhos que compõe essa obra pela valiosa contribuição científica de cada um, o que por certo será uma leitura interessante e útil à comunidade acadêmica. Reiteramos a satisfação em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI, que se constitui, atualmente o mais importante fórum de discussão e socialização da pesquisa em Direito.

Coordenadores(as):

Mário Monte (UMinho)

Flávia Loureiro (UMinho)

Rogério Gesta Leal (Unoesc)

Vladia Maria de Moura Soares (UFMT)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ABORTO: HOUVE A
DESCRIMINALIZAÇÃO PARCIAL NO ACÓRDÃO DO HC N° 124.306/RJ?**

**THE SUPREME COURT AND ABORTION: WAS THERE A PARTIAL
DESCRIMINALIZATION IN THE JUDGEMENT OF HC N° 124.306/RJ?**

**Guilherme de Oliveira Alonso
Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini**

Resumo

Este estudo pretende analisar o acórdão do STF que, no julgamento do Habeas Corpus n° 124.306/RJ, firmou o entendimento de que, até os três meses de gestação, a antecipação do parto não configuraria os crimes dos arts. 124 a 128 do Código Penal. O caso será analisado sob sua perspectiva processual, verificando-se se o julgamento pode ser encarado como uma efetiva descriminalização, no caso concreto ou erga omnes. Para tanto, será utilizado como base o procedimento e a extensão do julgamento da ADPF n° 54, do mesmo Tribunal, que afastou o crime no caso de aborto de feto anencéfalo.

Palavras-chave: Arts. 124 a 128 do código penal, Aborto, Habeas corpus n° 124.306/rj, Descriminalização

Abstract/Resumen/Résumé

This study intends to analyze the Supreme Court's judgment of Habeas Corpus n° 124.306 /RJ, when it was established the understanding that, until three months' gestation, the anticipation of childbirth would not configure the crimes of arts. 124 to 128 of the Criminal Code. The case will be analyzed under its procedural perspective, verifying if the judgment can be seen as an effective decriminalization, individually or towards all. Another judgment (ADPF n° 54), in which there was a decriminalization of abortion of an anencephalic fetus, will be used as a basis.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Arts. 124 to 128 of the criminal code, Abortion, Habeas corpus n° 124.306/rj, Decriminalization

INTRODUÇÃO

O aborto é um tema inegavelmente polêmico e suscita uma série de debates na sociedade. De um lado, há aqueles que entendem que a vida é um bem sagrado que merece ser protegido ainda durante a gestação. De outro, há aqueles que entendem que a proteção à vida não é mais relevante que outros bens jurídicos envolvidos, como a liberdade de escolha da mulher e os impactos sociais da realidade. Nesse sentido, Ronald Dworkin sustenta que a vida não seria sagrada ao ponto de suplantarem os demais direitos envolvidos em uma gestação não desejada¹.

No meio da discussão, há os que tentam modular a proteção do direito à vida a partir de critérios fisiológicos, estabelecendo – em numerosas teorias – momentos a partir dos quais a proteção à vida se tornaria indispensável. Em resumo, a resposta que buscam é o momento em que o feto (ou a criança) torna-se, não apenas um ser humano, mas uma pessoa humana, dotada, portanto, de personalidade².

Nos últimos anos, o aborto foi objeto de discussão e deliberação no Supremo Tribunal Federal em duas oportunidades. A primeira ocorreu quando do julgamento da *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental* nº 54, por meio da qual a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde requereu o reconhecimento da “*inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal*”³. A segunda, mais recentemente, deu-se quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ, durante o qual, ao analisar pedido de revogação de prisão preventiva, o voto vencedor apresentou fundamentação pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a antecipação do parto até os três meses de gestação configuraria qualquer dos crimes dos arts. 124 a 128 do Código Penal.

Há, sem dúvida, diferenças marcantes entre ambos os julgamentos. Com base nessas diferenças, pretende-se analisar o aspecto processual do último caso, no sentido de se verificar se houve, de fato, a legalização do aborto até o primeiro trimestre de gestação.

Em outras palavras, o problema central do estudo volta-se ao enfrentamento da seguinte pergunta: no julgamento do *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ, o STF firmou entendimento no sentido de que, até o terceiro mês de gestação, a antecipação do parto não configuraria os crimes dos arts. 124 a 128 do Código Penal?

Para esse estudo de caso, empregar-se-á o método analítico, com o apoio da pertinente pesquisa bibliográfica.

1. A ADPF Nº 54 E O ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO

Embora o objeto deste artigo seja a análise detida do precedente mais recente do Supremo Tribunal Federal sobre o aborto, é extremamente conveniente e didático que, em primeiro lugar, compreenda-se o julgado mais antigo e profundo sobre o mesmo tema.

Não se nega que o objeto da decisão do *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ, que afirmou ser atípica a prática do aborto durante o primeiro trimestre de gestação, seja bastante distinto daquele tratado na ADPF nº 54, na qual se pleiteou – e se obteve – o reconhecimento da inconstitucionalidade da interpretação dos arts. 124 a 128 do Código Penal quando a gravidez interrompida envolver feto anencefálico. No entanto, parece ser bastante coerente a análise desse caso para a verificação da adequação do instrumento utilizado para o reconhecimento da atipicidade do crime de aborto.

Em resumo, a ADPF nº 54 foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS para requerer o reconhecimento de violação a preceitos fundamentais (notadamente, o princípio dignidade da pessoa humana, a cláusula geral da liberdade contida no princípio da legalidade e o direito à saúde) em razão da aplicação que era “*dada aos dispositivos do Código Penal referidos, por diversos juízes e tribunais: a de que deles extrai a proibição de efetuar-se a antecipação terapêutica do parto nas hipóteses de fetos anencefálicos*”⁴.

Ainda que a inicial indique que a concepção do aborto (em sentido amplo) como crime contra a vida não seja pacífica ao redor do mundo, a pretensão jurisdicional passaria “*ao largo dessa relevante discussão, com todas as suas implicações filosóficas, religiosas e sociais*”⁵, não se pretendendo “*suscitar quaisquer das escolhas morais envolvidas na interrupção voluntária da gravidez viável*”⁶. Na realidade, o objetivo era, única e simplesmente, o reconhecimento da atipicidade da conduta (ou a interpretação conforme à Constituição Federal do Código Penal) de antecipação do parto em caso de feto inviável, portador de patologia “*incompatível com a vida extra-uterina*”⁷. Segundo o pleito inicial, não haveria qualquer disputa científica quanto à mortalidade absoluta da anencefalia, de modo que não haveria como se caracterizar, com a antecipação do parto nesses casos, crime contra a vida.

O instrumento utilizado para esse reconhecimento também é suficientemente justificado na petição inicial, que enfrenta os três pressupostos para o ajuizamento da *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental*, quais sejam: a) a ameaça ou violação a preceito fundamental; b) a indicação de ato do Poder Público que possa causá-la; c) a inexistência de

outro meio eficaz de sanar a lesividade. É o que estabelece a Lei nº 9.882/1999, que regulamentou a ADPF, em seus arts. 1º, parágrafo único, I e 4º, § 1º:

Art. 1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; (...)

Art. 4º, § 1º Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

O primeiro pressuposto foi preenchido, como se disse acima, com a indicação dos preceitos fundamentais potencialmente violados (dignidade da pessoa humana, legalidade e direito à saúde). O segundo, por sua vez, extraiu-se do potencial exercício do poder punitivo pelo Estado com a persecução criminal de gestantes que encerrassem sua gestação de feto anencefálico.

O terceiro, porém, merece melhor atenção justamente porque pode se relacionar, mais adiante, com o julgamento do HC nº 124.306/RJ. Vale a transcrição do trecho da petição inicial em que se afastam outros meios inidôneos para a resolução da controvérsia:

A doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm construído o entendimento de que a verificação da subsidiariedade em cada caso depende da *eficácia* do “outro meio” referido na lei, isto é, da espécie de solução que as outras medidas possíveis na hipótese sejam capazes de produzir. O *outro meio* deve proporcionar resultados semelhantes aos que podem ser obtidos com a ADPF. Ora, a decisão na ADPF é dotada de caráter vinculante e contra todos, e dificilmente uma ação individual ou coletiva de natureza objetiva poderá atingir tais efeitos. Ademais, caso, a pretexto da subsidiariedade, se pretendesse vedar o emprego da ADPF sempre que cabível alguma espécie de recurso ou ação de natureza subjetiva, o papel da nova ação seria totalmente marginal e seu propósito não seria cumprido. É por esse fundamento, tendo em vista a natureza objetiva da ADPF autônoma, que o exame de sua subsidiariedade deve levar em consideração os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional.

Assim, não sendo cabível qualquer espécie de processo objetivo – como a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade –, caberá a ADPF. É esse o entendimento que tem prevalecido nesse Eg. STF.

No caso presente, as disposições questionadas encontram-se no Código Penal, materializado no Decreto-lei nº 2.848, de 7.12.40. Trata-se, como se percebe singelamente, de diploma legal pré-constitucional, não sendo seus dispositivos originais suscetíveis de controle mediante ação direta de inconstitucionalidade, consoante pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁸

Em resumo, concluiu a inicial que a propositura da ADPF se justificaria porque não seria cabível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade contra o Código Penal em

razão da anterioridade desse diploma à Constituição Federal de 1988. Com efeito, aplicar-se-ia o entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento da ADI nº 2/DF, reconheceu que “*o vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura*”⁹. Em outras palavras, a ADPF teria cabimento porque não encontraria essa vedação relativa à ADI (já que o próprio art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.882/99, permite a análise de lei anterior à atual Constituição) e porque, assim como essa, também possui o caráter vinculante e a eficácia *erga omnes*. A adequação do meio utilizado pela CNTS foi reconhecida pelo STF quando do conhecimento e posterior julgamento da própria ADPF nº 54.

Não é objeto deste estudo analisar pormenorizadamente o procedimento adotado pela Suprema Corte para o processamento da ação. De qualquer forma, é razoável relatar que se tratou de processo extenso, com a realização de uma série de audiências públicas, nas quais foram ouvidas autoridades e organizações sociais de grande representatividade na sociedade. Ao final, o pedido foi julgado procedente, por maioria (vencido o Ministro Ricardo Lewandowski), para “*declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 124 e 128, incisos I e II, do Código Penal*”¹⁰.

Ou seja, no caso da interrupção da gravidez de feto anencéfalo, entendeu o Supremo Tribunal Federal por interpretar conforme a Constituição os crimes de aborto para reconhecer que, no caso da patologia específica, seria inconstitucional a tipificação. Passa-se, assim, à análise do precedente mais recente, buscando-se identificar, adiante, se há similaridade entre os procedimentos adotados e as consequências da decisão.

2. O HC Nº 124.306/RJ DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ foi impetrado em favor de dois indivíduos, acusados de ter praticado aborto em gestante igualmente denunciada na ação penal de origem, instaurada perante a 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ. Conforme se extrai do voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso¹¹, a impetração se voltou à revogação da prisão preventiva decretada em 1º grau, sob o fundamento de que “*não estão presentes os requisitos necessários para a decretação de prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal*”¹².

O relator originário, assim como na ADPF nº 54, era o Ministro Marco Aurélio, que deferiu a medida liminar em favor dos pacientes (em decisão datada de 8 de dezembro de 2014) e estendeu os efeitos da decisão aos demais denunciados, em decisão de 26 de junho de 2015. Em resumo, entendeu o então relator pela plausibilidade da alegação de ausência dos requisitos da preventiva, indicados pelos fundamentos apresentados de que

(i) os pacientes são primários, com bons antecedentes e têm trabalho e residência fixa no distrito da culpa; (ii) a custódia cautelar é desproporcional, já que eventual condenação poderá ser cumprida em regime aberto; e (iii) não houve qualquer tentativa de fuga dos pacientes durante o flagrante. Daí o pedido de revogação da prisão preventiva, com expedição do alvará de soltura.¹³

Levado o feito à 1ª Turma do Supremo Tribunal para o julgamento de mérito, foi proferido o voto do Relator, ratificando os termos da liminar para conhecer do *Habeas Corpus* e conceder a ordem pleiteada para afastar a prisão provisória.

O Ministro Luís Roberto Barroso, que, curiosamente, foi o subscritor da *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental* nº 54 acima relatada, pediu vista dos autos. Em 29 de novembro de 2016, proferiu seu voto, sendo acompanhado, por maioria, pelos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber. A conclusão da decisão – e, por consequência, do acórdão – estabelece o seguinte: “*Ante o exposto, concedo de ofício a ordem de habeas corpus para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-a aos corréus*”.¹⁴

Uma leitura desavisada apenas do dispositivo ensejaria uma dúvida relevante sobre o julgamento. Afinal, não se teria tratado da mesma consequência proposta no voto do Ministro Relator – qual seja a concessão da ordem para afastar a custódia cautelar? Seria necessário um voto-vista apenas para não conhecer do *Habeas Corpus* e conceder de ofício a ordem pleiteada?

Acontece que o voto do Ministro Barroso, além de ter reconhecido, como fez o Ministro Marco Aurélio, a ausência dos requisitos para a decretação da prisão preventiva, apresentou fundamentação para indicar a “*inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre*”¹⁵. Nota-se, em primeiro lugar, que o voto não descreve a conduta praticada pelos pacientes na ação penal de que decorreu a impetração. Ou seja, embora se fale em trimestre de gestação, não se deixou claro, no voto-vista, que se trataria do caso em análise (o que, aliás, seria vedado em sede de *Habeas Corpus*).

De qualquer forma, o voto-vista segue sua fundamentação para indicar que “*a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da*

proporcionalidade”¹⁶. Após uma breve introdução sobre a teoria geral dos direitos fundamentais, o voto-vista sustenta, em primeiro lugar que

é dominante no mundo democrático e desenvolvido a percepção de que a criminalização da interrupção voluntária da gestação atinge gravemente diversos direitos fundamentais das mulheres, com reflexos inevitáveis sobre a dignidade humana. O pressuposto do argumento aqui apresentado é que a mulher que se encontre diante desta decisão trágica – ninguém em sã consciência suportará que se faça um aborto por prazer ou diletantismo – não precisa que o Estado torne a sua vida ainda pior, processando-a criminalmente. Coerentemente, se a conduta da mulher é legítima, não há sentido em se incriminar o profissional de saúde que a viabiliza.¹⁷

Na sequência, o voto enfrenta muito rapidamente o que seria o fundamento central da maioria das discussões sobre a legalização ou criminalização do aborto: “*o status jurídico do embrião durante fase inicial da gestação*”¹⁸. Ou, em outras palavras, a existência de um direito à vida do feto até o primeiro trimestre de gestação. Sustentou o voto que haveria

duas posições antagônicas em relação ao ponto. De um lado, os que sustentam que existe vida desde a concepção, desde que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação de células. De outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência – o que geralmente se dá após o terceiro mês de gestação – não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno.¹⁹

O Ministro redator do acórdão, porém, concluiu que “*não há solução jurídica para esta controvérsia*”²⁰, que dependeria “*sempre de uma escolha religiosa ou filosófica de cada um a respeito da vida*”²¹. Essa ausência de solução indicada tornou necessário para o Ministro verificar outra perspectiva sobre o aborto. Para tanto, o voto considerou, como ponto de partida, a premissa de que, como “*não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno (...) ele dependerá integralmente do corpo da mãe*”²².

A partir desse raciocínio, apresentaram-se os argumentos para a concessão de ofício da ordem de *Habeas Corpus*, analisando-se os direitos violados pela criminalização. O primeiro foi a violação à autonomia da mulher, “*que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III)*”²³. Em resumo, o voto-vista sustentou que seria inadmissível “*impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida*”²⁴.

O segundo fundamento é a violação do direito à integridade física e psíquica, no sentido de que, com a criminalização, o Estado estaria impondo às mulheres as

*“transformações, riscos e consequências da gestação. Aquilo que pode ser uma bênção quando se cuide de uma gravidez desejada, transmuda-se em tormento quando indesejada”*²⁵. Ademais, *“a integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser”*²⁶.

Em terceiro e quarto lugares, o voto-vista sustentou que também estariam violados os direitos sexuais e reprodutivos da mulher (*“justamente porque à mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior intensidade”*²⁷) e a igualdade de gênero (no sentido de que, como *“o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não”*²⁸). O último dos direitos violados corresponderia à situação de *“discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres (...) que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo”*²⁹.

O voto do Ministro Barroso, então, procede a um “teste de proporcionalidade” para demonstrar que a criminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação não seria compatível com a Constituição, sustentando que

a tipificação penal nesse caso somente estará então 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).³⁰

Em relação à adequação (o primeiro critério apresentado), o redator fez menção a estudos que indicariam que *“as taxas de aborto nos países onde esse procedimento é permitido são muito semelhantes àsquelas encontradas nos países em que ele é ilegal”*³¹. Com efeito, a descriminalização não alteraria o número de abortos efetivamente realizados (alguns estudos sugeririam, inclusive, que o aborto é proporcionalmente mais realizado nos países onde é proibido³²), sendo *“inefcaz para proteger o direito à vida do feto”*, constituindo, *“do ponto de vista penal (...) apenas uma reprovção ‘simbólica da conduta’”*³³. O Ministro redator ainda faz uma consideração relevante sobre o aspecto moral do tema e a função do Estado:

Em temas moralmente divisivos, o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que as mulheres façam sua escolha de forma autônoma. O Estado precisa estar do lado de quem deseja ter o filho. O Estado precisa estar do lado de quem não deseja – geralmente porque não pode – ter o filho. Em suma: por ter o dever de estar dos dois lados, o Estado não pode escolher um.³⁴

O segundo critério (a existência de meio alternativo à criminalização que proteja o nascituro da mesma forma, mas restrinja em menor intensidade os direitos das mulheres), concluiu o voto que

Nesse ponto, ainda que se pudesse atribuir uma mínima eficácia ao uso do direito penal como forma de evitar a interrupção da gestação, deve-se reconhecer que há outros instrumentos que são eficazes à proteção dos direitos do feto e, simultaneamente, menos lesivas aos direitos da mulher. Uma política alternativa à criminalização implementada com sucesso em diversos países desenvolvidos do mundo é a descriminalização do aborto em seu estágio inicial (em regra, no primeiro trimestre), desde que se cumpram alguns requisitos procedimentais que permitam que a gestante tome uma decisão refletida. É assim, por exemplo, na Alemanha, em que a grávida que pretenda abortar deve se submeter a uma consulta de aconselhamento e a um período de reflexão previa de três dias. Procedimentos semelhantes também são previstos em Portugal, na França e na Bélgica.³⁵

Por fim, o voto-vista analisou a proporcionalidade em sentido estrito, no sentido de “*verificar se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da criminalização são ou não compensadas pela proteção à vida do feto*”³⁶. Em resumo, concluiu o seguinte: a) a tipificação penal produziria um elevado grau de restrição a direitos fundamentais das mulheres; b) a criminalização protegeria de forma ineficiente os direitos do feto, eis que não teria obtido êxito na redução do número de abortos realizados; c) “*o interesse do Estado na proteção da vida pré-natal não supera o direito fundamental da mulher realizar um aborto*”³⁷, de acordo com a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA.

Assim,

para que não se confira uma proteção insuficiente nem aos direitos das mulheres, nem à vida do nascituro, é possível reconhecer a constitucionalidade da tipificação penal da cessação da gravidez que ocorre quando o feto já esteja mais desenvolvido. De acordo com o regime adotado em diversos países (como Alemanha, Bélgica, França, Uruguai e Cidade do México), a interrupção voluntária da gestação não deve ser criminalizada, pelo menos, durante o primeiro trimestre da gestação. Durante esse período, 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 materno³³. Por tudo isso, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição ao arts. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.³⁸

Os dois últimos parágrafos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso merecem destaque. No penúltimo, afirmou que, como o Código Penal é anterior à Constituição, não haveria que se falar em declaração de inconstitucionalidade, mas de “*não recepção (...) dos dispositivos apontados do Código Penal*”³⁹. Como consequência, afirmou que, “*em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corrêus à interrupção voluntária da*

*gestação realizada nos três primeiros meses, há dúvida sobre a própria existência do crime*⁴⁰, o que, segundo ele, afastaria a “*presença de pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva*”⁴¹.

No último, há o dispositivo: “*concedo de ofício a ordem de habeas corpus para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-a aos corréus*”⁴². O voto-vista relatado acima conduziu o acórdão do HC nº 124.306/RJ.

3. ANÁLISE PROCESSUAL: HOUVE A DESCRIMINALIZAÇÃO PARCIAL DO ABORTO?

O questionamento formulado é simplório porque o acórdão do HC nº 124.306/RJ enseja outras perguntas de igual relevo. Sem a pretensão de exaurir o tema, o ideal seria dividi-lo em duas questões, quais sejam: a) se o STF afastou a incidência dos crimes de aborto no caso concreto em análise; e b) se a decisão implica o reconhecimento *erga omnes* da inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura o crime aborto a antecipação da gestação no primeiro trimestre de gestação.

Esclarece-se, de antemão, que a inspiração para este estudo decorreu da disseminação, na imprensa, de afirmações como “*Turma do STF decide que aborto nos três primeiros meses de gravidez não é crime*”⁴³, “*Aborto até o terceiro mês não é crime, decide turma do Supremo*”⁴⁴ e “*STF decide que aborto até o terceiro mês não é crime: o que isso significa*”⁴⁵. É que a leitura da decisão não deixa, à primeira vista, a situação tão clara quanto se noticiou amplamente logo após o julgamento.

Pois então, respondendo à primeira pergunta – houve a descriminalização parcial no caso concreto? – a resposta parece ser negativa. A notícia do julgamento no site do Supremo Tribunal Federal acena nesse sentido. No título, a afirmação “*1ª Turma afasta prisão preventiva de acusados da prática de aborto*”⁴⁶ corrobora a compreensão que se faz do dispositivo do acórdão relatado no título anterior. Em resumo, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal não concedeu a ordem de *habeas corpus* para determinar o trancamento da ação penal em razão da inconstitucionalidade da interpretação (ou a não-recepção) quanto ao crime de aborto se realizado até o primeiro trimestre de gestação. Na realidade, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso ratificou o voto do Relator originário, Ministro Marco Aurélio, no sentido de determinar o afastamento da prisão preventiva.

Com efeito, não obstante tenha havido fundamentação específica para declarar a não-recepção dos crimes dos arts. 124 a 128 do Código Penal quando se tratar de interrupção da

gravidez até o terceiro mês de gestação, o Supremo Tribunal Federal não aplicou o entendimento ao caso concreto. Aparentemente, sequer poderia fazê-lo. Afinal, a limitada cognição do *Habeas Corpus* não permitiria ao STF analisar se, no caso concreto, tratava-se de acusação de prática dos referidos crimes no período contemplado pelo novo entendimento.

A solução encontrada pelo Ministro Barroso (para expor seu posicionamento quanto ao crime e aplicá-lo à controvérsia específica), ainda que tivesse corroborado o fundamento do Ministro Marco Aurélio de que não estariam presentes os requisitos da prisão preventiva, foi engenhosa: reconheceu-se que, em razão da inconstitucionalidade recém-verificada, haveria dúvida acerca da existência do crime, o que afastaria o requisito do art. 312 do Código de Processo Penal da “*prova da existência do crime*”. Ou seja, além de os pacientes ostentarem condições pessoais que afastariam os demais requisitos (quais sejam a *garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal*), não seria possível afirmar, com certeza, que a conduta seria criminosa em razão do entendimento quanto à não-recepção do crime de aborto praticado até os três meses de gestação. Genericamente, portanto, a dúvida afastaria a imprescindibilidade de segregação cautelar.

Um questionamento intermediário surge em razão da resposta ao primeiro: seria possível que a 1ª Turma do STF reconhecesse a não-recepção dos crimes de aborto e determinasse o trancamento da ação penal? Nesse caso, à luz da doutrina, a resposta parece ser positiva.

O primeiro aspecto a ser considerado diz respeito ao art. 97 da Constituição Federal, segundo o qual “*somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público*”, e à Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal, que estabelece que “*viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão do órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte*”⁴⁷.

Embora o acórdão do HC nº 124.306/RJ tenha declarado, em sua fundamentação, que seria inconstitucional a interpretação do Código Penal para criminalizar o crime de aborto a qualquer tempo de gestação (permitindo-o até os três primeiros meses), a doutrina entende que, no caso de não-recepção de dispositivo anterior à Constituição, não incidiria a cláusula de reserva de plenário ao julgamento realizado pela Turma:

Na realidade, quando se põe a questão da revogação vs. declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, a coerência dessa diferenciação é a de que não se pode exigir o mesmo rigor procedimental para se examinar a conformidade constitucional de uma lei anterior ao regime constitucional em relação àquela promulgada sob a égide do vigente sistema constitucional e que, em tese, teria se submetido aos procedimentos do novo processo legislativo instituído pelo texto constitucional.

Importante salientar que o menor rigor refere-se ao aspecto procedimento e não qualitativo acerca da constitucionalidade. Esse rigorismo diminuído diz refere-se, por exemplo, à desnecessidade de os tribunais submeterem-se à reserva de plenário (art. 97 da CF/1988 (LGL\1988\3)) para declarar a não recepção de uma lei ou então, à impossibilidade de se examinar a inconstitucionalidade por vício do processo legislativo de lei anterior à Constituição Federal (LGL\1988\3) vigente, e.g., o Código Tributário Nacional (LGL\1966\26).

Ou seja, não faz sentido submeter ao mesmo rigorismo procedimental a aferição da constitucionalidade de uma lei produzida anteriormente à Constituição vigente em relação àquela elaborada sob a égide da Constituição em vigor.

A distinção entre não recepção e declaração de inconstitucionalidade não é meramente teórica, ela possui reflexos prático-procedimentais no que diz respeito à necessidade de aplicação da reserva de plenário (art. 97 da CF/1988 (LGL\1988\3)) para a desaplicação da lei inconstitucional por parte de nossos tribunais. Portanto, dispensa a regra do full bench, o afastamento de lei inconstitucional produzida antes da Constituição vigente.⁴⁸

O raciocínio é preciso: se não há inconstitucionalidade em lei promulgada antes da Constituição⁴⁹, não há como declará-la; e se não se pode declará-la, afasta-se a cláusula da reserva de plenário. Analisando o voto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2, acima mencionada, Bruno Moraes Faria Monteiro Belem corrobora o posicionamento:

A Constituição Federal (LGL\1988\3) não contemplou norma semelhante à contida no art. 282, 2, da CRP, que considera a contraposição entre o direito inferior pré-constitucional e a norma constitucional posterior uma questão de inconstitucionalidade e não pura e simplesmente de revogação. A jurisprudência do STF que se desenvolveu sob a vigência da Constituição de 1967-1969 sempre solucionou este conflito de normas a partir do critério cronológico. Já sob a vigência da Constituição de 1988, o STF, conduzido por voto proferido pelo Min. Paulo Brossard, reafirmou a tendência tradicional, consoante a qual somente pode ser considerada inconstitucional a lei editada já na vigência da Constituição que lhe serve de parâmetro. Isto porque o legislador responsável pela criação da lei anterior não devia obediência à Constituição posterior, motivo por que aquela norma, não tendo violado as normas constituições posteriormente concebidas, terminou por elas revogada. É por isso que no Brasil é comum a afirmação de que não há inconstitucionalidade superveniente, do que resulta a inadmissibilidade da submissão do direito pré-constitucional ao controle de constitucionalidade. Nesse caso, e de acordo com esta mesma tendência jurisprudencial, tratando-se de um conflito de normas no tempo e não de incompatibilidade vertical entre a norma inferior e a superior, dispensável se torna a adoção dos procedimentos próprios do controle de constitucionalidade. Um exemplo seria a inaplicabilidade da cláusula da reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade prevista no art. 97 da CF/1988 (LGL\1988\3).⁵⁰

A obra acima mencionada traz, por coincidência, a resposta à segunda pergunta formulada no início deste título: a decisão do HC nº 124.306/RJ implica o reconhecimento *erga*

omnes da inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura o crime aborto a antecipação da gestação no primeiro trimestre de gestação? Belem explica:

Na prática, contudo, a tese da inexistência de inconstitucionalidade superveniente colocou à margem do controle de constitucionalidade as normas existentes e em vigor antes do advento da nova ordem constitucional. O legislador quis mudar esta situação com a edição da Lei 9.882/1999, prevendo expressamente a possibilidade de exame de constitucionalidade de normas editadas antes da Constituição. Essa solução pretende colmatar uma lacuna no sistema de fiscalização de constitucionalidade brasileiro ao permitir que controvérsias relevantes relacionadas ao direito pré-constitucional sejam resolvidas pelo STF com eficácia geral e efeito vinculante no âmbito de um processo objetivo.⁵⁸ Este movimento legislativo nada mais fez do que superar a jurisprudência do STF sobre a matéria.

(...) A incompatibilidade material entre a norma pré-constitucional e a Constituição vigente é chamada pelo STF de não recepção, que, em substância, nada mais é do que uma inconstitucionalidade superveniente, que opera em sede de vícios materiais. Em qualquer caso, as normas ordinárias anteriores contrárias à Constituição não podem subsistir, seja qual for o modo de interpretar o fenômeno da contradição entre elas, de modo que o argumento de que a norma anterior estaria caduca não pode ser suficiente para excluí-la do alcance da fiscalização de constitucionalidade. De tudo isso se extrai que independentemente da criação da ADPF, o direito ordinário pré-constitucional pode ser objeto de controle de constitucionalidade. A previsão expressa dessa possibilidade na Lei 9.882/1999 teve o mérito apenas de explicitar tal possibilidade que, de acordo com a jurisprudência do STF, está limitada à fiscalização pela via da ADPF.⁵¹

Não obstante o autor seja crítico ao entendimento consolidado do STF de que a análise de lei anterior à Constituição não revolve o conceito de inconstitucionalidade, mas apenas de não-recepção, é claro que a única forma pela qual o Supremo Tribunal Federal poderia alterar a interpretação quanto ao crime de aborto, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, seria, justamente, por meio de uma *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental*, nos exatos moldes como ocorreu com o aborto de anencéfalo.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes:

A lei que disciplina a arguição de descumprimento de preceito fundamental estabeleceu, expressamente, a possibilidade de exame de compatibilidade do direito pré-processual com norma da Constituição da República.

Assim, toda vez que se configurar controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito federal, estadual ou municipal anteriores à Constituição, em face de preceito fundamental da Constituição, poderá qualquer dos legitimados para a ação direta de constitucionalidade formular a arguição de descumprimento.

Também essa solução vem colmatar uma lacuna importante no sistema constitucional brasileiro, permitindo que controvérsias relevantes afetas ao direito pré-constitucional sejam solvidas pelo STF com eficácia geral e efeito vinculante no âmbito de um processo objetivo.⁵²

Se, por um lado, a resposta sobre a descriminalização do aborto no primeiro trimestre é clara (não ocorreu – apesar da difusão das notícias que podem, inclusive, criar situações de

erro de proibição em gestantes que o pratiquem), por outro, não cessa a dúvida sobre o procedimento adotado pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Além de se tratar de um jurista consagrado, o Ministro redator do acórdão do HC nº 124.306/RJ foi o subscritor da ADPF nº 54, sendo possivelmente um dos grandes responsáveis pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da interpretação dos arts. 124 a 128 do Código Penal no caso do aborto de feto anencéfalo. Em outras palavras, trata-se de alguém que sabe exatamente o caminho para o reconhecimento da não-recepção da interpretação de determinada norma penal.

Em razão disso, por qual motivo teria ele decidido dessa forma, sem propriamente declarar a atipicidade da conduta imputada aos pacientes, mas também sem indicar, no voto, que a decisão do HC não tinha o condão de resolver a controvérsia? Em outras palavras: porque o tema foi abordado de forma tão direta, mas sem uma eficácia prática para o caso concreto (ou, para todos os efeitos, para todas as controvérsias penais), sobretudo quando se tinha outro fundamento muito mais simples para a revogação da prisão preventiva?

Não se sabe ao certo, mas, em uma entrevista concedida ao jornal Estadão, o Ministro afirmou que o julgamento do HC nº 124.306/RJ “*é uma decisão para que se adotem políticas públicas melhores do que a criminalização para evitar o aborto*”⁵³. Em suma, tratar-se-ia de decisão para “*contribuir para o fim dos abortos clandestinos, que mutilam e levam à morte muitas mulheres*”. Certamente, o debate foi fomentado com a decisão, já que, ainda que não tenha havido, *per se*, a legalização parcial do aborto, a própria Câmara dos Deputados criou, nos dias que se seguiram às notícias do julgamento, uma comissão especial para analisar o tema.

De toda forma, é preciso muito cuidado para a utilização do referido precedente como parâmetro para a prática de condutas que, em tese e sob a interpretação vigente, ainda configuram os crimes dos arts. 124 a 128 do Código Penal.

CONCLUSÃO

O presente estudo pretendeu analisar o aspecto processual do acórdão do *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ. Em suma, buscou-se verificar se, no caso concreto e em abstrato, houve a descriminalização do crime de aborto se realizado até os três meses de gestação, problema central da pesquisa apontado na introdução.

O trabalho tomou como base o julgamento da *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental* nº 54, na qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu, de fato e para todos

(efeitos *erga omnes* e vinculante), a inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 124 a 128 do Código Penal no caso de aborto de feto anencefálico.

Ao contrário desse paradigma, porém, constatou-se que o acórdão conduzido pelo voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso não resolveu a questão do aborto no primeiro trimestre, inclusive quanto ao caso concreto tratado na impetração. Basicamente, verificou-se que o dispositivo da decisão deixou de afastar a tipicidade dos crimes imputados aos pacientes, resumindo-se a tratar da revogação da prisão preventiva anteriormente imposta. Embora seja verdade que a fundamentação utilizada no voto-vista não se limitou aos requisitos da prisão preventiva tratados no art. 312 do Código de Processo Penal – valendo-se do entendimento quanto ao aborto –, é igualmente certo que não houve a determinação de trancamento da ação penal em razão de não se estar diante de prática criminosa.

No estudo realizado, chegou-se a duas conclusões sobre essa circunstância: a) em primeiro lugar, o acórdão do HC nº 124.306/RJ poderia ter reconhecido e aplicado no caso concreto o entendimento de que é inconstitucional a interpretação do Código Penal quanto ao aborto no primeiro trimestre; e b) que o Ministro Luís Roberto Barroso talvez não tenha procedido dessa forma em razão da impossibilidade de determinar se, no caso concreto, a circunstância do trimestre de gestação estaria demonstrada.

De qualquer modo, o julgamento se deu como forma a fomentar o debate – conforme indicado pelo próprio Ministro redator do acórdão, em entrevista posterior – e provocar uma maior reflexão sobre o tema. Sob essa perspectiva, tratou-se de atuação bem-sucedida, já que, na mesma semana em que foi divulgado o julgamento, a Câmara dos Deputados instalou uma comissão para discutir o aborto. No entanto, é preciso extremo cuidado na utilização desse precedente como uma solução ao caso, como fez a imprensa nos dias que se sucederam ao julgamento. Somente por meio de uma competente *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental*, seria possível essa conclusão, nos termos do que ocorreu com o aborto de anencefalo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. Controle difuso de constitucionalidade e declaração de não recepção de leis inconstitucionais em ações coletivas. *Revista dos Tribunais*. Vol. 926/2012. P. 571-606. Dezembro/2012.

AGÊNCIA BRASIL. Turma do STF decide que aborto nos três primeiros meses de gravidez não é crime. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-11/turma-do-stf-decide-que-aborto-nos-tres-primeiros-meses-de-gravidez-nao-e>>. Acesso em 7.2.2017.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2016.

BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. Arguição Paralela de Descumprimento de Preceito Fundamental: Avanços e retrocessos. *Revista dos Tribunais*. Vol. 917/2012. P. 93-161. Março/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 10. Publicada no Diário de Justiça Eletrônico no dia 27 de junho de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicada no Diário de Justiça Eletrônico nº 80, em 30 de abril de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2. Relator: Ministro Paulo Brossard. Acórdão publicado no Diário de Justiça nº 226, em 21 de novembro de 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Habeas Corpus nº 124.306/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator para acórdão: Ministro Luís Roberto Barroso. Voto-vista disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>> Acesso em 7 de fevereiro de 2017.

DWORKIN, Ronald. Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Editora WMF, 2016.

ÉPOCA. STF decide que aborto até o terceiro mês não é crime: o que isso significa. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/saude/cristiane-segatto/noticia/2016/11/stf-decide-que-o-aborto-ate-o-terceiro-mes-nao-e-crime-o-que-isso-significa.html>>. Acesso em 7.2.2017.

ESTADÃO. ‘Decisão (sobre o aborto) é para adotar políticas públicas’, diz Barroso. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/estado/2016/12/01/decisao-sobre-aborto-e-para-adotar-politicas-publicas-diz-barroso.htm>> Acesso em 7.2.2017.

FOLHA DE S. PAULO. Aborto até o terceiro mês não é crime, decide turma do Supremo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/11/1836895-aborto-ate-o-terceiro-mes-nao-e-crime-decide-turma-do-supremo.shtml>>. Acesso em 7.2.2017.

KACZOR, Christopher. A ética do aborto. Direitos das mulheres, vida humana e a questão da justiça. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOTÍCIAS STF. 1ª Turma afasta prisão preventiva de acusados da prática de aborto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>>. Acesso em 7.2.2017.

¹ DWORKIN, Ronald. Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: WMF, 2016.

² KACZOR, Christopher. A ética do aborto. Direitos das mulheres, vida humana e a questão da justiça. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicada no Diário de Justiça Eletrônico nº 80, em 30 de abril de 2014.

⁴ Inicial da ADPF nº 54. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091> Acesso em 7 de fevereiro de 2017.

⁵ Idem.

⁶ Idem.

⁷ Idem.

⁸ Inicial da ADPF nº 54. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091> Acesso em 7 de fevereiro de 2017.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2. Relator: Ministro Paulo Brossard. Acórdão publicado no Diário de Justiça nº 226, em 21 de novembro de 1997.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão publicado no Diário de Justiça Eletrônico nº 80, em 30 de abril de 2014.

¹¹ Esclarece-se que, até a data da apresentação deste artigo, não havia sido publicado o acórdão em comento. O voto-vista está disponível em

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf> Acesso em 7 de fevereiro de 2017.

¹² Voto-vista do Ministro Roberto Barroso. Disponível em

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf> Acesso em 7 de fevereiro de 2017.

¹³ Inicial da ADPF nº 54. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091> Acesso em 7 de fevereiro de 2017.

¹⁴ Voto-vista do Ministro Roberto Barroso. Disponível em

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf> Acesso em 7 de fevereiro de 2017.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Idem.

²⁰ Idem.

²¹ Idem.

²² Idem.

²³ Idem.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

²⁶ Idem.

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.

²⁹ Idem.

³⁰ Idem.

³¹ Idem.

³² Disponível em: <https://www.guttmacher.org/infographic/2016/restrictive-laws-do-not-stop-women-having-abortion> Acesso em 7 de fevereiro de 2017.

³³ Voto-vista do Ministro Roberto Barroso. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf> Acesso em 7 de fevereiro de 2017.

³⁴ Idem.

³⁵ Idem.

³⁶ Idem.

³⁷ Voto-vista do Ministro Roberto Barroso. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf> Acesso em 7 de fevereiro de 2017.

³⁸ Idem.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Idem.

⁴² Idem.

⁴³ AGÊNCIA BRASIL. Turma do STF decide que aborto nos três primeiros meses de gravidez não é crime. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-11/turma-do-stf-decide-que-aborto-nos-tres-primeiros-meses-de-gravidez-nao-e>>. Acesso em 7.2.2017.

⁴⁴ FOLHA DE S. PAULO. Aborto até o terceiro mês não é crime, decide turma do Supremo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/11/1836895-aborto-ate-o-terceiro-mes-nao-e-crime-decide-turma-do-supremo.shtml>>. Acesso em 7.2.2017.

⁴⁵ ÉPOCA. STF decide que aborto até o terceiro mês não é crime: o que isso significa. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/saude/cristiane-segatto/noticia/2016/11/stf-decide-que-o-aborto-ate-o-terceiro-mes-nao-e-crime-o-que-isso-significa.html>>. Acesso em 7.2.2017.

⁴⁶ NOTÍCIAS STF. 1ª Turma afasta prisão preventiva de acusados da prática de aborto. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>>. Acesso em 7.2.2017.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 10. Publicada no Diário de Justiça Eletrônico no dia 27 de junho de 2008.

⁴⁸ ABBOUD, Georges. Controle difuso de constitucionalidade e declaração de não recepção de leis inconstitucionais em ações coletivas. *Revista dos Tribunais*. Vol. 926/2012. P. 571-606. Dezembro/2012.

⁴⁹ Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁵⁰ BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. Arguição Paralela de Descumprimento de Preceito Fundamental: Avanços e retrocessos. *Revista dos Tribunais*. Vol. 917/2012. P. 93-161. Março/2012.

⁵¹ *Idem*.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. Fls. 1102-1103.

⁵³ ESTADÃO. ‘Decisão (sobre o aborto) é para adotar políticas públicas’, diz Barroso. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/estado/2016/12/01/decisao-sobre-aborto-e-para-adotar-politicas-publicas-diz-barroso.htm>> Acesso em 7.2.2017.