

GT Casos para Ensino

Modalidade da apresentação: Caso para Ensino - Comunicação oral.

O crime de aborto é (in)constitucional? Um Estudo sobre o HC 124.306/RJ no STF

Bianca de Figueiredo Melo Villas Bôas

Beatriz Alves Macena Lima

Brena Monice Fernandes Chaves

Resumo

A interrupção voluntária da gravidez é um fenômeno histórico manifestamente presente desde os primórdios das sociedades organizadas. Sua criminalização, contudo, passou a ser acolhida pelos mais diversos sistemas jurídicos ao redor do globo em razão de motivações de cunho moral e político que, assim como outros aspectos culturais da sociedade patriarcal, depositam na figura feminina uma carga de expectativas a serem cumpridas no âmbito doméstico. Neste sentido, com base no estudo de caso da aplicação dos tipos penais envolvendo o aborto, pretende-se analisar um caso concreto a fim de responder se tal crime é efetivamente possível de existir dentro do ordenamento brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988. Para tanto, será feito um estudo do julgamento do Habeas Corpus nº 124.306, Rio de Janeiro, pelo Supremo Tribunal Federal em diálogo com outros dois leading-cases da corte brasileira em comparação a julgados e giros legislativos que passaram a descriminalizar o aborto nos Estados Unidos, em Cuba e em Portugal. Por fim, objetiva-se responder se o aborto constitucionalmente pode ser tratado como crime no Brasil e como suas causas e consequências jurídicas e extrajurídicas impactam tal decisão no Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Descriminalização do aborto. Mulher. Supremo Tribunal Federal.

1 APRESENTAÇÃO DO CASO

Trata-se de um caso de prisão preventiva pela prática do crime de aborto com consentimento da gestante (art. 126/CP) e formação de quadrilha (art. 288/CP), no qual o juízo de primeiro grau deferiu a liberdade provisória aos acusados (cinco pessoas, dentro os que mantinham a clínica de aborto, médicos e funcionários), sob o argumento de que as infrações constituíam médio potencial ofensivo e com penas relativamente brandas, ao passo que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - TJ-RJ acolheu o recurso do MPRJ e decretou a prisão preventiva, mantida pelo STJ.

Os pacientes foram presos em flagrante no dia 14/03/2013, por terem provocado aborto na gestante com seu consentimento, em clínica clandestina, em concurso material por quatro vezes. O MPRJ, ao interpor recurso em sentido estrito, fundamentou o pedido na necessidade de garantia da ordem pública e de asseguramento da aplicação da lei penal. A defesa, então, recorreu, sob o argumento de que não estariam presentes os requisitos necessários para a decretação da prisão preventiva, uma vez que os réus eram primários, com bons antecedentes e tinham trabalho e residência fixa, além da desproporcionalidade da medida, pois eventual condenação poderia ser cumprida em regime aberto, sem que representasse risco à instrução criminal.

O mérito do pedido foi julgado e o Ministro Marco Aurélio votou pela concessão do Habeas Corpus, ao passo que os ministros Edson Fachin e Rosa Weber acompanharam o entendimento do ministro Barroso, no sentido de conceder a ordem de ofício, estendendo-a aos demais corréus. Luiz Fux, apesar de também ter concedido o HC *ex officio*, restringiu-se a revogar a prisão preventiva.

De acordo com os artigos 124 e 126 do Código Penal, a mulher que provoca aborto em si mesma ou permite que outro o provoque está sujeita à pena de detenção de um a quatro anos, enquanto terceiro que o provoque com o consentimento da gestante incorre na pena de reclusão de um a quatro anos. O cerne da discussão está na constitucionalidade da configuração da interrupção voluntária da gravidez até o terceiro mês enquanto crime, alicerçada no debate acerca dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, sua autonomia e integridade física e psíquica sob o espectro da desigualdade social e de gênero, além do custo-benefício da criminalização, em face da clandestinidade da prática.

2 NOTAS DE ENSINO

2.1 Objetivos Educacionais

O caso de ensino tem como objetivo geral proporcionar acesso ao conhecimento histórico, político e jurídico acerca do aborto, fomentando um pensamento inicial reflexivo sobre o papel do Direito para a autonomia das mulheres.

Ademais, elenca-se enquanto objetivos específicos: discutir e analisar as controvérsias da criminalização do aborto, a partir da interface de gênero e as disposições (in)constitucionais presentes no *hard case*; possibilitar a troca e a produção de conhecimento

no contexto da constitucionalização dos direitos fundamentais; permitir o levantamento de diversas perspectivas jurídicas sobre o tema; desafiar o aluno a pensar sobre as interseccionalidades que envolvem a criminalização do aborto; avaliar as tensões entre demandas por igualdade e reconhecimento de diferenças; identificar os conceitos estruturais relacionados aos estudos de gênero e o aborto, buscando contribuir com a formação profissional e política dos alunos e alunas.

2.2 Disciplinas e possibilidades de aplicação do caso

O caso para ensino relativo à (in)constitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gravidez traz em seu bojo um vasto leque de possibilidades transdisciplinares de abordagem e aplicação. Precipuamente, disciplinas como Hermenêutica Jurídica; Direito Constitucional II; Direito Penal III; Criminologia; Filosofia do Direito e Sociologia Jurídica reúnem em suas ementas conteúdos diretamente relacionados àqueles propostos pelo caso para ensino.

Dentre eles, pode-se dar destaque desde a discussão dos conceitos jurídicos e extrajurídicos que compõem o tipo penal do aborto e sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os métodos interpretativos dos tipos penais referentes à interrupção da gestação conforme à Constituição e ainda o posicionamento da Suprema Corte brasileira nos leading-cases tratando da matéria (com destaque para a já julgada ADPF 54 e a ADPF 442 sem data de julgamento marcada).

Não obstante à conexão do caso com as disciplinas mais tradicionais das grades dos cursos de Direito supramencionadas, abre-se ainda, como consequência, a possibilidade de absorver este estudo enquanto ferramenta de ensino em outras disciplinas e cursos não só restritos à área jurídica, ampliando para outros nichos das ciências humanas e no campo da saúde, por meio de disciplinas como Estudos de Gênero e Sexualidade, Atenção Integral à Saúde da Mulher e Estudos sobre Gênero, Diversidade e Relações Étnico-Raciais,

2.3 Aspectos pedagógicos para a aplicação

De início, planeja-se um rápido resgate da história da interrupção voluntária da gravidez ao longo dos anos, incluindo a digressão acerca de como tal prática passou a ser

moralmente repreendido pelas sociedades ocidentais até a sua tipificação enquanto crime. Neste momento, há a projeção de como a matéria penal evoluiu no Brasil até alcançar a atual tipificação contida nos artigos 123 a 128 do Código Penal brasileiro, seguido do comparativo de outras legislações contemporâneas que de modo similar tratam a matéria dentro da seara criminal.

Prosseguindo, propõe-se uma breve análise de três casos dentre julgados e edições legislativas que passaram a descriminalizar o aborto em diferentes partes do globo, quais sejam o *leading-case* da Suprema Corte norte-americana *Roe vs. Wade*; a experiência de descriminalização cubana - pioneira na América Latina - e o caso de Portugal, no qual a corte constitucional lusitana declarou a constitucionalidade da lei que passou a legalizar o procedimento da interrupção da gravidez em casos específicos em solo português.

Finalmente, será apresentado o caso concreto que levou a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal o Habeas Corpus 124.306/Rio de Janeiro. Por meio da apresentação dos fatos narrados, bem como da listagem dos argumentos jurídicos trazidos pela defesa dos pacientes do HC, espera-se que os alunos possam dialogar sobre os possíveis caminhos para a solução do caso concreto.

2.4 Alternativas de solução para o caso

Após a discussão acerca das possibilidades de resultado para o julgamento do caso guia, haverá o diagnóstico se, dentre os alunos, houve divergência no desfecho do julgado: o habeas corpus deve ou não ser concedido?

Tendo havido divergências entre as conclusões alcançadas, ambos os grupos deverão listar os argumentos jurídicos e os fundamentos do porquê suas decisões merecem prosperar. Não havendo divergências, o mesmo deve ser feito, sem prejuízo pedagógico, com relação à conclusão uníssona dos alunos. Após este momento, será apresentado ao grupo a decisão real proferida pelo STF e a partir de então será analisada a argumentação jurídica dos votos proferidos pelos ministros sob a égide da Constituição Federal de 1988, com destaque para as técnicas hermenêuticas usadas como método no julgamento para classificar ou desclassificar o crime de aborto como (in)constitucional. Como fechamento, será proposta uma última comparação entre o resultado alcançado pelos alunos, a real decisão do Habeas Corpus e o levantamento dos argumentos que foram acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 54 (que descriminalizou a prática no caso dos fetos anencéfalos), bem como aqueles que estão para ser apreciados na ADPF 442 - ainda a ser julgada.

2.5 Discussão e Decisão Real do caso

O caso em discussão foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal em agosto de 2016, a partir do julgamento do HC 124.306. Em 2014, a Primeira Turma do STF afastou a prisão preventiva dos denunciados, a partir do voto do relator do Habeas Corpus no Supremo, o Ministro Marco Aurélio, que deferiu cautelar para revogar a prisão, posteriormente estendida aos demais corréus.

O relator da ação considerou que não havia risco às investigações, visto que a liberdade dos acusados não oferecia risco ao processo.

Em outra sessão, o Ministro Barroso confirmou a decisão do relator acerca da prisão preventiva e introduziu o debate da inconstitucionalidade dos artigos 124 a 126 do Código Penal. De acordo com o Ministro o bem jurídico protegido – a vida em potencial do feto – é relevante, mas a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher.

Nesses termos, segundo sua interpretação conforme a Constituição, o aborto até o terceiro mês da gestação não é crime. Para definir esse critério de tempo, o ministro observou regras aplicadas em diversos outros países e como o Código Penal é de 1940 – anterior à Constituição, de 1988 – e a jurisprudência do STF não admite a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, o ministro Barroso entende que a hipótese é de não recepção. Em suas palavras:

“é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre”, à medida que violaria direitos fundamentais da mulher e o princípio da proporcionalidade” (cf. STF, HC 124.306, voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso).

Na decisão do Ministro Barroso são analisados os seguintes direitos fundamentais das mulheres: autonomia da mulher; direito à integridade física e psíquica, direitos sexuais e reprodutivos da mulher; igualdade de gênero; igualdade social (impacto desproporcional sobre mulheres pobres).

Ademais, o posicionamento do Ministro diante do caso apresentado não implica na no incentivo da prática abortiva, muito pelo contrário, nos termos da sua decisão, adverte:

o aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve. Por isso mesmo, é papel do Estado e da sociedade atuar nesse sentido, mediante oferta de educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher que deseje ter o filho e se encontre em circunstâncias adversas. (cf. STF, HC 124.306, voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso).

Assim, o ministro concedeu de ofício a ordem de habeas corpus para afastar a prisão preventiva dos pacientes e apresentou entendimento pela não aplicação do crime de aborto voluntário, disposto nos artigos 124 a 126 do Código Penal, devido a interpretação conforme a constituição.

Embora a manifestação seja em face de um habeas corpus, os fundamentos apresentados na decisão de Barroso introduz direcionamentos para a solução do caso concreto e, ainda, estrutura as bases jurídicas para viabilizar a descriminalização do aborto.

2.6 Sugestões de assuntos a serem trabalhados

A contextualização da (in)constitucionalidade da criminalização do aborto levanta problemáticas de caráter ideológico, religioso e político. Nesse sentido, a discussão não se restringe apenas às questões jurídicas e, portanto, temáticas relacionadas à política criminal, saúde psicológica e física da mulher, impactos econômico, desigualdade de gênero e outros temas de repercussão social também perpassam a problemática.

Ademais, além da inclusão desses assuntos interdisciplinares, é preciso apresentar a visão constitucional do tema, os direitos fundamentais da mulher e a sua evolução histórica no ordenamento jurídico brasileiro, a análise comparativa com outros países que permitiram a descriminalização e, por fim, as implicações jurídicas das decisões apresentadas.

2.7 Questões para discussão do caso

1. Com base no caso trazido, bem como nas referências científicas e bibliográficas utilizadas e no resgate histórico feito, qual relação pode-se estabelecer entre a criminalização do aborto e o espectro social e de gênero em que está inserida?
2. Qual a importância do caso em comento para o atual contexto jurídico do país, no que tange à posição ativista do Supremo Tribunal Federal em casos de instauração de precedentes ou decisões de repercussão geral?

3. Quais argumentos da acusação e da defesa chamaram mais atenção na discussão acerca da *(in)constitucionalidade* da criminalização do aborto?
4. Com base nas referências científicas trazidas e expostas nas argumentações dos que defendem a criminalização e dos que entendem pela sua inconstitucionalidade, qual a opinião formada pelo grupo acerca do marco interruptivo da gravidez voluntária antes dos 3 meses de gestação e a colisão de princípios entre vida do feto e vida da mulher?
5. Em que pese a colisão principiológica, qual sua relação com a *(in)constitucionalidade* da criminalização do aborto?
6. O grupo entende pela constitucionalidade ou não da interrupção voluntária da gravidez antes do primeiro trimestre de gestação?

2.8 Indicações bibliográficas

SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**. In: Revista de Direito Administrativo, v. 240, 2005.

Blackmun, Harry A, and Supreme Court Of The United States. U.S. Reports: **Roe v. Wade**, 410 U.S. 113. 1972. Periodical. Retrieved from the Library of Congress, <www.loc.gov/item/usrep410113/>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306, Rio de Janeiro**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. Diário Oficial da União. Brasil,

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 39/84. Diário da República N.º 104/1984**, Série I de 1984-05-05. Lisboa.

NAVES, Carlos Luiz de Lima e. **A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO PELO ATIVISMO JUDICIAL: ADPF 54**. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2018.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016**. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro , v. 22, n. 2, p. 653-660, Feb. 2017 . Available from<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=en&nrm=iso>. access on 28 Apr. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>.

DINIZ, Debora; VELEZ, Ana Cristina Gonzalez. **Aborto na Suprema Corte: o caso da anencefalia no Brasil**. Rev. Estud. Fem., Florianópolis , v. 16, n. 2, p. 647-652, Aug. 2008 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000200019&lng=en&nrm=iso>. access on 28 Apr. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2008000200019>.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. **Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna**. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro , v. 15, supl. 1, p. 959-966, June 2010 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700002&lng=en&nrm=iso>. access on 28 Apr. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232010000700002>.