

# HABEAS CORPUS 124.306/RJ: COMPLEMENTO OU DESAFIO A NORMA PENAL PERMISSIVA?

*Data de submissão: 21/09/2023*

*Data de aceite: 01/11/2023*

### **Júlia Alves Bensi**

Graduanda em Direito – UNESP  
Franca - SP  
<http://lattes.cnpq.br/6796639189635448>

### **Guilherme Dalbon Barbosa**

Bacharel e Mestrando em Direito- UNESP  
Especialista em Direito Penal e Processo  
Penal – UniDomBosco  
Franca - SP  
<http://lattes.cnpq.br/9882221779334373>

### **Paulo César Corrêa Borges**

Professor assistente doutor do  
Departamento de Direito Público e do  
PPGDIREITO/FCHS/UNESP. Doutor,  
Mestre e Bacharel em Direito pela  
Universidade Estadual Paulista – Unesp.  
Franca - SP  
<http://lattes.cnpq.br/2719410547680064>

**RESUMO:** O direito penal desempenha um papel fundamental na manutenção do estado democrático de Direito ao definir as condutas proibidas e suas respectivas punições. Um exemplo são as hipóteses de aborto legal previstas no Código Penal. O presente artigo, ao analisar o Habeas Corpus 124.306/RJ, discute a importância da clareza e previsibilidade das normas

penais, bem como a capacidade dos tribunais de interpretar as leis de acordo com os princípios constitucionais e os direitos fundamentais. Assim, o foco se destaca pela importância de manter um equilíbrio entre o embate legislativo e a proteção dos direitos, especialmente daqueles que pertencem a grupos vulneráveis, como é o caso das mulheres.

**PALAVRAS-CHAVE:** Habeas Corpus 124.306/RJ; Direito Penal; aborto legal.

### **HABEAS CORPUS 124.306/RJ: COMPLEMENT OR CHALLENGE TO PERMISSIVE CRIMINAL LAW?**

**ABSTRACT:** Criminal law plays a fundamental role in maintaining the democratic rule of law by defining prohibited conduct and its respective punishments. An example is the hypotheses of legal abortion provided for in the Penal Code. This article, when analyzing Habeas Corpus 124.306/RJ, discusses the importance of clarity and predictability of criminal norms, as well as the ability of courts to interpret laws in accordance with constitutional principles and fundamental rights. Thus, the focus stands out for the importance of maintaining a balance between the legislative clash and

the protection of rights, especially those belonging to vulnerable groups, such as women.

**KEYWORDS:** Habeas Corpus 124.306/RJ; Criminal Law; legal abortion.

## INTRODUÇÃO

O direito penal é ferramenta importantíssima para a manutenção e o correto funcionamento das instituições essenciais ao estado democrático de Direito, uma vez que traz, em suas disposições legais, uma autêntica lista de condutas que são vedadas, passíveis de punição, seja em um grau menor, com penas pecuniárias ou restritivas de direitos, seja em um grau maior, com penas privativas de liberdade.

Há, também, mesmo nas normas penais, previsões legislativas não incriminadoras, permissivas, que prescrevem, no âmbito do Código Penal ou de outras legislações penais especiais, condutas que ou não constituem crime, ou estão protegidas por caracterizarem circunstâncias que excluem a ilicitude do fato ou isentam de pena. Em menor número, porém, presentes.

Portanto, na norma penal, há desde contravenções penais com penas de multa, restritiva de direitos, dias ou de meses, até crimes previstos em legislações penais especiais com longas e duras penas em patamar de décadas.

Há, como foco deste artigo, ainda, as normas penais permissivas, que tratam da proteção legal a condutas que, lado outro, seriam vedadas e sancionadas pelo poder punitivo estatal.

Isso tudo, para, em linha com o que se espera do Direito atualmente, se ter uma previsibilidade, uma expectativa e uma disposição quanto ao que se pode e o que se não pode fazer em termos de condutas penalmente relevantes.

Mais que isso, o que o Estado deve combater e punir e, lado outro, o que o ente deve incentivar, proteger e garantir por meio de sua atuação e de suas estruturas, inclusive de suas instituições jurídicas e normatizações.

O campo que se busca apresentar ao longo deste artigo como enfoque são as hipóteses de aborto legal, por força tanto de decisão da jurisprudência, no caso, do *habeas corpus* analisado, e também das normas penais permissivas, que apresentam condutas penalmente relevantes, porém, que no caso concreto, são devidamente permitidas e garantidas, como é o caso das hipóteses de aborto legal, no artigo 128, I e II do CP.

Com isso, os jurisdicionados, estando diante do crivo e do poder punitivo estatal, tem o conhecimento prévio, claro e determinado de quais ações podem levar a uma responsabilização legal, diante da aplicação do princípio da legalidade e da anterioridade da lei penal, somados ao princípio da taxatividade.

Também, tem o conhecimento de excludentes de ilicitude e situações em que determinadas condutas podem ser praticadas sem que se tenha a responsabilização penal.

Não há que se dizer, ainda, que a sociedade não pode repudiar determinada conduta

prevista na norma penal como punível e alterar o seu *status* perante a Lei, de forma direta ou pela alteração da dinâmica social.

Nem tampouco que os juristas, inclusive os tribunais, não podem, a depender da situação em concreto, conferir uma proteção conforme a norma constitucional em relação a casos em que, normalmente, não haveria a garantia legal com base no Código Penal. Porém, é necessário, por força dos princípios constitucionais, que se dê efetividade os direitos fundamentais.

Para observar alterações legislativas normativas, pode-se pensar nas revogações do crime de sedução, antigo artigo 217 do Código Penal (CP) e do adultério, antigo artigo 240 do mesmo código, por exemplo.

A alteração jurisprudencial pode ser observada no próprio *habeas corpus* analisado, já que o pretório excelso, diante do caso, não aplicou uma norma legal existente no código penal, mas, sim, se utilizou do direito penal com interpretação constitucional para dar efetividade aos princípios e garantir a proteção e a garantia de autonomia e dignidade a gestante que interrompe a gravidez até o terceiro mês da gestação.

Contudo, alguns temas são de extrema importância na mesma medida que são de extrema divergência nos núcleos políticos, religiosos e sociais em geral, em relação a proteção dispendida pela norma e na própria situação em que há um choque entre dois bens jurídicos penalmente tutelados.

O aborto é justamente um destes temas, que traz, nos dias de hoje, uma carga política tão forte que muitas vezes ofusca a própria discussão jurídica e social das consequências, das possibilidades e da permissão normativa referente a ação.

Somado isso a recente aversão ao Supremo Tribunal Federal por conta de questões políticas e de posições jurídicas polêmicas, se tem uma grave situação de anomalia que traz para o debate jurídico questões que, embora relevantes, não deveriam prevalecer face a direitos fundamentais de um grupo especialmente vulnerável, como o das mulheres.

O presente artigo busca, por meio da análise bibliográfica qualitativa da norma penal e da doutrina disponível sobre o tema, para além da análise crítica jurisprudencial da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 124.306/RJ, indicar se a corte suprema decidiu em linha com as hipóteses de proteção da norma, em complemento, ou em contrariedade a ela.

Além disso, busca-se demonstrar os principais aspectos das duas hipóteses previstas no artigo 128 do Código Penal, referentes ao aborto permitido, quais sejam: o aborto para salvar a vida da gestante, em caso em que não há outro meio de salvá-la, e o aborto no caso de estupro, com o consentimento da gestante ou do seu representante legal.

Na sequência, será feita uma discussão com análise crítica dos principais aspectos da ementa e do voto do Ministro Barroso no *habeas corpus* em questão, para fundamentar a decisão e trazer a discussão.

A problemática que se almeja discutir é em relação a suficiência ou não das hipóteses já previstas, da inovação ou não da decisão face a ordem jurídica, da sua aplicabilidade em situações de notória exposição midiática e também da invasão do campo moral e político em questões jurídicas, em especial as que envolvem direitos das mulheres, como é o caso do aborto.

Em conclusão, o objetivo do artigo é demonstrar a importância da previsão legal relativa as hipóteses de aborto permitido pela norma e em decisões jurisprudenciais como as do *habeas corpus*, sem deixar de lado as possíveis críticas, as indicações e as observações quanto ao aperfeiçoamento e ampliação de tais hipóteses e as decisões de turmas dos tribunais superiores, de forma a melhorar tanto a previsão normativa, como a própria aplicação material das disposições legais.

Isso tudo levando-se em conta que temas como o aborto são de inegável embate ideológico, que, se não travado de maneira a expor ideias diferentes no campo político de maneira democrática, mas, sim, for uma autêntica forma de limitar e cercear direitos muitas vezes já adquiridos, em especial por grupos vulneráveis, leva a uma situação de claro retrocesso legislativo e social.

## REFERENCIAIS TEÓRICOS

### Previsões do aborto legal no Código Penal

O aborto é uma conduta vedada no ordenamento jurídico brasileiro, por força da determinação dos artigos 124 até 127 do Código Penal, que sancionam tanto o aborto provocado com o consentimento da gestante ou pela própria gestante, como também a conduta de terceiros que provocam o aborto, seja com a concordância da gestante, seja sem ela, que é considerado o caso mais grave. As penas variam de acordo com a conduta, de forma gradativa.

Ao contrário de outros ordenamentos jurídicos que protegem a gestante contra condutas de terceiros que provocam o abortamento, inclusive com o seu consentimento, mas não a punem *per se*, como é o caso de vários estados dos Estados Unidos da América, no Brasil, tanto a gestante que concorda, como quem de fato provoca o abortamento, são objeto de punição da norma.

Não há que se falar, no entanto, em punição para a gestante que sofreu o aborto, mas não consentiu para a ação, uma vez que ela é tão vítima como o próprio nascituro.

Outro comentário importante, apesar de não ser o objeto central deste artigo, é pontuar que enquanto o ordenamento jurídico brasileiro segue tratando o aborto como uma questão de direito criminal puro e simples, vários outros países já permitem o aborto legalmente até determinada semana da gestação, tanto como ferramenta de planejamento e controle familiar, seja como forma de materializar a autonomia e a vontade da mulher face a uma situação que apenas ela enfrenta.

Afinal, a gestação é característica exclusiva das mulheres e, apesar de a concepção depender de material genético masculino e feminino, é inegável que são as mulheres que gestam a criança, sofrem as dores do parto e as alterações físicas.

Ao tratar do aborto como questão de saúde pública e proteção a mulher em vários aspectos, e não uma questão puramente de direito criminal, as nações buscam de uma forma abrangente aplicar o direito e as políticas públicas voltadas para a dignidade da pessoa humana, e não apenas como forma de controle social pela via da norma penal.

No Brasil, além de toda a discussão moral, religiosa e política que cerca o tema, ainda há uma grande barreira para o reconhecimento de tal matéria como uma forma de tutela também da proteção a mulher, e não apenas como objeto de norma penal sancionadora.

De qualquer forma, mesmo com todo este cenário, há, no ordenamento jurídico brasileiro, duas hipóteses previstas na norma para o que se denomina como “aborto legal”: o aborto praticado para salvar a vida da gestante e o aborto em casos resultantes de estupro, com o consentimento da gestante ou do representante legal.

A norma é a seguinte:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

#### **Aborto necessário**

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

#### **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940)

Para fins de referencial teórico inicial, analisaremos os dois permissivos legais, em tópicos separados a seguir, de forma a munir o presente artigo com as duas hipóteses e permitir uma discussão embasada na sequência em relação a decisão da suprema corte.

Porém, é importante, de plano, apontar que a própria norma exige que o aborto seja praticado por *médico*, o que nos traz uma necessidade de capacitação técnica e formação na área da medicina para o procedimento, de forma tanto a proteger a integridade física da gestante, como também de forma a garantir que não ocorrerá um abuso da norma que cause sua própria violação.

No entanto, é claro que em determinadas situações, em especial quando há risco a vida da gestante, não se pode exigir que o procedimento seja feito por um médico se não houver um médico disponível.

O exemplo que se pode pensar de maneira mais clara é uma situação em que a gestante está isolada em local ermo e corre iminente e claro risco de vida, com uma gravidez já conhecidamente de risco, e com um médico à distância informando que não há outra forma a não ser o aborto para minimamente se ter uma chance de salvar a vida da mãe.

Neste caso, situações em que parteiras, bombeiros, enfermeiros ou qualquer outra pessoa tenha agido de forma a realizar o aborto para salvar a vida da gestante, apesar de não se amoldarem exatamente no *caput* do artigo 128 do CP, também não podem ser punidas.

Aliás, a própria expressão “não se pune” parece, inclusive com indicações doutrinárias, um problema, já que poderia ser interpretada não como uma situação em que não há um crime, de fato, mas, sim, como se fosse uma escusa absolutória que segue prevendo o crime, mas isenta de pena.

Lado outro, há quem entenda que a expressão é correta, uma vez que, por exemplo, Nucci afirma que:

“a lei dizendo que não se pune o *aborto*, o que significa que o *fato típico* deixa de ser punível, equivalendo a dizer que não há crime. Preferimos esta última posição. Em qualquer caso, no entanto, trata-se de excludente de ilicitude.”  
(NUCCI, 2021)

Feitas as considerações iniciais, passa-se a um estudo detalhado de ambas as previsões legais que estão no artigo 128 do CP, permitidas pela norma legal e protegidas as condutas por força da lei, para embasar a discussão.

## O aborto legal quando há risco para a vida da gestante

A primeira previsão normativa em hipóteses nas quais o aborto é permitido é o chamado *aborto terapêutico*, situação prevista no artigo 128, I do CP, na qual se prevê que não se pune o aborto praticado por médico se, e somente se, for a única alternativa para salvar a vida de uma gestante.

O que ocorre na previsão do referido dispositivo legal é o que a doutrina não raro chama de *choque de bens jurídicos*, ou, de forma mais clara, um conflito entre dois bens jurídicos igualmente protegidos e de igual estatura, ou seja, *duas vidas*, a da gestante e a do feto.

Não há que se falar que o nascituro não tem proteção legal. Seria um enorme equívoco pensar ou mesmo declarar tal ponto de vista, já que o próprio crime de aborto prevê a sanção para quem o comete e, também, porque o Código Civil põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Porém, no caso em que há o problema de saúde ou alguma outra situação em que há que ser feita uma opção, a norma defende que a vida da gestante deve ser protegida e, neste caso, o aborto é permitido legalmente. Nucci (2021), deixa clara a posição: “*Entre os dois bens que estão em conflito (vida da gestante e vida do feto ou embrião), o direito fez clara opção pela vida da mãe. Prescinde-se do consentimento da gestante neste caso.*”

A questão do *prescinde-se* do consentimento da mãe é um tanto quanto controversa, uma vez que há duas possíveis causas para tal ponto em relação a norma.

De um lado, pode-se pensar que buscou-se cercar situações em que a mulher simplesmente não pode exprimir sua vontade, em decorrência da própria causa do risco de morte que autoriza o aborto. Por exemplo: há um acidente de carro e a gestante está em coma, com a sua única chance de tentar salvar a vida sendo o aborto.

Neste caso, esperar que a gestante consinta com o abortamento para salvar sua vida seria, na prática, impossível, diante dos fatos, devendo o corpo médico agir para salvar a vida da mulher, com o sacrifício da gestação, se necessário.

Lado outro, não se pode ignorar em que há situações em que a gestante, embora sob risco de morte decorrente de algum problema de saúde, está lúcida e exprime sua vontade para que o procedimento não aconteça e a gestação prossiga.

Neste último caso, a norma não é clara, já que a previsão é simples e direta, não sendo difícil, no entanto, se pensar em situações em que, embora sua vida esteja em risco, a gestante não queira o aborto e manifeste sua vontade pela continuidade da gravidez, ainda que sob o risco da própria morte.

Uma pergunta honesta é qual seria a saída, neste caso.

Bitencourt afirma, de maneira clara, que o aborto, neste caso, deve ser realizado independente da discordância da gestante, mesmo *contra a sua vontade*, conforme o trecho a seguir:

Nessa linha de orientação, sustentamos que o aborto necessário pode ser praticado mesmo contra a vontade da gestante. A intervenção médico-cirúrgica está autorizada pelo disposto nos arts. 128, I (aborto necessário), 24 (estado de necessidade) e 146, § 3º (intervenção médico-cirúrgica justificada por iminente perigo de vida). Ademais, tomando as cautelas devidas, agirá no estrito cumprimento de dever legal (art. 23, III, 1ª parte), pois, na condição de garantidor, não pode deixar perecer a vida da gestante. Enfim, o consentimento da gestante ou de seu representante legal somente é exigível para o aborto humanitário, previsto no inciso II do art. 128. (BITENCOURT, 2021)

Afirma, ainda, que é necessária tal proteção legal tanto para a própria gestante, como também para o médico, uma vez que ele precisa salvar a vida da mulher e, no caso da situação descrita, deve se dar prioridade a da gestante, que é protegida pela norma em desfavor do nascituro.

Em relação aos requisitos, se destaca que, por força da norma e pela previsão doutrinária, existem dois pontos muito claros que precisam convergir para que se possa praticar o aborto terapêutico do artigo 128, I, do CP: a) que o aborto seja o único meio hábil e possível de se salvar a gestante e b) que de fato ocorra a prática por médico.

As ressalvas já foram feitas acima em relação as situações excepcionais, em que não há médicos, nas quais, inclusive, Bitencourt (2021) afirma que estariam protegidas pela excludente de ilicitude do estado de necessidade.

Já em relação ao risco para a gestante, interessante apontar o posicionamento de Victor Eduardo Rios Gonçalves, que afirma:

Não é necessário que haja situação de risco atual para a gestante, pois, para tal hipótese, já existe a excludente do estado de necessidade. Assim, é evidente que, se nos primeiros meses da gestação os exames já demonstram que o crescimento do feto poderá provocar a morte da gestante por hemorragia nos meses seguintes, não faz sentido aguardar que o risco se concretize para só nesse momento posterior realizar o aborto. (GONÇALVES, LENZA, 2022)

Em conclusão, pode-se afirmar que o aborto do artigo 128, I, do CP, é uma conduta prevista em norma permissiva por conta de um parecer médico que busca evitar que a vida da gestante se perca, praticando intervenção médica que provoca o aborto, mesmo face a uma resistência da mulher.

Embora a previsão tenha problemas claros em relação ao respeito da autonomia da gestante no caso concreto e mesmo se tenha discussões justas a respeito do quão *atual* o risco deve ser para se ter a conduta permitida pela norma, é digno de nota que o aborto terapêutico é importante ferramenta jurídica e, em um ordenamento já restrito em relação a permissibilidade do aborto, é de relevância e protagonismo ímpar.

## O aborto legal em casos de estupro

A segunda e última permissão legal do Código Penal em relação ao aborto é aquela destinada aos casos de estupro, nos quais resultou uma gravidez da vítima da violência sexual, nos termos do artigo 128, II, do CP.

Neste caso, o aborto, por força da norma legal, deve ser *precedido* do consentimento da gestante ou, se esta for incapaz, deve ser fornecida a concordância pelo representante legal.

Não é o foco deste artigo, mas, por vezes, uma vítima incapaz, em especial as menores de idade, pode ter uma vontade e o representante legal, outra opinião, o que leva a um problema em relação a aplicação da norma.

De qualquer forma, o que se busca atingir com este permissivo legal é justamente a dignidade da mulher vítima da violência sexual, uma vez que a ausência desta previsão legal seria uma forma do estado *forçar* a mulher, já violentada, a gestar e parir o fruto da violência independentemente da sua vontade.

Diga-se que o artigo 128, II, do CP não é uma obrigação ou um imperativo em relação ao caso no sentido de interromper a gravidez decorrente do estupro – explica-se: se a mulher vítima da violência optar por manter a gestação, o estado não irá intervir, porém, há a proteção estatal nos casos em que tal violência ocorre, resulta em gravidez e a mulher quer abortar.

No choque entre a dignidade da mulher vítima da violência sexual e o prosseguimento da gestação do feto ou do embrião, apesar de se tratarem de dois bens jurídicos tutelados e protegidos pelo direito, a norma optou por garantir maior proteção aquele considerado como já constituído, o da mulher.



A analogia *in bonam partem* permite que a mulher que foi vítima de violência sexual mediante fraude ou de violência ficta também realize o aborto legal com a proteção do artigo 128, II, do CP. (NUCCI, 2021)

Há, no entanto, que se apontar os recentes retrocessos em termos de posições legislativas e declarações públicas no sentido de tolher tal direito às mulheres vítimas da violência sexual, o que não se pode admitir em um Estado Democrático de Direito.

Entre manifestações de grupos religiosos e tentativas de coação, públicas, inclusive, em determinados casos, e pressão de grupos na busca de colocar o corpo e a autonomia da mulher como sendo secundária em relação a gravidez, é claro que há um movimento de subjugar o grupo em uma sociedade machista e patriarcal.

Importante pontuar que não se exige nem a condenação com trânsito em julgado, nem mesmo a existência de um processo criminal em curso em relação ao estupro para se ter o aborto humanitário ou piedoso, basta que se tenha o registro, a informação da ocorrência, para que se faça tal procedimento – portanto, basta o Boletim de Ocorrência.

Aliás, nas palavras de Nucci (2021): *“O importante é o fato e não o autor do fato. Por isso, basta o registro de um boletim de ocorrência e a apresentação do documento ao médico, que não necessita nem mesmo da autorização judicial.”*

Há, ainda, outra limitação que corriqueiramente é ventilada nos meios sociais, sem uma intervenção ou parecer juridicamente embasado, é a da necessidade, obrigatória, de autorização judicial para a realização do procedimento de aborto nas vítimas de violência sexual.

Porém, a posição doutrinária e a legislação são claras: não há tal necessidade, nem o conhecimento da autoria do crime, basta a ocorrência do estupro, seu registro, e a conseqüente gravidez para que se tenha a proteção da norma penal permissiva.

O consentimento da gestante, no entanto, é fator vital em relação a essa permissão legal ao abortamento, já que sem ele, não é possível realizar o procedimento, por força da norma.

Portanto, caso a mulher decida gerar o feto, não há que se falar em uma violação a norma ou mesmo a uma não utilização do direito, já que também é seu direito, igualmente protegido, de prosseguir na gestação.

Encerra-se, neste momento, a apresentação e abordagem analítica das hipóteses legais de aborto permitido pelo Código Penal brasileiro, em seu artigo 128 e, agora, se passa a análise do julgado do Supremo Tribunal Federal no HC 124.306 RJ.

Isso, buscando-se apontar se tal decisão foi uma extensão a norma penal permissiva no sentido de proteger o bem jurídico tutelado pelo aborto legal ou se, lado outro, foi uma intromissão da suprema corte na atividade legislativa, com uma autêntica inovação legislativa por uma via não ortodoxa.

## Estudo do caso HC 124.306 – RJ

Relatado pelo Ministro Marco Aurélio Mello, da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) e julgado em 29 de novembro de 2016, o Habeas Corpus (HC) nº 124.306 – RJ foi decidido por maioria e, no caso concreto, teve o entendimento de que a interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação não pode ser equiparada ao aborto e, por consequência, não se pode imputar aos autores a responsabilização penal dos tipos que sancionam a conduta.

É exposto nos autos que os pacientes, que mantinham uma clínica de aborto, foram presos em flagrante ante o cometimento dos crimes tipificados nos artigos 126 (aborto) e 288 (formação de quadrilha), ambos do Código Penal, por terem provocado um aborto com consentimento da gestante.

Em 2014, a 4ª Câmara Criminal, juntamente ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, proveu recurso para decretar a prisão preventiva dos pacientes. A fundamentação apresentada foi a de garantir a ordem pública e de se assegurar a devida aplicação da lei penal no caso em estudo.

O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto condutor do referido acórdão em *habeas corpus*, expôs, na fundamentação, a não existência dos requisitos necessários para a decretação de prisão preventiva, como é descrito nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, sendo essencial a presença de riscos para a ordem pública ou econômica, conveniência para a instrução criminal ou necessidade de assegurar a aplicação da lei.

O acórdão expõe a seguinte ementa:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (BRASIL, 2016)

O Ministro Barroso, em seu voto, sustenta que não estariam presentes os requisitos para a decretação de prisão preventiva nesse caso, pois os pacientes são primários, possuem bons antecedentes e têm trabalho e residência fixa no distrito da culpa.

Além disso, compareceram devidamente aos atos de instrução do processo, não houve nenhuma tentativa de fuga dos pacientes durante o flagrante e, principalmente, pois, para o Ministro, a custódia cautelar apresenta-se ser desproporcional, já que eventual condenação poderá ser cumprida mesmo em regime aberto.

Tratando-se propriamente do aborto, o entendimento empossado na decisão da Primeira Turma do STF apresenta que a tipificação penal da interrupção voluntária da gestação afeta diretamente essências direitos fundamentais das mulheres que serão analisados em seguida, sendo estes: a violação à autonomia da mulher; a violação do direito à integridade física e psíquica; a violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher; a violação à igualdade de gênero; e a discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres.

Diante disso, foi tomada a decisão, por maioria, no sentido de, apesar de não estar previsto no Código Penal, haveria uma outra hipótese da não incidência da responsabilização penal para o aborto, nos casos de interrupção da gravidez até o terceiro mês.

Recorda-se que o *habeas corpus* tem eficácia apenas para as partes e, apesar de poder ser invocado em outros processos, não se trata de uma regra ou de um entendimento sumulado.

Observa-se a fundamentação principiológica utilizada com as análises seguintes.

#### *Direitos Fundamentais afetados pela criminalização do aborto*

Os direitos fundamentais são caracterizados como a mínima garantia de justiça assegurada a todos os indivíduos em um ordenamento jurídico.

A principal característica desses direitos é a oponibilidade às maiorias políticas, isto é, são uma ferramenta para limitar a atuação do legislador, prevista na Constituição Federal de 1988.

Foi com tal base principiológica e com fundamento nos direitos fundamentais previstos na Carta Magna que a Primeira Turma formou o seu entendimento.

#### *Violação à autonomia da mulher*

A autonomia da mulher é protegida, principalmente, pelo princípio da dignidade humana, presente no art. °, III, CF/1988, e garante o direito de exercerem suas próprias decisões morais sem a interferência do Estado e da sociedade.

Assim, tratando-se do corpo feminino, um dos pontos vitais para a autonomia é a liberdade de poder controlar o próprio corpo e decisões que o envolvam, como é o caso de continuar ou não com uma gravidez.

A partir do momento que o Estado, detentor do monopólio legítimo da força, impõe a continuação de uma gravidez, o corpo da mulher na sociedade se apresenta simplesmente como um útero a serviço e não mais como um corpo dotado de uma autonomia que teoricamente é legalmente garantida.

#### *Violação do direito à integridade física e psíquica*

O direito à integridade psicofísica, presente no art. 5º, caput e inciso III, CF/1988, é vital para proteger todos os indivíduos contra interferências e lesões aos seus corpos e mentes.

Sem dúvidas, a admissão de uma obrigação para o resto da vida, como é a de ser uma mãe, afeta tanto de forma positiva, como negativa a integridade psíquica de qualquer mulher.

Nesse sentido, determinar legalmente a continuação de uma gravidez, por interferir, de modo contínuo, o corpo e a mente da mulher, se apresenta como uma grave violação à integridade física e psíquica.

### *Violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher*

Ao se tratar do direito de todo indivíduo poder decidir ativamente se deseja ou não e qual o momento ideal de ter filhos, sem violência ou discriminação, a criminalização do aborto afeta diretamente os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Inclusive, como argumenta Barroso, o fato de cair à mulher o ônus da gravidez, cabe-lhe uma maior proteção de seus direitos.

Uma vez que é retirada a liberdade de decisão sobre a maternidade, com a tipificação do crime de aborto pelo Código Penal, a mulher é obrigada a manter uma gestação indesejada, o que viola o seu direito de desejo ou não de ser uma mãe.

Ademais, como o aborto ilegal é uma realidade brasileira que ocorre sem o devido acompanhamento, a saúde reprodutiva das mulheres é afetada drasticamente, o que inclusive aumenta os índices de mortalidade materna.

### *Violação à igualdade de gênero*

Considerando o fato de que é apenas o corpo feminino que é obrigado fisiologicamente a comportar com o ônus integral da gravidez, visto que o corpo masculino não engravida, Barroso aduz que somente haverá uma igualdade plena entre os gêneros se às mulheres for reconhecido o direito de decidir manter ou não a sua gravidez.

Nesse sentido, o Ministro Carlos Ayres Britto agrega à reflexão: “*se os homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta*” (BRITTO, 2016).

### *Discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres*

A criminalização do aborto também espelha a discriminação social, uma vez que as mulheres pobres são afetadas de uma forma mais agressiva por não possuírem serviços de saúde particulares e, muito menos, poderem utilizar o serviço público para realizar o procedimento abortivo.

Assim, como a criminalização não gera uma consequente extinção da prática do crime, as mulheres pobres continuam abortando, mas são obrigadas a procurarem clínicas clandestinas que apresentam elevados riscos de lesões que até mesmo levam ao óbito

O estudo: “Pesquisa sobre aborto no Brasil: avanços e desafios para o campo da saúde coletiva”, de Greice Menezes, Estela Aquino, Sandra Fonseca e Rosa Domingues, de 2009, nesse sentido, explicita que o perfil das mulheres brasileiras que falecem de decorrência do aborto ilegal é de jovens, negras, de estratos sociais menos privilegiados e residem em áreas periféricas das cidades, isto é, os grupos minoritários dentro de um grupo já desfavorecido que é o grupo de mulheres em uma sociedade historicamente machista.

### *Princípio da proporcionalidade*

Além de argumentar que a criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação afeta diretamente diversos direitos fundamentais das mulheres, Barroso também argumenta, por apresentar uma violação ao princípio da proporcionalidade, que a tipificação penal não se apresenta compatível com a Constituição.

Para se evitar um excesso do uso da norma e uma insuficiência, o princípio da razoabilidade-proporcionalidade é utilizado; sua importância se destaca na obtenção da justiça. Assim, historicamente, o legislador do ordenamento brasileiro, se limitando à Constituição, tem uma liberdade para definir crimes e penas, desde que contemple o respeito aos direitos fundamentais dos acusados, bem como os deveres de proteção para com a sociedade, devendo, assim, ser proporcional a ambos.

Contemplando a esfera legislativa do caso em estudo, deve-se ponderar que o Código Penal Brasileiro foi redigido em 1940, período em que os valores da sociedade eram mais pautados no machismo, não reconhecendo, assim, direitos fundamentais das mulheres; a exemplo, os artigos supracitados, referentes ao crime de aborto, conservam a mesma redação da década de 40.

O ministro, ao aduzir a defasagem legislativa do Código com os valores sociais atuais, referenciou a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 54, que descriminalizou a interrupção da gestação na hipótese de fetos anencefálicos.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988, se apresenta em uma perspectiva mais cosmopolita e de valores sociais mais aflorados frente a defesa dos direitos, principalmente, dos grupos minoritários.

Por isso deve-se analisar a tipificação do aborto até o terceiro mês de gravidez em uma ótica dos novos valores constitucionais, visto que a Constituição, como lei máxima, traça os parâmetros a serem seguidos em um sistema jurídico.

Dessa forma, concedeu-se o ofício a ordem de *habeas corpus* do caso de nº 124.306, por ausência dos requisitos legais para a manutenção da prisão preventiva dos pacientes, mas também por analisar a concepção da tipificação do aborto até os três meses de gestação em uma concepção constitucionalista e mais humanitária.

## **DISCUSSÃO**

Passa-se, neste momento, a discutir a questão da decisão do Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* 124.306 RJ face as disposições legais no código penal que autorizam o aborto.

Inicialmente, é importante destacar que, de forma bastante clara, não há, dentro das hipóteses do artigo 128 do Código Penal, uma previsão que exclua o crime de aborto em casos de interrupção da gravidez até o terceiro mês.

Portanto, se seguir-se apenas as disposições normativas do código penal que, diga-

se, é código da década de 1940, em outra realidade social, concluir-se-ia que a decisão do STF confrontaria a norma, porém, diante do exposto, não se pode admitir tão somente esta visão e, tampouco, pode-se indicar que seja a mais aceitável.

Isso, pois, enquanto o Código Penal é sistematização normativa da década de 1940, em sociedade ainda mais machista e patriarcal que a atual, a Constituição Federal é de 1988, elaborada em um momento de redemocratização e pluralidade de ideias, em uma perspectiva mais cosmopolita e humana do direito.

Nesse contexto, não apenas os direitos das classes dominantes e de grupos privilegiados seriam tutelados, mas, também, aqueles de grupos vulneráveis e de pessoas que precisam, ainda mais que outras, da intervenção protetiva estatal, exatamente o caso das mulheres em situações em que seu corpo é violado ou está em risco e, para garantir a sua integridade, é necessário sobrepor a tutela em relação as mulheres sobre a tutela em relação a outro bem jurídico, no caso, o do nascituro – situação do aborto aqui analisada.

Assim, o que foi feito pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ordem acima analisada foi, diante do exposto, um exercício de interpretação constitucional, para que a norma penal, ao contrário de uma peça normativa histórica, seja aplicada, nos dias de hoje, conforme determinam os princípios e as ordens constitucionais, que são não apenas posteriores, mas também hierarquicamente superiores.

A abordagem dos princípios demonstra que a Primeira Turma do STF não se baseou em meras ideias ou princípios pessoais ou morais para tomar sua decisão de concessão da ordem de ofício, mas, sim, em autênticos mandamentos constitucionais, de forma a garantir a aplicação de um direito penal constitucional e não apenas punitivo.

Não se pode, no entanto, passar sem críticas a uma inclusão de uma hipótese de isenção de pena ou de exclusão de crime não prevista originariamente no Código Penal, pois, a via ortodoxa seria a alteração legislativa.

Ocorre que, longe de ser um choque, ou um desafio a norma, a decisão do STF no referido *habeas corpus* pode ser interpretada como uma forma de extensão e efetivação da tutela do bem jurídico protegido pelo artigo 128 do CP, qual seja, a dignidade e a autonomia da mulher face a situações em que sua vida está em risco (caso do aborto terapêutico) ou, em situações nas quais foi submetida a violência sexual que levou a uma gravidez (caso do aborto humanitário).

Se a intenção do legislador de 1940 era proteger a mulher em relação a sua dignidade e integridade, é digno de nota que a interpretação conforme feita pela Primeira Turma é, não uma ofensa, mas uma complementação a norma.

Assim, a conclusão em relação ao exposto é que, ao utilizar dos princípios constitucionais da proporcionalidade, da liberdade da mulher, de sua autonomia e do pleno exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos, os membros da suprema corte não desafiaram a norma penal, mas, sim, buscaram, nos termos da Constituição Federal, dar a efetividade necessária aos seus mandamentos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo está longe de esgotar o tema, mesmo em relação aos dispositivos legais abordados – o que se quer não é exaurir o assunto, mas apresentar ao leitor um panorama das hipóteses do aborto legal previstas no Código Penal brasileiro em contraste com a decisão do STF no *habeas corpus* analisado.

Como são apenas duas os permissivos legais, é importante apresentá-las no aspecto tanto puramente legal, como também o doutrinário, apontando suas características, suas exigências e suas possíveis falhas, para contribuir tanto com o debate acadêmico como, também, com a própria melhora da norma.

Isso, para, em seguida, indicar que é bastante seguro apontar que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir, no âmbito do *habeas corpus*, que a tipificação penal do aborto não seria possível até o terceiro mês, por violação a diversos princípios constitucionais, em especial o da proporcionalidade, a autonomia da mulher no campo dos seus direitos sexuais e reprodutivos e a própria dignidade da pessoa humana.

A interpretação conforme a constituição feita pelo pretório excelso para excluir do alcance do tipo penal de aborto a interrupção da gestação até o terceiro mês é uma forma, na visão da primeira turma, de garantir a aplicação do Direito Penal Constitucional, que, no escopo da norma fundamental de 1988, é dinâmico, atual e principiológico, devendo se atentar a real efetividade e materialização dos direitos fundamentais e não tão somente a uma descrição normativa.

Isso, em especial, em se tratando de direitos das mulheres, tão violados e ofendidos, constantemente mesmo alvo de tentativas de restrições legislativas por parte de determinados grupos políticos, inseridos em uma sociedade, e em grupos, que consideram que os direitos das mulheres em relação a tutela específica e proteção, são privilégios e não garantias.

Portanto, embora seja legítima a discussão em relação a decisão do STF em termos de não responsabilizar penalmente os pacientes do *habeas corpus* em hipótese não prevista legalmente, conclui-se que, da leitura dos dados, das obras e da jurisprudência, pode-se dizer que a referida decisão foi, e é, um importante instrumento de efetividade e de garantia de direitos fundamentais face a interpretação constitucional do código penal.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar R. **TRATADO DE DIREITO PENAL 2 – PARTE ESPECIAL: CRIMES CONTRA A PESSOA**. Editora Saraiva, 2021. 9786555590265. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590265/>. Acesso em: 09 mai. 2022.

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

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, **Habeas Corpus 124.306 RJ**. Impetrante: Jair Leite Pereira. Pacientes: Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento em: Brasília, 29 de novembro de 2016. Disponível em: [paginador.jsp \(stf.jus.br\)](#) – Acesso em: 10 de maio de 2022.

GONÇALVES, Victor Eduardo R.; LENZA, Pedro. Esquematizado - **Direito Penal - Parte Especial**. Editora Saraiva, 2022. 9786555597738. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597738/>. Acesso em: 09 mai. 2022.

NUCCI, Guilherme de S. **Código Penal Comentado**. Grupo GEN, 2021. 9788530993443. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993443/>. Acesso em: 07 mai. 2022.