



Thais Cardoso Barbosa

**INTERPRETAÇÕES DO STF SOBRE A INTERRUPÇÃO
VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ:**

**Uma perspectiva histórica e argumentativa dos casos
abstratos**

**Monografia apresentada
à Escola de Formação
Pública da Sociedade
Brasileira de Direito
Público - SBDP, sob a
orientação da Professora
Mariana Vilella.**

SÃO PAULO

2019

Resumo: Esta monografia analisa empírica e qualitativamente as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos de interrupção da gravidez e a aplicação dos arts. 124, 126, 127 e 128, do Código Penal. Meu objetivo é entender como o STF vem julgando esses casos, olhando para a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* de cada um dos acórdãos estudados. Meu principal achado foi constatar que até 2004, com o HC 124.306, o Supremo optava por manter o debate do aborto na esfera do Direito Penal, refletindo o que a conduta significava para eles: um crime, tal como o furto ou o roubo. A partir desse ponto de inflexão, constatei que houve a ressignificação do termo aborto em votos mais recentes, de modo que a interrupção da gravidez passa a ocupar o âmbito dos direitos, sendo incluída no debate a conduta como um direito feminino.

Acórdão citados: ADPF 442/DF; HC 124306/RJ; ADPF 54/DF; HC 97479/PA; ADI 3510/DF; HC 88157/SP; HC 84935/GO; HC 84025/RJ; HC 73332/SP; HC 72859/RS; HC 70193/RS; HC 70488/SP; RHC 64901/SP; RHC 64830/PR; RHC 63948/SC; RHC 63931/SP; RHC 61816/RJ; HC 61337/MG; HC 59804/SP; HC 52479/GB; RE 89289/GO; RE 88247/MG; RHC 55410/DF; RHC 51603/PR; RHC 50820/SP; RHC 50872/SP; HC 49298/SP; RHC 48119/SP; RHC 47942/SP; RHC 47765/PR; RHC 47171/SP; HC 45398/SP; RHC 44142/SP; HC 43836/GB; HC 43680/SP; HC 40005/SP; RHC 40042/SP; RHC 39291/SP; RHC 38989/GO; HC 37761/SP; RHC 37118/SP; HC 36996/SP; RHC 36700/SP; RHC 36154/PR; HC 36008/SP; RHC 35565/1958; RHC 32225/1952.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; interrupção voluntária da gestação; casos concretos; aborto.

Agradecimentos

Primeiramente, gostaria de agradecer imensamente minha orientadora, Mariana Vilella, e minha tutora, Laura Kirsztajn. Sem vocês, eu não teria escrito uma linha. Obrigada por acreditarem na minha proposta de pesquisa, por me ajudarem a lapidar meu trabalho e por acreditarem na minha capacidade de executá-lo. Foi um privilégio enorme poder ter vocês acompanhando meu trabalho.

Agradeço aqui meus queridos Alice, Carlos, Juliano, Helena, Laisa, Larissa, Laura, Lorena, Maria Luiza, Mariana, Milena, Pedro e Thaís, que me acompanharam nessa jornada. Obrigada por me darem forças nos momentos mais difíceis e por serem compreensivos. Vocês são incríveis e sou eternamente grata por ter encontrado pessoas tão maravilhosas no meu caminho.

À minha área no Centro Acadêmico Direito GV, toda minha gratidão, por terem segurado as pontas quando eu não podia executar as tarefas por causa da pesquisa. Felipe, João Pedro, Maria Luiza e Leticia, obrigada pelo apoio.

É essencial pontuar também o papel dos meus colegas e amigos da Escola de Formação da Turma de 2019. Sou imensamente grata por tudo que aprendi com vocês nesse ano. Tenho certeza que vocês vão ocupar os espaços mais altos, independentemente da carreira que sigam. Tenho orgulho de ter tido a oportunidade de debater e expor minhas ideias para pessoas tão inteligentes e respeitosas.

Quero agradecer também o professor Dimitri Dimoulis pelo interesse em minha pesquisa e por me ajudar com o material bibliográfico para produzi-la. Seu curso "Teorias críticas do Direito: Marxismos e Feminismos" foi uma ampla fonte de reflexão sobre o tema do aborto e instigou-me não só a prosseguir mais motivada na produção de minha monografia como a também desejar seguir no tema em meu trabalho de conclusão de curso.

Por último, dedico minha pesquisa à minha irmã caçula. Embora nossa diferença seja de apenas 10 (dez) anos, espero que ela viva em um país no qual os direitos civis das mulheres são amplamente respeitados e reconhecidos. Que mulheres pobres e negras, como ela, parem de ser assassinadas explícita e implicitamente por ações e omissões dos Poderes da República brasileira. Criminalizar o aborto é negar os direitos reprodutivos das mulheres e sentenciar à morte milhares das pobres.

“Como outras desigualdades, mas a seu modo, a subordinação das mulheres é institucionalizada socialmente, moldando cumulativa e sistematicamente o acesso à dignidade humana, respeito, recursos, segurança física, credibilidade, participação na comunidade, fala e poder”¹. (MACKINNON, Catharine. *Reflections on Sex Equality under Law*. Yale Law Journal, v. 100, 1991, p. 1298, tradução livre)

¹ “Like other inequalities, but in its own way, the subordination of women is socially institutionalized, cumulatively and systematically shaping access to human dignity, respect, resources, physical security, credibility, membership in community, speech, and power”.

Lista de Abreviaturas

Art. – Artigo

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CF – Constituição Federal

HC – *Habeas Corpus*

Min. – Ministro ou Ministra

MP – Ministério Público

PGR – Procuradoria Geral da República

PL – Projeto de Lei

RE – Recurso Extraordinário

RHC – Recurso em *Habeas Corpus*

TJ – Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

Sumário

1. Introdução.....	08
2. Metodologia.....	10
2.1. O objeto: pergunta de pesquisa, objetivo e hipóteses.....	10
2.2. Seleção do material de pesquisa.....	14
2.3. Forma de análise dos julgados e modelo do fichamento.....	18
3. Panorama legal: o aborto nos Códigos Penais brasileiros e uma breve visita às iniciativas legislativas.....	19
4. Panorama jurisprudencial: o aborto no STF nos casos concretos.....	28
4.1. De 1952 à Constituição Federal.....	28
4.1.1. Caso a caso.....	28
4.1.2. Análise geral do período.....	46
4.2. Da Constituição a ADPF 54.....	47
4.2.1. Caso a caso.....	47

4.2.2. Análise	geral	do	
período.....			57
4.3. Da impetração	da	ADPF	54
442.....		a	ADPF
			57
4.3.1. Caso a caso.....			58
4.3.2. Análise	geral	do	
período.....			64
5. Conclusão:	uma	análise	dos
resultados.....			65
6. Referências.....			72
7. Anexo.....			75

1. INTRODUÇÃO

Sendo proibido ou legalizado, o aborto é uma realidade no Brasil. Com a Pesquisa Nacional de Saúde (PNS), realizada a cada cinco anos, o IBGE fez no ano de 2013 sua primeira estimativa sobre o aborto no Brasil, incluindo, aqui, tanto o voluntário quanto o espontâneo. Segundo a pesquisa, 8,7 milhões de brasileiras dentro da faixa de 18 (dezoito) a 49 (quarenta e nove) anos já fizeram ao menos um aborto², sendo 1,1 milhão desses procedimentos, abortos provocados³.

Esses dados evidenciam o descompasso da lei com a realidade, sendo essa discrepância estabelecida em debate público pelos mais diversos atores da sociedade: enquanto alguns são a favor da legalização total da prática de aborto voluntário, outros anseiam por sua proibição total. Dentro dessa seara de opiniões divergentes, há aqueles que ficam no meio: para alguns, basta a legalização em algumas hipóteses, havendo a gradação entre elas de aborto até certo mês da gestação até casos em que o feto é anencéfalo, a vida da mãe está em risco ou o feto foi gerado por conta de um estupro, sendo estas 3 (três) as possibilidades já admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Tomando como premissa que a não existência de que não há posicionamento neutro sobre o aborto, definirei como “grupo antiaborto” aqueles que defendem a proibição do aborto total ou sua restrição às hipóteses hoje previstas no ordenamento brasileiro. Em caminho oposto, tomo como “grupos pró-aborto” aqueles que defendem uma ampliação de

² IBGE. *Pesquisa Nacional de Saúde*: Tabela 5522 - Mulheres de 18 a 49 anos de idade que já tiveram algum aborto espontâneo, total, percentual e coeficiente de variação, por condição em relação à força de trabalho na semana de referência e situação do domicílio. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5522>. Acessado em 28 de setembro de 2019.

³ IBGE. *Pesquisa Nacional de Saúde*: Tabela 5526 - Mulheres de 18 a 49 anos de idade que já tiveram algum aborto provocado, total, percentual e coeficiente de variação, por condição em relação à força de trabalho e situação do domicílio. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5526>. Acessado em 28 de setembro de 2019.

permissividade da interrupção voluntária da gravidez. Essa ampliação é qualquer nova hipótese de permissão de aborto além do já previsto no CP.

O tema em tela contrapõe, na maior parte dos debates, dois bens jurídicos: os direitos das mulheres e o direito de existência do feto, sendo extremamente controverso se ele tem vida ou não e, se sim, a partir de quando. O CP, como ficará explícito no Capítulo 3, preferiu abranger em sua esfera de proteção o feto, havendo, nos CPs mais recentes, graus desse acolhimento, já que há hipóteses nas quais a interrupção da gravidez de modo voluntário é permitida. Aqueles que são favoráveis ao aborto buscarão dar maior foco a nos direitos das mulheres, geralmente.

Por esse lado, argumenta-se que o aborto deve ser tratado não como um crime, e sim como um direito inerente da mulher. Expondo os argumentos relacionados de forma sucinta, a criminalização do aborto, segundo essa lente, é um atentado discriminatório e afronta os direitos reprodutivos da mulher, resultado de uma sociedade machista onde os homens escrevem as leis que amarram a liberdade feminina. Ainda, mesmo sendo feito uso de métodos contraceptivos, não há efetividade integral desses métodos contra uma gravidez indesejada, o que afasta o argumento de que a gravidez é sempre uma escolha⁴.

Alguns dos favoráveis ao aborto também defendem que não se trata apenas de um debate sobre liberdade ou defesa de uma suposta vida do feto, mas, sim, de uma questão de saúde pública. Olhando os números apresentados no começo deste capítulo, fica claro que, no Brasil, uma enorme quantidade de mulheres já realizou algum tipo de procedimento de interrupção da gestação voluntariamente, sendo que uma parte considerável dessas devem ter se submetidos a tratamentos perigosos à saúde no processo por conta de suas situações socioeconômicas e a realidade de procedimentos abortivos, mesmo que proibidos, feitos em

⁴ Vide: PASSARINHO, Nathalia; FRANCO, Luiza. *Com 55% de gestações não planejadas, Brasil falha na oferta de contracepção eficaz*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44549368>. Acessado em 20 de novembro de 2019.

grandes e confortáveis hospitais apenas para os que podem com os custos arcar.

Quando se fala sobre ser favorável à legalização ou antiaborto, é preciso ter em mente que não é um posicionamento de extremos. Há uma gradação, podendo os indivíduos serem contra o aborto em qualquer situação, ou a favor em qualquer caso, ou a favor em algumas hipóteses e contrário em outras.

Tendo esses embates em mente, a presente pesquisa busca olhar para os casos concretos dentro do STF desde 1952, que é o ano do qual data o acórdão mais antigo encontrado. Uma vez que as opiniões emitidas nas decisões do Tribunal são essenciais para os rumos do Direito brasileiro, busca-se entender como os Ministros e Ministras vêm decidindo sobre o tema.

Como se verá a seguir, na análise dos acórdãos, configurações diversas de argumentos, como exposto em parágrafo anterior, também são apresentadas pelos Ministros e Ministras do STF. O debatido também é essencial para que os favoráveis à legalização da interrupção voluntária da gravidez e os contrários consigam articular-se para conseguir valer seu posicionamento dentro do STF e, conseqüentemente, dentro do nosso ordenamento jurídico.

2. METODOLOGIA

2.1. O objeto: pergunta de pesquisa, objetivo e hipóteses

Frente ao contexto exposto, procurarei mostrar, por meio de uma análise através do tempo, como o STF, em sua unidade, construiu seu

entendimento em relação à interrupção voluntária da gravidez nos casos abstratos que chegam até ele. Opto pelos casos abstratos⁵, pois as ações que não se enquadram nesta categoria já foram examinadas em maior profundidade em monografias anteriores, como, por exemplo, em trabalhos que exploraram a ADPF 54/2004⁶ e a ADI 3510/2008⁷ e, até mesmo, pesquisas que exploram ambos os acórdãos⁸. Explorar esses acórdãos de modo não superficial junto aos acórdãos de caso abstrato exigiria um trabalho que não cabe em uma pesquisa de tiro curto, como é esta. Meu trabalho vem, deste modo, com o intuito de contribuir para o debate já iniciado sobre o tema em outras monografias dentro da Escola de Formação Pública.

Para tanto, algumas perguntas precisam ser feitas: como o STF decidiu em casos de interrupção voluntária de gravidez em hipóteses abstratas levadas ao seu colegiado? Qual foi a argumentação usada?

Desse modo, meus objetivos são: (i) encontrar e examinar casos concretos levados ao STF no qual a matéria principal foi a interrupção voluntária da gestação; (ii) separar a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* das

⁵ Há um amplo debate sobre o uso dos termos controle difuso e controle concentrado no Direito brasileiro. Como coloca o promotor de justiça do MP-GO Eliseu Antônio da Silva Belo, “um dos temas mais instigantes e debatidos do controle de constitucionalidade brasileiro diz respeito ao que se tem denominado de ‘abstrativização do controle difuso’, no sentido de que, nos últimos anos, tem ocorrido um processo gradual de total equiparação jurídica dos efeitos da decisão proferida no controle difuso de constitucionalidade (*inter partes*) em relação aos efeitos da decisão adotada pelo STF no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade (*erga omnes*), notadamente no que tange ao plano subjetivo, ou seja, do universo de pessoas que são atingidas por tais decisões”. Não ignoro tal debate, mas, neste trabalho, prefiro não adentrar na questão, fazendo o uso do termo abstrato para definir o espaço amostral.

⁶ MARCHIORI, Carolina Milani. *Análise da ADPF 54: mapeamento da decisão e verificação de uma possível formação de precedente*. SBDP, 2012. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/210_MONOGRAFIA3.pdf. Acessado em 13 de novembro de 2019.

⁷ ANNENBERG, Flávia. *A posição do Supremo Tribunal Federal nos casos da pesquisa com células-tronco embrionárias e da interrupção da gravidez do feto anencéfalo: existe relação de precedente entre eles?*. SBDP, 2008. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/414_flavia.pdf. Acessado em 13 de novembro de 2019.

⁸ BARBOZA, Saulo Roberto Christensen. *O STF e a estrutura normativa do direito à vida: reflexões sobre a ADI 3.510 e a ADPF 54*. SBDP, 2014. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/262_Saulo-Christensen.pdf. Acessado em 20 de novembro de 2019.

decisões⁹, de modo a identificar a construção (ou não) de precedentes sobre o tema; (iii) tipificar os argumentos e princípios evocados pelos Ministros em seus votos, por meio da criação de categorias e classificações, de modo a encontrar a fundamentação mais utilizada na Corte; (iv) identificar quando a incidência do art. 128 do CP - artigo que possui as hipóteses de aborto legal - foi afastada ou aplicada; (v) observar quando a incidência dos arts. 124, 126 e 127 do CP - referentes ao aborto voluntário penalizado - foi afastada e, por último (vi) verificar se houve controle de constitucionalidade dos artigos que tratam do aborto no CP.

Assim, seguem a pergunta de pesquisa e as subperguntas dela derivadas:

1. Como e com qual fundamentação o STF vem decidindo sobre a questão da interrupção voluntária da gravidez desde o julgado mais antigo disponibilizado em seu *site*?

1.1. Quais são os princípios constitucionais arguidos nos casos por parte da defesa, da acusação e, principalmente, pelos Ministros?

1.2. Há a utilização de casos pretéritos sobre a mesma matéria como fundamentação de decisões posteriores? Se sim, quais e como?

1.3. Como são aplicados os artigos do CP? Com qual fundamentação?

1.4. Qual é o tipo de argumento mais recorrente nas decisões?

1.5. Há unanimidade nas decisões?

1.6. Em quais hipóteses um posicionamento mais favorável à permissão do aborto foi verificado?

1.7. Qual foi o instrumento processual mais utilizado nos casos?

⁹ Ambos os conceitos e sua aplicação são explicados mais a frente, por uma questão de manutenção da lógica argumentativa construída.

1.8.A constitucionalidade de algum dos artigos que tratam de aborto no CP foi questionada?

Tendo em mente as perguntas e subperguntas às quais buscarei responder e minhas impressões preliminares extraídas da leitura das monografias já citadas sobre interrupção da gravidez e direitos reprodutivos femininos produzidas no âmbito da Escola de Formação Pública, são essas minhas hipóteses de pesquisa:

1. Acredito que a CF/88 influenciou o entendimento do CP, de modo a trazer elementos que fizeram com que o STF adotasse uma visão mais favorável em relação ao aborto voluntário, fazendo com que a frequência com a qual a interrupção da gravidez figura como um direito da mulher se tornasse maior;

2. Visto o contexto mais conservador nos costumes e na moral, creio que as decisões antigas se baseavam na preservação da moral vigente na época (onde a mulher tinha sua autonomia sufocada) e dos bons costumes (sendo esses os valores determinantes da conduta dos indivíduos em conformidade com a moral e as exigências sociais da época) em maior regularidade do que é visto nos votos mais recentes;

3. Por último, levanto que, mesmo havendo um posicionamento mais progressista dentro da Suprema Corte nas decisões mais recentes, não há consenso entre os Ministros e ministras quanto à matéria.

2.2. Seleção do material de pesquisa

Tendo como fonte o STF, a análise dos acórdãos feita é qualitativa, empírica e documental. O levantamento inicial dos acórdãos foi feito por meio da busca dos termos "aborto", "interrupção" e "gravidez" conectadas pelo "Operador Adj", "abortamento", "aborto", "interrupção" e "gravidez" e

“voluntária” conectadas pelo “Operador Adj”, “aborto” e “eugênico” ligados pelo “Operador adj” e “interrupção” e “gestação” também ligada pelo “Operador Adj” na chave de pesquisa do site “stf.jus.br” na aba “Jurisprudência”. Também tentei utilizar os termos “interrupção” e “terapêutica” e “gravidez” conectadas por “Operador Adj” e “Operador Prox”, mas não obtive resultados.

Importante esclarecer que os termos foram escolhidos com base no vocabulário levantado pelo trabalho “Aborto e saúde pública: 20 anos de pesquisas no Brasil”¹⁰, executada sob a Universidade de Brasília (UNB) e a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com financiamento do Ministério da Saúde (MS) e da Organização Mundial da Saúde (OMS).

A pesquisa, redigida por Debóra Diniz consiste em um relatório que sistematiza 20 (vinte) anos de publicações sobre o tema no país. Cria-se um vocabulário riquíssimo e baseado nas centenas de pesquisas levantadas, o que me fez optar pelo uso desse trabalho como base para determinar meus termos de busca em minha monografia.

Como resultado da pesquisa, obtive 91 (noventa e um) acórdãos: o primeiro data de 1952 - e 4 (quatro) decisões da presidência, não constando entre eles nenhuma decisão monocrática, súmulas, súmulas vinculantes e repercussões gerais. Os acórdãos foram organizados em ordem cronológica, segundo a sua data de julgamento e divididos em 3 (três) períodos. A primeira divisão tem como início 1952, que marca o ano do acórdão mais antigo encontrado no levantamento, e marco final, 1987. O segundo período vai da promulgação da CF/88, com votos de equiparação de direitos entre homens e mulheres, até 2004, quando foi impetrada a ADPF 54, que é tida aqui como um marco por ser a primeira decisão sobre a interrupção voluntária de gravidez a mudar a interpretação do CP por parte do STF sobre o tema. O último período se estende da impetração da ADPF 54 até a mais recente ação proposta no Tribunal sobre o assunto, a ADPF

¹⁰ DINIZ, Debora. *Aborto e saúde pública: 20 anos de pesquisas no Brasil*. Brasília: Ministério da Saúde, 2008.

442/2017, também tida como um marco por ser a primeira decisão no STF a pedir a descriminalização do aborto até o 3º (terceiro) mês.

Optei por não estudar os acórdãos nos quais a questão é o aborto feito por terceiro sem consentimento da gestante. Isso se deu porque o foco da pesquisa é entender como o Supremo decide sobre a interrupção voluntária da gravidez, de modo a entender se essa prática vem se consolidando como um direito da mulher ou como um crime, não havendo material aproveitável¹¹ quando o elemento da voluntariedade não se fizer presente.

Como consequência, após a leitura de todas as ementas dos 91 (noventa e um) acórdãos encontrados, foram descartados 48 (quarenta e oito) documentos, por se tratarem de decisões sobre aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante, sedução de menor, lesão corporal grave, segredo profissional médico, calúnia ou por não serem abstratos. Ademais, escolhi não estudar as decisões da presidência encontradas. Tal direcionamento foi tomado porque o intuito é estudar a construção argumentativa do STF em sua colegialidade, o que faz com que a manifestação restrita a quem preside o Tribunal não agregue ao resultado que se procura atingir.

Com isso, obteve-se um universo total de 43 (quarenta e três) acórdãos, havendo dentre eles *habeas corpus*, recursos de *habeas corpus* e recursos extraordinários. Uma vez que a maior parte dos processos datam de antes da existência do processo eletrônico no Tribunal, uma quantidade razoável de acórdãos não estava disponível no site do STF. A saída encontrada foi solicitar todos os acórdãos necessários por meio do serviço “Solicitação de Pesquisa”, do STF, presente no sítio eletrônico do próprio

¹¹ Essa é uma escolha de recorte que fiz por entender que o foco da pesquisa é, em específico, aborto voluntário, não a interrupção da gravidez *lato sensu*. Os acórdãos que tratam da interrupção não voluntária são RHCs e HCs que têm como fundamento legal o art. 125, do CP, havendo aqui uma falta da voluntariedade, que é elemento essencial para responder à pergunta de pesquisa e suas subperguntas. Os acórdãos que tratam da interrupção da gravidez feita por terceiro com o consentimento da gestante, no entanto, foram mantidos, já que a escolha da mulher se faz presente nesses documentos.

STF.¹² No fim, consegui obter todos os acórdãos necessários, usando o método indicado. Abaixo, segue a lista cronológica de todos os achados:

Tabela 1. Relação de acórdãos que compõem o Universo da Pesquisa

Acórdão	Ano
HC 124306 / RJ	2016
HC 97479 / PA	2009
HC 88157 / SP	2006
HC 84935 / GO	2004
HC 84025 / RJ	2004
HC 73332 / SP	1996
HC 72859 / RS	1995
HC 70193 / RS	1993
HC 70488 / SP	1993
Constituição Federal	1988
RHC 64901 / SP	1987
RHC 64830 / PR	1987
RHC 63948 / SC	1986
RHC 63931 / SP	1986
RHC 61816 / RJ	1984
HC 61337 / MG	1983
HC 59804 / SP	1982
HC 52479 / GB	1979
RE 89289 / GO	1979
RE 88247 / MG	1978

¹²SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaPesquisaJurisprudenciaEmail&pagina=avisoPesquisaIndisponivel.](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaPesquisaJurisprudenciaEmail&pagina=avisoPesquisaIndisponivel)

RHC 55410 / DF	1977
RHC 51603 / PR	1973
RHC 50820 / SP	1973
RHC 50872 / SP	1973
HC 49298 / SP	1971
RHC 48119 / SP	1970
RHC 47942 / SP	1970
RHC 47765 / PR	1970
RHC 47171 / SP	1969
HC 45398 / SP	1968
RHC 44142 / SP	1967
HC 43836 / GB	1967
HC 43680 / SP	1966
HC 40005 / SP	1963
RHC 40042 / SP	1963
RHC 39291 / SP	1962
RHC 38989 / GO	1962
HC 37761 / SP	1960
RHC 37118 / SP	1959
HC 36996 / SP	1959
RHC 36700 / SP	1959
RHC 36154 / PR	1958
HC 36008 / SP	1958
RHC 35565 / PA	1958
RHC 32225 / DF	1952

Fonte: elaboração própria

2.3. Forma de análise dos julgados e modelo do fichamento

O passo posterior foi a leitura dos acórdãos e sua organização em uma planilha. Para comparar as decisões de modo mais organizado, coloquei em uma tabela as seguintes informações de cada acórdão: número do processo, estado de origem, tipo de ação, data, Min. relator, presidente do tribunal, polo ativo, polo passivo, síntese do caso, voto do Ministro e se este foi vencedor, vencido ou acompanhou o vencedor, como o aborto aparece, artigos citados, *ratio decidendi*, *obter dictum*, composição do tribunal e sua decisão final, indicando se houve ou não unanimidade.

Conceitos centrais para análise, *ratio decidendi* e *obter dictum*, serão agora mais bem compreendidos. A *ratio decidendi* é entendida, para os fins deste trabalho, como a linha argumentativa principal, que pode ser utilizada como precedente em casos futuros como consequência de sua coerência. Outro conceito central é o *obter dictum*, uma argumentação que tem como cerne a opinião nos votos dos Ministros, sem efeito de precedente¹³.

Para fazer a separação, coloco a *ratio* como a tese básica, a linha argumentativa principal, da qual fluem as correntes argumentativas, sendo essas o *obter dictum*. Sem a *ratio*, o *obter* não se sustenta; enquanto a *ratio* por si só materializa sua existência, servindo a *obter* apenas para dar maior força à sua base.

O trabalho de Vojvodic, Machado e Cardoso em "Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório"¹⁴ foi fundamental no exame dos documentos. As conclusões obtidas no estudo mostram que, na análise das *ratio decidendi* estabelecidas pelo STF, é essencial levar-se em conta que nem mesmo uma votação unânime possui uma só *ratio decidendi*. Isso porque o processo de argumentação dos Ministros é individual, de modo que é possível que um acórdão produza diversas *rationes*.

¹³ VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; e CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF*. Revista Direito GV, edição 5(1). São Paulo, 2009, p. 25.

¹⁴ VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; e CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF*. Revista Direito GV, edição 5(1). São Paulo, 2009.

Além disso, a obra supracitada defende que a extração de uma *ratio* das decisões proferidas é tão difícil que até mesmo os Ministros possuem dificuldade em fazê-lo. Vojvodic, Machado e Cardoso também situam que nem mesmo a ementa do acórdão necessariamente expõe a *ratio* do Tribunal sobre o caso, já que cabe ao Min. Relator escrevê-la e ele pode acabar expondo o que mais lhe parece interessante no caso, o que, não necessariamente, foi o mais importante debatido nos votos proferidos no Tribunal ou nas Turmas.

Por conta dos resultados obtidos no estudo apresentado, optei por analisar o voto de todos os Ministros, até mesmo os vencidos. Isso se justifica porque esses podem possuir uma *ratio decidendi* capaz de influenciar a decisão de casos futuros, como explicitado pela obra supracitada.

Por fim, na conclusão, são comparados os resultados obtidos com as perguntas e subperguntas criadas, com o fim de testar as hipóteses levantadas na pesquisa.

3. PARNORAMA LEGAL: O ABORTO NOS CÓDIGOS PENAIS BRASILEIROS E UMA BREVE VISITA ÀS INICIATIVAS LEGISLATIVAS

A interrupção voluntária da gravidez¹⁵ é tipificada como uma conduta criminosa no Código Penal Brasileiro (doravante CP) e essa é uma determinação antiga, que data desde o primeiro CP promulgado no país, em 1830. Embora a proibição da prática de aborto seja explícita, a criminalização (ou não) do ato de abortar voluntariamente suscita diversas polêmicas.

¹⁵ Na presente pesquisa, será usado como sinônimo de "interrupção voluntária da gravidez" o termo "aborto voluntário".

Por um lado, há o direito da mulher sobre o próprio corpo e a igualdade de gêneros – o que engloba os direitos reprodutivos –, a defesa de que a legalização se trata de uma questão de saúde pública - o que retira o debate do campo religioso para incluí-lo no campo laico do debate de políticas públicas - e a defesa de que seria cientificamente provado que não há vida no feto até os 3 (três) meses de gestação, sendo tal afirmação controversa até mesmo dentro do meio das ciências biológicas. Por outro lado, alega-se que há vida no feto, o que faz da interrupção da gravidez um assassinato contra um ser adjetivado como indefeso e inocente¹⁶, além de defender-se que a legalização propagaria a irresponsabilidade reprodutiva. Há contra a legalização, também, um extenso rol de argumentos religiosos.

Dentro desse debate, é primordial se fazer compreender como a Lei contém prescrições sobre o ato de abortar, seja involuntária ou voluntariamente, uma vez que é por meio do ordenamento jurídico que condutas serão permitidas ou proibidas. Sendo o CP o documento que cita e penaliza a prática de aborto, é importante fazer uma retrospectiva histórica de como os diferentes Códigos abordaram o assunto, de modo a entender a evolução do tema.

O Código Criminal de 1830 trazia os artigos referentes à interrupção da gravidez dentro do Capítulo I - dos crimes contra a segurança da pessoa, e vida, especificamente em sua Sessão II - Infanticídio, possuindo a seguinte redação:

Art. 199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.

Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos.

¹⁶ Vide a recente notícia: VIEIRA, Bárbara Muniz. *Manifestantes montam tenda contra aborto em frente a hospital de SP; mulher vítima de estupro coletivo é agredida*. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/10/25/manifestantes-montam-tenda-contraborto-em-frente-a-hospital-de-sp-mulher-vitima-de-estupro-coletivo-e-agredida.ghtml>. Acessado em 20 de novembro de 2019.

Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada.

Penas - dobradas¹⁷.

Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.

Penas - de prisão com trabalho por dous a seis annos.

Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes.

Penas - dobradas¹⁸.

O Art. 200 deixa claro como o legislador via de modo grave a questão do aborto, condenando o fornecimento de informações sobre meios abortivos, de modo a penalizar o informante até mesmo se o crime não fosse concretizado.

Com a proclamação da República dos Estados Unidos do Brasil, o CP de 1890 foi promulgado por meio do Decreto nº 847, que também se preocupa em penalizar a interrupção da gravidez em seus seguintes artigos:

Art. 300. Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção:

¹⁷ BRASIL. *Código Criminal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acessado em 25 de junho de 2019.

¹⁸ BRASIL. *Código Criminal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acessado em 25 de junho de 2019.

No primeiro caso: - pena de prisão celular por dois a seis annos.

No segundo caso: - pena de prisão celular por seis mezes a um anno.

§ 1º Si em consequencia do abôrto, ou dos meios empregados para provocal-o, seguir-se a morte da mulher:

Pena - de prisão celular de seis a vinte e quatro annos.

§ 2º Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina:

Pena - a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação.

Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante:

Pena - de prisão celular por um a cinco annos.

Parapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonra propria.

Art. 302. Si o medico, ou parteira, praticando o abôrto legal, ou abôrto necessario, para salvar a gestante de morte inevitavel, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia:

Pena - de prisão celular por dois mezes a dois annos, e privação do exercicio da profissão por igual tempo ao da condemnação".¹⁹

¹⁹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acessado em 25 de junho de 2019.

O Código Penal de 1890 expande a proibição ao aborto por uma parte, criminalizando até mesmo a tentativa infrutífera e aumentando a penalização caso o praticante seja médico ou parteira legalmente habilitada, uma vez que as categorias profissionais, além de estarem sujeitas às penas do art. 300, *caput* e § 1º, caso haja morte da mulher, também podem perder suas habilitações profissionais (art. 302, *caput*).

Por outro lado, o Código abre uma diminuição da pena aplicável em razão da conduta: o art. 301, parágrafo único, disciplina que há a redução de um terço (1/3) da pena do crime caso esse seja feito para "ocultar a deshonra própria". Ainda, no Código Penal de 1890, já se fala em aborto legal ou necessário, quando a interrupção é feita para salvar a gestante de morte inevitável.

Na vigência do Código de 1890, o aborto não mais ocupa espaço como categoria de infanticídio. Ele é situado em capítulo próprio, embora ainda esteja dentro do título "Dos crimes contra a segurança de pessoa e vida".

Em 1932, o livro "Codigo Penal Brasileiro do desembargador Vicente Piragibe, é elevado, por meio do Decreto nº 22.213/1932, como consolidador das normas penais²⁰, complementando o CP então em vigência. Uma vez que o texto em nada acrescenta ao tema tratado aqui, por não ter trago nenhuma novidade, ele não será analisado.

Oito anos depois do livro complementar ao CP de 1890, uma mudança significativa chega: o CP de 1940. Vigente até hoje, o CP disciplina a prática do aborto na Parte Especial, Título I - dos crimes quanto a pessoa humana, Capítulo I - dos crimes quanto a vida, ao lado dos crimes de homicídio simples, homicídio qualificado, feminicídio, homicídio culposo, infanticídio e induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio. Os artigos destinados à matéria a tratam do seguinte modo:

²⁰ PIRAGIBE, Vicente. *Codigo Penal Brasileiro, completado com as leis modificadoras em vigor, 4ª Edição*. Livraria Freitas Barros; Rio de Janeiro, 1932.

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: [\(Vide ADPF 54\)](#)

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: [\(Vide ADPF 54\)](#)

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

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.²¹”

Embora continue enquadrando o aborto como crime, o CP de 1940 aumenta o espaço de exceção da incidência da proibição, dedicando todo seu Art. 128 para tratar dessa reserva.

Vedar a prática de aborto é uma preocupação do legislador dos Códigos Penais escritos desde a época do Império. Porém, não é consenso que essa proibição deva existir. Na literatura feminista, o aborto é visto como um direito da mulher, não como uma agressão à vida, o que faz com que a tipificação da interrupção da gravidez como crime seja amplamente criticada nesse âmbito.

Essa linha de pensamento se vê refletida nos pensamentos da filósofa e jurista feminista Catherine MacKinnon, que defende que:

Criminal abortion laws hurt women through a biological correlate of femaleness and a socially defining characteristic of gender long used to disadvantage women and keep them in a subject status. For this reason, criminal abortion statutes should be treated as closer to facially discriminatory than to neutral distinctions disparate in effect.²²

Há projetos de lei já propostos com o objetivo de legalizar a prática e, até mesmo, extinguir sua tipificação como crime no CP. No entanto, os que pensam como MacKinnon vêm perdendo no Congresso Nacional Brasileiro. Como exemplo, há o arquivamento do PL 1135/1991²³ (suprime

²¹BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acessado em 25 de junho de 2019.

²² MACKINNON, Catharine. *Reflections on Sex Equality under Law*. Yale Law Journal, v. 100, 1991, p. 1321.

²³ BRASIL. Câmara dos Deputados do Brasil. Projeto de Lei PL 1.135/1991. Suprime o artigo que caracteriza crime o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento;

o artigo que caracteriza crime o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento), ao qual tramitava em conjunto as [PL 1174/1991](#)²⁴ (dá nova redação ao Art. 128 do CP, de modo a legalizar o aborto voluntário quando a gravidez representar risco de vida e saúde física ou psíquica da gestante), [PL 3280/1992](#)²⁵ (autoriza a interrupção da gravidez até a 24ª semana), [PL 176/1995](#)²⁶ (legaliza o aborto voluntário até o terceiro mês de gestação) e [PL 2929/1997](#)²⁷ (garante o direito ao aborto às mulheres estupradas por parentes).

Em seu artigo "Aborto e Congresso Nacional: uma análise crítica do cenário legislativo"²⁸, Rogério Sganzerla faz um exame das propostas de lei de 1949 a 2014. Em seu trabalho, Sganzerla constatou que dentre os projetos de lei referentes ao aborto, 44% (quarenta e quatro por cento) situa a prática dentro da esfera criminal. Nesse universo, dentre outras propostas, há a tipificação de novos crimes envolvendo o aborto, o aumento ou agravamento de pena para quem o praticar, a descriminalização da conduta e a criação de novas hipóteses de aborto legal.

Desses grupos, o autor argui que a parcela de PLs contra a prática de aborto possui 32 (trinta e dois) projetos, sendo que destes, 8 (oito) estavam em tramitação dentro do grupo "tipificação de novos crimes" e 7

(liberalização do aborto); altera o Decreto-lei nº 2.848, de 1940. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16299>. Acesso em: 13 de novembro de 2019.

²⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados do Brasil. Projeto de Lei PL 1.174/1991. Dá nova redação ao artigo 128 do Decreto - lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16364>. Acesso em: 13 de novembro de 2019.

²⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados do Brasil. Projeto de Lei PL 3.280/1992. Autoriza a interrupção da gravidez até a 24ª semana nos casos previstos na presente lei. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19397>. Acesso em: 13 de novembro de 2019.

²⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados do Brasil. Projeto de Lei PL 176/1995. Dispõe sobre a opção da interrupção da gravidez. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15125>. Acesso em: 13 de novembro de 2019.

²⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados do Brasil. Projeto de Lei PL 2929/1997. Permite às mulheres estupradas por parentes a interrupção da gravidez. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18837>. Acesso em: 13 de novembro de 2019.

²⁸ SGANZERLA, Rogério. *Aborto e Congresso Nacional: uma análise crítica do cenário legislativo*. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum. 2017, ano 17, nº 67, jan./mar. 2017.

(sete) em tramitação na parcela “aumento ou agravamento de pena”, estando o restante arquivado ou dentro de outras categorias. A parcela de PLs a favor do aborto possuía 32 (trinta e dois) projetos, tendo apenas dois em tramitação.

Além disso, apenas 25 (vinte e cinco) dos 129 (cento e vinte e nove) projetos de lei presentes no estudo abordavam políticas públicas específicas para as mulheres. O autor ainda informa que, dentre esses 25 (vinte e cinco), 9 (nove) estão arquivados. Tal cenário faz Sganzerla concluir que:

“[...] A Câmara dos Deputados, de uma forma geral, é mais favorável aos projetos que envolvem uma maior repressão ao crime de aborto. Apesar de não ter havido, até hoje, qualquer lei que alterasse a situação penal originalmente estabelecida pelo Código Penal em 1940, os projetos em tramitação elucidam que essa preocupação é maior em questões contra o aborto, inclusive pela não aprovação (e não proposição) de qualquer projeto que envolva a questão do aborto de anencéfalos”.²⁹

Uma vez que o STF é hoje uma arena de revisão de decisões majoritárias³⁰, nas quais minorias buscam ter seus anseios atendidos, faz-se imprescindível estudar como o STF viu, como vê e como poderá ver a questão, sendo esta a proposta de estudo feita na presente monografia, mas com enfoque nas decisões de casos abstratos. A postura do Supremo é importante tanto para quem é contra a proibição, quanto para quem é a favor dela, e se eleva no contexto atual, visto que há uma onda de conservadorismo nos poderes Executivo e Legislativo depois das eleições de

²⁹ SGANZERLA, Rogério. *Aborto e Congresso Nacional: uma análise crítica do cenário legislativo*. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum. 2017, ano 17, nº 67, jan./mar. 2017, p. 317.

³⁰ VIERA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, edição 8(2), 2008, p. 448.

2018³¹ e, especialmente, com a tramitação da ADPF 442/2017, ação que tem como objetivo a descriminalização da interrupção da gravidez até a 12ª semana.

4. PANORAMA JURISPRUDENCIAL: O ABORTO NO STF NOS CASOS CONCRETOS

4.1. De 1952 à Constituição Federal

4.1.1. Caso a Caso

O primeiro período de análise é o mais volumoso dentro do recorte proposto, contemplando um universo de 35 (trinta e cinco) acórdãos, sendo estes compostos por 52 (quarenta e quatro) votos examinados. Dentre esses acórdãos, são 11 (onze) *habeas corpus* (HCs), 22 (vinte e dois) recursos ordinários em *habeas corpus* (RHCs) e 2 (dois) recursos extraordinários (REs). Todas as decisões estudadas aqui, portanto, terão efeito apenas *inter partes*.

Na análise dos votos, nota-se que, no presente período, há uma predominância pela não concessão do pedido feito pelo requerente, no caso dos REs, ou do impetrante e do paciente, nos casos de HC e RHC. Em 37 (trinta e sete) dos votos, o pedido do impetrante foi negado, havendo o provimento em apenas 14 (quatorze) dos votos e o não conhecimento do pedido, mas concessão de ofício do HC em 1 (um) voto.

³¹ COLETTA, Ricardo Della e BENITES, Afonso. *Onda conservadora cria bancada bolsonarista no Congresso*. El País, 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/07/politica/1538947790_768660.html. Acessado em 25 de agosto de 2019.

Contrariando minhas expectativas, como achado de pesquisa, constatei que, mesmo nos que a gestante tenha consentido com o aborto, ela sempre é chamada de “vítima” pelo Ministros. Além disso, os Ministros, todos homens, não deixam o moralismo conservador ou o machismo explícito nas decisões, como pensava que eles teriam deixado.

Questões de uma moral mais conservadora em relação aos costumes não são colocadas explicitamente, pelo menos não contra a gestante ou o envolvido que a ajudou na prática do abortamento. Os Ministros se restringem a julgar o aborto como na esfera do Processo Penal e suas previsões, semelhante ao que fariam caso estivessem julgando um furto, apenas olhando através do prisma do Direito Penal, sem incluir no debate qualquer direito ao aborto que a mãe poderia ter. No entanto, em um dos acórdãos, mais precisamente no RHC 47.942/1970, o feto aparece como vítima.

Além disso, notei ser recorrente que os relatores se limitem, em seus relatórios, a citar trechos dos acórdãos dos Tribunais de Justiça Estaduais aos quais se recorrem naquela Corte ou dos pareceres da Procuradoria Geral da República (PGR). Tal prática é adotada com frequência na fundamentação também, fazendo com que seja difícil identificar a *ratio decidendi* em algumas ações. Isso ocorre porque, embora alguns Ministros transcrevam as partes dos acórdãos e pareceres de outros órgãos nos quais estão baseando suas decisões e justifiquem juridicamente a escolha, alguns outros Ministros apenas declaram concordar com o parecer ou o acórdão, sem motivar tal escolha.

Ainda, sobre os relatores, é de se exaltar que, dentro do universo estudado, em apenas 10 (dez) dos acórdãos houve voto de outros Ministros, além do pronunciamento do relator. Apesar disso, não houve unanimidade em apenas 3 (três) casos.

Interessante também foi observar o uso de princípios e da CF. A Carta Magna foi citada apenas uma vez nos casos, o que, como se verá

posteriormente, contrasta com o período de 1988 a 2017. Quanto aos princípios, o único princípio decorrente diretamente de seu texto, sendo este central para o Direito Penal, é o da ampla defesa. Fora esse princípio, também se mostram citados e usados para decidir ou como apoio o princípio da equivalência das causas e o da indivisibilidade da ação penal. Se os acórdãos fossem uma grande peça teatral e os argumentos fossem os atores a desempenharem papéis, afirmaria, sem sombra de dúvidas, que os princípios figurariam apenas como objeto cenográfico, não tendo nem mesmo um papel secundário.

É essencial destacar que os acórdãos estudados nesse período não tratam do aborto por uma perspectiva do Direito Constitucional, prioritariamente. O Direito Penal é o prisma escolhido pelos Ministros, que analisam o aborto apenas como infração penal. Por tal escolha, as *rationes* dos votos entrelaçam-se mais ao Direito Penal, reverberando fortemente na decisão de outros crimes. Não foi debatido, portanto, questionamentos sobre a constitucionalidade da criminalização, nem ao menos se citando a questão da autonomia da mulher ou utilizando argumentos feministas. O aborto no STF é definido como determina o CP: um crime explícito, caso não configurada hipótese do art. 128, do supracitado Código.

Começo o estudo pelo no RHC 35.565/1958, julgado pelo Plenário, no qual a impetrante, Maria Nunes, acusada de coautoria no crime de aborto, alega “imperfeições” no exame de corpo de delito, tendo sido ela incurso nos arts. 126 e 127, do CP. Seu pedido de HC baseia-se em dois pontos: (i) nulidade do processo por supostas falhas no corpo de delito; e (ii) falta de fundamentação no decreto de prisão preventiva.

No entanto, a decisão evoca que as omissões alegadas no primeiro auto foram supridas pelo exame no cadáver da gestante, que deu como *causa mortis* a prática de aborto criminoso. Este é a segunda decisão mais antiga analisada no presente estudo e, logo de início, já se observa que o corpo de delito é a principal forma de comprovar a materialidade dos atos praticados.

O HC 36.008/1958, do Plenário, segue expondo a centralidade do auto de corpo de delito. A paciente do HC, a médica Elisa Fernandes Viana, foi enquadrada no Art. 126, CP e o impetrante alega que esta fez apenas uma "lavagem qualquer" em outra mulher. Um aspecto interessante é que a gestante é chamada no pedido da paciente de "pseudovítima" por ser bailarina e, portanto, propensa à "extravagância", o que poderia leva-la a abortar, de acordo com o relatório.

A paciente ainda alega que se os médicos não conseguiram dizer o motivo que levou à interrupção da gravidez, não seria o delegado, que supostamente extorquiu a confissão da paciente, que saberia o motivo da prática. Seguindo em sua argumentação, o exame de corpo de delito é classificado como "indispensável" para a instauração do procedimento judicial. No caso do acórdão, houve apenas exame de corpo de delito do feto, não da vítima, o que foi apontado como um erro pelo voto vencedor do Min. Henrique D'Avilla.

Tal cenário é agravado, segundo a decisão, porque não existiam outros elementos indicadores de prova que acentuassem a prática de abortamento criminoso. Daqui já se tira uma importante conclusão a respeito dos casos estudados: embora o exame pericial seja importantíssimo, há outras formas de se provar o aborto. No presente caso, se deu voz ao alegado pelo paciente em sua petição, porque não havia maior suporte material que indicasse sua autoria.

O voto vencido do HC supracitado expõe que não é real que o laudo médico excluiu a possibilidade de aborto provocado, uma vez que os técnicos não apontaram a inexistência, mas, sim, a falta de indícios suficientes para prová-la. Ademais, adiciona que não é cabível reexame de prova em HC, principalmente porque nesse ato apenas a impetrante exporia seu lado, escolhendo a paciente as provas que mais lhe favoreçam para trazer aos autos. Assim, restaria a parte acusadora prejudicada, já que não poderia contrapor a prova traga a juízo pela paciente.

No RHC 36.154/1958, do Plenário, adota-se uma técnica frequente nas decisões estudadas: o Min. apenas expressa acordo em relação ao parecer do PGR ou, então, ao acórdão ao qual se recorre, não fazendo nenhum esforço argumentativo para justificar o porquê de se concordar com a opinião emitida por outrem.

No caso, a paciente Ana Grama Graylowski foi incurso nos art. 126 combinado com a última parte do art. 128, acusada de ter praticado aborto em outrem com autorização desta. Sua defesa baseia-se na suposta nulidade da pronúncia, que não foi fundamentada devidamente em relação à autoria e à materialidade do crime, concluindo que, por conta disto, não houve prática do crime de aborto.

O acórdão que denega a ordem e que foi seguido pelo Min. Luiz Gallotti, que foi quem proferiu o voto no HC em questão, coloca que a pronúncia estava fundamentada porque o laudo de necropsia prova que a vítima estava grávida e faleceu durante uma tentativa de aborto, por asfixia. Aborto, segundo o promotor que emitiu o parecer, seria a expulsão prematura do produto da concepção, mesmo que sem obter sucesso na prática. Conclui defendendo que apenas em casos especialíssimos – que, aliás, não são exemplificados – seria possível HC para nulificar os efeitos da pronúncia.

Em continuidade à linha argumentativa apresentada, o HC 40.005/1963, analisado pelo Plenário, com base no decidido no HC 39.586, que foi um pedido ao qual não foi dado provimento anteriormente em relação ao mesmo paciente, com voto vencedor do Min. Cândido Motta, alega que exame de delito é indispensável em caso de aborto. No caso, a paciente foi acusada com base nos arts. 126 e 127, CP, por ter causado aborto em outra mulher. Ocorre que o TJ-SP havia considerado o crime de aborto, mas não conceituou de modo penal o fato, não indicando em qual artigo do CP a paciente havia sido incurso. Assim, não se sabia se a conduta pela qual a paciente estava sendo acusada era aborto provocado ou espontâneo.

Porém, a composição dos indícios é estendida, uma vez que o Ministro Ribeiro da Costa, que é quem proferiu a decisão, defende como cerne da prova de materialidade do crime não apenas o exame pericial, como, também, depoimentos.

Tal entendimento é ensejado pelo decidido no HC 43.680/1966, pela Terceira Turma, em que a Elvira Teixeira foi acusada de provocar aborto em gestante e foi impronunciada pelo juiz de primeira instância, mas pronunciada pelo TJ-SP. A paciente alega que não houve justa causa no acórdão do TJ-SP que declarou sua prisão, porque o acórdão não atendeu ao pressuposto legal da existência de crime, já que, no corpo de delito, os peritos não encontraram prova que pudesse indicar interrupção da gestação de modo provocado.

Neste caso, embora não tenha havido demonstração da gravidez da ofendida e a perícia não tendo sido concludente a confirmar a prática de aborto provocado, é possível alegar que houve aborto, uma vez que os peritos que fizeram corpo de delito concluíram, com segurança, que a morte se deu em consequência de anemia aguda obstétrica (também referida como aborto). Tendo em vista que a premissa básica para se poder abortar é estar grávida, então se poderia concluir, que a mulher estava grávida.

Embora os peritos não tenham conseguido concluir, no caso, se a interrupção da gravidez foi provocada ou não, há depoimentos de testemunhas que corroboram com a versão pericial. Seguiu o mesmo caminho o HC 47.942/1970, da Segunda Turma, o RHC 51.603/1973 e o RHC 61.816/1984, ambos da Primeira Turma.

Contextualizando os casos, no primeiro, Catarina Albertina, incurso no art. 126, alegou nulidade do processo por falta de corpo de delito. Já no segundo, houve morte da vítima depois de suposto procedimento abortivo. No processo, o pedido de HC de Maria Roters foi negado pelo TJ-PR e teve um parecer contra da PGR, que alegou que, embora houvesse uma impossibilidade de exame de corpo de delito direto, os peritos responsáveis

responderam afirmativamente sobre a ocorrência de aborto. O mesmo o fez o médico que assistiu à gestante, grávida de 3 (três) meses, que relatou que a gestante contou com detalhes como a paciente lhe provocara o aborto e que, ao cuidar da grávida, encontrou em seu útero restos de placenta.

No terceiro, também com a morte da gestante, Bruno Gomes da Silva, o paciente, baseia seu pedido na afirmação de que inexistente materialidade do delito e que houve cerceamento do direito à ampla defesa. Isso porque o exame de corpo de delito teria negado a existência de aborto provocado, e que, no estudo das testemunhas arroladas, o patrono do paciente não compareceu, sendo nomeado, em seu lugar, um defensor público, de suposta atuação deficiente, sendo as duas teses rebatidas e não acatadas pelo STF.

Neles, as Turmas estabelecem que, apesar de ser dotado de grande importância, o exame pericial não é o único caminho determinante para afirmar que há materialidade no caso.

O HC 43.680/1966, da Terceira Turma, no qual Elvira Teixeira foi acusada de provocar aborto em outra pessoa, sendo que a gestante veio a óbito, também levanta que não é possível reexaminar prova em HC para, com base nos elementos probatórios trazidos pela impetrante, ter como infundadas as razões do pronunciamento, sendo tal entendimento também ensejado pelo HC 47.942/1970, julgado pela Primeira Turma.

Sendo a história de fundo importante para entender as decisões dos acórdãos citados, começo contextualizando o HC 47.942/1970, no qual a ré, incurso no art. 126, CP, baseou sua defesa em suposta nulidade do processo por falta de exame de corpo de delito. Essa tese foi rebatida pelo TJ-SP, que defende haver materialidade proveniente do laudo médico pericial relativo ao feto da corré, que é a mulher que permitiu que nela fizessem aborto.

O que estes acórdãos concluem é que, se o juiz indica os motivos de seu convencimento e decreta-o por pronúncia, não se pode, em HC, rever-se a sentença, evitando-se o julgamento da imputação pelo Tribunal do Júri.

O parecer da Procuradoria, no HC 43.680/1966, decidido pela Terceira Turma, na qual a decisão em voga se baseou, diz que a pronúncia está devidamente fundamentada, pois o laudo de necropsia prova que a vítima estava grávida e faleceu durante uma tentativa de aborto, por asfixia. O aborto, segundo o promotor, é expulsão prematura do produto da concepção, mesmo que sem obter sucesso na prática.

Essa visão é interessante, sendo a primeira vez que se manifesta uma definição de aborto em uma das decisões, mesmo que indiretamente. Tal ponto de vista sobre o aborto, no entanto, não volta a ser citado no período. O procurador encerra, declarando que apenas em casos especialíssimos seria possível HC para nulificar os efeitos da pronúncia. A alegação do procurador se faz real, já que quase 75% dos casos foram improvidos.

O RE 88.247/1978, decido pela Segunda Turma, segue a mesma linha argumentativa. No caso, a médica Henriqueta Macedo Bicalho é acusada de provocar aborto em uma gestante, acabando por causar sua morte. O caso foi controverso quanto à prova de aborto, concluindo os peritos que houve aborto, mas sem saber se este foi provocado. A mãe da grávida narrou que ela tinha ido ao consultório da paciente pela manhã e retornou ao mesmo local à tarde, para se submeter ao procedimento abortivo. Segundo as palavras do relatório, no consultório a grávida sofreu “brutal hemorragia, provocada pelo deslocamento do ovo, como a perícia demonstrou”. Após o ocorrido, alguém limpou o consultório e as roupas da paciente.

Com base no art. 408, CPP, o acórdão do presente caso defende que o juiz pode definir a existência do delito sem limitar os meios probatórios aptos para esse convencimento. Embora a perícia não pudesse afirmar, no

caso, que houvesse sido o aborto provocado, havia provas testemunhais e indiciárias da existência do crime, não podendo pretender-se, segundo a decisão, que tenha sido negada vigência ao disposto no citado artigo. Adiciona ainda a decisão à matéria que, além da existência do aborto, para a configuração dos arts. 127 e 128, CP, é imprescindível que tenha sido este provocado.

Ainda referente à materialidade, no HC 43.836/1967, julgado pela Primeira Turma, o médico Antero Ferreira Riça Júnior foi acusado de crime de sedução (art. 217, CP) e de aborto, na qual não se conseguiu constatar a sedução, uma vez que o hímen da adolescente era mais grosso e elástico, podendo não ter se rompido durante a relação sexual, assim como também não se conseguiu constatar a ocorrência de interrupção de gravidez, o que o fez pedir a nulidade da pronuncia por conta de falta de materialidade. O processo por aborto acabou sendo arquivado, mas o referente à sedução foi redistribuído e, junto com ele, também o foi a denúncia por prática de interrupção voluntária da gravidez. Tal fato motivou o paciente a impetrar HC declarando falta de justa causa para a ação penal, uma vez que inexistente prova material da infração e o corpo de delito nada teria provado.

Entendeu a Turma que há nulidade da denúncia quando oferecida, depois de arquivado o inquérito, sem a produção de novas provas. Entretanto, a denúncia foi oferecida à vista de novas provas, trazidas aos autos depois do despacho que o impetrante considera como ordenatório do arquivamento do processo, em conformidade com o art. 18, CPP. Firma-se, portanto, que, frente novas provas, pode o objeto da ação ser reexaminado, o que causou o indeferimento do pedido.

Todos os acórdãos citados até aqui possuem um traço de conexão forte: suas *rationes* são todas referente a questões atinentes à comprovação de materialidade do delito. Como se verá mais a frente, é aqui fixado um entendimento que seguirá presente no tribunal também em outros períodos.

A partir deste ponto, opto por analisar os acórdãos que foram improvidos por o impetrante não ter atacado em sua petição os fundamentos da sentença ao qual está sendo imposta ao paciente. Tanto o RHC 36.700/1959, do Plenário, quanto o RHC 37.118/1959, julgado pela Primeira Turma, arrazoam que é imprescindível que o paciente de HC infirme os fundamentos do acórdão recorrido, sendo este critério essencial para o provimento de um HC.

Importante ressaltar que, embora os casos tenham decisões com a mesma conclusão, a situação fática de cada um deles é distinta. No primeiro, são dois os pacientes: um é médico e o outro é enfermeiro. Ambos foram acusados de aborto qualificado com a destruição de cadáver (art. 211, CP). O noivo da grávida pagou aos pacientes para que praticassem o aborto na gestante. No entanto, o feto tinha de seis a sete meses e, no decorrer do procedimento abortivo, a cabeça do feto ficou presa no útero, desaparecendo dentro deste.

A gestante ficou em estado grave e foi submetida, posteriormente e em hospital público, à retirada da cabeça do feto de seu útero, mas veio a óbito. No segundo acórdão, trata-se de uma parteira denunciada por ter praticado aborto em uma mulher que a procurou junto ao seu marido, tendo sido a ocorrência do procedimento atestada por outro médico, procurado porque o procedimento resultou em graves feridas.

Além das decisões em que a *ratio* se resume à prova da materialidade do crime e ao não ataque por parte do impetrante dos fundamentos do acórdão recorrido, também houve aquelas em que o cerne da decisão foi a (in)compatibilidade do pedido com a função do HC. É cabal no STF que não cabe ao HC avaliar matéria de prova. Quando essa é central ao pedido do paciente ou exclusivamente o que se é alegado na petição, ao HC não é dado provimento. Tal entendimento foi exposto no HC 36.996/1959, HC 37.761/1960, RHC 39.291/1962, RHC 44.142/1967 e o RHC 48.119/1970. Sigo a expor as diferentes narrativas de cada um dos casos.

No HC 36.996/1959, julgado pelo Plenário, Eliza Ribeiro dos Santos foi acusada de praticar o delito do art. 126, CP, e, embora impronunciada em primeiro grau, em que o juiz competente defendeu que o exame de corpo de delito não comprovou o crime, acabou sendo pronunciada em segunda instância, ficando presa e tendo, por fim, seu HC recusado pelo STF.

Já no HC 37.761/1960, houve morte da gestante, o que fez o paciente, que era médico, ser incurso não apenas no art. 126, CP, como também no Art. 127, CP. O acórdão é fruto do julgamento do Plenário do STF.

Seguindo, no RHC 39.291/1962, também julgado pelo Plenário, há vagueza na narrativa dos fatos, mas é possível extrair que a paciente foi pronunciada com base no art. 126, CP, e, em sede de recurso, alegou falta de justa causa e ausência de elementos em sua sentença.

Logo em seguida, há o RHC 44.142/1967, da Segunda Turma, no qual o médico José Cristiano de Oliveira Costa foi acusado de ter cometido a conduta prevista no art. 126, CP. A gestante alvo do procedimento praticado pelo paciente foi encontrada com uma sonda de borracha introduzida em seu útero, que estava repleto de ferimentos. Como resultado, 4 (quatro) dias depois do procedimento, o feto de 3 (três) meses foi expelido do útero da mulher. Por último, no RHC 48.119/1970, da Primeira Turma, analisa-se um novo pedido de José Cristiano de Oliveira Costa, ainda referente ao mesmo caso.

Os acórdãos a seguir possuem como conexão suas *rationes* tratarem diretamente dos critérios adotados pelo STF em caso coautoria na conduta de aborto. Como mostrarei mais detalhadamente no Item 4.1.2, a maior parte dos casos diz respeito à denúncia por coautoria, o que faz seus critérios serem essenciais para compreender como o STF entendeu o aborto entre 1952 e 1988.

Começo com o RHC 32.225/1952, do Pleno, no qual Aloisio Galvão Ferreira foi processado como coautor de aborto criminoso. A decisão do caso determina que o não conhecimento de um dos coautores não enseja o livramento do coautor conhecido, devendo este ser julgado. Além disso, também se coloca que a participação criminosa não tem caráter acessório, o que faz com que a punição de qualquer um dos partícipes baste para provar que houve o auxílio causal prestado, seja esse qual for.

O HC 49.298/1971, da Primeira Turma, vai em linha semelhante, defendendo que a absolvição de uma corré não enseja em absolvição dos demais. O HC narra o caso no qual foram dois os denunciados: uma parteira incurso no arts. 126 e 127, CP, e o pacinete Luiz Bergamasco, no arts. 124 e 25, CP. O aborto teria sido praticado por esta primeira em sua casa, que, segundo o Relator, era uma "conhecida curiosa da cidade". Já o paciente, esse foi denunciado por ter dado, supostamente, o dinheiro que faltava à gestante para que nela praticassem o ato.

Enquanto isso, no RHC 40.042/1963, do Pleno, o Relator narra que Júlio Nunes Pereira, o paciente, levou a namorada (que, segundo o relator, teve sua "virgindade violada" pelo paciente) até duas parteiras, que viraram corrés, para que estas fizessem o procedimento abortivo. A decisão sobre o caso arrazoa que, se a acusação era uma só e dois coautores estão livres de culpa, precisamente porque o crime contra a vida não se configuraria na sua materialidade, perde a sentença de pronúncia sua força. A decisão defende que, desse modo, torna-se impassível, em face da coisa julgada, manter a arguição contra a paciente de participação em infração inexistente ou improvável.

Julgado pela Segunda Turma, o HC 45.398/1968 tem como paciente a parteira e professora Odonor Galvão Minicelli incurso no art. 126, CP. No caso, a corré, mulher que deixou o procedimento abortivo ser provocado em si, foi absolvida pelo julgamento do júri. Na decisão, o voto vencedor, proferido pelo Ministro Evandro Lins, arrazoa que o CP não adota em seu art. 126 o critério de coautoria do art. 25, CP. No aborto consensual, há um

duplo crime: o da gestante e o de quem o provocou. Porém, isso não quer dizer que eles não se interpenetram, já que se trata de ação conjugada de duas pessoas, embora a pena é mais grave em relação a quem provocou o aborto.

O entendimento vencido, presente no voto do Min. Adalício Nogueira, no supracitado HC, por outro lado, defende que os efeitos da absolvição de uma corrê não podem ser estendidos à outra, em especial nos casos em que a corrê em questão nem ao menos foi submetida a julgamento. O júri, defende o Ministro, deve ter liberdade de decidir em relação ao mérito do modo que melhor compreender a questão. A decisão do RHC 47.765/1970 discorda da tese de que não é possível coautoria no crime de aborto, indo contra o julgado no HC anterior.

No RHC 50.872/1973, julgado pelo Plenário, há um retorno para o entendimento do RHC 47.765 sobre essa matéria. No caso, Mário Castanheira Nunes é o paciente foi incurso nos arts. 126, 25, 217, § 1º, I e § 2º, CP. Ocorre que o paciente manteve relacionamento com uma adolescente de 15 (quinze) anos durante duas semanas, fingindo ser solteiro quando, na verdade, era casado. Meses depois do rompimento, pela descoberta do *status* civil do paciente, a adolescente foi novamente abordada por ele, que alegava ser mentirosa a informação de que ele era casado.

Posteriormente, ele confessou que era casado para a adolescente, mas disse que ia divorciar-se da mulher para se casar com a garota, mantendo, em seguida, relações sexuais com ela. Segundo o relatório, quando o paciente soube da gravidez da menina, injetou solução abortante na mesma e deu comprimidos para que ela interrompesse a gravidez em curso. A tentativa de aborto fracassou, fazendo com que o homem fosse procurar um médico para que esse provocasse a interrupção, que foi efetivamente concluída.

Em sua defesa, o paciente levanta que aquele a quem a gestante confessou o aborto e levou ela até o local deve ser enquadrada no art. 124, CP, pois, nos termos do art. 25, CP, sua colaboração foi no sentido de consentimento da abortante, e não de executar o aborto.

Tal raciocínio é explorado de modo muito mais sofisticado no HC 52.479/1974, julgado pela Primeira Turma, onde João da Costa Lima foi denunciado pelo art. 126, CP, por ter provocado aborto em uma menor de idade. No caso, o voto vencedor, feito pelo Min. Aliomar Baleeiro, defendeu que o paciente não teve envolvimento no ato físico, material ou cirúrgico da interrupção voluntária da gravidez, mas que, no interesse da então gestante, levou-a e entregou-a para aquele que o procedimento iria executá-lo. Prossegue arguindo que o paciente não deve ser corréu no crime do executor material, mas, sim, da gestante, devendo o delito ser enquadrado no art. 124, CP. O julgamento proferido também expõe como importante o intuito do corréu, não devendo, para encaixar-se na tese criada, a intenção deste ser favorecer a atividade criminosa de que praticou o procedimento abortivo.

Os votos que acompanharam o vencedor, proferidos pelos Ministros Leitão de Abreu, Xavier de Albuquerque, Antonio Neder e Thompsom Flores, ainda ensejam que a tese é baseada em uma exceção à regra do art. 25, CP, porque, embora haja um concurso na mesma ação delituosa, os agentes praticam crimes autônomos. A mulher que consente é incurso no art. 124, CP, atinente à praticar aborto em si mesma, quem provoca aborto com o consentimento da gestante pratica o art. 126, CP, e quem concorre na ação da gestante que pratica aborto em si mesma, sem realizar atos de execução, pratica o crime previsto no art. 124, CP, não o do art. 126, CP.

A argumentação se baseia no entendimento de que realiza o procedimento do aborto é diferente da gestante, dando pena mais grave ao primeiro, como se vê no CP. Aquele que coopera com o responsável por praticar o ato de aborto na gestante ou que a auxilia também é colocado em grau diferente de responsabilização do que aquele que realiza o aborto.

O fundamento é sustentado no princípio da equivalência das causas, já que seria desproporcional.

Acabou havendo um reforço ao entendimento do STF de que a incitação ou auxílio ao aborto deve ter pena mais branda do que a coautoria, tendo decidido unanimemente assim em 1973. Em prol da coerência e da congruência, deve ser mantida nos votos. Ademais, entendeu-se que a punibilidade se extingue em oito anos, de acordo com o art. 109, IV, CPP, então restou prescrita a acusação presente no acórdão.

Foi no voto vencedor do HC em questão, de número 52.479/1974, que pela primeira vez argui-se sobre o preconceito sofrido pela mulher, levantando-se que a gestante pode ter optado por aborto por conta do preconceito que sofreria sendo mãe solteira. O Min. Djaci Falcão chega até mesmo a afirmar, em relação ao legislador dos artigos que tratam do aborto, que "o legislador dos povos mais cultos foi muito mais benévolo que o brasileiro".

Os votos vencidos, proferidos pelos Ministros Rodrigues Alckmin e Cordeiro Guerra, por outro lado, alegam que, se a primeira denúncia ao paciente foi anulada, não se interrompe a prescrição, devendo-se computar o ano do fato e o desta última denúncia. Isso faz com que, no presente caso, os vencidos tenham entendido por não prescrição da ação penal, pois entendem, também, que o crime é do tipo qualificado, devendo seu prazo prescricional ser de 12 (doze) anos.

É feita, para fins argumentativos, também, uma comparação do Direito Italiano com o Brasileiro, concluindo que, neste último, o CP não incrimina, como tipo distinto, a instigação ao aborto. Também não incrimina separadamente da prática de aborto em si. No caso de aborto consentido, gestante e provocador são punidos com a mesma pena. Somente poderia ocorrer coautoria no art. 124 se houvesse auxílio no aborto praticado em si mesma (primeira parte) ou participação no consentimento da gestante. As formas de coparticipação estariam presentes nos art. 125, 126 e 127, CP.

Sendo que no caso não se pode dizer que o paciente tenha concorrido para a deliberação do aborto pela gestante ou para que esta desse o seu consentimento ao ato, há a sustentação de que, não sendo a prática de aborto em si, não concorreu o recorrente para o consentimento, já que este já tinha sido dado pela gestante. Tal linha de raciocínio conclui que teria que se aplicar a coautoria do crime do art. 126, CP.

Prosseguindo na linha de diferenciação nos papéis executados no mesmo crime, a decisão do RHC 47.171/1969, da Segunda Turma, segue que na acepção jurídica do aborto provocado por terceiro, impende distinguir as responsabilidades: a do sujeito ativo, que pratica o ato, e a do passivo, que com ele consente. No caso, é processada a parteira e professora Odonor Galvão Minicell, incurso no art. 126, CP, e impetrante do RC 45.398/1968, já estudado aqui. Ocorre que a gestante, que permitiu que praticassem aborto em si e, portanto, incurso no art. 124, CP, foi absolvida sob a alegação de que abortou motivada por estado de necessidade. A coautoria é incurso do conceito especial que impõe o CP (Art. 124 e 126).

No caso do acórdão, ainda, a gestante confessou que o mesmo ocorrera, porém, ela, por um estado de necessidade, permitiu que ele fosse feito. Vedou-se que o agente provocador pudesse valer-se de afirmações dos jurados ditadas tendo em conta circunstâncias personalíssimas reconhecidas em prol da paciente. A condenação da corré ocorreu porque esta agiu com o intuito de lucro e não inspirada pelos motivos íntimos que possuía a gestante para praticar o aborto segundo o voto. Ao ler o CP, fica claro que este acórdão inclui um critério não presente no Código.

Por último, há as alegações de prejuízo à defesa do recorrente, *lato sensu*. Esses são acórdãos que não consegui encaixar nas outras categorias criadas, mas que possuem em comum o mote de alegação de prejuízo à defesa do recorrente.

Começo com o RE 89.289/1979, da Segunda Turma, no qual José Modesto Neto, o paciente, foi indiciado junto a um médico por terem

provocado aborto em gestante, com o seu consentimento. A grávida veio à óbito. Na primeira instância, o paciente conseguiu ter declarada a ausência de sua participação e ele e o médico foram absolvidos, havendo entendimento de que o médico praticou aborto por necessidade (art. 128, CP). Na decisão, o acórdão declara que, com base no Art. 574, II, do CPP, deverão ser interpostos recursos de ofício nos casos em que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu da pena.

Julgado pela Primeira Turma, o HC 59.804/1982 tem Maria Carmelina Furlan como incurso nos arts. 126 e 127, CP, recorrendo ela com base em suposto cerceamento de defesa, defendendo que: (i) na inquirição das testemunhas de acusação, o promotor público, em reperguntas, lembrou tópicos de declarações da fase policial; (ii) não houve intimação de defesa relativamente à expedição da carta precatória para a inquirição de uma das testemunhas a terem sido ouvidas; e (iii) foram ouvidas como testemunhas duas pessoas que deveriam constar na denúncia como coautores do crime, configurando desrespeito ao princípio da indivisibilidade da ação penal. A paciente também alegou nulidade na pronúncia por nesta faltar exposição das alegações de defesa.

Por fim, foi determinado que nada impede que as testemunhas sejam perguntadas sobre o teor dos depoimentos prestados em inquérito policial e que, mesmo estas podendo ser denunciadas como corrés, em nada modifica a substância do processo sua oitiva como testemunha, pois, ainda que tais pessoas tivessem sido ouvidas como corrés, a versão desfavorável ao paciente seria a mesma, com a mesma credibilidade.

Prosseguindo, o RHC 55.410/1977, da Primeira Turma, foi impetrado em prol da coautora Francisca Varela de Lima, imputada no art. 126, CP, em combinação com o art. 25, CP. As outras coautoras eram filha e mãe e foram absolvidas perante o Tribunal do Júri, enquanto a paciente em questão teve continuidade em seu processo. No voto que decidiu o caso, há negação de que decisão que absolva a gestante que voluntariamente

interrompeu sua gravidez possa ter seus efeitos estendidos à corrêu. Para tal pedido proceder, seria necessário que os fatos imputados ao corrêu fossem idênticos ao fato julgado pelo Júri. Poder-se-ia aplicar o art. 580, CPP, referente ao efeito extensivo da resolução proferida em recurso, para defender o pedido do corrêu, mas o supracitado artigo tem sua aplicabilidade condicionada à inexistência de motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, o que ensejaria em prova que deveria ser analisada, não sendo compatível com a finalidade do HC.

Condenada pelo Tribunal do Júri por dois crimes diferentes, sendo um aborto em terceira com sua anuência seguido de morte e provocação de aborto, a parteira Terezinha Levindo, paciente no HC 61.337/1983, da Segunda Turma, moveu sua demanda pelo juiz, pela segunda instância e, com visto, também no STF. A decisão do caso baseia-se no parecer da PGR, que contribuiu para o estabelecimento da ideia de que a autonomia das penas no concurso material há que reforçar interpretação favorável também quanto à prescrição do crime de aborto.

Enquanto isso, no RHC 63.948/1986, da Segunda Turma, Terezinha Maria Busatto Borille pede pela anulação do julgamento. No caso, parte-se da premissa de que o STF já decidiu que a complexidade do quesito anula o julgamento quando acarreta prejuízo, violando as regras estabelecidas no Art. 484, do CPP, mas que, mesmo com a formulação irregular do quesito, considera-se que não houve prejuízo à defesa se esta não reclamar em momento próprio.

Este é o único acórdão que faz uso de alguma teoria sobre o aborto em seu corpo. Tomando como ponto de partida a visão do doutrinador Heleno Cláudio Fragoso, é alegado que o crime de aborto ocorre a partir do momento em que houve fecundação.

Por fim, ocupa-se o RHC 64.830/1987, da Segunda Turma, no qual o Lindomar Leopoldino foi incurso nos arts. 124 e 29, CP. Ele é tido como coautor do ato de aborto consentido que foi feito na outra coautora, mas se

defende falando que estava ausente da cidade quando ocorreu a primeira denúncia dos efeitos da omissão do tempo e lugar na imputação do denunciado. Defende, ainda, que a denúncia seria inepta caso tal omissão prejudicasse a defesa em sua argumentação. Seu pedido não foi acatado, alegando a Turma que, se realmente houvesse prejuízo para a defesa a omissão do tempo e lugar do delito imputado ao acusado, a denúncia seria inepta, mas não foi isso que ocorreu no presente caso, já que o ponto levantado pelo paciente foi desmentido por prova testemunhal.

4.1.2. Análise geral do período

Sobre a utilização dos artigos referentes ao aborto consentido, algumas tendências interessantes foram identificadas.

Ao analisar os artigos pelos quais foram incursos os pacientes e recorrentes dos HCs, RHCs e REs estudados, obtive 3 (três) incursos no art. 124, 32 (trinta e dois) pacientes denunciados no art. 126, 12 (doze) no art. 127 e 1 (um) no art. 128. O número total ultrapassa a quantidade de denunciados e, conseqüentemente, de acórdãos, pois teve réus que foram enquadrados em mais de um dos artigos.

O resultado é a revelação de uma tendência: majoritariamente, foram levados ao STF petições de terceiros que, de algum modo, contribuíram para a interrupção da gravidez ou estimularam a prática. Em apenas uma das decisões a paciente do HC era mulher que consentiu com a prática de aborto em si.

Talvez por isso não tenha havido o debate sobre aborto e liberdade da gestante. A escolha não é tema em nenhum dos votos lidos, o que não é surpreendente em um cenário no qual apenas um dos 33 (trinta e três) casos tem como paciente uma gestante.

Há alguns casos nos quais são citadas as gestantes sobreviventes aos procedimentos e a situação legal delas no momento que as ações presentes nesse estudo foram movidas no STF. Nesses casos, a gestante é citada pelo paciente de modo a tentar criar proporcionalidade entre a sentença dela e a dele: se a gestante foi absolvida, por que ainda deveria o paciente ser acusado do crime de aborto?

Interessante notar que a todas as ações foram iniciadas em Estados do Sul (PR e SC) ou Sudeste do país (SP, ES, RJ e MG), sendo as ações iniciadas no Goiás e DF exceções. Dificilmente casos de aborto não ocorriam em outras regiões do país. Considerando o elevado custo que um processo possui para chegar ao STF, é curioso notar que as que chegaram até o Supremo saíram, em regra, das regiões mais ricas do país.

Destaco, ainda, que até a década de 60 (sessenta), o recorrente era a análise do pleito pelo Plenário. A partir do período indicado, os pedidos passam a ser julgados pela Segunda e Primeira Turmas em maior frequência, ficando a análise de todos os Ministros restrita a apenas 2 (dois) julgamentos. Isso dificultou a análise dos acórdãos, já que fica mais difícil o estudo do entendimento do STF quando a maior parte dos acórdãos é de uma parte do Tribunal.

Restou observar o uso de decisões das Turmas nas decisões do Plenário. Isso, no entanto, não ocorreu de forma tão intensa. Enquanto os acórdãos das Turmas recorrentemente fazem referência uns aos outros, não há uma troca tão intensa nos acórdãos do Plenário. Os acórdãos posteriores ao período estudado no presente item, no entanto, vão mostrar uma troca mais intensa das conclusões e linhas de raciocínio presentes nos acórdãos.

4.2. Da Constituição a ADPF 54

4.2.1. Caso a caso

Esse período não é tão volumoso quanto o anterior, quando se considera a quantidade de acórdãos a serem lidos. Foi encontrado aqui um universo de 6 (seis) acórdãos, sendo estes compostos por 9 (nove) votos examinados. Cabe notar que todos estes acórdãos são de demandas que tomaram como forma HCs.

Na análise dos votos, nota-se que se manteve a tendência de predominância de não concessão do pedido. Em 5 (cinco) dos acórdãos, o pedido foi negado por unanimidade na Corte. Apenas em 1 (um) não houve o indeferimento, pois o objeto da lide foi perdido, tendo sido o HC prejudicado.

Frente essas observações, irei expor os casos examinados em ordem cronológica, dando destaque à *ratio decidendi* de cada um deles.

Em minha análise, começo pelo HC 70.488/1993, julgado pela Primeira Turma, no qual o médico Aristeu Boher Dreon foi acusado de praticar aborto em uma gestante de 14 (quatorze) anos, com sua anuência. O principal argumento do paciente no HC tem como base o princípio da soberania do júri, instituído pela CF de 1988, promulgada 5 (cinco) anos antes do julgamento deste acórdão.

O Ministro de voto vencedor, Joaquim Barbosa, decidiu no sentido de que o princípio em questão consiste na inalterabilidade, de modo que, frente à decisão "aberrante", explicitamente contrária à prova dos autos, cabe ao TJ, em grau de recurso, corrigir tal erro, fazendo com que o próprio júri de novo se manifeste.

Importante ressaltar também que, em segundo plano e em função dos pedidos do impetrante, o Ministro avalia que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem acentuado que o exame aprofundado das

provas não deve ser feito em sede de HC. Esse é um entendimento consolidado na Corte desde o primeiro período estudado no presente trabalho, mantendo-se o STF fiel a ele em todos os HCs estudados.

O debate no HC 70.488/1993, da Segunda Turma, permanece dentro da esfera do Processo Penal. Com duas pacientes, sendo Maria Fernanda Grecco acusada de deixar que terceiro praticasse aborto em si e Maria Vitória Grecco Bozanelli por incentivo ao ato, o pedido de HC alega que a prova técnica apresentada ao processo não demonstra a materialidade, fazendo com que não se possa sustentar que o acórdão que as pronunciou possa ser mantido.

O Ministro Relator, Carlos Velloso, cujo voto foi vencedor, proferiu que o juiz decidiu motivadamente, como manda o art. 408, CPP. Além disso, acrescenta que “havendo prova da materialidade e indícios suficientes da autoria, e inexistindo, por outro lado, circunstâncias que excluam o crime ou que isentem os réus de pena, o caso é de pronúncia”. Se nota que continua recorrente matéria de prova quando o assunto é interrupção voluntária da gravidez no STF e que o tribunal não decide de modo diferente nos casos, comparando-se as decisões do último período estudado.

Segue a mesma linha o HC 72.859/1995, da Segunda Turma, no qual o paciente Paulo Vetromilha da Silva, vendedor em uma farmácia, foi acusado de ter vendido o remédio utilizado para a prática abortiva. Em seu pedido central, ele tentou retirar sua sanção da esfera penal e levá-la para a esfera administrativa, arguindo não restar claro de onde o medicamento veio, podendo ter sido vendido por qualquer outra pessoa que não o paciente. A decisão, no entanto, foi no sentido de que com esse pedido, pretendeu-se um reexame de prova, o que não se admite em HC, conforme a jurisprudência da Corte. Como resultado, o pedido não foi provido.

Assim também se faz no HC 73.332/1996, também da Segunda Turma, no qual Evelise Aparecida Lopes e Ivan Nicolau de Lima foram

presos em flagrante, juntamente com outras pessoas, em uma clínica médica, na qual a mulher teria acabado de submeter-se a um aborto provocado, enquanto que o outro paciente, seu namorado, teria acompanhado até a clínica, coadunando com seu desejo de abortar. O pedido do HC gira em torno da afirmação de que não haveria, no caso, a certeza da materialidade do delito e a denúncia teria se apoiado em laudos contraditórios e de nenhum valor.

O voto vencedor, do Ministro Relator Carlos Velloso, discordou da tese do impetrante, defendendo não apenas que os pacientes pretendiam que a Corte reexaminasse o conjunto de provas, o que não se admite no âmbito de HC, conforme a jurisprudência, como também que há materialidade suficiente nos autos, presentes nos laudos médicos.

Embora os últimos HCs estudados sigam uma linha parecida com a do período anterior, o HC 84.025/2004, julgado em Tribunal Pleno, inova em relação aos acórdãos anteriormente proferidos pelo STF sobre a matéria, por levar o debate, majoritariamente, para um campo no qual se debate a liberdade ou não de interrupção da gravidez, não se é aplicável ou não determinado instrumento do processo penal. Este HC tem como paciente a gestante de feto anencefálico Gabriela Oliveira Cordeiro que tem como pedido principal a permissão da interrupção de sua gravidez, visto a condição fatal que afeta o feto.

O pedido da ora gestante foi negado pelo juiz de primeira instância, mas concedido quando chegou ao TJ-RJ. Neste último, sua relatora no TJ-RS, uma desembargadora, concedeu medida liminar autorizando a realização da interrupção da gravidez. O MP, em contrarrazões, manifestou-se favoravelmente à pretensão trazida nos autos. Além disso, a própria procuradora juntou documentação sobre a anencefalia do feto.

Um interessante fato do caso é que, ao tomarem conhecimento da decisão concessiva de liminar da desembargadora, por matéria publicada no jornal O Globo, em 20 de novembro de 2003, um desembargador

aposentado do TJ-RJ, e outro indivíduo também versado em Direito, interpuseram, como advogados, agravo regimental à Segunda Câmara Criminal do TJ-RJ para que a decisão fosse suspensa. O presidente da Câmara supracitada, em 21 de novembro de 2003, suspendeu a decisão de sua colega de Turma. Processado o agravo regimental, veio este a ser desprovido pelo colegiado do Tribunal em questão, em 25 de novembro de 2003, o que teve como consequência a manutenção da decisão da desembargadora.

O processo sofreu de mais intervenções de terceiros, sendo essa a mais interessante: o padre e presidente da Associação Pró-Vida, residente em uma cidade em Goiás que fica a mais de 1.200 km do Rio de Janeiro, impetrou no STJ um HC com o objetivo de desconstituir a decisão monocrática da desembargadora, que viria a ser confirmada quatro dias depois.

Os autos foram distribuídos e chegaram nas mãos da ministra Laurita Vaz. Esta concedeu liminar para "sustar a decisão do Tribunal de origem que autorizou realização do abortamento do nascituro, até a apreciação final deste *writ* pela Egrégia Quinta Turma desta Corte".

Essa decisão fez o com que representantes da ANIS (Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero), THEMIS (Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero) e Agência de Direito Humanos: gênero, cidadania e desenvolvimento, impetrassem no STF o HC ora abordado. As principais alegações do pedido são: "(i) a coação da liberdade por proibição de antecipação do parto; (ii) inocorrência do crime de aborto; (iii) a necessidade de tutela da saúde física e mental da paciente; e (iv) o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana".

O objeto do pleito foi perdido por conta do nascimento do feto, que veio a óbito depois de 7 (sete) minutos fora do útero da mãe, de modo que, por decisão unânime, julgou-se prejudicado o HC. Porém, creio que é de extrema importância destacar os pontos tragos pelo Ministro Joaquim

Barbosa em seu voto. Ele é pioneiro na matéria em vários sentidos, e irei expor o porquê.

O voto começa de modo que nenhum outro até aquele momento havia começado: justificando a competência do STF para julgar o pleito. O Ministro entende que a continuidade da gestação, por força da ordem do HC concedido pelo STJ, tem o efeito imediato de causar restrição à liberdade da paciente, além de essa gravidez poder colocar sua vida em risco. Isso faz com que o pedido se encaixe no Art. 102, I, i, CF, tratando-se de competência originária do STF, já que “a situação da vida e a situação jurídica encontram-se de tal forma imbricadas que a ordem concedida em favor quer do feto, quer da paciente, implica, obrigatoriamente, em restrição da liberdade do outro”. Desse modo, o Ministro defende que deve haver uma interpretação ampla da legitimidade que o impetrante tem de propor à ação.

Entrando no mérito do processo, Barbosa começa afirmando que o acórdão do STJ é nulo, uma vez que não tinha competência para apreciar a matéria do HC, já que, “enquanto não exaurida a função jurisdicional do tribunal a quo, o tribunal *ad quem* não pode avocar a matéria, pouco importando se é, juridicamente, correta ou incorreta a decisão monocrática”.

Além disso, ele defende que o andamento do processo no TJ-RJ foi cheio de “peripécias processuais exóticas” porque a questão permeia paixões, convicções filosóficas, morais e políticas. Vê-se, aqui, que o Ministro olhou para além dos votos e pareceres produzidos nas instâncias inferiores. Informações externas ao que consta nos autos começam a ganhar força, ao contrário do que se via antes.

O Min. Joaquim Barbosa divide sua análise do mérito do HC em 2 (dois) argumentos principais. No primeiro, defende que a gestante é dotada de liberdade individual, sendo sua autodeterminação uma manifestação

desse direito. Já o segundo alega que há diferentes graus de tutela penal da vida humana.

Diferenciando o presente caso de interrupção de gravidez dos demais, o marco para o primeiro ponto é a inviabilidade de vida extrauterina do feto anencefálico.

Já no segundo ponto, o Ministro sustenta que o Direito Penal tutela o bem jurídico vida humana em diferentes graus, de modo que não existe um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica, já que a “legítima pretensão da mulher em ver respeitada sua vontade de dar prosseguimento à gestação ou de interrompê-la” é uma escolha que deve ser amparada pelo direito, de modo que se respeite o princípio da liberdade, da intimidade e da autonomia privada da mulher. Além disso, os direitos reprodutivos, como o que se tem nesse caso, são essenciais e intrínsecos ao direito fundamental à liberdade e ao princípio da autodeterminação pessoal. Esses direitos que a gestante possui, portanto, estão em um grau superior de tutela do Direito em comparação aos de um feto sem vida extrauterina.

A antecipação da morte do feto em nome da saúde física e psíquica da gestante vai ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana, em seu prisma de liberdade, intimidade e autonomia privada, como declara o Ministro Joaquim Barbosa. Com a vida extrauterina sendo inviável, deve prevalecer o direito de liberdade da gestante, de modo que caiba a ela escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal.

Toda a discussão levada a efeito no âmbito do STJ, segundo o Ministro, diz respeito aos direitos do nascituro, sem tocar, em nenhum momento, nos direitos constitucionalmente protegidos que a gestante possui, como se a proteção do nascituro tivesse o condão de excluir completamente a proteção aos direitos da gestante.

Além disso, interessante notar que ele afirma que o CP prescreve sobre o tema, mas o legislador não se preocupou em conceituar o que é aborto. O Ministro argumenta que, de modo geral, a doutrina conceitua o abortamento como uma solução de continuidade do curso fisiológico da vida do feto dentro do útero, podendo essa solução ser provocada de modo artificial ou doloso. Em sua linha de raciocínio, alega que a falta de vida do feto é elemento intrinsecamente conectado ao delito tipificado no Art. 124, CP, de modo que o presente fato é atípico, uma lacuna no CP.

Acrescenta, ainda, a exclusão de ilicitude da conduta presente no Art. 128, incisos I e II, mostrando que a lei estabelece situações nas quais há espaço para a preservação do direito à liberdade e à autonomia privada da mulher. Dessa constatação, o Ministro, posteriormente, extrai que faltaria para com a razoabilidade não permitir o aborto de um feto cuja vida extrauterina é inviável, visto que o CP permite, em suas hipóteses de exceção, a interrupção de gestação nas quais a vida fora do útero é certa.

Os argumentos do STJ são 2 (dois): (i) de que a vida do nascituro, no caso concreto, é protegida pelo Direito Penal e (ii) de que o aborto eugênico não se encaixa nas hipóteses de excludente de ilicitude, previstas no art. 128, CP.

Entende o Ministro Barbosa que, no caso de impossibilidade de vida extrauterina do feto, não deve o direito garantir a essa vida o mesmo grau de proteção, como já dito anteriormente. A tutela da vida humana experimenta graus diferenciados, por isso a lei distingue e dá penas diferentes aos crimes de aborto, de infanticídio e de homicídio. Desse modo, uma vez que o feto ainda se encontra no ventre da mãe, sua situação jurídica é diferente daquela das pessoas fora do útero.

Além disso, ele lança uma interessante tese na qual separa a tutela do feto em 3 (três) situações: (i) quando ele se encontra em desenvolvimento; (ii) quando ele está biologicamente morto; e (iii) quando ele está biologicamente vivo, mas juridicamente morto. Para Barbosa,

apenas a primeira hipótese é abrangida pelo Direito Penal, que busca proteger a gestante “[n]aquelas [situações] em que exista algum obstáculo durante a gestação que impeça a transformação de vida potencial em um novo ser humano”.

Assim, conclui que, mesmo o feto anencefálico biologicamente vivo, não tem proteção jurídica. Para endossar seu argumento, coloca que a Lei de transplante de órgãos (Lei nº 9.434/1997) estabelece como momento da morte do ser humano a morte encefálica. Conceituada a morte, interessante expor que o conceito de vida para o Ministro gira em torno dos requisitos: (i) ser feito de células; e (ii) ter tecidos vivos. Tal entendimento é importante para entender as construções sobre o tema feita pelo Ministro em julgamentos posteriores.

Quanto à questão do aborto eugênico, o Ministro volta a reforçar que não é conduta típica, de modo que não há de se enquadrar como ilícito penal. Nesse momento, faz uso de argumento histórico, levantando que o CP data de 1940, quando não havia ainda tecnologia médica apta e disponível para diagnosticar com amplo grau de certeza a inviabilidade de sobrevivência do nascituro pós-parto. Reforça tal entendimento argumentando que a tecnologia neonatal foi desenvolvida apenas em 1950.

Decide por conceder parcialmente a ordem, cassando a decisão do STJ e, conseqüentemente, “assegurando à paciente o direito de tomar, caso seja essa sua vontade, a decisão de, assistida por médico, interromper a gravidez, desde que isso ainda seja viável do ponto de vista médico, visto haver indícios de que a gravidez já está em estágio avançado”. O Ministro, ainda, estende a ordem a todo os profissionais da área da saúde que venham a se envolver na prática do procedimento, caso a gestante escolha fazê-lo.

Ocorre que, durante o julgamento, a criança acabou por nascer, vivendo apenas 7 (sete) minutos, sendo esse fato anunciado pelo Min. Joaquim Barbosa no plenário. O Min., então, propõe a perda de objeto,

prejudicando o HC. Reforça, desta vez frente ao plenário, que o trâmite deste processo no STJ e no TJ-RJ teve um andamento absolutamente contrastante, indo muito rápido na Vara Criminal, mas estagnando no STJ, de modo que o julgamento ocorreu apenas dois meses depois do pedido ingressar. Por fim, pede a subscrição dos votos dos demais Ministros, reforçado que o Tribunal, por força de procedimentos postergatórios, “típicos da prática jurisdicional brasileira”, perdeu a “grande oportunidade” de examinar uma questão de profundo impacto na sociedade.

Por último, o HC 84.935/2004, da Segunda Turma, retorna o debate para a esfera do Processo Penal, excluindo o debate sobre direitos. No caso, o paciente é o médico Antônio Carlos da Silva, denunciado com base no art. 125, caput, CP. Ocorre que o MP propôs suspensão condicional do processo em favor dos codenunciados, mas não fez o mesmo com o paciente, alegando que ele não faria jus aos requisitos que este benefício requer. Tendo tido seu pedido de HC negado no TJ-GO, o paciente pede no STF a anulação de sua pronúncia por ter tido suprimido seu direito de pleitear a suspensão condicional do processo contra ele por conta da atitude do MP, que propôs a aplicação do benefício aos outros corréus mas excluiu do rol de beneficiados o paciente e não justificou o porquê, o que, segundo ele, atinge sua esfera de direitos e contraria os princípios do contraditório e do devido processo legal.

Assim, foi dada decisão pelo indeferimento, por unanimidade, do litígio por inexistir, segundo o voto vencedor, direito subjetivo à concessão da suspensão condicional do processo, bem como de que a formulação, ou não, da proposta de dispensa do cumprimento de pena cabe privativamente ao membro do MP. Dessa maneira, é descabida, para o Ministro, a manifestação do réu em tal sentido, já que compete exclusivamente ao MP fazer a proposta de suspensão ou de não-suspensão do processo, sempre de forma motivada.

No caso se observam drásticas mudanças quando o assunto é interrupção voluntária de gravidez no STF, uma prévia do debate que viria a

ser travado na ADPF 54. Nota-se maior influência de acontecimentos externos ao julgamento, como o envolvimento da mídia por meio de notícias³² e a maior exposição do STF, reverberando esta última, inclusive, nos julgamentos (como se viu no HC 84.025, no qual o Ministro Joaquim Barbosa precisou desmentir em sua declaração a falsa notícia que circulava de que a gestante teria desistido da ação³³).

Além disso, se vê uma maior diversificação no uso dos argumentos. Foi usado o direito comparado em citação ao caso paradigmático *Roe vs. Wade*, caso judicial no qual a Suprema Corte Estadunidense reconheceu o direito das mulheres de abortarem nos EUA, além de um amplo uso de doutrina, usando trechos de obras de Daniel Samento, Jacques Robert e R. Dworkin, por exemplo, para embasar a argumentação. Nos acórdãos anteriormente estudados, raras foi o uso da perspectiva do Direito Comparado nas fundamentações, o que muda aqui.

Uma tendência que se nota também é o maior uso de princípios, sendo eles até mesmo base argumentativa de alguns dos votos. Interessante notar que, embora princípios mais típicos do Processo Penal continuem a aparecer, como o do contraditório e da ampla defesa, da soberania do júri e o do *in dubio pro reo*, ganham espaço os princípios como o da dignidade da pessoa humana, o da liberdade, da intimidade e da autonomia privada da mulher e o da autodeterminação pessoal.

Com o uso dos princípios constitucionais da Carta Cidadã, há uma movimentação da questão do aborto, que antes da promulgação da CF/88 estava integralmente na esfera penal, para a esfera do Direito Constitucional. Sem a CF/88, não seria possível se argumentar a respeito

³² A título de exemplificação, aponto algumas notícias da época, como em AIDAR, Carlos Castex Miguel. *O futuro na mão dos onze*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI9606,11049-O+futuro+na+mao+dos+onze>. Acessado em 11 de novembro de 2019; e DESCONHECIDO. *Conheça o voto de Joaquim Barbosa no caso anencefalia*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2005-abr-29/conheca_voto_joaquim_barbosa_anencefalia?pagina=3. Acessado em 11 de novembro de 2019.

³³ Tal notícia foi procurada, mas não encontrada em sítios da internet. Por conta do ano do julgamento, suponho que a notícia tenha circulado pela TV ou por jornal físico, o que impossibilitou que eu a achasse.

da questão com base na defesa de direitos reprodutivos e das liberdades. A CF/88 se mostra mais presente no debate do que sua predecessora, pelo menos pelo que indica a volumosa quantidade de casos analisados antes de sua promulgação, e seu reflexo na argumentação dos Ministros fica mais evidente.

É, também, a primeira vez, em caso de aborto, que o STF vai versar sobre sua própria competência para avaliar o pleito.

4.2.2. Análise geral do período

Sobre a incidência dos artigos em questão, manteve-se a tendência de maior incidência do art. 126, CP, o que mostra que a maior participação no aborto é daqueles que realizam o abortamento na gestante ou, de algum outro modo, auxiliam na prática do ato (como, por exemplo, vendendo o medicamento).

É interessante notar que some a figura da parteira e aparece a do farmacêutico que vende o medicamento abortivo. Provavelmente, tal mudança ocorre pela evolução dos métodos abortivos no Brasil e também o maior acesso à saúde de modo gratuito com o SUS, previsto na CF/88.

É também nesse período que se fala pela primeira vez no termo aborto eugênico. Até o HC 84.025/2004, aborto era o termo mais usado e, mesmo quando outro termo era utilizado para se referir a prática, era sempre com peso de sinônimo, fazendo referência ao CP. Uma vez que o debate era mantido dentro da esfera do Processo Penal, sem se falar de direitos da mulher, faz sentido referir-se à interrupção voluntária da gravidez de acordo com o termo presente no CP, que é aborto.

Pela primeira vez, a incidência de um dos artigos foi afastada. No caso, o art. 124, CP. No HC 84.025/2004, o Ministro Joaquim Barbosa não

enquadra o caso de interrupção de gravidez de feto anencéfalo porque acredita que a hipótese de aborto do caso - o eugênico - não foi abarcado pelo CP.

Quanto a continuidade dos entendimentos proferidos nas decisões, o HC 72.859/1995 e o 73.332/1996 mostram que as Turmas continuam preocupadas em solidificar que HC é um instrumento processual impróprio para a proposição de reexame de prova.

Em relação ao aborto como Direito, é interessante notar que, mesmo com o avanço do tempo, a interrupção voluntária da gravidez é tratada não é tratada como crime, e sim como direito da mulher, em apenas um dos casos estudados, o que pode ser um indício, até o presente ponto da pesquisa, de que o STF não é tão progressista quando o assunto é aborto. Isso será visto mais adiante, no próximo ponto.

4.3. Da impetração da ADPF 54 a ADPF 442

4.3.1. Caso a caso

Este é o período com menos decisões sobre o objeto proposto. Embora se tenha transcorrido 15 (quinze) anos, a quantidade de acórdãos sobre o tema caiu perceptivelmente, atingindo uma quantidade de 3 (três) acórdãos, todos provenientes de HCs. Disto é possível extrair que há uma tendência de diminuição de recursos sobre aborto interpostos no STF.

Em relação ao resultado final dos julgamentos, cada um dos HCs teve um direcionamento diferente: um foi unanimemente provido, outro foi unanimemente negado e o último, por maioria de votos, não teve sua

impetração conhecida, mas teve a ordem cedida de ofício nos termos do voto de seu relator.

Começando pelo mais antigo, o HC 88.157/2006, da Primeira Turma, onde o paciente responde por ter induzido sua cunhada, com quem teve um relacionamento extraconjugal, a ingerir o medicamento com propriedades abortivas chamado "cytotec". Acusados de cometerem o crime de aborto, a cunhada do paciente obteve a suspensão de seu processo, enquanto o paciente teve seu pedido de suspensão condicional do processo negado. A justificativa foi a existência de outra condenação contra ele, pelo crime de receptação, cuja pena havia sido extinta há mais de 5 (cinco) anos. A defesa arrazoa que, uma vez que passou o prazo de 5 (cinco) anos, todos os efeitos da reincidência foram apagados, conforme previsto em lei.

O relator, Ministro Carlos Britto, em seu voto, destaca: (i) o art. 89, Lei nº 9.099/95, que trata dos requisitos para a obtenção da suspensão condicional do processo³⁴; (ii) o art. 77, CP, que estabelece os outros critérios para conseguir essa suspensão; e (iii) o art. 64, I, CP, que impõe a inexistência de condenação por outro crime como pressuposto para a obtenção do benefício, mas que estabelece que, para condenação anterior, caso tenha sido cumprida ou extinta a pena a mais de 5 (cinco) anos, não será levada em conta para efeito de reincidência.

O Ministro prossegue, argumentando que tem que haver uma interpretação sistemática das normas de Direito Penal. Desta interpretação, acaba concluindo que, passados os 5 (cinco) anos, a condenação anterior deixa de existir para o processo e aquele que havia sido condenado volta a ter o status de réu primário. Interessante notar que a base da argumentação do Ministro é a "presunção constitucional da regenerabilidade" que todas pessoas possuem. Porém, há uma ressalva

³⁴ Previsto no art. 89, da Lei nº 9.099/95, a condição condicional do processo (também chamada de *sursis* processual) é uma medida aplicável a crimes de menor potencial ofensivo e de pena igual ou superior a 1 (um) ano que suspende o processo por 2 (dois) a 4 (quatro) anos. Só podem ser beneficiados por essa medida aqueles que não possuem condenação ou processo por outro crime e que preenchem o exigido no art. 77, CP, que estabelece outros requisitos para a suspensão condicional da pena.

feita: o Min. Entente que, embora não possa ser considerada para efeito de reincidência, a condenação anterior pode ser inserida no processo como uma prova de maus antecedentes quando se for determinar a pena ou considerar a concessão do benefício de suspensão condicional da execução. Em sua construção argumentativa, o Ministro cita doutrina e ao HC 80.897, que tem como relatora a Min. Ellen Gracie, e o HC 86.646, relatado pelo Min. Cezar Peluso.

Sendo unanime a decisão, o Ministro Marco Aurélio segue-a, destacando que a regra é a suspensão do processo pelos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95 e a exceção é a não concessão. Durante um debate, os Ministros na votação debatem sobre a habitualidade de crimes do paciente, chegando a ser proferido pela Ministra Carmen Lúcia que “se fosse o mesmo crime, nas mesmas condições, de toda sorte, não mudaria talvez o resultado, mas ensejaria uma preocupação do juiz, porque a reiteração significa conduta serial”. Sobre esta indagação a respeito da repetição da prática de aborto em terceiro, o Ministro Marco Aurélio rebate, falando que “não há, no caso, um açougueiro”³⁵.

Prosseguindo, o HC 97.479/2009, da Segunda Turma, é o primeiro no qual uma Ministra é relatora (sendo, no caso, a Min. Ellen Gracie). No relatório consta que o paciente foi incurso no art. 126, CP, por ter vendido o medicamento com propriedades abortivas chamado “citotec” para uma adolescente grávida que, depois de ingerir o medicamento, veio a abortar. Foi também relatado que o paciente teria vendido tal remédio sem receita e que foi reconhecido depois pela pessoa que o comprou.

Em sua defesa, o impetrante alega que: (i) houve falta de justa causa para a ação por inexistir prova material do delito do qual o paciente é acusado; (ii) a pronúncia é nula por não haver comprovação da existência do crime do qual é incurso; e (iii) não ter configuração de concurso de

³⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. HC nº 88.157/SP, Rel. Min. Carlos Britto, j. 28/11/2006, p. 11.

agentes na conduta supostamente tida pelo paciente, como tenta a denúncia imputá-lo.

O pedido liminar do HC foi negado e o MPF, em parecer, denegou a ordem, arrazoando que o a trancamento de ação penal por meio de HC é algo excepcional, só admitido quando haver comprovada ausência de justa causa, não existir elementos que indiquem a autoria e a materialidade do delito ou existir excludente de punibilidade. O MPF defende que foi comprovada materialidade no caso por meio provas periciais e de testemunhas e indícios suficientes de que o paciente participou do ato criminoso com os outros corréus. Por fim, defende que a demanda do paciente é referente à análise e reavaliação de prova, o que não caberia em HC.

A Ministra Ellen Gracie, relatora do processo, não deu provimento à ação. Segundo ela, a materialidade do delito foi demonstrada por exame cadavérico - sendo este indireto, ou seja, quando há a reunião apenas de indícios que são analisados pelos peritos por meio de raciocínio, de forma a construir os fatos por meio da lógica pericial - assinado por profissional da medicina, que atestou a morte do feto, por possível ingestão de "citotec" por parte da gestante. Continua alegando que o fato de que o laudo não foi assinado por dois peritos não é capaz de afastar a materialidade do delito.

Para fortalecer sua tese de que a possibilidade de exame de corpo de delito indireto em casos de aborto é consolidada pelo Tribunal, cita as seguintes ações: HC 61.575, RHC 51.603 e HC 70.193. Além disso, argumenta que a alegação de atipicidade na conduta praticada pelo paciente, por supostamente não ter restado configurado o concurso de agentes, passa, necessariamente, pelo reexame de matéria de prova, o que ultrapassa a matéria que pode ser abordada em HC. Além disso, como já visto anteriormente e reforçado pela Ministra, o STF é firme quanto a não reconhecer HC quando o mérito dos pedidos envolver reexame de fatos e provas.

O debate neste HC, portanto, fica restrito apenas à esfera do Processo Penal. Ademais, há uso amplo dos precedentes fincados no STF quanto ao reexame de prova em HC e comprovação de materialidade de aborto, de modo que a construção da decisão e o seu conteúdo seguem uma linha parecida com o que se via de 1952 a 1988, uma vez que prioriza e limita-se ao debate formalista do Processo Penal.

Por último, julgado pela Primeira Turma, tem-se o HC 124.306/2016, impetrado em favor de 2 (dois) indivíduos acusados de manterem uma clínica de aborto em Duque de Caxias/RJ. Ambos foram incurso no art. 288, CP, referente à formação de quadrilha, combinado com o art. 126, CP, que versa sobre interromper gravidez alheia com o consentimento da gestante, em concurso material, por terem repetido, supostamente, 4 (quatro) vezes os mesmos crimes, e em flagrante. Em sua defesa perante o TJ-RJ, os pacientes impetraram um HC alegando que não havia motivos que justificassem a prisão de ambos, colocando que esta medida deveria ser excepcional, ainda mais levando-se em conta que, caso condenados, os pacientes não cumpriram regime fechado.

No STF, os pacientes aduzem que a prisão equivaleria à antecipação da pena, além de não haver necessidade de segregação e não ter havido tentativa de fuga por parte deles durante o flagrante. Destacam também suas condições pessoais favoráveis, já que são réus primários, possuem residência fixa no distrito em que supostamente realizaram o crime e que, em caso de condenação, seus regimes de cumprimento de pena seriam mais brandos do que o fechado. Uma medida cautelar foi procedente no STF, além de se constatar que os pacientes compareceram devidamente às audiências de instrução.

O voto vencedor é do Ministro Roberto Barroso, apresentado após pedido de vista, que começa no processo como presidente e termina como relator. Ele inicia sua decisão afirmando que o HC impetrado busca substituir recurso ordinário constitucional, devendo, segundo a jurisprudência "majoritária", como diz o Ministro, da Primeira Turma do STF,

o processo ser extinto, sem nem ao mesmo avaliar seu mérito. Porém, pela “excepcional relevância” e “delicadeza” do mérito, o Ministro examinou a ordem de ofício.

O magistrado arrazoa que não se encontram preenchidos os requisitos do art. 312, CPP, que expõe as exigências para o decreto de prisão preventiva, sendo estes o risco à ordem pública ou à ordem econômica, conveniência para a instrução do processo criminal ou necessidade de assegurar a aplicação da lei. Prossegue, defendendo que os pacientes são primários e possuem bons antecedentes, possuem trabalho e residência fixa, compareceram aos atos de instrução do processo e que cumprirão a pena em regime aberto, em caso de condenação, assim como os réus haviam levantado. Segundo o Ministro, a orientação jurisprudencial do STF é a de que é ilegal a prisão cautelar decretada sem haver demonstração dos requisitos legais que a motivam (como exemplo, usa o HC 109.449 e o HC 115.623).

Além dessa análise processual, o Ministro também faz uma constitucional, sendo esta última a que mais toma espaço em seu voto. O principal mote do voto, que possui diversos artifícios argumentativos, é o de que a criminalização de uma conduta deve ser movida por uma vontade de proteger um bem jurídico relevante. Além disso, a conduta incriminada não pode ser decorrente de exercício legítimo de um direito fundamental e é imprescindível que haja proporcionalidade entre a ação praticada pelo indivíduo e a reação do Estado.

Embora parta da premissa de que o aborto é uma prática que se deve evitar por questões de complexidade física, psíquica e morais que ele abrange e que deve a sociedade e o Estado trabalharem para, por meio de educação sexual, promoção de meios contraceptivos e de auxílio à gestante que queira ter o filho e se encontre em meio à dificuldades. O intuito, segundo o Min., é tornar o aborto ato seguro e raro. Tal raciocínio provém de sua premissa: ao sopesar o bem jurídico protegido pelos arts. 124 e 126, CP, que é a vida potencial do feto e os direitos fundamentais da mulher, é

mais proporcional tutelar o direito da mulher, pelo menos em caso de gravidez até o 3º (terceiro) mês.

Para provar o ponto defendido, o Ministro inicia sua exposição fazendo uma retrospectiva histórica para mostrar que a construção de direitos fundamentais vinculam o Estado, além de representarem uma abertura do sistema jurídico frente a um sistema moral e que a característica imprescindível dos direitos fundamentais é que eles são oponíveis às maiorias políticas, servindo eles como limites ao legislador, incluindo, aqui, até mesmo o legislador que for reformar a CF.

Frente a isso, o Ministro alega que, existindo ou não vida a ser protegida no feto, ele não viverá fora do útero materno na fase de sua formação. Com isso, a criminalização do aborto viola a autonomia da mulher e seu núcleo de liberdade individual, sua integridade física e psíquica e seus direitos sexuais e reprodutivos.

Para fundamentar tal entendimento, o Min. faz uso do princípio da proporcionalidade e dos subprincípios que os compõem, sendo estes o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. Também aparecem na decisão o princípio da reserva legal, o da dignidade humana e o da razoabilidade-proporcionalidade.

Como resultado, é decidido pela concessão da ordem de ofício, de modo que a prisão preventiva dos pacientes foi denegada. A decisão também abrangeu os corréus. A Ministra Rosa Weber acompanha o Ministro Luís Roberto Barroso, colocando que não se encontram presentes os requisitos legais do art. 312, CP, que justifiquem a prisão cautelar. Está é a principal motivação da Ministra, sendo o argumento em relação à incidência da proibição do aborto uma questão secundária.

Após traçar uma perspectiva de experiência comparada em relação a outros sistemas jurídicos e trazer dados empíricos e as conclusões das pesquisas pelos quais eles foram obtidos sobre o aborto e sua prática ao redor do mundo, a Min. arrazoa que a interrupção voluntária da gestação

até o 3º (terceiro) mês é constitucionalmente acolhida, por uma questão de proporcionalidade.

Foram vencidos os Ministros Marco Aurélio, que admitiu o HC e decidiu no mérito afastar a prisão provisória, e Edson Facchin, que acompanhou o primeiro em seu voto e citou a matéria da revista Carta Capital, “Misericordia et Misera”, que noticiou que o papa abriu a possibilidade de perdão à mulheres e profissionais da saúde que tenham praticado interrupção da gravidez.

O voto vencedor leva o debate, novamente, para o campo onde o direito ao aborto e todos os outros direitos que viriam com ele (como o da liberdade, autonomia e igualdade) confrontam a proibição penal da prática. Cabe pontuar que o Min. Luís Roberto Barroso foi advogado na ADPF 54, o que se vê refletido em seu voto, que emana argumentos presentes na petição inicial da ADPF 54/2012. Enquanto isso, o voto perdedor manteve o debate dentro do âmbito do processo penal.

4.3.2. Análise geral do período

O período possui aplicação do art. 124, CP, e duas do art. 126, CP, tendo sido ele afastado em um dos casos. Interessante notar que, finalizando a análise dos acórdãos, o art. 128, CP, não foi citado nenhuma vez, em nenhum dos acórdãos.

Mesmo com o HC 124.306/2016 tendo afastado a incidência da proibição presente no art. 126, CP, a alternativa argumentativa escolhida não foi tentar enquadrar a hipótese de aborto legal suscitada dentro das hipóteses do art. 128, CP. O que o Ministro buscou fazer foi sustentar que nenhum dos artigos do CP sobre aborto podem enquadrar à prática do ato no Brasil sob a CF/88, pois os princípios da Carta Magna buscam proteger

os direitos das mulheres, de modo que a proibição é incompatível com o texto legal de maior hierarquia no país.

5. CONCLUSÃO: UMA ANÁLISE DOS RESULTADOS

Ante o exposto, é chegado o momento de testar as perguntas e hipóteses que eu tinha estabelecido em meu Capítulo 2. Começarei pelas primeiras. Retomando meus questionamentos, eles eram: (i) se o posicionamento do STF sobre o aborto mudou com a promulgação da CF/88 e sua maior defesa da igualdade entre os gêneros; (ii) como e com qual fundamentação o Supremo Tribunal Federal vem decidindo sobre questão da interrupção voluntária da gravidez desde 1952; (iii) quais foram os princípios constitucionais arguidos nos casos; (iv) se houve utilização de casos pretéritos sobre a mesma matéria com fundamento de decisões posteriores; (v) como foram aplicados os artigos do CP referente a aborto; (vi) se houve unanimidade nas decisões; (vii) em quais hipóteses um posicionamento mais favorável à permissão do aborto foi dada; (viii) qual foi o instrumento processual mais utilizado nos casos; e (ix) se a constitucionalidade de algum dos artigos que tratam de aborto no CP foi questionada.

O primeiro e o segundo ponto são entrelaçados, uma vez que a CF, seja quando usada na argumentação, seja quando os Ministros optam propositalmente por não a usar, diz muito sobre a visão dos Ministros do Tribunal. Não houve uma mudança brusca no julgamento dos HCs depois da promulgação da CF/88. Os acórdãos da década de 90 (noventa) mantêm o debate no campo do Direito Penal e Processual Penal, o que reflete uma leitura do STF da interrupção voluntária da gravidez como crime, que muda por meio do HC 84.025/2004, lide na qual o debate foi centrado em direitos da gestante, como o direito à liberdade, por exemplo.

Embora não tenha havido uma mudança imediata, o uso de argumentos da ordem dos direitos da gestante nas decisões se consolida após a promulgação da CF/88, uma vez que a base para se alegar esses direitos é justamente a CF/88. Antes, as CF/46 e CF/67 não haviam sido invocadas para alegar direitos. Até mesmo direitos que aparecem recorrentemente no debate penal sobre a matéria, como o da ampla defesa, não se reportavam às CFs vigentes em suas respectivas épocas.

Embora o forte caráter principiológico da CF/88 possa ser muito debatido e criticado, ele permitiu que se falasse em igualdade entre homens e mulheres, como foi feito nos HC 84.025/2004 e o HC 124.306/2016, em que o debate sobre os direitos fundamentais da gestante foi feito de modo mais profundo, pelo menos dentro dos acórdãos selecionados para este estudo.

Ao manter a argumentação e discussão anteriormente no campo do Processo Penal, o STF passa a mensagem de que o significado do aborto para ele é de crime. Porém, depois de 2004, se vê que a interrupção voluntária da gravidez foi ressignificada. Por meio da alegação de que a gestante possui direitos em confronto com a proibição ao aborto prevista no CP, os Ministros e Ministra conseguiram alegar a interrupção voluntária da gestação como um direito da mulher, como se vê nos votos do Min. Joaquim Barbosa no HC 84.025/2004 e dos Ministros Luís Roberto Barroso e Rosa Weber no HC 124.306/2016.

Antes do HC 84.025/2004, os princípios que apareciam nos casos eram os da ampla defesa, o da equivalência das causas, da indivisibilidade da ação penal e o da soberania do júri. Todos eles são mais ligados à esfera do Processo Penal. A partir do HC supracitado, aparecem os princípios da privacidade, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, igualdade, intimidade e autonomia, todos extraídos da CF/88 e mais próximos do debate de Direitos Fundamentais. Essa é uma virada importante, e que acabou por reverberar em outras decisões dentro do STF, até mesmo nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. No julgamento da ADPF 54/2012, por exemplo, o HC 84.025 é amplamente citado nos votos.

Quanto ao uso dos casos já julgados, houve sua ocorrência, principalmente para consolidar entendimentos referentes aos ritos do Processo Penal. Esta observação se fez forte quanto ao entendimento do STF a respeito da prova no HC que tem como matéria a interrupção voluntária gravidez. O Tribunal, de forma consolidada, entende que a materialidade do aborto pode ser provada por meio diverso do exame de corpo de delito. Além disso, reiteradamente, fazem referência a julgados passados, para reafirmar que não é cabido reexame de prova em HC, por não ser esta sua finalidade.

Os julgados que vão em direção a um posicionamento mais favorável à descriminalização do aborto não citam nenhum dos HCs, RHCs e REs que estudei. Isso ocorre porque os entendimentos construídos sobre a matéria em decisões anteriores não favorecem a visão do aborto como direito. Como apontado por minha orientadora, Mariana Vilella, em debate sobre a monografia, o uso desses julgados anteriores faz mais sentido quando o debate fica na esfera do Direito Penal, mas perde-se completamente quando se procura defender o aborto como direito na esfera Constitucional. Assim, um possível posicionamento do STF favorável à interrupção da gravidez deve inovar, não citando os precedentes construídos nesses acórdãos que se limitam ao Direito Penal.

Quanto à aplicação dos artigos do CP, o que se viu é que o art. 128, que prevê as hipóteses de aborto legal, não foi citado em nenhuma das ações. O afastamento da incidência dos arts. 124 e 126, que tratam de provocar aborto em si mesma ou deixar que outra pessoa o provoque e provocar aborto com o consentimento da gestante, respectivamente, ocorreu em pouquíssimos casos, como mostrado nos capítulos anteriores.

Afastar a incidência dos artigos em questão é algo difícil em um cenário no qual há a vedação de reexame de prova em sede de HC e as ponderações ocorrem apenas a partir do ponto de vista do Direito Penal e seu processo, que é o responsável por criminalizar a conduta, sendo espaço para falar sobre direito da mulher de escolher. Isso faz com que o debate a respeito do constrangimento ilegal ou não proposto nos pedidos das ações

também fique restrito a essa esfera do Direito, de modo que não surpreende a procedência dos pedidos de suspensão ou nulidade dos processos ser percentualmente muito menor do que os de improcedência. As regras do jogo são colocadas apenas por aquele que repulsa a conduta.

Além disso, o trabalho mostra também que a postura mais recorrente do Tribunal foi pela unanimidade pelo não provimento das ações, fazendo com que os pacientes dos acórdãos tivessem suas prisões mantidas. O provimento dos pedidos, seja por unanimidade ou por maioria, fez-se pequeno perto do quase $\frac{3}{4}$ (três quartos) de improvidos por unanimidade.

Interessante notar também que apenas em duas ações uma posição efetivamente favorável à interrupção da gravidez foi dada. Como o debate ficou predominantemente na esfera do Direito Penal, o debate sobre o aborto como direito e sua permissão foram raros.

Nos HCs em que este debate ocorreu, em um houve a perda do objeto, porque o feto anencéfalo atingiu certo nível de maturidade e nasceu, morrendo pouco tempo depois, e, no outro, houve por maioria o reconhecimento da permissão da interrupção da gravidez no primeiro trimestre da gestação, sendo este último caso o único no qual foi questionada a constitucionalidade da proibição do abortamento voluntário, mesmo que o caso não tivesse uma gestante como paciente, mas, sim, dois indivíduos donos de uma clínica de abortamento. Quanto ao instrumento processual utilizado, há uma predominância de HCs, em relação aos RHCs e REs.

A primeira das minhas hipóteses, quanto à influência da CF/88, já foi falada no presente capítulo. Embora não tenha influenciado de modo decisivo, a CF/88 permitiu incluir o debate sobre interrupção voluntária da gravidez dentro da esfera dos direitos fundamentais. Isso aconteceu principalmente nos casos do HC 84.024/2004 e do HC 124.908/2016.

O STF não adotou de modo sólido uma visão mais favorável quanto ao aborto como eu acreditava. Visto a pequena quantidade de acórdãos no espaço pós-promulgação da CF/88, totalizando apenas 10 (dez), é difícil

determinar se há uma tendência de maior defesa do direito da mulher de praticar aborto em si mesma e permitir que terceiros o façam.

Em minha segunda hipótese, coloco que, frente ao contexto mais conservador nos costumes e moralmente mais restrito, as decisões antigas teriam uma base de argumentos vindos de julgamentos de moral conservadora e de manutenção de costumes também conservadores em maior regularidade do que é visto nos votos mais recentes.

Ocorre que os Ministros que julgaram os acórdãos do século passado não faziam explícito juízo de valor moral quanto à conduta dos pacientes dos HCs, RHCs e REs. O julgamento de abortamento era feito como se fosse de um crime de furto, roubo ou tráfico de drogas. Os motivos para os Ministros decidirem eram de ordem processual e de prova da materialidade dos crimes.

Por último, minha terceira hipótese era de que mesmo havendo um posicionamento mais progressista dentro do STF nas decisões mais recentes, não há consenso entre os Ministros e ministras quanto à matéria. Como já dito, não é possível apontar que o STF está mais progressista, mas releva uma tendência a sê-lo. Elenco como mais liberais os votos proferidos no HC 84.025/2004, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, e no HC 124.908/2016, de relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, assim classificados por serem votos que abrem possibilidade de permissão de interrupção da gravidez, respectivamente, em caso de feto anencéfalo e até o 3º (terceiro) mês de gestação.

Ocorre que no primeiro caso, os Ministros não puderam todos dar seus votos, uma vez que o objeto da ação foi perdido. Já no segundo, observa-se um curioso cenário: todos os Ministros concordam em conceder a ordem, mas em diferentes termos e com diferentes *rationes*. Mesmo quando houve concordância integral com o voto vencedor, do Ministro Luís Roberto Barroso, quanto à providência a ser tomada, a Ministra Rosa Weber fundamentou de modo diferente seu voto, apesar de ter chegando à mesma conclusão que o Ministro.

Fora o que é abrangido pelas minhas hipóteses e perguntas, creio que há mais pontos interessantes a serem colocados. É visível que, conforme o tempo passa, menos a questão do aborto é levada ao STF de modo concreto, enquanto os casos de controle concentrado passam a aparecer (vide ADPF 54 QO/2004, ADPF 54/2012, ADI 3510/2012). Nos últimos 10 (dez) anos, apenas duas ações foram impetradas, ambas HCs. Se olharmos para os últimos 20 (vinte) anos, só 3 (três) HCs são incluídos na conta, totalizando 5 (cinco) pedidos.

Também é interessante notar como aquele que move a ação ou nela tem sua liberdade requerida vai mudando com o passar do tempo. Nos acórdãos mais próximos da década de 50 (cinquenta), era comum ver parteiras como as incursas no crime de aborto. Com o passar do tempo e com a evolução da medicina, quem mais é acusado de ter praticado aborto em terceira são os médicos e, mais recentemente, funcionários de farmácias, onde se encontra medicamentos abortivos. Isso pode ser constatado de modo mais visual na Tabela 2. Fichamento dos acórdãos, presente nos anexos.

Além disso, o modo como o Tribunal entende a prova em sede de HC e RHC é importante para possíveis novos casos. O STF construiu ao longo do tempo que, embora o exame pericial seja importantíssimo, há outras formas de provar o aborto, figurando aqui como alternativa principalmente a prova testemunhal, como se viu nos casos.

O papel do júri nos casos levados à Segunda Instância é algo a ser exaltado também. O STF entende que é soberano o entendimento do júri, mas isso não impede que, frente a erro grosseiro, o tribunal do júri tenha que voltar a apreciar o mérito de determinado caso.

Concluo que mesmo quando se trata de ações de caso abstrato, a atuação e os entendimentos proferidos nos votos do STF em relação ao aborto podem ter um grande impacto no entendimento da matéria. Embora o STF até 2004 só tenha debatido a interrupção voluntária da gravidez

como um crime, sem haver nenhum debate constitucional profundo, nem mesmo sopesamento de direitos por uso de princípios ou debate de harmonia com os direitos que a CF/88 trouxe, pode-se ver uma lenta mudança desse cenário.

A escolha do STF pelo debate do aborto na esfera penal refletia como o tribunal significava o ato: como crime. Em julgamentos mais recentes, foi visto que o significado do termo vem mudando, de modo que ele passa a ser mais visto no âmbito dos direitos, sendo incluída no debate a perspectiva da mulher, da gestante, do feto e da família.

6. REFERÊNCIAS

AIDAR, Carlos Castex Miguel. O futuro na mão dos onze, *De peso*, 28 jan. 2005. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI9606,11049-O+futuro+na+mao+dos+onze>>. Acessado em 11 de nov. de 2019.

ANNENBERG, Flávia. *A posição do Supremo Tribunal Federal nos casos da pesquisa com células-tronco embrionárias e da interrupção da gravidez do feto anencéfalo: existe relação de precedente entre eles?*. Monografia da Escola de Formação da SBDP de 2008. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/414_flavia.pdf>. Acessado em 13 de nov. de 2019.

BARBOZA, Saulo Roberto Christensen. *O STF e a estrutura normativa do direito à vida: reflexões sobre a ADI 3.510 e a ADPF 54*. Monografia da Escola de Formação da SBDP de 2014. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/262_Saulo-Christensen.pdf>. Acessado em 20 de nov. de 2019.

BRASIL. *Código Criminal*, 16 dez. 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>.

Acessado em 25 de jun. de 2019.

BRASIL. *Código Penal*, 11 out. 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>.

Acessado em 25 de jun. de 2019.

BRASIL. *Código Penal*, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

Acessado em 25 de jun. de 2019.

BRASIL. Projeto de Lei PL 1.135/1991. Suprime o artigo que caracteriza crime o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento; (liberalização do aborto); altera o Decreto-lei nº 2.848, de 1940. *Câmara dos Deputados do Brasil*, 28 mai. 1991. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16299>>. Acesso em: 13 de nov. de 2019.

BRASIL. Projeto de Lei PL 1.174/1991. Dá nova redação ao artigo 128 do Decreto - lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. *Câmara dos Deputados do Brasil*, 01 ago. 1991. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16364>>. Acesso em: 13 de nov. de 2019.

BRASIL. Projeto de Lei PL 3.280/1992. Autoriza a interrupção da gravidez até a 24ª semana nos casos previstos na presente lei. *Câmara dos Deputados do Brasil*, 27 jan. 1992. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19397>>. Acesso em: 13 de nov. de 2019.

BRASIL. Projeto de Lei PL 176/1995. Dispõe sobre a opção da interrupção da gravidez. *Câmara dos Deputados do Brasil*, 14 mar. 1995. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15125>>. Acesso em: 13 de nov. de 2019.

BRASIL. Projeto de Lei PL 2929/1997. Permite às mulheres estupradas por parentes a interrupção da gravidez. *Câmara dos Deputados do Brasil*, 02

abr. 1997. Disponível em:
<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18837>>. Acesso em: 13 de nov. de 2019.

COLETTA, Ricardo Della e BENITES, Afonso. Onda conservadora cria bancada bolsonarista no Congresso. *Eleições 2018*, 08 de out. 2018. Disponível em:
<https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/07/politica/1538947790_768660.html>. Acessado em 25 de ago. de 2019.

CONHEÇA o voto de Joaquim Barbosa no caso anencefalia, *Consultor Jurídico*, 29 abr. 2005. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2005-abr-29/conheca_voto_joaquim_barbosa_anencefalia?pagina=3>. Acessado em 11 de nov. de 2019.

DINIZ, Debora. *Aborto e saúde pública: 20 anos de pesquisas no Brasil*. Brasília: Ministério da Saúde, 2008.

IBGE. Tabela 5522 - Mulheres de 18 a 49 anos de idade que já tiveram algum aborto espontâneo, total, percentual e coeficiente de variação, por condição em relação à força de trabalho na semana de referência e situação do domicílio, *Pesquisa Nacional de Saúde*. Disponível em:
<<https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5522>>. Acessado em 28 de set. de 2019.

IBGE. Tabela 5526 - Mulheres de 18 a 49 anos de idade que já tiveram algum aborto provocado, total, percentual e coeficiente de variação, por condição em relação à força de trabalho e situação do domicílio, *Pesquisa Nacional de Saúde*. Disponível em:
<<https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5526>>. Acessado em 28 de set. de 2019.

MACKINNON, Catharine. Reflections on Sex Equality under Law. *Yale Law Journal*, v. 100, p. 1281-1328, 1991.

MARCHIORI, Carolina Milani. *Análise da ADPF 54: mapeamento da decisão e verificação de uma possível formação de precedente*. Monografia da Escola de Formação da SBDP de 2012. Disponível em:
<http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/210_MONOGRAFIA3.pdf>. Acessado em 13 de nov. de 2019.

PASSARINHO, Nathalia; FRANCO, Luiza. Com 55% de gestações não planejadas, Brasil falha na oferta de contracepção eficaz, *News | Brasil*, 26 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44549368>>. Acessado em 20 de nov. de 2019.

PIRAGIBE, Vicente. *Código Penal Brasileiro, completado com as leis modificadoras em vigor, 4ª Edição*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Barros, 1932.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. HC nº 88.157/SP, Rel. Min. Carlos Britto, j. 28/11/2006, p. 11.

SCHULLER, Larissa Pinheiro. Controle difuso de constitucionalidade. In: *Série aperfeiçoamento de magistrados 2: curso de controle de constitucionalidade*, n. 2, p. 140-144, 2011.

SGANZERLA, Rogério. *Aborto e Congresso Nacional: uma análise crítica do cenário legislativo*. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum. 2017, ano 17, nº 67, jan./mar. 2017.

VIERA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, edição 8(2), p. 441-463, jun./dez. 2008.

VIEIRA, Bárbara Muniz. Manifestantes montam tenda contra aborto em frente a hospital de SP; mulher vítima de estupro coletivo é agredida, *Resumo do dia*, 25 out. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/10/25/manifestantes-montam-tenda-contraborto-em-frente-a-hospital-de-sp-mulher-vitima-de-estupro-coletivo-e-agredida.ghtml>>. Acessado em 20 de nov. de 2019.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; e CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, edição 5, p. 21-44, jan./jun., 2009.

7. ANEXO

Tabela 2. Fichamentos dos acórdãos

