

DO HC 124.306

REVISTA
SABERES
DA AMAZÔNIA
CIÊNCIAS JURÍDICAS, HUMANAS E SOCIAIS



VOL. 5 | N. 11

Julho-Dezembro 2020 | ISSN: 2448-0576

**O PROCESSO ENQUANTO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO:
UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A COMPREENSÃO DO STF ACERCA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS NO JULGAMENTO DO HC
124.306**

Álison Thiago de Assis Campos,
Cintia Garabini Lages

RESUMO: O presente trabalho avalia a compreensão do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca dos direitos fundamentais processuais. São metodologias adotadas o estudo de caso e a revisão bibliográfica, e como método de inferência, o indutivo. Como marco teórico, foi adotada a teoria do processo como procedimento em contraditório. A análise da decisão objeto de estudo – HC 124.306, permitiu verificar que, ao fundamentar sua decisão com base em argumentos constitucionais não discutidos pelas partes, o STF desconsiderou o direito ao devido processo, ao contraditório e à ampla defesa, substituindo-se, no caso, ao juízo natural, na medida em que a postura adotada pelo referido órgão importou na supressão da instância originária, revelando uma compreensão do processo dissociada dos direitos fundamentais. O direito dos contraditórios de influenciar a decisão judicial, dela participando na construção dos seus argumentos, não foi reconhecido ou efetivado pelo STF, que decide com base no interesse do bem comum ao invés de restringir-se ao debate presente nos autos.

Palavras-chave: Processo. Legitimidade dos Provimentos Jurisdicionais. Argumentação Jurídica. Contraditório. Ampla-defesa.

ABSTRACT: The present study evaluates the understanding of the Brazilian Supreme Court on fundamental procedural rights. The methodologies adopted are the case study and the bibliographic review, and as an inference method, the inductive one. As a theoretical framework, was adopted the adversary procedure theory. The analysis of the decision under study - HC 124.306, made it possible to verify that, in substantiating its decision on the basis of constitutional arguments not discussed by the parties, the STF disregarded the right to due process, adversary and ample argumentation, assuming the functions of the natural competent body, revealing an understanding of the process dissociated from fundamental rights. The right of the adversaries to influence the judicial decision, participating in the construction of its arguments, was not recognized or enforced by the STF, which decides based on the interest of the common good rather than restrict itself to the debate in the case.

Keywords: Process. Legitimacy of Juridical Proceedings. Legal Argumentation; Contradictory. Broad-Defense.

INTRODUÇÃO

A atuação do Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula, intérprete e guardião da constituição, sua composição, a indicação dos seus ministros, historicamente, não despertou maior interesse por parte da sociedade, ou mesmo dos operadores do direito. Em 1968, o desconforto gerado por um Supremo Tribunal Federal ignorado, levou o então Ministro Aliomar Baleeiro a publicar uma obra com título sugestivo, “Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido”, com a finalidade exata de apresentar aquele que era, e ainda o é, o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro e definidor de uma interpretação da constituição de caráter final. Esse desconforto hoje não mais se apresenta. O Supremo Tribunal Federal, seus Ministros e suas decisões, gozam de ampla visibilidade e assumiram, como afirmam Joaquim Falcão e Fabiana Luci de Oliveira, o lugar de protagonistas.

Assim, nunca se discutiu tanto a atuação do Supremo Tribunal Federal, da mesma forma em que a tensão entre legitimidade e democracia, bem como entre direito e política, nunca foram tão explícitas. Em função da relevância e do impacto que decisões do Supremo Tribunal Federal têm na construção do sentido de constituição e de direitos fundamentais, é que o presente trabalho busca reconstruir a compreensão deste órgão em relação aos direitos fundamentais processuais no exercício de sua competência constitucional, a partir da análise de um caso concreto. Para tanto, será analisada, sob a perspectiva da teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* 124.306, a partir do resgate da atuação dos seus sujeitos, dos argumentos apresentados pelas partes e de sua consideração como razões para decidir, o que asseguraria a efetivação dos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa.

O estudo do caso do *Habeas Corpus* 124.306 justifica-se em função da relevância do tema, o direito à vida em confronto com o direito à autonomia da vontade da mulher, bem como por ter dado origem à discussão posta perante o Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, através do ajuizamento da ADPF 422. Pretende o presente

estudo contribuir para uma compreensão processual e constitucionalmente adequada do controle difuso de constitucionalidade, muitas vezes propulsor, como no caso em questão, de futuras decisões vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, do qual se exige a manutenção de sua jurisprudência “estável, íntegra e coerente”, nos termos do artigo 926 do Código de Processo Civil.

A presente pesquisa caracteriza-se como sendo do tipo descritiva, adotando uma análise indutiva, a partir de um estudo de caso. Foi adotado o procedimento de revisão bibliográfica e análise documental, que permitirão uma releitura crítica dos pontos mais relevantes da decisão objeto de estudo à luz da teoria adotada como marco para o presente estudo. Por fim, a pesquisa apresenta caráter qualitativo.

2. Acerca do caráter contraditório do processo e seu sentido no Direito Processual brasileiro

A presente análise tem início com a explicitação do seu marco teórico. A teoria do processo como procedimento realizado em contrário, elaborada por Elio Fazzalari¹, adotada e adaptada ao ordenamento jurídico brasileiro por Aroldo Plínio Gonçalves², busca explicar a natureza do processo sem o recurso a uma concepção de subordinação entre as partes ou entre essas e juiz, opondo-se aos postulados da tese segundo a qual o processo seria uma relação jurídica de natureza pública e contínua distinta da relação jurídica de direito material que constitui o seu objeto, como assumido pelos teóricos da relação jurídica processual³.

A teoria proposta por Elio Fazzalari compreende por procedimento a atividade preparatória do ato estatal - provimento, regulada por uma estrutura normativa composta de uma sequência de normas, de atos e de posições

¹ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni de diritto processuale**. 8. ed., Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996

² GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. 1.v.

subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica específica, na preparação do provimento.⁴

De modo reverso, o provimento, no processo judicial, a sentença ou o acórdão, enquanto ato estatal preparado pelo procedimento, possui caráter imperativo, e é produzido pelos órgãos judiciários no âmbito de sua competência. Entretanto, este ato apenas será provimento se destinar-se a provocar efeitos na esfera jurídica dos interessados, na hipótese estudada, os jurisdicionados. Assim, o procedimento configura requisito de validade e eficácia do provimento⁵.

A renovação do conceito de provimento como ato final imperativo da cadeia procedimental destinado a provocar efeitos na esfera jurídica dos interessados, impõe a renovação conceitual do processo, definido agora pela forma específica de atuação das partes no procedimento: o contraditório. Nesse sentido, o processo passa a ser concebido como espécie do gênero procedimento em função do modo específico de participação dos interessados na atividade de preparação do provimento, o contraditório. Assim, há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre as partes.⁶

O contraditório não é apenas a "participação dos sujeitos do processo". (...) O contraditório é garantida de participação em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os "interessados", ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor.⁷

Por outro lado, a essência do contraditório não exige, para sua realização, uma igualdade de atos praticados pelas partes, seja em relação ao conteúdo, seja em relação à quantidade. Pode, ao contrário, em razão do provimento que se pretende obter ou da sua natureza, estabelecer normativamente, de forma qualitativa e quantitativamente diversa, normas –

⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. p. 102.

⁵ Do conceito de procedimento, surge a noção de direito subjetivo, que é extraída da posição do sujeito em relação ao objeto de comportamento descrito na norma como lícita ou como devida, de onde se extraem, respectivamente, faculdades e poderes ou deveres. Cf. Gonçalves, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo, p. 106.

⁶ LAGES, Cintia Garabini. **O caráter objetivo dos procedimentos de controle concentrado de constitucionalidade: análise de sua legitimidade.** Pará de Minas: Virtual Books, 2016, p. 142

⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**, p. 120.

poderes, deveres, faculdades e atos. Entretanto, afirma Fazzalari, “o processo è riconoscibile ogni volta che, pur essendo ridotti i poteri dei “contraditori”, sono realizzate fra loro posizioni simetricamente uguali.⁸”

Ao juiz, órgão do Poder Judiciário, reconhece-se a autoria, a titularidade da função de decidir editando o ato final da estrutura normativa procedimental, bem como todos os demais provimentos proferidos no curso do procedimento e figura perante as partes como terceiro⁹. No entanto, o contraditório que se estabelece exclusivamente entre as partes não significa a exclusão da participação atenta do órgão titular da função de julgar, posto que esta importa no dever de garantir que as partes possam gozar do direito de participarem do procedimento em simétricas condições. O direito fundamental processual ao contraditório é concebido como “a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei.¹⁰”

O respeito ao contraditório e à ampla defesa, aliado à possibilidade de se recorrer de decisões tomadas no âmbito judicial, é consectário lógico da democracia participativa, posto que a legitimação do provimento jurisdicional somente se dá mediante a efetivação dos preceitos processuais insculpidos na norma constitucional garantidores dos direitos fundamentais de comunicação e participação, contraditório e ampla defesa.

Assim sendo, a legitimidade do provimento jurisdicional requer a obediência irrestrita ao devido processo judicial. Nesse sentido, é importante lembrar os ensinamentos de Luigi Ferrajoli, que, citado por Luiz Flávio Gomes, nos lembra que “a legitimação democrática do Poder Judiciário é estruturalmente diversa da dos demais poderes do Estado, não tendo nada que ver com a vontade nem com a opinião da maioria”¹¹.

Em uma democracia, provimentos jurisdicionais devem ser construídos pelos interessados/destinatários, se submetendo à constante fiscalização

⁸ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1996, p. 88. Tradução livre: O processo é reconhecível toda vez que, reduzindo-o em relação aos poderes dos contraditores, são realizadas entre eles posições simétricas.

⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 122.

¹⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 127.

¹¹ GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura: no estado constitucional e democrático de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 120.

dentro de um espaço procedimental constitucionalizado¹². Dessa forma, conclui-se que a garantia da participação de todos os interessados, na qualidade de destinatários dos efeitos do provimento, em simétrica paridade, legitima o provimento jurisdicional.

Desloca-se, desta forma, a legitimação do provimento para a sua atividade preparatória em detrimento do seu conteúdo. O conteúdo poderá ser adequado ou não, segundo o direito vigente, poderá ser válido ou não à luz da Constituição. O processo possibilita, ao assegurar a legitimidade do provimento, a construção participada do provimento, a revisão do seu conteúdo em caso de erro ou inadequação. Entretanto, o processo, estruturado normativamente, definido pelo contraditório, apenas pode garantir a legitimidade do provimento.

A obediência ao procedimento previamente estabelecido em lei evita a produção de decisões subjetivistas e, portanto, arbitrárias, posto que permite a contestação e a revisão dos provimentos eventualmente equivocados.

Quando autoridades públicas, no exercício imperativo de suas funções, sejam elas no âmbito do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário, baseiam suas decisões em seus interesses particulares, ou em suas ideias particulares, ambas seccionais, podemos afirmar que elas estão fazendo o uso do poder arbitrário (...). A decisão não precisa representar uma imposição de vontade das autoridades sobre nós, como muitos cidadãos podem se sentir tentados a pensar, ao tratarem desse assunto. A tomada de decisão deverá exibir uma forma que possamos aprovar e com a qual possamos nos identificar. Deverá, portanto, ser uma forma de decisão, em que possamos ver nossos interesses amparados e nossas ideias respeitadas. As decisões, sejam elas tomadas no âmbito do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário, deverão trazer marcas de nossos anseios e de nossos modos de pensar¹³.

O Código de Processo Civil em vigor, ao estabelecer em seu artigo 10 que “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”¹⁴,

¹² PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 57.

¹³ PETIT, Philip. **Democracia e contestabilidade**. In: MERLE, Jean Christophe; MOREIRA, Luiz (org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, p. 370

¹⁴ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; SOARES, Carlos Henrique (Organizadores). **Novo Código de Processo Civil 2016 – Lei n. 13.105/15 com as alterações da Lei 13.256/2016**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 93.

reconhece o império do direito ao contraditório, enquanto princípio integrante do modelo constitucional processual brasileiro e proíbe a decisão surpresa.¹⁵

O exercício do contraditório e a garantia de aplicação dos direitos processuais fundamentais legitimam o processo e, dessa forma, permitem que a decisão seja tomada de maneira racional, em estrita obediência às normas processuais, impedindo o subjetivismo e o decisionismo judicial.

3. Da concretização (ou não) do princípio do contraditório a partir da reconstrução dos argumentos apresentados pelas partes: estudo de caso

A compreensão do Supremo Tribunal Federal dos princípios processuais e do próprio processo não se faz dissociada da prática decisória deste órgão. A garantia do contraditório, no âmbito do Poder Judiciário, não pode ser uma realização teórica, mas ao contrário, é um direito a ser concretizado a cada caso julgado. No presente tópico, reconstruir-se-á a história processual e argumentativa que deu ensejo ao ajuizamento e correspondente julgamento do Habeas Corpus 124.306/RJ, para, ao final, proceder-se a uma comparação entre os argumentos apresentados pelos contraditores e os argumentos adotados na *ratio decidendi* pelo STF. Acredita-se que tal comparação poderá revelar de que modo o direito fundamental processual do contraditório é compreendido pelo STF.

O caso que ensejou a análise pelo STF no julgamento do HC 124.306/RJ decorreu de uma prisão em flagrante ocorrida na Comarca de Duque de Caxias. Na ocasião, dez pessoas foram presas em flagrante por suposta infração aos crimes previstos no art. 121, §2º, V c/c art. 14, II do CPB - tentativa de homicídio qualificado, art. 125 e 126 do CPB - aborto provocado por terceiros, art. 124 do CPB - aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento - e 288 do CPB - formação de quadrilha.¹⁶

Ao analisar a regularidade do flagrante, o Juiz de 1ª Instância concedeu a liberdade provisória aos autuados, nos termos do art. 310 do

¹⁵ LAGES, Cintia Garabini; CHAMON JÚNIOR. Lúcio Antônio. **Acerca da segurança jurídica e da uniformidade das decisões a partir do novo Código de Processo Civil à luz do modelo constitucional do processo brasileiro**. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4797>>. Acesso em: 10/01/2018.

¹⁶ Na data da prisão ainda vigorava a antiga redação que tipificava o crime de quadrilha, posteriormente revogado pela Lei 12.850, de agosto de 2013, que criou o crime de associação criminosa.

Código de Processo Penal, por entender que não se faziam presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva. Na oportunidade, o magistrado argumentou que os crimes praticados eram de médio potencial ofensivo, com penas relativamente brandas. Dessa forma, em caso de condenação, os autuados fariam jus à fixação de regime aberto e aplicação de benefícios despenalizadores, tais como os previstos no art. 44 do Código Penal.

O Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro interpôs recurso em sentido estrito, na forma do art. 587 do Código de Processo Penal, a fim de que o Tribunal de Justiça cassasse a decisão impugnada e expedisse novo mandado de prisão. Ao fundamentar as razões de seu inconformismo, o Ministério Público fez um longo relato sobre a atividade criminosa, esclarecendo a gravidade concreta do caso: um esquema montado por quadrilha estável e permanente que se dedicava à prática reiterada de abortos clandestinos na cidade de Xerém, envolvendo um médico, uma enfermeira, um policial civil (este último responsável por assegurar a segurança da clínica de aborto), dentre outras pessoas.¹⁷

Ao tratar dos requisitos da prisão preventiva, o Ministério Público argumentou que o crime imputado aos agentes era doloso e sancionado com pena de reclusão superior a 04 (quatro) anos, de forma que estaria presente o requisito previsto no art. 313, I do Código de Processo Penal. Aduziu o Ministério Público que a prisão era necessária para assegurar a aplicação da lei penal e garantir a ordem pública, considerando-se a periculosidade dos réus e a atuação em larga escala da quadrilha desbaratada com a prisão. Não se discutiu a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do crime de aborto.

O recurso foi encaminhado à 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, por unanimidade, deu provimento ao pleito ministerial e determinou a expedição de mandado de prisão por entender presentes os requisitos que justificassem a imposição da prisão preventiva.¹⁸

¹⁷ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo – RESE 0065502-27.2013.8.19.0000. Relator: Antonio Eduardo Ferreira Duarte. Rio de Janeiro, 25 fev. 2014. Disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201305166350>>. Acesso em: 12 set. 2019.

¹⁸ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo – RESE 0065502-27.2013.8.19.0000. Relator: Antonio Eduardo Ferreira Duarte. Rio de Janeiro, 25 fev. 2014. Disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201305166350>>. Acesso em: 12 set. 2019.

Invocando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o relator entendeu que os indícios de prática de crime – *fumus comissi delicti* – estavam presentes. Apontou a existência de documentos e depoimentos que demonstravam a existência de toda uma estrutura para realização de intervenções cirúrgicas no local onde se deram as prisões. Em relação à necessidade de decreto prisional – *periculum libertatis*, o magistrado assentou que os delitos seriam de extrema gravidade e repudiados veementemente pela sociedade. Novamente, frise-se, não se debateu acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do crime de aborto.

Por entender que a decisão acima mencionada era ilegal, já que decretada por fundamentos “vagos e inconsistentes”, a defesa dos réus impetrou *Habeas Corpus* junto ao Superior Tribunal de Justiça, argumentando que os pacientes respondiam ao processo em liberdade há um ano, sem que houvesse notícia de coação de testemunhas, perigo à ordem pública ou tentativa de evasão do distrito da culpa¹⁹.

A defesa dos autuados sustentou que a prisão é medida excepcional e não se fazia cabível no caso ante a possibilidade de fixação de regime diverso do fechado em eventual condenação. Segundo os defensores, os réus são primários e de bons antecedentes, de modo que a situação deveria ser ponderada pelos princípios da homogeneidade, proporcionalidade e razoabilidade, já que também seria possível a imposição de pena restritiva de direitos alternativa à prisão.

Em sede liminar, a relatora do Habeas Corpus indeferiu o pedido de soltura em 13 de março de 2014, salientando que o *writ* teria sido apresentado como substitutivo de recurso especial e, por isso, em respeito à técnica e, em prestígio à lógica do sistema recursal, não deveria ser processado. No entanto, considerando que o pedido feito pela defesa informava suposta ofensa ao direito de liberdade (ato passível de interposição de HC), foi realizada a análise da pretensão²⁰.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 290.341-RJ**. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura - Sexta Turma. Diário Judicial Eletrônico, Brasília, 4 nov. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1346850&n_um_registro=201400534269&data=20140916&formato=PDF>. Acesso em: 12 nov. 2018.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão Liminar no HC 290.341-RJ**. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura - Sexta Turma. Diário Judicial Eletrônico, Brasília, 13 mar. 2014. Disponível em:

Ao fazer seu exame, a Relatora do caso informou que, em um juízo de cognição sumária, não vislumbrava ilegalidade no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de forma que não seria cabível o deferimento da tutela de urgência pleiteada. Dessa forma, considerando a necessidade de aprofundamento na dinâmica dos fatos, entendeu prudente reservar o exame da questão ao órgão colegiado do Superior Tribunal de Justiça, conforme entendimento já pacificado no mesmo²¹.

A defesa interpôs pedido de reconsideração que foi novamente negado pela Relatora em 24 de março de 2014, por entender que a concessão de liminar em *habeas corpus* é medida excepcional que se sujeita aos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. A questão foi levada à apreciação da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que, por unanimidade, não conheceu da ordem, negando, portanto, o pedido da defesa dos réus em 4 de setembro de 2014.²²

O voto que conduziu o acórdão iniciou sua fundamentação salientando a necessidade de racionalização do uso de Habeas Corpus, esclarecendo ser “inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do RESP ou a impetração de habeas corpus”²³. É que, no entender da Turma, o emprego desarrazoado do *writ* pode resultar na ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores.

Embora tenha feito tal consideração, a Turma procedeu à análise do pedido, rejeitando os argumentos da defesa. Na oportunidade, restou ressaltado que o decreto de prisão preventiva se fundamentou na reprovabilidade concreta da conduta e, ainda, na tentativa de fuga dos acusados, ressaltando que no momento da prisão uma das mulheres foi

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=34298317&num_registro=201400534269&data=20140319&formato=PDF>. Acesso em: 12 set. 2018, p.03.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão Liminar no HC 290.341-RJ**. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura - Sexta Turma. Diário Judicial Eletrônico, Brasília, 13 mar. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=34298317&num_registro=201400534269&data=20140319&formato=PDF>. Acesso em: 12 set. 2018, p.03 .

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão em RCD no HC 290.341-RJ**. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura - Sexta Turma. Diário Judicial Eletrônico, Brasília, 24 mar. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=34511005&num_registro=201400534269&data=20140327&formato=PDF>. Acesso em: 12 set. 2018, p. 01.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão Liminar no HC 290.341-RJ**. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura - Sexta Turma. Diário Judicial Eletrônico, Brasília, 13 mar. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=34298317&num_registro=201400534269&data=20140319&formato=PDF>. Acesso em: 12 set. 2018, p.03 .

abandonada pelos denunciados, parcialmente despida, deitada em uma cadeira ginecológica e apresentando sangramento intenso²⁴.

Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que não houve qualquer ilegalidade na prisão, a qual se vinculou aos elementos da cautelaridade previstos no Código de Processo Penal. Dessa forma, havendo fundamentação idônea para o decreto prisional, não conheceu da impetração.

Discordando da decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça, os réus apresentaram novo *Habeas Corpus*, dessa vez direcionado ao Supremo Tribunal Federal – STF, onde foi distribuído e recebeu a numeração HC 124.306.²⁵

Em sua fundamentação, a defesa alegou serem teratológicos os argumentos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça, na medida em que desprezam a redação do art. 654, § 2º do CPP, que permite a concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício quando alguém estiver sofrendo ou na iminência de sofrer coação ilegal. Argumentou ainda que o *habeas corpus* é procedimento muito mais relevante que “a lógica do sistema recursal”, tratando-se de remédio constitucional com assento no art. 5º, LXVIII da Constituição Federal. Por fim, aduziu que o Superior Tribunal de Justiça teria se eximido de seu dever de apreciar a impetração, contrariando o princípio da inafastabilidade do poder judiciário, insculpido no art. 5º, XXXV da Constituição²⁶.

Em relação aos fatos, foi alegado que a prisão era “irrazoável (*sic*) e desproporcional”, na medida em que as acusações imputadas renderiam penas baixas a serem cumpridas em regime aberto. Dessa forma, o entendimento da defesa é de que é “inaceitável que os pacientes tenham de suportar,

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão em RCD no HC 290.341-RJ**. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura - Sexta Turma. Diário Judicial Eletrônico, Brasília, 24 mar. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=34511005&num_registro=201400534269&data=20140327&formato=PDF>. Acesso em: 12 set. 2018, p. 10.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio – Primeira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 09 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>> Acesso em: 20 de julho de 2018.

²⁶ PEREIRA, Jair Leite. **Habeas Corpus com pedido de liminar**. Habeas Corpus 124.306. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 18. SET. 2014. (documento obtido mediante solicitação junto à secretaria da 1ª. Turma do STF).

antecipadamente, regime punitivo muito mais gravoso que previsto para uma eventual e hipotética condenação”²⁷.

Os pacientes alegaram, ainda, que foram surpreendidos pelo decreto prisional, já vinham respondendo em liberdade desde o início do processo, na medida em que o juízo monocrático entendeu desnecessária a conversão do flagrante em prisão preventiva.

Por fim, a defesa consignou que os pacientes compareceram a todos os atos processuais, são primários, de bons antecedentes e possuem trabalho e residência fixa no distrito da culpa, fazendo jus à concessão da liberdade provisória.

O processo foi distribuído para a Primeira Turma do STF que, liminarmente, concedeu a ordem e determinou a expedição de alvará de soltura, estendendo a decisão a todos os corréus posteriormente. Ao iniciar a fundamentação de sua liminar, o Ministro Marco Aurélio assentou “Tempos complicados, em que o próprio Judiciário mitiga a envergadura maior do *habeas corpus*. Nada, absolutamente nada, justifica a mitigação dessa ação nobre”²⁸. Posteriormente, em breve argumentação, asseverou que:

No caso, apontou-se que, desafiando o ato que se tem como de constrangimento, a alcançar a liberdade de ir e vir, recurso, incabível é a impetração. A óptica ressoa como autodefesa presente a avalanche de processos. Cabe conciliar valores, e o maior está no respeito irrestrito à Lei das Leis, à Constituição Federal. No mais, observem que se deve apurar para, formada a culpa, prender. O Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ percebeu essa premissa, vindo o Ministério Público a interpor recurso em sentido estrito quanto ao afastamento da custódia. Então, à mercê da imputação, apontou-se a periculosidade dos agentes, mencionando-se, mais, que, no momento do flagrante, tentaram fugir. Tem-se que, a persistir o primeiro fundamento, a presunção da periculosidade, haverá custódia preventiva automática ante o flagrante. Relativamente ao fato de os pacientes haverem tentado furtar-se a este último, trata-se de ato próprio a direito natural. 3. Defiro a liminar pleiteada²⁹.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Manifestação da Procuradoria Geral da República no Habeas Corpus 124.306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio – Primeira Turma, Brasília, 05 ago. 2015. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307387187&tipoApp=.](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307387187&tipoApp=;)> Acesso em: 12 set. de 2018, p. 03.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Habeas Corpus 124.306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio – Primeira Turma. Diário Judiciário Eletrônico, Brasília, 11 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4637878>> Acesso em: 20 de agosto de 2018, p. 03.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Habeas Corpus 124.306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio – Primeira Turma. p. 03.

Após o deferimento da liminar e consequente expedição de alvará de soltura, o relator determinou fosse colhido o parecer da Procuradoria Geral da República. O Ministério Público manifestou-se pelo não conhecimento do pedido em razão da incompetência do STF para conhecer, em sede originária, de habeas corpus impetrado contra acórdão do STJ que, também em sede de *habeas corpus*, não conheceu do pedido.

Quanto ao mérito, alegou que a constrição da liberdade estaria legitimada para a garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do CPP, já que, no seu entender, a prática reiterada de procedimentos abortivos configura conduta de extrema gravidade que evidencia a periculosidade dos pacientes. Dessa forma, invocando o entendimento fixado pelo STF no julgamento do HC nº 92.735/CE, a Procuradoria foi da opinião de que a custódia cautelar “se impõe em razão da necessidade de desarticular a quadrilha dedicada à prática de crimes graves contra a vida e a saúde pública, bem como impedir a reiteração das atividades delitivas habitualmente desempenhadas por seus integrantes”³⁰.

Em resumo, portanto, a manifestação do Ministério Público Federal foi no sentido de que o pedido não deveria ser conhecido. No mérito, entretanto, pugnaram pela denegação da ordem, com a consequente cassação da liminar deferida aos pacientes e estendida aos corréus. Ressalte-se mais uma vez que a questão acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do crime de aborto tipificado nos artigos 124 e 126 do Código Penal não foi objeto de debate pelos contraditores.

A questão foi, então, submetida ao plenário da Primeira Turma do STF para as análises pertinentes, cujos argumentos serão abaixo reconstruídos.

4. Dos argumentos adotados pelo Supremo Tribunal: uma reconstrução a partir dos votos integrantes do acórdão

Na data do julgamento do HC 124.306, a Primeira Turma do STF era formada pelos Ministros Marco Aurélio (relator), Luís Roberto Barroso

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Manifestação da Procuradoria Geral da República no Habeas Corpus 124.306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio – Primeira Turma, Brasília, 05 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307387187&tipoApp=>>> Acesso em: 12 set. de 2018, p. 10.

(Presidente da Turma), Rosa Weber, Luiz Fux e Edson Fachin. O Relator, Ministro Marco Aurélio, ficou vencido no julgamento, sendo o único a votar pelo conhecimento do *habeas corpus* interposto. Os demais ministros, conforme se verá a seguir, entenderam por não conhecer da ordem, mas concedê-la de ofício, pelos argumentos e fundamentos que serão expostos abaixo.

4.1. Voto do Ministro Marco Aurélio

No julgamento definitivo do *habeas corpus*, o Ministro Relator, antes de adentrar no mérito da questão, firmou posição no sentido de que é possível a impetração substitutiva de *habeas corpus* quando estiver “em jogo, na via direta, a liberdade de ir e vir, quer porquanto já expedido e cumprido o mandado de prisão, quer porque esteja na iminência de o ser”³¹.

Quanto ao mérito, proferiu um voto sucinto onde, reportando-se à decisão liminar anteriormente prolatada, reafirmou seu entendimento segundo o qual não se faziam presentes os requisitos para o decreto da prisão preventiva dos pacientes.

Segundo a fundamentação do Ministro Relator, um decreto prisional calcado no fato de que os réus tentaram se evadir do local dos fatos, no momento da abordagem, não preenche os requisitos necessários para manutenção da prisão preventiva. Nesse sentido, ao proferir seu voto, o ministro salientou que a “tentativa de escapar do flagrante mostra-se neutra como fundamento para a preventiva, considerada a garantia à autoincriminação, prevista no artigo 8º, item 2, alínea “g”, do Pacto de São José da Costa Rica”³².

Acrescentou, ainda, que:

a liberdade dos acusados tanto não oferece risco ao processo que a instrução criminal tem transcorrido normalmente, conforme revelou a consulta realizada ao sítio do Tribunal de Justiça, noticiando o comparecimento de todos à última audiência de instrução e julgamento ocorrida no dia 17 de agosto de 2015, quando já soltos. À míngua de elementos concretos, restaurar a prisão preventiva levaria

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio – Primeira Turma, p. 07.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio – Primeira Turma, p. 07.

em conta unicamente a gravidade da imputação, em descompasso com o princípio da não culpabilidade.³³

Dessa forma, o relator do caso conheceu do *habeas corpus* e deferiu a ordem pleiteada, confirmando a liminar a fim de afastar a prisão preventiva imposta aos pacientes, estendendo a decisão aos corréus.

4.2. Voto do Ministro Roberto Barroso

Após o voto proferido pelo relator, o Ministro Roberto Barroso pediu vista do processo a fim de analisar o caso posto a apreciação da Turma.

Em seu voto-vista apresentado, o Ministro Barroso iniciou sua fundamentação fazendo uma breve síntese da demanda, realizada em 02 (duas) laudas. Após, em proposta de solução ao caso concreto, apresentou as teses que justificaram seu entendimento.

Antes de adentrar ao mérito, o referido Ministro sustentou – em 09 (nove) linhas - o descabimento do *habeas corpus* por entender que a situação versava sobre remédio substitutivo de recurso ordinário constitucional. Dessa forma, invocando o entendimento majoritário da Primeira Turma³⁴, salientou que o pedido deveria ser julgado extinto, sem resolução de mérito, por inadequação da via processual eleita.

Por outro lado, embora tenha reconhecido que o caso não comportava impetração de *habeas corpus*, o prolator do voto, baseando-se na *excepcional relevância e delicadeza da matéria* passou a examinar a possibilidade de concessão da ordem de ofício.

Quanto ao mérito da causa, o Ministro apontou, em 26 (vinte e seis) linhas, a ausência dos requisitos previstos no art. 312 do CPP, os quais são exigências legais para o decreto prisional. Segundo o entendimento apresentado, a decisão que decretou a prisão não trouxe motivação concreta capaz de justificar a medida imposta aos réus, se limitando a invocar

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio – Primeira Turma, p. 08.

³⁴ São citados a exemplo de precedentes do STF as decisões proferidas no HC 109.956 - Rel. Min. Marco Aurélio e HC 128.256 - Rel. Min. Rosa Weber. Nesse sentido, ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio – Primeira Turma, p. 11.

genericamente a gravidade abstrata do delito e a tentativa de fuga dos pacientes no momento da abordagem policial.

Ademais, o Ministro informou que a prisão torna-se menos justificável diante das informações de que os réus são primários, possuem bons antecedentes, trabalho e residência fixos e compareciam a todos os atos da instrução criminal, além da possibilidade de cumprimento de pena em regime aberto, caso haja condenação.

Embora tenha reconhecido que a ausência de motivação concreta já seria motivo suficiente para afastar a custódia preventiva, o Ministro apresentou outra razão que conduzia à concessão da ordem e que, ao final, apresentou-se como a principal justificativa para a concessão da ordem de *habeas corpus*: “a própria constitucionalidade do tipo penal imputado aos pacientes e corréus, já que a existência do crime é pressuposto da decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do art. 312 do CPP”³⁵.

A constitucionalidade do crime imputado aos réus foi analisada e decidida, como ver-se-á a seguir, sem que fosse dada, às partes, a oportunidade de manifestarem-se sobre a mesma, em descumprimento ao disposto no artigo 10 do Código de Processo Civil em vigor.

4.2.1. A inconstitucionalidade da criminalização do aborto realizado até a 3ª semana de gestação

Embora tal argumento não tenha sido abordado pelas partes, o Ministro Barroso fundamentou seu entendimento pela soltura dos réus no fato de que a interrupção de gestação, quando realizada até a 3ª semana de gestação, não constitui crime de aborto.

Ao iniciar sua fundamentação a respeito desta temática, o Ministro ressaltou que uma criminalização, para ser compatível com a Constituição, exige a proteção proporcional de um bem jurídico relevante, sendo que o comportamento incriminado não pode constituir exercício legítimo de um direito fundamental.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio – Primeira Turma, p. 12.

Embora o objetivo da pesquisa não seja realizar uma análise acerca dos métodos de interpretação constitucional utilizados para fundamentar o voto, é importante mencionar, ainda que brevemente, quais foram os argumentos utilizados para corroborar o entendimento que acabou se sagrando vencedor no julgamento.

Ao iniciar a fundamentação de sua análise, o Ministro asseverou que a vida do feto trata-se de bem jurídico relevante. No entanto, a tipificação do aborto - realizado no primeiro trimestre de gestação - viola direitos fundamentais da mulher e não respeita o princípio da proporcionalidade.

Em relação aos direitos fundamentais afetados, foram invocadas a violação ao direito à autonomia da mulher, a violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a violação do direito à integridade física e psíquica, a violação à igualdade de gênero, além da discriminação social e do impacto desproporcional sobre mulheres pobres.³⁶

No que concerne à violação ao princípio da proporcionalidade, por sua vez, o Ministro lembrou o entendimento segundo o qual a criminalização da interrupção da gravidez, para se mostrar proporcional, só se justificaria se: a) for adequada à tutela do direito à vida do feto (*adequação*); b) não houver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo dos direitos das mulheres (*necessidade*); c) a tipificação se justificar a partir da análise de seus custos e benefícios (*proporcionalidade em sentido estrito*).³⁷

Em longas justificativas, o Ministro buscou demonstrar que nenhum dos requisitos acima são observados pela criminalização da interrupção da gestação até a 3ª semana de gravidez. Dessa forma, sua conclusão foi no sentido de que:

como o Código Penal é de 1940 – data bem anterior à Constituição, que é de 1988 – e a jurisprudência do STF não admite a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, a hipótese é de não recepção (i.e., de revogação parcial ou, mais tecnicamente, de derrogação) dos dispositivos apontados do Código Penal. Como consequência, em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corréus à interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros meses afasta a presença de pressuposto

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio – Primeira Turma, p. 17.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio – Primeira Turma, p. 21.

indispensável à decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do caput do art. 312 do CPP.³⁸

O entendimento do Ministro Roberto Barroso, no voto condutor do acórdão, foi no sentido de não conhecer do *habeas corpus*, mas concedê-lo de ofício para afastar a prisão preventiva ante a inexistência dos requisitos previstos no art. 312 do CPP, notadamente em razão da inconstitucionalidade da criminalização do aborto realizado até a 3ª semana de gravidez.

4.3. Voto do Ministro Edson Fachin

Ao proferir seu voto, o Ministro Edson Fachin informou que acompanharia, na íntegra, o voto-vista apresentado pelo ministro Luís Barroso. Dessa forma, acompanhou o voto divergente pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas entendeu possível a concessão da ordem de ofício, pelos fundamentos já explicitados acima – os quais sequer foram retomados na argumentação.

Vale ressaltar, no entanto, que o Ministro Edson Fachin registrou em seu voto uma notícia trazida “à página 44 da revista Carta Capital³⁹” que se referia a uma manifestação do Papa Francisco acerca da possibilidade de absolvição de mulheres e profissionais de saúde que tenham alguma participação em casos de aborto.

“... embora seja apenas uma nota a latere, Senhor Presidente, para registrar que nessa semana, à página 44 da revista Carta Capital, há uma notícia da Carta Apostólica “Misericordia et Misera” do Papa Francisco, onde se acentuou a possibilidade de absolvição sinalizada pelo Pontífice jesuíta, que alcança mulheres e profissionais da saúde que porventura tenham alguma participação na interrupção de uma gravidez após a confissão.

É apenas uma anotação obviamente a latere, mas, ainda que seja metajurídica e não integre a fundamentação do meu voto, vai ao encontro da dimensão que Vossa Excelência traz. Por isso, peço todas as vênias ao eminente Relator para acompanhar o voto de Vossa Excelência.”⁴⁰

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio – Primeira Turma, p. 27.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio – Primeira Turma, p. 30.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio – Primeira Turma, p. 30.

O voto do Ministro foi elaborado em 19 (dezenove) linhas, sendo que 11 (onze) delas - ou seja, mais da metade - foram transcritas integralmente no trecho acima colacionado.

4.4. Voto da Ministra Rosa Weber

Quarta a votar, a Ministra Rosa Weber acompanhou integralmente o entendimento apresentado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, fazendo a juntada de voto escrito.

Em seus argumentos, a Ministra dedicou 5 (cinco) linhas para discutir o descabimento do *habeas corpus*, justificando, no entanto, a possibilidade de concessão da ordem de ofício. Posteriormente, dedicou mais 7 (sete) linhas em relação às questões processuais que impediam o decreto prisional para, então, tecer longas considerações (em 16 laudas) acerca da inconstitucionalidade da criminalização do aborto realizado até a 3ª semana de gestação.

Corroborando os argumentos trazidos no voto do Ministro Luís Roberto Barros, a Ministra Rosa Weber planteou a questão jurídica em discussão, abordando aspectos relativos ao Direito comparado e, também, ao Direito internacional. Assim, trabalhou a questão do aborto na perspectiva em que é tratada em outros ordenamentos jurídicos e pelas Cortes Internacionais – notadamente pela Corte Interamericana sobre Direitos Humanos e Corte Europeia de Direitos Humanos.

Em outro tópico, o qual foi denominado de “empíria sobre o aborto”, a Ministra apresentou uma série de estatísticas que, em seus dizeres, se faziam necessários porque poderiam auxiliar no “pensar da política pública estatal nesse tema, que, bem vistas as coisas, trata-se também de política pública sanitária”⁴¹.

Após apresentar seus argumentos, a ministra entendeu que:

A ingerência estatal no primeiro trimestre da gestação deve militar em favor da proteção da mulher em ter condições seguras de realizar a interrupção voluntária da gestação. Ou seja, como experimentado nos países que descriminalizaram o aborto, deve ocorrer no espaço de formatação de políticas públicas de educação sexual, como meio de

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio – Primeira Turma, p. 45.

desestimular e prevenir a ocorrência destes. Por outro lado, a redução do número de procedimentos de aborto deve ocorrer a partir de uma consciência construída no espaço da moral privada de cada indivíduo, de acordo com suas convicções éticas e morais⁴².

Dessa forma, pedindo vênias ao relator, a Ministra Rosa Weber acompanhou o voto-vista proferido pelo Ministro Luís Barroso para conceder de ofício a ordem de *habeas corpus* por entender que não estavam presentes os requisitos legais para manutenção da prisão preventiva, notadamente ante a inconstitucionalidade da criminalização da interrupção da gravidez até a 3ª semana de gestação.

Feitos tais apontamentos, passaremos a analisar e discutir os resultados até aqui colhidos, a fim de verificar se a argumentação das partes foi enfrentada e observada na decisão objeto de análise.

4. Análise crítica da decisão

Após explicitar a demanda que deu ensejo à decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal, passamos a analisar em que medida os Ministros levaram em consideração os argumentos utilizados pelas partes na construção do provimento jurisdicional.

É importante mencionar, portanto, que no caso em análise, tanto o Ministério Público como a defesa dos pacientes atuam como partes no processo, cada qual defendendo e argumentando em favor do interesse por eles defendidos.

Conforme se verificou até aqui, a defesa dos pacientes se limitou a abordar questões fáticas e processuais que justificassem a concessão da liberdade provisória a seus constituintes. O Ministério Público, por sua vez, apontou os argumentos – também fáticos e processuais - capazes de embasar e justificar a necessidade de manutenção da custódia preventiva.

Em momento algum, qualquer das partes que se manifestaram no processo trouxe argumentos que versassem sobre a compatibilidade entre as normas penais que criminalizam o aborto e a Constituição Federal. Aliás, seria de se estranhar que qualquer das partes pudesse vir a aventar essa

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio – Primeira Turma, p. 45.

possibilidade em julgamento de *habeas corpus*, já que o caso em análise não tratava sobre o mérito da acusação imputada aos réus.

A questão objeto de julgamento buscava desconstituir prisão preventiva imposta pelo Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso em Sentido Estrito (RESE) interposto contra decisão monocrática exarada por juiz de 1ª Instância, em Auto de Prisão em Flagrante Delito, que concedeu liberdade provisória aos pacientes envolvidos.

Desde o início da demanda, até o voto do relator, todas as partes que se pronunciaram no processo apresentaram argumentos estritamente relacionados ao (des)cabimento de prisão preventiva, argumentando dentro da linha processual penal pertinente, em análise ao art. 312 do CPP. Por outro lado, ao proferir o voto-vista, o Ministro Luís Barroso trouxe questão completamente distinta que sequer havia sido alvo de deliberação das partes.

Conforme lembra Peter Häberle, uma “sociedade aberta de intérpretes” permite que a democracia se desenvolva através de refinadas formas “de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais”.⁴³

Essa regra se aplica aos princípios constitucionais processuais, notadamente porque, no Estado constitucional-democrático, a legitimação do provimento jurisdicional não se dá pelo exercício da autoridade arbitrária, mas pelo respeito aos princípios de direitos fundamentais inerentes ao “devido processo legal”.

A decisão, objeto de comentário no presente trabalho, indica, ao menos a princípio, que o Supremo Tribunal Federal ignorou os argumentos trazidos pelas partes para a produção do provimento jurisdicional, notadamente porque decidiu matéria que sequer fora aventada por qualquer daqueles que compunham os polos da demanda.

Se por um lado os pacientes do *Habeas Corpus* fundamentaram seu pedido na ausência dos requisitos autorizativos da prisão (art. 312 do CPP), a acusação defendia a necessidade de manutenção da custódia como garantia da ordem pública.

⁴³ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 36.

Nota-se que a questão discutida, que, até então, era meramente processual, modificou-se subitamente com o voto prolatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que trouxe questão relativa a direito material (crime de aborto) e a sua (in)compatibilidade com a Constituição Federal.

Merece destaque, ainda, o fato de que a decisão foi proferida de ofício, na medida em que o voto condutor do acórdão reconheceu a impossibilidade de conhecimento do pedido de *habeas corpus*. Não obstante o entendimento fosse no sentido de que o pleito era incabível, o Supremo Tribunal Federal, de ofício, concedeu a ordem valendo-se de argumentos que, até então, não tinham sido objeto de discussão.

A esse respeito, urge mencionar a disposição contida no art. 10 do Código de Processo Civil que, reconhecendo a importância da participação das partes na construção do provimento, assevera que não será objeto de decisão argumento que não tenha sido invocado pelas partes.

A regra acima explicitada indica a necessidade de se levar a sério o processo em uma perspectiva democrática que, efetivamente, respeite direitos fundamentais. Se o Supremo Tribunal não considera os argumentos das partes (aqui atuando como legítimas intérpretes do direito) a decisão por ele proferida encontra guarida exclusivamente em uma lógica de autoridade que parte para o decisionismo.

Na sistemática brasileira, o Supremo Tribunal Federal decide em última instância. Dessa forma, é fundamental que suas decisões estejam respaldadas pelo pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Caso contrário, a decisão não poderá ser considerada legítima do ponto de vista constitucional.

Isto porque, fora a autoridade pura e simples, não há argumento capaz de fundamentar uma decisão da Suprema Corte que simplesmente ignora os direitos fundamentais processuais.

No caso concreto, ao trazer um argumento que não foi invocado pelas partes, o Supremo Tribunal Federal subtraiu do Ministério Público a possibilidade de exercer o contraditório em relação à constitucionalidade do dispositivo em questão. Dessa forma, a acusação, aqui encarada como parte no processo, foi surpreendida por uma decisão que sequer poderia ser prevista por qualquer das partes.

Se o próprio STF, na qualidade de guardião da Constituição, despreza os direitos processuais fundamentais, há uma subversão da ordem democrática onde há déficit de legitimidade e sobra de autoridade.

Em uma perspectiva fazzalariana, é o contraditório e a ampla defesa quem garante a legitimidade do provimento jurisdicional, já que ele permite que as partes argumentem, produzam provas e, dessa forma, permitam a construção democrática da decisão.

Se o Judiciário decide virando as costas para os argumentos apresentados pelas partes, essa garantia processual é simplesmente *pro forma*, desrespeitando a Constituição e atentando contra a própria razão de ser de uma Corte guardiã dos Direitos Fundamentais.

Considerações finais

O trabalho buscou identificar, sob a perspectiva defendida por Elio Fazzalari, se o Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário, assegura os direitos fundamentais processuais aos jurisdicionados no exercício de sua competência constitucional.

Na perspectiva do referido teórico, o contraditório deve exercer um papel central na concepção do direito processual, notadamente porque o provimento jurisdicional só se legitima por meio da efetiva participação e manifestação das partes que serão por ele afetadas.

Para realização do estudo foi analisado o julgamento do HC 124.306, a fim de verificar se a argumentação jurídica trazida pelas partes foi utilizada pelos ministros na decisão da causa posta a julgamento.

Após analisar os resultados obtidos com a presente pesquisa, é seguro afirmar que os ministros do Supremo Tribunal Federal simplesmente ignoraram os argumentos trazidos pelas partes, decidindo questão que sequer havia sido objeto de deliberação durante o curso do processo. Não fosse isso, os fundamentos utilizados pelos ministros não abordaram as argumentações apresentadas pelas partes, as quais sequer foram abordadas com profundidade no curso do processo.

É importante lembrar que o HC 124.306 discutia, de maneira exclusiva, se estavam presentes os requisitos para decreto de prisão preventiva dos

pacientes envolvidos em prisão em flagrante, ocorrida em março de 2013, no Estado do Rio de Janeiro.

Ao decidir em última instância acerca da inconstitucionalidade do caso, o Supremo Tribunal Federal inovou em seu entendimento, surpreendendo as partes com um argumento que, até então, não havia sido objeto de deliberação dentro do processo. Assim agindo os ministros subtraíram do Ministério Público – parte na ação penal – o direito de recorrer ofendendo frontalmente os princípios processuais do contraditório e da ampla defesa.

Ao decidirem como decidiram, os ministros demonstraram verdadeiro desprezo para com os argumentos jurídicos apresentados, impedindo que as partes participassem da construção do provimento jurisdicional.

Assim sendo, o trabalho cumpriu seu objetivo na medida em que verificou como o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de órgão de cúpula do Poder Judiciário, encarou os argumentos apresentados pelas partes no julgamento do HC 124.306.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial.** In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 875-902.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão Liminar no HC 290.341-RJ.** Relatora: Maria Thereza de Assis Moura - Sexta Turma. Diário Judicial Eletrônico, Brasília, 13 mar. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=34298317&num_registro=201400534269&data=20140319&formato=PDF>. Acesso em: 12 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 290.341-RJ.** Relatora: Maria Thereza de Assis Moura - Sexta Turma. Diário Judicial Eletrônico, Brasília, 4 nov. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1346850&num_registro=201400534269&data=20140916&formato=PDF>. Acesso em: 12 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306/RJ.** Relator: Ministro Marco Aurélio – Primeira Turma, Brasília, 09 ago. 2016. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>> Acesso em: 12 set. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Manifestação da Procuradoria Geral da República no Habeas Corpus 124.306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio – Primeira Turma, Brasília, 05 ago. 2015. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307387187&tipoApp=.](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307387187&tipoApp=)> Acesso em: 12 set. de 2018, p. 03.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Habeas Corpus 124.306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio – Primeira Turma. Diário Judiciário Eletrônico, Brasília, 11 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4637878>> Acesso em: 20 de agosto de 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. 1.v.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; SOARES, Carlos Henrique (Organizadores). **Novo Código de Processo Civil 2016 – Lei n. 13.105/15 com as alterações da Lei 13.256/2016**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **O STF e agenda pública nacional: de outro desconhecido a Supremo protagonista?** Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n88/a13n88.pdf>. Acesso em 20 de janeiro de 2020.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. 8ª. ed. Elaine Nassif. 1ª. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da magistratura: No Estado constitucional e democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

LAGES, Cintia Garabini. **O caráter objetivo dos procedimentos de controle concentrado de constitucionalidade: análise de sua legitimidade**. Pará de Minas: Virtual Books, 2016.

LAGES, Cintia Garabini; CHAMON JÚNIOR. Lúcio Antônio. **Acerca da segurança jurídica e da uniformidade das decisões a partir do novo Código de Processo Civil à luz do modelo constitucional do processo brasileiro**. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4797>. Acesso em: 10/01/2018.

PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PEREIRA, Jair Leite. **Habeas Corpus com pedido de liminar**. Habeas Corpus 124.306. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 18. SET. 2014. (documento obtido mediante solicitação junto à secretaria da 1ª. Turma do STF).

PETIT, Philip. **Democracia e contestabilidade**. In: MERLE, Jean Christophe; MOREIRA, Luiz (org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Processo – RESE 0065502-27.2013.8.19.0000**. Relator: Antonio Eduardo Ferreira Duarte. Rio de Janeiro, 25 fev. 2014. Disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201305166350>>. Acesso em: 12 set. 2019.