

09/08/2016

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. ROBERTO BARROSO
PACTE.(S) : EDILSON DOS SANTOS
PACTE.(S) : ROSEMERE APARECIDA FERREIRA
IMPTE.(S) : JAIR LEITE PEREIRA
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O *habeas corpus* não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos.

2. Em *primeiro lugar*, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação.

3. Em *segundo lugar*, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: *os direitos sexuais e reprodutivos* da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; *a autonomia* da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; *a*

HC 124306 / RJ

integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e *a igualdade* da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.

6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso, na conformidade da ata de julgamento e

HC 124306 / RJ

das notas taquigráficas, por maioria de votos, em não conhecer da impetração, mas conceder a ordem, de ofício, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Vencido o Ministro Marco Aurélio, Relator, que a concedia.

Brasília, 29 de novembro de 2016.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - REDATOR P/ O ACÓRDÃO

09/08/2016

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
PACTE.(S) : **EDILSON DOS SANTOS**
PACTE.(S) : **ROSEMERE APARECIDA FERREIRA**
IMPTE.(S) : **JAIR LEITE PEREIRA**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Dr. Marcos Paulo Dutra Santos:

O Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ (processo nº 001449-75.2013.8.19.0021) deferiu a liberdade provisória aos pacientes, presos em flagrante ante o suposto cometimento dos crimes descritos no artigo 288 (formação de quadrilha), combinado com o 126 (provocar aborto com o consentimento da gestante), em concurso material – por quatro vezes –, ambos do Código Penal. Assentou serem infrações relativamente às quais as penas autorizam a substituição ou o cumprimento no regime aberto.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro formalizou recurso em sentido estrito – de nº 001449-75.2013.8.19.0021. Sustentou a necessidade da segregação para garantir a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal. A 4ª Câmara Criminal, ao provê-lo, consignou a presença dos requisitos autorizadores da custódia e determinou a expedição de mandados de prisão contra os pacientes. A denúncia foi recebida em 4 de abril de 2013.

A defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça – de nº 290.341/RJ. Alegou a insubsistência dos motivos a

HC 124306 / RJ

justificarem a constrição. Defendeu a excepcionalidade da medida. Ressaltou que, se os pacientes forem condenados, cumprirão a reprimenda em regime diverso do fechado. A Sexta Turma não conheceu do *habeas*, em virtude da natureza substitutiva de recurso especial. Asseverou a legalidade da custódia, pois fundada em elementos concretos, consubstanciados na gravidade e na reprovabilidade das condutas imputadas. Reportou-se ao que apontado pelo Tribunal de origem no tocante às circunstâncias dos crimes.

Neste *habeas*, o impetrante diz ser teratológico o pronunciamento da Sexta Turma. Aduz que a constrição implementada estaria a constituir antecipação da reprimenda. Alude às premissas lançadas na decisão do Juízo, argumentando sobre a desnecessidade da segregação, bem como à inexistência de qualquer tentativa de fuga durante o flagrante. Destaca a presença de condições pessoais favoráveis – primariedade e residência fixa no distrito da culpa – e o princípio da homogeneidade, ante a desproporcionalidade entre a prisão e eventual condenação, que terá regime de cumprimento mais brando.

Requer o deferimento de liminar, a fim de assegurar aos pacientes o direito de responderem à ação penal em liberdade. No mérito, busca a confirmação da providência.

Vossa Excelência deferiu a medida acauteladora em 8 de dezembro de 2014, estendendo os efeitos aos acusados Débora Dias Ferreira e Jadir Messias da Silva, em 27 de junho de 2015.

Pesquisa no sítio do Tribunal de Justiça, realizada em 24 de maio de 2016, revelou que a instrução relativa à primeira fase do Júri não foi encerrada. Na última audiência de instrução e julgamento, ocorrida em 17 de agosto de 2015, compareceram os réus, acompanhados dos respectivos patronos.

HC 124306 / RJ

O Ministério Público Federal manifesta-se pela inadmissão da impetração, porquanto substitutiva de recurso ordinário constitucional, e, sucessivamente, pelo indeferimento da ordem.

Lancei visto no processo em 10 de junho de 2016, liberando para exame na Turma a partir de 21 seguinte, isso objetivando a ciência do impetrante.

É o relatório.

09/08/2016

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A impetração substitutiva é admissível quando 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.

Admito o *habeas*.

No mérito, reporto-me ao que fiz ver ao implementar a liminar, em 8 de dezembro de 2014:

[...]

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.

[...]

A tentativa de escapar do flagrante mostra-se neutra como fundamento para a preventiva, considerada a garantia à não autoincriminação, prevista no artigo 8º, item 2, alínea “g”, do Pacto de São José da Costa Rica.

Ao estender os efeitos da medida acauteladora aos corréus Débora Dias Ferreira e Jadir Messias da Silva, em 27 de junho de 2015, reiterei que:

[...]

HC 124306 / RJ

2. Ao implementar a ordem de prisão contra Débora Dias Ferreira e Jadir Messias da Silva, o órgão de origem, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, reportou-se ao envolvimento em prática delituosa. Em síntese, vislumbrou gravidade suficiente a inverter a ordem natural, que direciona a apurar para, selada a culpa, prender. A situação dos dois corréus não é distinta da que levou ao deferimento de liminar neste *habeas*, favorecendo os acusados Edilson dos Santos e Rosimere Aparecida Ferreira.

[...]

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

Ante o quadro, defiro a ordem para afastar a custódia provisória, tornando definitiva a liminar implementada em favor dos pacientes e, por extensão, dos corréus.

É como voto.

09/08/2016

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO

VOTO-VISTA

O MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

I. SÍNTESE DA DEMANDA

1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de concessão de medida cautelar, impetrado em face de acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC 290.341/RJ, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Extrai-se dos autos que os pacientes (que mantinham clínica de aborto) foram presos em flagrante, em 14.03.2013, devido à suposta prática dos crimes descritos nos arts. 126¹ (aborto) e 288² (formação de quadrilha) do Código Penal, em concurso material por quatro vezes, por terem provocado “*aborto na gestante/denunciada (...) com o consentimento desta*”.

2. Em 21.03.2013, o Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ concedeu a liberdade provisória aos pacientes³. Todavia, em 25.02.2014, a 4ª Câmara Criminal proveu recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, para decretar a prisão preventiva dos pacientes, com fundamento na garantia da ordem pública e na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal. Na sequência, a defesa impetrou HC no STJ, que não foi conhecido pela Corte. O acórdão, porém, examinou o mérito e assentou

1 Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

2 Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013)

3 A decisão considerou que “as infrações imputadas são de médio potencial ofensivo, com penas relativamente brandas, permitindo que, em caso de condenação, sejam aplicadas sanções conversíveis em penas restritivas de direitos ou, no máximo, a serem cumpridas em regime aberto”.

HC 124306 / RJ

não ser ilegal o encarceramento na hipótese⁴.

3. Neste *habeas corpus*, os impetrantes alegam que não estão presentes os requisitos necessários para a decretação de prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, sustentam que: (i) os pacientes são primários, com bons antecedentes e têm trabalho e residência fixa no distrito da culpa; (ii) a custódia cautelar é desproporcional, já que eventual condenação poderá ser cumprida em regime aberto; e (iii) não houve qualquer tentativa de fuga dos pacientes durante o flagrante. Daí o pedido de revogação da prisão preventiva, com expedição do alvará de soltura.

4. Em 8.12.2014, o Ministro Marco Aurélio, relator da ação, deferiu a medida cautelar pleiteada, em benefício dos acusados Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Em 27.06.2015, estendeu os efeitos da decisão aos demais corréus, Débora Dias Ferreira, Jadir Messias da Silva e Carlos Eduardo de Souza e Pinto.

5. A Procuradoria-Geral da República, em parecer subscrito pela Dra. Cláudia Sampaio Marques, opinou pelo não conhecimento do pedido e, no mérito, pela denegação da ordem, cassando-se a liminar deferida aos pacientes e estendida aos corréus.

6. Iniciado o julgamento, o Ministro Marco Aurélio votou pela admissão do *habeas corpus* e, no mérito, pelo deferimento da ordem para afastar a custódia provisória, nos termos da liminar anteriormente deferida. Pedi vista antecipada dos autos para uma análise mais detida da matéria.

4 De acordo com o acórdão recorrido, “não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elementos extraídos da conduta perpetrada pelos acusados, quais sejam, a gravidade concreta do delito, demonstrada pela reprovabilidade exacerbada da conduta praticada e tentativa em evadir do local dos fatos”.

HC 124306 / RJ

SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO

I. DESCABIMENTO DE *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DO RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

7. Inicialmente, verifico que se trata de *habeas corpus*, substitutivo do recurso ordinário constitucional, impetrado contra acórdão unânime da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que não conheceu do HC 290.341/RJ. Nos termos da jurisprudência majoritária desta Primeira Turma (HC 109.956, Rel. Min. Marco Aurélio; HC 128.256, Rel. Min. Rosa Weber), nessa hipótese, o processo deve ser extinto, sem resolução do mérito, por inadequação da via processual. Nada obstante isso, em razão da excepcional relevância e delicadeza da matéria, passo a examinar a possibilidade de concessão da ordem de ofício.

II. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

8. Em *primeiro lugar*, entendo que o decreto de prisão preventiva não apontou elementos individualizados que evidenciem a necessidade da custódia cautelar ou mesmo o risco efetivo de reiteração delitiva pelos pacientes e corréus. Em verdade, a decisão limitou-se a invocar genericamente a gravidade abstrata do delito de “provocar o aborto com o consentimento da gestante” imputado, bem como a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal ante à suposta tentativa dos pacientes de se evadirem do local dos fatos. No entanto, conforme notou o Ministro Marco Aurélio em seu voto, “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”.

HC 124306 / RJ

9. Não se encontram preenchidos, no caso concreto, os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal⁵, que exigem, para decretação da prisão preventiva, que estejam presentes riscos para a ordem pública ou para a ordem econômica, conveniência para a instrução criminal ou necessidade de assegurar a aplicação da lei. Note-se que a prisão torna-se ainda menos justificável diante da constatação de que os pacientes: (i) são primários e com bons antecedentes; (ii) têm trabalho e residência fixa; (iii) têm comparecido devidamente aos atos de instrução do processo; e (iv) cumprirão a pena, no máximo, em regime aberto, na hipótese de condenação. Aplicável, portanto, a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no sentido de que é ilegal a prisão cautelar decretada sem a demonstração, empiricamente motivada, dos requisitos legais (HC 109.449, Rel. Min. Marco Aurélio; e HC 115.623, Rel. Min. Rosa Weber).

10. A ausência de motivação concreta já seria suficiente para afastar a custódia preventiva na hipótese, tornando definitiva a liminar implementada em favor dos pacientes e estendida aos corréus. No entanto, há outra razão que conduz à concessão da ordem.

III. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DA INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO EFETIVADA NO PRIMEIRO TRIMESTRE

11. Em *segundo lugar*, é preciso examinar a própria constitucionalidade do tipo penal imputado aos pacientes e corréus, já que a existência do crime é pressuposto para a decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do art. 312 do CPP. Para ser compatível com a Constituição, a criminalização de determinada conduta exige que esteja em jogo a proteção de um bem jurídico relevante, que o comportamento incriminado não constitua exercício legítimo de um

5 CPP, Art. 312: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

HC 124306 / RJ

direito fundamental e que haja proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal.

12. No caso aqui analisado, está em discussão a tipificação penal do crime de aborto voluntário nos arts. 124 a 126 do Código Penal⁶, que punem tanto o aborto provocado pela gestante quanto por terceiros com o consentimento da gestante. O bem jurídico protegido – vida potencial do feto – é evidentemente relevante. Porém, a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade. É o que se demonstrará a seguir.

13. Antes de avançar, porém, cumpre estabelecer uma premissa importante para o raciocínio a ser desenvolvido: o aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve. Por isso mesmo, é papel do Estado e da sociedade atuar nesse sentido, mediante oferta de educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher que deseje ter o filho e se encontre em circunstâncias adversas. Portanto, ao se afirmar aqui a incompatibilidade da criminalização com a Constituição, não se está a fazer a defesa da disseminação do procedimento. Pelo contrário, o que se pretende é que ele seja raro e seguro.

1. Violação a direitos fundamentais das mulheres

14. A relevância e delicadeza da matéria justificam uma brevíssima incursão na teoria geral dos direitos fundamentais. A história da humanidade é a história da afirmação do indivíduo em face do poder político, do poder econômico e do poder religioso, sendo que este último

6 Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento - Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro - Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

HC 124306 / RJ

procura conformar a moral social dominante. O produto deste embate milenar são os direitos fundamentais, aqui entendidos como os direitos humanos incorporados ao ordenamento constitucional.

15. Os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes estatais, representam uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral⁷ e funcionam como uma reserva mínima de justiça assegurada a todas as pessoas⁸. Deles resultam certos deveres abstenção e de atuação por parte do Estado e da sociedade. Após a Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais passaram a ser tratados como uma emanção da dignidade humana, na linha de uma das proposições do imperativo categórico kantiano: toda pessoa deve ser tratada como um fim em si mesmo, e não um meio para satisfazer interesses de outrem ou interesses coletivos. Dignidade significa, do ponto de vista subjetivo, que todo indivíduo tem valor intrínseco e autonomia.

16. Característica essencial dos direitos fundamentais é que eles são oponíveis às maiorias políticas. Isso significa que eles funcionam como limite ao legislador e até mesmo ao poder constituinte reformador (CF, art. 60, § 4º)⁹. Além disso, são eles dotados de aplicabilidade direta e imediata, o que legitima a atuação da jurisdição constitucional para a sua proteção, tanto em caso de ação como de omissão legislativa.

17. Direitos fundamentais estão sujeitos a limites imanentes e a restrições expressas. E podem, eventualmente, entrar em rota de colisão entre si ou com princípios constitucionais ou fins estatais. Tanto nos casos de restrição quanto nos de colisão, a solução das situações concretas

7 Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 29.

8 Luís Roberto Barroso, *Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*, 2015. In: <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>, acesso em 28 nov. 2016.

9 Note-se que embora o dispositivo faça referência aos direitos e garantias individuais, o entendimento dominante é no sentido de que a proteção se estende a todos os direitos materialmente fundamentais.

HC 124306 / RJ

deverá valer-se do princípio instrumental da razoabilidade ou proporcionalidade¹⁰.

18. O princípio da proporcionalidade destina-se a assegurar a razoabilidade substantiva dos atos estatais, seu equilíbrio ou justa medida. Em uma palavra, sua justiça. Conforme entendimento que se tornou clássico pelo mundo afora, a proporcionalidade divide-se em três subprincípios: (i) a *adequação*, que identifica a idoneidade da medida para atingir o fim visado; (ii) a *necessidade*, que expressa a vedação do excesso; e (iii) a *proporcionalidade em sentido estrito*, que consiste na análise do custo-benefício da providência pretendida, para se determinar se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se perde.

19. A proporcionalidade, irmanada com a ideia de ponderação, não é capaz de oferecer, por si só, a solução material para o problema posto. Mas uma e outra ajudam a estruturar a argumentação de uma maneira racional, permitindo a compreensão do itinerário lógico percorrido e, conseqüentemente, o controle intersubjetivo das decisões.

20. Passando da teoria à prática, é dominante no mundo democrático e desenvolvido a percepção de que a criminalização da interrupção voluntária da gestação atinge gravemente diversos direitos fundamentais das mulheres¹¹, com reflexos inevitáveis sobre a dignidade

10 Sobre o tema, v. Robert Alexy, *Teoria e los derechos fundamentales*, 1997, p. 111; Aharon Barak, *Proportionality: constitutional rights and their limitations*; e Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2015, p. 289-295.

11 Há diversos trabalhos seminais nessa matéria tanto no Brasil como no exterior. No país, destacam-se os seguintes trabalhos: (i) Debora Diniz; Marcelo Medeiros, "Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna", *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 15, p. 959-966, 2010; (ii) Debora Diniz, Marilena Corrêa, Flávia Squinca, Kátia Soares Braga, "Aborto: 20 anos de pesquisa no Brasil." *Cadernos de Saúde Pública*, v. 25, n. 4, 2009; (iii) Jacqueline Pitanguy. "O movimento nacional e internacional de saúde e direitos reprodutivos." In Griffin, Karen e Costa, Sarah Hawker (orgs.). *Questões da saúde reprodutiva*, 1999; (iv) Flávia Piovesan, "Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos". In: Samantha Buglione

HC 124306 / RJ

humana¹². O pressuposto do argumento aqui apresentado é que a mulher que se encontre diante desta decisão trágica – ninguém em sã consciência suporá que se faça um aborto por prazer ou diletantismo – não precisa que o Estado torne a sua vida ainda pior, processando-a criminalmente. Coerentemente, se a conduta da mulher é legítima, não há sentido em se incriminar o profissional de saúde que a viabiliza.

21. Torna-se importante aqui uma breve anotação sobre o status jurídico do embrião durante fase inicial da gestação. Há duas posições antagônicas em relação ao ponto. De um lado, os que sustentam que existe vida desde a concepção, desde que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células. De outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência – o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação – não é possível ainda falar-se em vida em

(org.). *Reprodução e Sexualidade: Uma Questão de Justiça*, 2002, (v) Leila Linhares Barsted, “O movimento feminista e a descriminalização do aborto”, *Revista Estudos Feministas*, v. 5, n. 2, 1997; (vi) Maria Isabel Baltar da Rocha, “A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese” *Revista Brasileira de Estudos Populacionais*, v. 23, n. 2, 2006; (vii) Lucila Scavone, “Políticas feministas do aborto.”, *Revista Estudos Feministas*, v. 16, n. 2, 2008; (viii) Dossiê Aborto: Mortes Previsíveis e Evitáveis, 2005. No exterior, v.: (i) Judith Jarvis Thomson, “A Defense of Abortion.” *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 1, no. 1, 1971; (ii) Kristin Luker, *Abortion & the Politics of Motherhood*, 1984; (iii) Ronald Dworking, *Life’s Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, 1994; (iv) Robin West, “From Choice to Reproductive Justice: De-Constitutionalizing Abortion Rights.” *Yale Law Journal*, vol. 118, no. 7, 2009; (v) Ruth Bader Ginsburg, “Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe v. Wade*”. *North Caroline Law Review*, vol. 63, 1985; (vi) Catherine Mackinnon, “Reflections on Sex Equality Under Law”. *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991; (vii) Francis Beckwith, “Personal Bodily Rights, Abortion, and Unplugging the Violinist.” *International Philosophical Quarterly*, vol. 32, no. 1, 1992; (viii) Rebecca Cook, Joanna Erdman, Bernard Dickens, *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and controversies*, 2014; (ix) John Hart Ely, “The Wages of the Crying Woolf: A Coment on *Roe v. Wade*”. *Yale Law Journal*, vol. 82, 1973.

12 Luís Roberto Barroso, “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional, *Revista dos Tribunais* 919:127-196, 2012, p. 183 e s.

HC 124306 / RJ

sentido pleno.

22. Não há solução jurídica para esta controvérsia. Ela dependerá sempre de uma escolha religiosa ou filosófica de cada um a respeito da vida. Porém, exista ou não vida a ser protegida, o que é fora de dúvida é que não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mulher. Esta premissa, factualmente incontestável, está subjacente às ideias que se seguem.

23. Confirmam-se, a seguir, os direitos fundamentais afetados.

1.1. Violação à autonomia da mulher

24. A criminalização viola, em primeiro lugar, a *autonomia* da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III). A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida. Todo indivíduo – homem ou mulher – tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos. Neste espaço, o Estado e a sociedade não têm o direito de interferir.

25. Quando se trate de uma mulher, um aspecto central de sua autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez. Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida?

HC 124306 / RJ

1.2. Violação do direito à integridade física e psíquica

26. Em segundo lugar, a criminalização afeta a *integridade física e psíquica* da mulher. O direito à integridade psicofísica (CF/1988, art. 5º, caput e III) protege os indivíduos contra interferências indevidas e lesões aos seus corpos e mentes, relacionando-se, ainda, ao direito à saúde e à segurança. A integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação. Aquilo que pode ser uma bênção quando se cuide de uma gravidez desejada, transmuda-se em tormento quando indesejada. A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser. Também aqui, o que seria uma bênção se decorresse de vontade própria, pode se transformar em provação quando decorra de uma imposição heterônoma. Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher.

1.3. Violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher

27. A criminalização viola, também, os *direitos sexuais e reprodutivos* da mulher, que incluem o direito de toda mulher de decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva. A sexualidade feminina, ao lado dos direitos reprodutivos, atravessou milênios de opressão. O direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos. Parte dessas disfunções é fundamentada historicamente no papel que a natureza reservou às mulheres no processo reprodutivo. Mas justamente porque à mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior intensidade.

HC 124306 / RJ

28. O reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres como direitos humanos percorreu uma longa trajetória, que teve como momentos decisivos a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), realizada em 1994, conhecida como Conferência do Cairo, e a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em 1995, em Pequim. A partir desses marcos, vem se desenvolvendo a ideia de liberdade sexual feminina em sentido positivo e emancipatório. Para os fins aqui relevantes, cabe destacar que do Relatório da Conferência do Cairo constou, do Capítulo VII, a seguinte definição de direitos reprodutivos:

“§ 7.3. Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos”.

29. O tratamento penal dado ao tema, no Brasil, pelo Código Penal de 1940, afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, ao retirar dela a possibilidade de decidir, sem coerção, sobre a maternidade, sendo obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada. E mais: prejudica sua saúde reprodutiva, aumentando os índices de mortalidade materna e outras complicações relacionadas à falta de acesso à assistência de saúde adequada.

1.4. Violação à igualdade de gênero

29. A norma repressiva traduz-se, ainda, em quebra da *igualdade de gênero*. A igualdade veda a hierarquização dos indivíduos e as desigualdades infundadas, impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença. A

HC 124306 / RJ

histórica posição de subordinação das mulheres em relação aos homens institucionalizou a desigualdade socioeconômica entre os gêneros e promoveu visões excludentes, discriminatórias e estereotipadas da identidade feminina e do seu papel social. Há, por exemplo, uma visão idealizada em torno da experiência da maternidade, que, na prática, pode constituir um fardo para algumas mulheres¹³. Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não. A propósito, como bem observou o Ministro Carlos Ayres Britto, valendo-se de frase histórica do movimento feminista, “*se os homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta*”¹⁴.

1.5. Discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres

30. Por fim, a tipificação penal produz também *discriminação social*, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito.

31. Em suma: na linha do que se sustentou no presente capítulo, a criminalização da interrupção da gestação no primeiro trimestre vulnera o núcleo essencial de um conjunto de direitos fundamentais da mulher. Trata-se, portanto, de restrição que ultrapassa

13 Cristina Telles, *Por um constitucionalismo feminista: reflexões sobre o direito à igualdade de gênero*, 2016, dissertação defendida no Mestrado em Direito Público da UERJ.

14 ADPF 54-MC, j. 20.10.2004.

HC 124306 / RJ

os limites constitucionalmente aceitáveis. No próximo capítulo, procede-se, de todo modo, a um teste de proporcionalidade, para demonstrar que, também por esta linha argumentativa, a criminalização não é compatível com a Constituição.

2. Violação ao princípio da proporcionalidade

32. O legislador, com fundamento e nos limites da Constituição, tem liberdade de conformação para definir crimes e penas. Ao fazê-lo, deverá ter em conta dois vetores essenciais: o respeito aos direitos fundamentais dos acusados, tanto no plano material como no processual; e os deveres de proteção para com a sociedade, cabendo-lhe resguardar valores, bens e direitos fundamentais dos seus integrantes. Nesse ambiente, o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, além de critério de aferição da validade das restrições a direitos fundamentais, funciona também na dupla dimensão de proibição do excesso e da insuficiência.

33. Cabe acrescentar, ainda, que o Código Penal brasileiro data de 1940. E, a despeito de inúmeras atualizações ao longo dos anos, em relação aos crimes aqui versados – arts. 124 a 128 – ele conserva a mesma redação. Prova da defasagem da legislação em relação aos valores contemporâneos foi a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 54, descriminalizando a interrupção da gestação na hipótese de fetos anencefálicos. Também a questão do aborto até o terceiro mês de gravidez precisa ser revista à luz dos novos valores constitucionais trazidos pela Constituição de 1988, das transformações dos costumes e de uma perspectiva mais cosmopolita.

34. Feita esta breve introdução, e na linha do que foi exposto acerca dos três subprincípios que dão conteúdo à proporcionalidade, a tipificação penal nesse caso somente estará então justificada se: (i) for adequada à tutela do direito à vida do feto (*adequação*); (ii) não houver

HC 124306 / RJ

outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo dos direitos das mulheres (*necessidade*); e (iii) a tipificação se justificar a partir da análise de seus custos e benefícios (*proporcionalidade em sentido estrito*).

2.1. Subprincípio da adequação

35. Em relação à adequação, é preciso analisar se e em que medida a criminalização protege a vida do feto¹⁵. É, porém, notório que as taxas de aborto nos países onde esse procedimento é permitido são muito semelhantes àsquelas encontradas nos países em que ele é ilegal¹⁶. Recente estudo do Guttmacher Institute e da Organização Mundial da Saúde (OMS) demonstra que a criminalização não produz impacto relevante sobre o número de abortos¹⁷. Ao contrário, enquanto a taxa anual de abortos em países onde o procedimento pode ser realizado legalmente é de 34 a cada 1 mil mulheres em idade reprodutiva, nos países em que o aborto é criminalizado, a taxa sobe para 37 a cada 1 mil mulheres¹⁸. E estima-se que 56 milhões de abortos voluntários tenham ocorrido por ano no mundo apenas entre 2010 e 2014¹⁹.

36. Na verdade, o que a criminalização de fato afeta é a quantidade de abortos seguros e, conseqüentemente, o número de

15 Verónica Undurraga, “Proportionality in the Constitutional Review of Abortion Law”. In: Rebecca Cook, Joanna Erdman, Bernard Dickens (org.), *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*, 2014.

16 Sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto, “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional, *Revista dos Tribunais* 919:127-196, 2012, p. 183 e s.

17 Gilda Sedgh et al., Abortion incidence between 1990 and 2014: global, regional, and subregional levels and trends, *The Lancet*, vol. 388, iss. 10041, 2016.

18 Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/infographic/2016/restrictive-laws-do-not-stop-women-having-abortions>>

19 Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/fact-sheet/induced-abortion-worldwide>>

HC 124306 / RJ

mulheres que têm complicações de saúde ou que morrem devido à realização do procedimento²⁰. Trata-se de um grave problema de saúde pública, oficialmente reconhecido²¹. Sem contar que há dificuldade em conferir efetividade à proibição, na medida em que se difundiu o uso de medicamentos para a interrupção da gestação, consumidos privadamente, sem que o Poder Público tenha meios para tomar conhecimento e impedir a sua realização²².

37. Na prática, portanto, a criminalização do aborto é ineficaz para proteger o direito à vida do feto. Do ponto de vista penal, ela constitui apenas uma reprovação “simbólica” da conduta²³. Mas, do ponto de vista médico, como assinalado, há um efeito perverso sobre as mulheres pobres, privadas de assistência. Deixe-se bem claro: a reprovação moral do aborto por grupos religiosos ou por quem quer que seja é perfeitamente legítima. Todos têm o direito de se expressar e de defender dogmas, valores e convicções. O que refoge à razão pública é a possibilidade de um dos lados, em um tema eticamente controvertido, criminalizar a posição do outro.

38. Em temas moralmente divisivos, o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que as mulheres façam sua escolha de forma autônoma. O Estado precisa estar

20 V. Susan A. Cohen, *New Data on Abortion Incidence, Safety Illuminate Key Aspects of Worldwide Abortion Debate*, *Guttmacher Policy Review*, n. 10, disponível em: <<http://www.guttmacher.org/pubs/gpr/10/4/gpr100402.html>>.

21 De acordo com relatório do governo brasileiro, “4% das mortes de gestantes estão relacionadas a abortos realizados em condições inseguras, situação que configura um problema de saúde pública de significativo impacto no país”. V. Informe do Brasil no contexto do 20o aniversário da aprovação da Declaração e Plataforma de Ação de Pequim, apresentado por ocasião da 59a Sessão da Comissão sobre a Situação das Mulheres, realizada na sede da ONU em Nova York, de 9 a 20/03/2015 (<http://www.onumulheres.org.br/pequim20/csw59/>), acesso em 29 nov. 2016.

22 Verónica Undurraga, “Proportionality in the Constitutional Review of Abortion Law”. *Op. cit.*

23 *Id.*

HC 124306 / RJ

do lado de quem deseja ter o filho. O Estado precisa estar do lado de quem não deseja – geralmente porque não pode – ter o filho. Em suma: por ter o dever de estar dos dois lados, o Estado não pode escolher um.

39. Portanto, a criminalização do aborto não é capaz de evitar a interrupção da gestação e, logo, é medida de duvidosa adequação para a tutela da vida do feto. É preciso reconhecer, como fez o Tribunal Federal Alemão, que, considerando “o sigilo relativo ao nascituro, sua impotência e sua dependência e ligação única com a mãe, as chances do Estado de protegê-lo serão maiores se trabalhar em conjunto com a mãe”²⁴, e não tratando a mulher que deseja abortar como uma criminosa.

2.2. Subprincípio da necessidade

40. Em relação à necessidade, é preciso verificar se há meio alternativo à criminalização que proteja igualmente o direito à vida do nascituro, mas que produza menor restrição aos direitos das mulheres. Como visto, a criminalização do aborto viola a autonomia, a integridade física e psíquica e os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a igualdade de gênero, e produz impacto discriminatório sobre as mulheres pobres.

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

24 Alemanha, Tribunal Federal Alemão, 88 BVerfGE 203, note 25, at para. 189.

HC 124306 / RJ

abortar deve se submeter a uma consulta de aconselhamento e a um período de reflexão prévia de três dias²⁵. Procedimentos semelhantes também são previstos em Portugal²⁶, na França²⁷ e na Bélgica²⁸.

42. Além disso, o Estado deve atuar sobre os fatores econômicos e sociais que dão causa à gravidez indesejada ou que pressionam as mulheres a abortar²⁹. As duas razões mais comumente invocadas para o aborto são a impossibilidade de custear a criação dos filhos e a drástica mudança na vida da mãe (que a faria, e.g., perder oportunidades de carreira)³⁰. Nessas situações, é importante a existência de uma rede de apoio à grávida e à sua família, como o acesso à creche e o direito à assistência social. Ademais, parcela das gestações não programadas está relacionada à falta de informação e de acesso a métodos contraceptivos. Isso pode ser revertido, por exemplo, com programas de planejamento familiar, com a distribuição gratuita de anticoncepcionais e assistência especializada à gestante e educação sexual. Logo, a tutela penal também dificilmente seria aprovada no teste da necessidade.

2.3. Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

43. Por fim, em relação à proporcionalidade em sentido estrito, é preciso verificar se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da criminalização são ou não compensadas pela

25 Alemanha, Tribunal Federal Alemão, 88 BVerfGE 203; Reforma ao Código Penal de 1995.

26 Portugal, Lei n. 16/2007

27 França, Código de Saúde Pública, Lei no 2001-588/2001 e Código Penal.

28 Bélgica, Código Penal de 1867 (reforma de 1990).

29 Kristen Day, "Supporting pregnant women and their families to reduce the abortion rate". In: Robin West, Justin Murray, Meredith Esser (org.), *In search of common ground on abortion: From culture war to reproductive justice*, 2014; Dorothy Roberts, "Toward Common Ground on Policies Advancing Reproductive Justice", *Ibid.*

30 Kristen Day, *Op. cit.* p. 144.

HC 124306 / RJ

proteção à vida do feto.

44. De um lado, já se demonstrou amplamente que a tipificação penal do aborto produz um grau elevado de restrição a direitos fundamentais das mulheres. Em verdade, a criminalização confere uma proteção deficiente aos direitos sexuais e reprodutivos, à autonomia, à integridade psíquica e física, e à saúde da mulher, com reflexos sobre a igualdade de gênero e impacto desproporcional sobre as mulheres mais pobres. Além disso, criminalizar a mulher que deseja abortar gera custos sociais e para o sistema de saúde, que decorrem da necessidade de a mulher se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da morbidade e da letalidade.

45. De outro lado, também se verificou que a criminalização do aborto promove um grau reduzido (se algum) de proteção dos direitos do feto, uma vez que não tem sido capaz de reduzir o índice de abortos. É preciso reconhecer, porém, que o peso concreto do direito à vida do nascituro varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação. O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto. Sopesando-se os custos e benefícios da criminalização, torna-se evidente a ilegitimidade constitucional da tipificação penal da interrupção voluntária da gestação, por violar os direitos fundamentais das mulheres e gerar custos sociais (*e.g.*, problema de saúde pública e mortes) muito superiores aos benefícios da criminalização.

46. Tal como a Suprema Corte dos EUA declarou no caso *Roe v. Wade*, o interesse do Estado na proteção da vida pré-natal não supera o direito fundamental da mulher realizar um aborto³¹. No mesmo sentido, a decisão da Corte Suprema de Justiça do Canadá, que declarou a inconstitucionalidade de artigo do Código Penal que criminalizava o

31 EUA, Suprema Corte dos EUA, *Roe. V. Wade*, 10 U.S. 113 (1973) (assegurando o direito de a mulher realizar um aborto nos dois primeiros trimestres da gravidez).

HC 124306 / RJ

aborto no país, por violação à proporcionalidade³². De acordo com a Corte canadense, ao impedir que a mulher tome a decisão de interromper a gravidez em todas as suas etapas, o Legislativo teria falhado em estabelecer um *standard* capaz de equilibrar, de forma justa, os interesses do feto e os direitos da mulher. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante a fase inicial da gestação como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

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

48. No caso em exame, 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

32 Canadá, Suprema Corte de Justiça canadense, *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 SCR 30.

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

HC 124306 / RJ

imputado aos pacientes e corrêus à interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros meses, há dúvida fundada sobre a própria existência do crime, o que afasta a presença de pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do caput do art. 312 do CPP.

III. CONCLUSÃO

49. Ante o exposto, concedo de ofício a ordem de *habeas corpus* para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-a aos corrêus.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 124.306

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S) : EDILSON DOS SANTOS

PACTE.(S) : ROSEMERE APARECIDA FERREIRA

IMPTE.(S) : JAIR LEITE PEREIRA (12819/RJ)

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que concedia a ordem de *habeas corpus*, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, Presidente. 1ª Turma, 9.8.2016.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma

29/11/2016

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminente Relator Ministro Marco Aurélio, examinei a matéria e também, num primeiro momento, fico na preliminar, acompanhando Vossa Excelência pelo não conhecimento, tendo em vista o *habeas corpus* impetrado na forma com que se deduziu a respectiva impetração.

Nada obstante, também acompanho Vossa Excelência na concessão de ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, e o faço pelos dois fundamentos de Vossa Excelência.

E concludo, embora seja apenas uma nota *a latere*, Senhor Presidente, para registrar que nesta 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.

29/11/2016

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, também acompanho Vossa Excelência pelos dois fundamentos. Vou juntar voto escrito aos autos.

29/11/2016

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO

VOTO CONCORRENTE

A MINISTRA ROSA WEBER:

1. INTRODUÇÃO

Senhores Ministros, no caso concreto apresento voto concorrente ao voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, entendendo que, não obstante o *habeas corpus* não seja cabível na hipótese, é justificável o deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes desta relação jurídico-processual penal, estendendo-se a decisão aos corréus.

Isso porque, como já amplamente discutido neste Colegiado, a partir dos elementos fáticos e jurídicos que informam o processo de origem, não se encontram comprovados os requisitos legais que autorizam a prisão cautelar, como o risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, nos termos do artigo 312 do Código Penal. Quanto a este ponto, compartilhamos a mesma conclusão.

Todavia, ademais deste argumento principal de natureza processual para justificar o deferimento de ofício da ordem, compreendo que outro fundamento de natureza substancial, referente à tipificação do crime de aborto em análise, deve ser analisado, a título de fundamento secundário, ainda que em sede de via incidental de controle, e que nos autoriza a tomar a mesma conclusão. Para tanto, o texto legal descrito nos artigos 124 a 126 do Código Penal exige para sua legitimação que lhe seja conferida interpretação conforme, de modo a desqualificar o crime de aborto na hipótese de interrupção voluntária da gravidez efetivada no primeiro trimestre, como proposto pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

A discussão, com certeza, que ora se coloca para apreciação e deliberação deste Colegiado, é umas das mais sensíveis e delicadas

HC 124306 / RJ

questões jurídicas, porquanto envolve sensibilidades de ordem ética, moral e religiosa, notadamente desta última. Na verdade, o debate sobre a possibilidade de legalização do aborto por decisão da mulher no primeiro trimestre sempre foi realizado na arena social, política e mesmo acadêmica (em menor grau) a partir dessas sensibilidades.

Ocorre que temos que enfrentar o debate do crime de aborto por escolha da mulher, pelo menos neste espaço de jurisdição constitucional, a partir dos princípios constitucionais que informam nosso Estado constitucional democrático e, por conseguinte, dos direitos tutelados por este, na medida em que o Estado deve adotar uma postura de neutralidade quanto às questões de ética privada.^[1]

Questões de ordem ética e moral sobre o aborto são deveras importantes para a formação e consciência da comunidade social, todavia, elas pertencem à esfera da moral privada. Cada pessoa tem sua esfera privada, moral e ética de como se comportar e agir em sociedade, a partir de convicções próprias. Contudo, o espaço da moral privada não pode ser confundido com a esfera da responsabilidade pública, e principalmente com o espaço de atuação do Estado de Direito, na restrição dos direitos individuais da pessoa. Ao contrário, a responsabilidade pública exige a abdicação de ética privada em detrimento de uma moralidade comum.

Desse modo, o problema deve ser posto, na arena jurídica repito, a partir das seguintes perguntas: justifica o Estado criminalizar a decisão da mulher por abortamento no primeiro trimestre da gestação? Pode ser negado este direito de escolha da mulher? Existem razões suficientes na ordem constitucional que legitimam esta decisão política majoritária em detrimento de direitos individuais? Quais os princípios constitucionais que estão em colisão? A aceitabilidade ética ou moral do aborto é tão reprovável nas sociedades contemporâneas que legitima sua transferência para o campo da escolha política?

Em razão da complexidade do tema, e do papel de construtor da razão pública que legitima a atuação desta jurisdição constitucional na tutela de direitos fundamentais, por essência de natureza

HC 124306 / RJ

contramajoritária, com mais razão neste caso concreto, apresento os argumentos que, entendo, justificam a interpretação conforme sugerida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, a fim de que possamos deliberar e formar uma opinião sobre o problema jurídico posto.

Cumpra assinalar que uma decisão por parte deste Supremo Tribunal Federal não necessariamente dará a última palavra sobre a interpretação constitucional correta para a solução da descriminalização do aborto, mas antes iniciará o debate interinstitucional com os demais poderes, a fim de qualificá-lo publicamente, haja vista que o legislativo não avançou nesta agenda, de forma a bloquear a discussão pública.

2. QUESTÕES JURÍDICAS EM DISCUSSÃO

A proposta de voto, como afirmado, é quanto à possibilidade de se conferir interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal, que tipificam o crime de aborto, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre, por ser uma escolha política penal desproporcional com os direitos fundamentais da mulher no âmbito reprodutivo, sexual e de igualdade.

Transcrevo abaixo a legislação objeto da interpretação conforme, para adequada identificação das questões jurídicas que a circunscrevem:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

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:

Pena – reclusão, de um a quatro anos.

HC 124306 / RJ

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

Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico:

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.

De outro lado, o parâmetro normativo constitucional de controle da interpretação conforme consiste nos seguintes direitos fundamentais:

a) liberdade privada como direito fundamental: autonomia e direito ao próprio corpo;

b) direito à saúde da mulher – direito ao respeito à integridade física, psíquica e moral;

c) direitos sexuais e reprodutivos da mulher;

d) direito à proteção à vida desde a concepção – tutela da vida intrauterina.

e) privação arbitrária da vida - dignidade da pessoa humana;

f) direito à igualdade na acepção substancial.

À vista do quadro normativo desenhado, verifica-se que o problema da descriminalização do aborto na hipótese de interrupção voluntária da gravidez no primeiro trimestre por decisão da mulher tem, em sua essência, a colisão entre dois direitos fundamentais básicos: direito à vida como forma de tutela do nascituro *versus* o direito à liberdade e autonomia reprodutiva da mulher, como forma de realização material do direito à igualdade de gênero.

Ademais, destes dois argumentos jurídicos essenciais em disputa interpretativa, agregam-se outros, como elencados acima, de forma colateral, na defesa dos direitos que assegure a autonomia, a

HC 124306 / RJ

inviabilidade e a dignidade do sujeito.

3. EXPERIÊNCIA COMPARADA

Para iniciar a discussão argumentativa sobre a descriminalização do aborto no primeiro trimestre da gestação por decisão da mulher, entendo necessária a descrição do panorama legislativo e jurisdicional na perspectiva comparada, como forma de oferecimento de subsídios jurídicos, a partir da compreensão do problema por jurisdições que já enfrentaram o tema e fundamentos jurídicos em jogo. E mesmo de informações acerca da aceitabilidade dessa hipótese como moralmente ou eticamente aceitável pelas comunidades contemporâneas.

Ademais, não obstante as decisões tomadas por outras jurisdições constitucionais não seja vinculante em nossa ordem constitucional, servindo como exemplo, devemos ter em consideração, com mais força normativa, a decisão tomada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e, por conseguinte, a interpretação dada por esta acerca do alcance dos direitos à integridade pessoal, liberdade pessoal e vida privada e reprodutiva da mulher em confronto com o direito à tutela da vida intrauterina, em decorrência do controle de convencionalidade.

3.1 Experiências da jurisdição comparada.

Pois bem. Com relação à jurisdição comparada, por certo, que o caso mais emblemático e conhecido por todos no cenário jurídico internacional é o julgamento proferido pela Suprema Corte Americana em *Roe versus Wade*, em 1973, no qual a maioria, formada por sete votos em desfavor de uma minoria de dois votos, entendeu pela inconstitucionalidade da disposição legal do Estado do Texas, que apenas permitia o aborto na hipótese salvar a vida da mãe, criminalizando as demais.

Para chegar a esta conclusão da legalização do aborto pela mulher, a maioria da Suprema Corte Americana, liderada pelo *Justice Blackmun*, fundamentou-se no direito à privacidade da mulher em decidir pela continuidade ou não da gravidez, tal como reconhecido no caso *Griswold vs. Connecticut*, julgado em 1965, em detrimento do interesse do Estado na proteção dos direitos constitucionais do feto como pessoa. A questão

HC 124306 / RJ

central do aborto, portanto, envolveu a ponderação entre o direito da mulher à privacidade pessoal, que engloba o direito de interromper a gravidez, contra o direito à vida do feto, e a preocupação do Estado com a saúde da mãe^{[2][2]}.

Quanto ao ponto, transcrevo trecho da decisão que retrata a ponderação realizada por aquela jurisdição:

“The Court then outlined the various interests arising out of the abortion decision. The pregnant woman's interest was said to stem from her right to personal privacy. Encompassed within this concept of privacy are the fundamental rights to marry, procreate, raise children and use contraceptives. Contrary to the district court's focus on the ninth amendment, the Court expressed its belief that this right of privacy is "founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state actions ... [and is] broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy." 12 In an apparent attempt to provide some boundaries to this right of personal liberty, the Court specified:

... it is not dear to us that the claim asserted by some *aniki* that one has an unlimited right to do with one's body as one pleases bears a close relationship to the right of privacy previously articulated in the Court's decisions.

As a consequence, the right had to be qualified and considered against the other interests involved. Because this right of privacy which includes the decision to abort a pregnancy is fundamental, the Court held that only a compelling state interest and a narrowly drawn statute would justify its regulation.”^[3]

Todavia, neste caso em questão, a Suprema Corte Americana, além de declarar a inconstitucionalidade do texto legal, estabeleceu alguns critérios para a disciplina legislativa do aborto pelos Estados. Colocou que no primeiro trimestre de gestação, o aborto deveria ser de livre

HC 124306 / RJ

escolha da mulher; no segundo trimestre o aborto seria permitido, todavia, o Estado poderia regulamentar o exercício deste direito, como forma de proteger a saúde da mulher gestante; no terceiro e último trimestre da gestação, o aborto seria proibido, porque neste período o feto já tem viabilidade de vida extrauterina, daí os Estados poderiam ter o interesse na tutela da vida do nascituro, salvo na situação de intervenção para preservação da saúde da mulher.

Em resumo: a justificação para a conclusão da inconstitucionalidade do aborto por escolha da mulher ocorreu por motivos de proteção do direito à privacidade da mulher e da interpretação conferida à décima quarta emenda, não havendo uma apreciação expressa do problema a partir dos direitos reprodutivos da mulher e sua autonomia de decisão. O contexto social, histórico e jurídico da época talvez justificasse aquele argumento jurídico.

Cumprе assinalar que, de acordo com a opinião majoritária da Suprema Corte, o interesse do Estado em proteger os direitos do nascituro apenas se projeta na hipótese de viabilidade de vida extrauterina deste, o que ocorreria a partir do terceiro trimestre da gestação.[\[4\]](#)

Nada obstante, a Suprema Corte Americana já confrontou o tema do aborto em outros casos, e evoluiu sua jurisprudência em alguns pontos, como quanto à questão da fronteira da viabilidade do feto, que pode ocorrer antes do período de 28 semanas, ou seja, do sétimo mês da gestação, tal como decidido no caso *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, em 1992.

Em decisão recente, no caso *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* (2016), a Suprema Corte reafirmou o direito da mulher ao aborto seguro no primeiro trimestre da gestação, com a declaração de inconstitucionalidade da legislação do estado texano, que permitia a restrição do direito com a previsão de regulamentações sanitárias burocráticas. O raciocínio decisório da opinião majoritária fundamentou-se no argumento de que a existência de ônus indevido sobre o direito reprodutivo da mulher de escolha e, conseqüentemente, uma disposição

HC 124306 / RJ

legislativa que tenha por efeito impor obstáculos substanciais no caminho deste direito, sem o oferecimento de benefícios médicos suficientes que os justifiquem, é inconstitucional.

Com efeito, no contexto atual normativo, a questão do aborto deve avançar na agenda interpretativa para colocar em pauta não apenas o direito à privacidade da mulher ou a perspectiva de saúde da mulher, por fatores médicos, mas colocar o aborto como uma questão do direito da mulher, na aceção reprodutiva e sexual, e do direito de liberdade, autonomia e igualdade, por conseguinte, de escolha, em face do direito à tutela do nascituro.

3.2 Interpretação dada pela Corte Interamericana sobre o direito à vida, tal como prescrito no artigo 4.1 do Pacto São José da Costa Rica. Caso Artavia-Murillo (*Fecundación In Vitro*) x Costa Rica (2012)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, teve a oportunidade de enfrentar a questão da fronteira entre o direito à autonomia pessoal, saúde sexual, direito ao planejamento familiar e vida privada, direito à integridade pessoal, e não discriminação e o direito à proteção do embrião, no caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, cujo julgamento ocorreu no ano de 2012.

Nesse caso, a Corte Interamericana analisou os efeitos da sentença proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Costa Rica, mediante a qual declarou inconstitucional o Decreto executivo nº 24029-S, que regulava a técnica de fecundação *in vitro* no país, fato jurídico este que implicou a interrupção do tratamento médico pelas mulheres que haviam iniciado ou mesmo o deslocamento destas para outros países que permitiam referido tratamento.

A justificativa utilizada pela Sala Constitucional de Costa Rica foi fundamentada em dois argumentos jurídicos principais: o primeiro de ordem formal, consistente na violação do princípio da reserva legal, na medida em que um Decreto regulamentara matéria de direito à vida e dignidade do ser humano; o segundo, de ordem material, no sentido de que as práticas de fecundação *in vitro* atentariam contra o direito à vida e

HC 124306 / RJ

à dignidade da pessoa, uma vez que: “[e]l ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida”; ii) “en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico”, y iii) “como el derecho [a la vida] se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer”.^[5]

Com efeito, o caso concreto julgado pela Corte Interamericana não analisou a questão do aborto e suas derivações, porque o caso envolveu a possibilidade de fecundação *in vitro* pelas mulheres. Todavia, ao resolver o problema jurídico e entender pela responsabilidade internacional do Estado da Costa Rica por ter vulnerado direito à vida privada e familiar e o direito à integridade pessoal, na acepção da autonomia pessoal, a saúde sexual, o direito de usufruir dos benefícios do progresso tecnológico e científico, definiu o alcance interpretativo do artigo 4.1 da Convenção Americana, que trata do direito à vida.^{[6][6]} E, ao assim decidir, enfrentou a necessidade de tutela dos direitos da mulher e sua autonomia reprodutiva e consignou o caráter não absoluto dos direitos do embrião e do feto.

Em outras palavras, a Corte Interamericana no processo decisório levado a cabo, enfrentou as seguintes premissas argumentativas:

a) interpretação do artigo 11 da Convenção Americana que requer a proteção estatal dos indivíduos em face das ações arbitrárias das instituições estatais que afetam a vida privada e familiar;

b) interpretação ampla do artigo 7 da Convenção, ao consignar que neste se inclui o conceito de liberdade no sentido extenso, como a capacidade de fazer e não fazer do que é lícitamente permitido, ou seja, do direito de todo ser humano autodeterminar-se e fazer suas escolhas de vida;

c) definição do direito à vida privada a partir de sua relação com: a autonomia reprodutiva e o acesso aos serviços de saúde reprodutiva, o qual envolve o direito de acesso à tecnologia, médica necessária para o

HC 124306 / RJ

exercício adequado deste direito;

d) definição do alcance do artigo 4.1, em atenção aos conceitos “pessoa”, “ser humano”, “concepção” e “geral”, a partir de uma interpretação sistemática e histórica, evolutiva e de acordo com o objeto e finalidade do Tratado internacional.

Ademais, cumpre assinalar que a decisão da Corte Interamericana levou em consideração a interpretação sistemática dos sistemas regionais, interamericano, africano e europeu de direitos humanos, bem como o sistema universal, para o alcance da proteção da via intrauterina.

Como resultado, entendeu a Corte Interamericana que a proteção do direito à vida com fundamento no artigo 4.1 não é absoluta, mas gradual e incremental, conforme seu desenvolvimento, de modo que não constitui um dever absoluto e incondicional, cabendo exceções à regra geral.

Por fim, trago à deliberação um argumento jurídico bem interessante adotado pela Corte, consistente na severidade da interferência estatal de proibir a fecundação *in vitro*, como consequência direta da discriminação indireta, em decorrência do impacto desproporcional na capacidade de gênero e situação econômica. Transcrevo o seguinte trecho da decisão: *“La Corte ha señalado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. El concepto de la discriminación indirecta implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas. Es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba. La Corte consideró que el concepto de impacto desproporcionado está ligado al de discriminación indirecta, razón por la cual se analizó si en el presente caso existió un impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica.”*

Pois bem. Como afirmado, conquanto o caso não verse sobre o aborto especificamente, os fundamentos jurídicos subjacentes à decisão

HC 124306 / RJ

nos permite inferir conclusões acerca do alcance interpretativo do direito à vida e sua relação com os direitos à liberdade privada, autonomia reprodutiva da mulher, e vedação de discriminação indireta de gênero e capacidade econômica.

3.3 Corte Europeia de Direitos Humanos

A Corte Europeia de Direitos Humanos, nos casos *Paton vs. Reino Unido, Vo vs. França, Evans vs. Reino Unido, A, B, and C vs, Irlanda*, a título de exemplo, igualmente entendeu que a proteção do direito à vida intrauterina não é absoluta, tampouco a proteção dos interesses do embrião/feto, devendo haver uma proporcionalidade entre a proteção deste com a proteção dos demais direitos, notadamente os direitos da mulher e sua autonomia reprodutiva.

Relevante assinalar que a Corte Europeia de Direitos Humanos não firmou uma interpretação sobre o direito à interrupção da gravidez, porquanto entendera que o Conselho da Europa não tem legitimidade para legislar sobre o assunto. Nos casos referidos foi apreciada a questão da proporcionalidade entre as medidas de ingerência dos Estados em favor da proteção dos interesses dos nascituros e o direito à liberdade e autonomia reprodutiva da mulher.

Quanto ao ponto, trago as considerações feitas pelo Professor de Direito Constitucional Daniel Sarmiento, na análise do caso envolvendo a Irlanda, que traduz o argumento posto:

“Sem examinar a questão relacionada à existência seja de um direito ao aborto, seja de um direito à vida do nascituro, a Corte pronunciou-se pela invalidade das restrições, em razão de ofensa ao princípio da proporcionalidade³⁰, afirmando que a medida adotada pelo Estado irlandês teria sido excessiva. Note-se que, muito embora a Corte não tenha examinado a questão do direito ao aborto, infere-se da sua decisão que a vida intrauterina não pode ser protegida com a mesma intensidade que a vida de pessoa nascida. Com efeito, ninguém questionaria o poder de um Estado de proibir o fornecimento de

HC 124306 / RJ

informações contendo endereços, telefones e contatos de assassinos, visando a encomenda de homicídios. O tratamento diferente dado ao caso revela, portanto, uma posição que, nas suas entrelinhas, recusa qualquer equiparação entre a proteção da vida do nascituro e a do indivíduo após o nascimento. E esta postura se evidencia também na parte da decisão em que a Corte, rebatendo a argumentação do governo irlandês, afirmou que o aumento da procura de abortos no exterior por mulheres irlandesas devia-se não ao trabalho das clínicas de aconselhamento, mas ao excessivo rigor da legislação daquele país.”[\[7\]](#)

4. EMPIRIA SOBRE O ABORTO

Entendo necessário trazer ao debate um pouco de empiria sobre a questão de como o aborto é retratado pelas estatísticas, conquanto seja argumento de segunda ordem, a fim de trazer dados reais para o pensar da política pública estatal nesse tema, que, bem vistas as coisas, trata-se também de política pública sanitária.

De acordo com uma pesquisa de alcance global realizada entre no período de 1995 a 2008, pelo *UK Department of International Development, The Dutch Ministry of Foreign Affairs, and the John D and Catherine T Mac Arthur Foundation*,[\[8\]\[8\]](#) a partir de estatísticas oficiais, levantamentos nacionais representativos e informações de estudos publicados, registros hospitalares e pesquisas de mulheres, principalmente para a verificação das estimativas do aborto inseguro, constatou-se que a taxa global de aborto permaneceu estável entre 2003 e 2008, com taxas de 28 e 29 abortos para cada 1000 mulheres com idade entre 15 e 44 anos, respectivamente, após um período de declínio de 35 abortos para cada 1000 mulheres em 1995. Todavia, não obstante a taxa estável de aborto, a preocupação sentida por especialistas da área médica e de políticas públicas da Organização Mundial da Saúde deu-se em decorrência da verificação do aumento do percentual dos abortos clandestinos, realizados sem assistência médica devida, o acréscimo ocorreu de 44% em 1995 para 49% em 2008.

HC 124306 / RJ

Em resumo: em 1995, 78% dos abortos ocorreram em países em desenvolvimento, sendo que em 2008 esse percentual elevou-se para 86%, fator que implicou a conclusão firmada no estudo foi no sentido de que a taxa de aborto foi menor nas regiões onde as mulheres possuem regulamentação jurídica do direito ao aborto, com sua liberalização no primeiro trimestre da gestação (*In 2008, the abortion rate was lower in subregions where larger proportions of the female population lived under liberal laws than in subregions where restrictive abortion laws prevailed*).

Ademais, quanto ao ponto, cumpre assinalar que a criminalização do aborto, à exceção das hipóteses do chamado aborto necessário (por questões de saúde da mulher ou feto anencéfalo) ou de gravidez resultante de estupro, tem como efeito negativo o desconhecimento das estatísticas sobre a questão, por ausência de dados oficiais, fato este que influencia em debates e formulação de políticas públicas dissociadas da realidade.

Na pesquisa acima apontada, uma afirmação destacada que facilitou a construção das estatísticas foi a disponibilização de mecanismos de coleta de dados oficiais em 60% dos países que tem legislação de descriminalização do aborto.

Outra pesquisa relevante sobre o diagnóstico estatístico da situação do aborto, em perspectiva comparada, realizada pelo *The Guttmacher Institute* em 2012, e publicada em 2015 no *Journal of Obstetrics & Gynaecology*, concluiu que o aborto figura como importante fator de mortalidade maternal e morbidade. Isso porque os casos de interrupção de gravidez clandestina aumentaram nos países em desenvolvimento, notadamente na América Latina, seguida das regiões africana e asiática. A constatação principal da pesquisa foi no sentido de que sete milhões de mulheres foram internadas por complicações de abortos clandestinos e vinte e duas mil morreram no ano de 2012^{[9][9]}.

Fica demonstrada, das pesquisas realizadas por instituições internacionalmente reconhecidas na área das ciências biológicas, que o designado aborto clandestino é realidade ascendente dos países que não disciplinaram juridicamente a prática da interrupção da gravidez por

HC 124306 / RJ

decisão da mulher no primeiro trimestre da gestação, que implica sérios riscos de saúde e aumento da mortalidade materna por complicações dos procedimentos clandestinos de aborto, os quais são utilizados pelas mulheres que não possuem condições econômicas de custear o tratamento particular. Aqui, precisamos apontar a séria situação de ausência de política pública estatal.

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 formação de políticas públicas de educação sexual, como meio de 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 morais.

Com efeito, a criminalização do ato de interrupção voluntária da gestação não se mostra como uma escolha política constitucionalmente amparada para dirimir os problemas que envolvem o aborto, tendo em consideração a necessidade de tutela dos direitos envolvidos, bem como porque não tutela o bem vida pretendido.

5. CONCLUSÃO

Por tais razões, entendo, compartilhando das premissas argumentativas defendidas pelo Ministro Luís Roberto Barroso, no tocante aos fundamentos jurídicos e juízo de proporcionalidade, que o aborto sob a perspectiva constitucional no Brasil exige regulamentação jurídica que seja, ao mesmo tempo, conforme com os direitos do nascituro e a proteção do direito à vida e dignidade da pessoa humana, bem como em harmonia com o direito à liberdade e autonomia individual das mulheres, as quais devem ter seus direitos à autonomia reprodutiva e sexual, a não discriminação indireta de gênero igualmente tutelados.

Nossa ordem constitucional, incluída nossa jurisdição constitucional que tem por função precípua a definição da interpretação constitucional,

HC 124306 / RJ

como deliberado e decidido nos casos da ADPF 54 e da ADI 3.510, entendeu pelo caráter não absoluto do direito à vida, afirmação esta que é referendada pela própria Constituição Federal, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX.

Corroborando esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o denominado aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar os direitos do nascituro e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – previsão legislativa que não teve constitucionalidade questionada.

A questão, portanto, é se essa escolha legislativa, com fundamento na proporcionalidade entre os direitos fundamentais, deve limitar-se à hipótese de interrupção da gravidez por motivos de saúde física ou psíquica (circunstância do estupro). Ou seja, se a escolha política majoritária em face do desenho institucional normativo de nossa Constituição Federal é legítima ou, se ao contrário, há necessidade de se conferir interpretação conforme aos artigos 124 a 126 do Código Penal.

Entendo, pelas razões expostas, bem como pela justificação decisória compartilhada do voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso, que a proporcionalidade da escolha política é controversa em face da tutela dos direitos fundamentais da mulher, cabendo interpretação conforme a Constituição para excluir do âmbito de incidência dos artigos 124 a 126 a hipótese de interrupção voluntária da gravidez, por decisão da mulher, no primeiro trimestre.

Ante o exposto, e com os argumentos adicionais trazidos, peço todas as vênias ao eminente Relator para acompanhar o voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso, para conceder de ofício a ordem de *habeas corpus*, por ausência dos requisitos legais para a manutenção da prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se aos corréus.

É como voto.

HC 124306 / RJ

Brasília, 29 de novembro de 2016.

Ministra Rosa Weber

[1][1] DWORKIN, Ronald. Domínio da Vida: aborto, eutanásia e outras liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003. TRIBE, Laurence. Abortion: the clash of absolutes. W.W. Norton & Company; Upd Rev edition, 1992.

[2][2] Abortion: Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973), Doe v. Bolton, 410 U.S. 179 (1973), 64 J. Crim. L. & Criminology 393 (1973)

[3][3] Op. Cit.

[4][4] "The various interests of the State in the health of the mother and in the potentiality of human life become compelling at different points during the pregnancy. At those points the State may impose reasonable regulations to protect the particular interest. Thus, the mother's interest predominates in the first trimester. During that period the woman *and* her physician are free to determine whether the pregnancy should be terminated without regulation by the State. Among the factors to be considered by the physician and the mother at that time are the possibility of "a distressful life and future" for the mother and the rest of her family and the "problem of bringing a child into a family already unable, psychologically and otherwise, to care for it." *Is* The second trimester is a period in which the state interest in the mother's health is substantial enough to allow regulation of "the abortion procedure to the extent that the regulation reasonably relates to the preservation and protection of maternal health." The state interest in potential life becomes compelling when viability is attained, allowing the State to "go so far as to proscribe abortion during that period except when it is necessary to preserve the life or health of the mother." Finally, the Court held that states may prohibit anyone but duly licensed physicians from performing abortions. The Texas statute was then held unconstitutional for violating the due process clause of the fourteenth amendment.

HC 124306 / RJ

[5][5]CIDH, caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica”, 2012. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf

[6][6]Artigo 4.1 da Convenção Americana – Toda a pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

[7][7]SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 43-82, jan. 2015. ISSN 2238-5177.

[8][8]Gilda Sedgh, Susheela Singh, Iqbal H Shah, Elisabeth Åhman, Stanley K Henshaw, Akinrinola Bankole. Induced abortion: incidence and trends worldwide from 1995 to 2008. The Lancet. Vol. 379, nº 9816, february 2012. p. 625-632.

[9][9]“In addition to the morbid burden for women, treatment of complications from unsafe TOP also results in substantial costs to health systems and to women and their families. In the developing world as a whole, an estimated US \$ 232 million dollars are spent by health systems each year on postabortion care. This estimated cost does not include quality care for the women treated in facilities and it also excludes the 40% of women who need facility-based postabortion care and are not receiving it.” (Singh S, Maddow-Zimet I. Facility-based treatment for medical complications resulting from unsafe pregnancy termination in the developing world, 2012: a review of evidence from 26 countries. BJOG – An International Journal of Obstetrics and Gynaecology -, 2016. Vol. 123. P. 1489-1498).

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 124.306

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. ROBERTO BARROSO

PACTE.(S) : EDILSON DOS SANTOS

PACTE.(S) : ROSEMERE APARECIDA FERREIRA

IMPTE.(S) : JAIR LEITE PEREIRA (12819/RJ)

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que concedia a ordem de *habeas corpus*, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, Presidente. 1ª Turma, 9.8.2016.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma não conheceu da impetração, mas concedeu a ordem, de ofício, nos termos do voto do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, Presidente e Redator para o acórdão, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que a concedia. 1ª Turma, 29.11.2016.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma