

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS N.º 005182-45.2012.8.19.0000

IMPETRANTE: DR. NILSOMARO DE SOUZA RODRIGUES
(Defensor Público)

PACIENTE: JAQUELINE ALVES DE LIMA

AUTORIDADE IMPETRADA: JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA
CRIMINAL DA COMARCA DE DUQUE DE CAXIAS – TRIBUNAL
DO JÚRI

RELATOR: Desembargador JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO

PRESIDENTE: Desembargador ANTÔNIO JOSÉ CARVALHO

EMENTA

AÇÃO CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ. DIAGNÓSTICO DE ANENCEFALIA FETAL. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO IMPETRADO, AO ARGUMENTO DE

HABEAS CORPUS N.º 0005182-45.2012.8.19.0000

Página 1 de 151

FALTA DE AMPARO LEGAL. CABIMENTO DA AÇÃO CONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE CABIMENTO DE *HABEAS CORPUS*. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO CABIMENTO DA AÇÃO CONSTITUCIONAL. ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RESTRIÇÃO DE *LEGE FERENDA*. INTERPRETAÇÃO AMPLA DO CABIMENTO DO *WRIT* PARA SALVAGUARDAR GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE AFASTAMENTO DA NORMA INCRIMINADORA. RISCO À LIBERDADE AMBULATORIAL. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. APONTADA ILEGALIDADE DIANTE DA DECISÃO FUNDAMENTADA DE FORMA INSUFICIENTE. PÓS-POSITIVISMO. APLICAÇÃO DE

PRINCÍPIOS, COMO DECORRÊNCIA DA REGRA INSCULPIDA NO ARTIGO 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DE DIREITO BRASILEIRO (DECRETO-LEI Nº4657/42) E DO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DE APRECIAÇÃO DA PRETENSÃO DA REQUERENTE PELO PODER JUDICIÁRIO (ART.5º, XXXV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO (PREÂMBULO, ARTIGOS 1º, INCISO III; 3º, INCISO I; 5º, *CAPUT* E INCISOS III E VI; 6º; 196; 226, §7º). LIMINAR PARCIALMENTE REFERENDADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF Nº 54 DETERMINANDO A SUSPENSÃO DOS PROCESSOS SOBRE O TEMA. ARTIGO 5º, §3º DA LEI Nº 9882/99. URGÊNCIA NAS DECISÕES ENVOLVENDO AUTORIZAÇÕES JUDICIAIS PARA INTERRUPTÃO DE GESTAÇÕES DE FETOS ANENCÉFALOS. PRINCÍPIOS DA

RAZOABILIDADE E DA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO. BREVE RESUMO DA ADPF Nº 54/94. CONSIDERAÇÕES TÉCNICO-CIENTÍFICAS SOBRE ANENCEFALIA. NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 128 DO CÓDIGO DE PENAL, PROPOSTA E JÁ APROVADA PELA COMISSÃO DE JURISTAS INSTITUÍDA PELO SENADO FEDERAL PARA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL. DENIFICAÇÃO MÉDICA DE ANENCEFALIA. REFERÊNCIAS HISTÓRICAS SOBRE O ABORTO. ABORTO NO DIREITO COMPARADO. PROJETOS DE LEI NO BRASIL. DECISÕES JUDICIAIS SOBRE O TEMA. PRECEDENTES DESTES EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DIVERSIDADE DE FUNDAMENTOS PARA CONCESSÃO DO *WRIT*. ATIPICIDADE DA CONDUTA. EQUIPARAÇÃO DA ANENCEFALIA AO CONCEITO DE MORTE ENCEFÁLICA PARA FINS DE TRANSPLANTE DE

ÓRGÃOS (LEI Nº 9434/97).
DIVERGÊNCIA DA LITERATURA
MÉDICA A RESPEITO DO TEMA, EM
RAZÃO DO FUNCIONAMENTO DO
TRONCO CEREBRAL DO FETO
ANENCÉFALO. INCOMPATIBILIDADE
COM O CONCEITO DE VIDA ADOTADO
PELO DIREITO CIVIL. INSUFICIÊNCIA
DO FUNDAMENTO. ATIPICIDADE DA
CONDUTA. LIÇÕES DA DOCTRINA.
ANALOGIA *IN BONAM PARTEM*.
ARTIGO 128 DO CÓDIGO PENAL.
CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO
DE ILICITUDE. PONDERAÇÃO DE
INTERESSES. CONGRUÊNCIA DO
SISTEMA JURÍDICO. ABORTO
TERAPÊUTICO E ABORTO
SENTIMENTAL. PREVALÊNCIA DO
DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA,
PSÍQUICA, MORAL E SOCIAL DA
GESTANTE QUE DEVE SER
ESTENDIDA À HIPÓTESE DE
ANENCEFALIA, PORQUE INVIÁVEL A

VIDA EXTRAUTERINA. EXCULPANTES PENAS. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. PROIBIÇÃO DE SUBMISSÃO A TORTURA, TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. Cuida a hipótese de *habeas corpus* preventivo impetrado pelo Defensor Público Nilsomaro de Souza Rodrigues, em favor de Jaqueline Alves de Lima, sustentando, em resumo, que a paciente está sendo submetida a constrangimento ilegal por parte do juízo impetrado – 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias – que, ao apreciar pedido de autorização de interrupção de gravidez em decorrência de anencefalia, devidamente instruído com laudos médicos atestando a malformação

incompatível com a vida extrauterina, entendeu por julgar extinto o processo, por ausência de amparo legal à pretensão da paciente.

2. A hipótese dos autos versa sobre a polêmica que envolve a antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia, objeto da ADPF nº 54, em trâmite no Supremo Tribunal Federal desde 2004, na qual foi deferida a liminar pelo relator, Ministro Marco Aurélio de Mello, posteriormente cassada, em parte, pelo Pleno daquela Corte, mantendo-se tão somente a suspensão dos processos em curso a respeito do tema.
3. De início, deve-se enfrentar a questão relativa ao cabimento da presente ação constitucional, destacada pelo próprio impetrante, que se mostra relevante, diante do dissenso jurisprudencial acerca do meio processual cabível para buscar-se a autorização para

interrupção da gestação em casos de fetos anencéfalos.

4. Após analisar julgados oriundos de diferentes Tribunais de Justiça do país, colhidos por amostragem, verifica-se que os pleitos têm sido veiculados através dos mais diversos meios. Em primeira instância, ajuízam-se alvarás judiciais tanto nos juízos cíveis como nos juízos criminais e, contra as decisões que lhes negam a autorização pretendida, insurgem-se os requerentes interpondo recursos ou ajuizando ações constitucionais – ora apelações cíveis, ora criminais, ora mandados de segurança, ora habeas corpus cíveis, ora habeas corpus criminais.
5. Recente decisão monocrática sobre o tema, da lavra do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, veiculada no último informativo de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, muito bem

enfrenta a questão e menciona farta doutrina e diversos precedentes daquela Corte, sobre a finalidade do *habeas corpus*. Entretanto, com todas as vênias ao entendimento do eminente Ministro Celso de Mello no recente julgado mencionado, divirjo da visão restritiva ali esposada, por compreender cabível o manejo da presente ação constitucional, ainda quando não haja imediata ou mediata restrição à liberdade física do paciente, muito embora possa ser admitido ou considerado que na hipótese de uma mulher grávida pedir autorização judicial para abortar é porque, ao menos em tese, teme ser presa por suposta prática criminosa.

6. Merece registro, também, o fato de que no Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal, consagra-se a mesma visão restritiva acerca do cabimento do *habeas corpus*, como se

infere do item VI da Exposição de Motivos. No mesmo sentido, está a proposta de redação dos artigos 635 e 636 do Anteprojeto, já aprovado pelo Senado. Com todo o respeito que se deve à Comissão de eméritos Juristas responsáveis pela elaboração do citado anteprojeto, trata-se *de lege ferenda*, porquanto não há ainda, a aprovação por ambas as casas legislativas.

7. Assim, diante da ordem constitucional e legal vigente, o *Habeas Corpus*, ação constitucional que é, deve ser admitido contra qualquer ilegalidade ou abuso de poder voltado, não só à constrição de liberdade ambulatorial, mas também àquele que ponha em risco as garantias constitucionais, ou ao menos algumas delas. A ampliação do alcance da ação constitucional prevista no artigo 5º, LXVIII da Constituição Federal decorre de uma hermenêutica constitucional atenta à supremacia dos

princípios constitucionais e à mudança de prisma promovida pela Constituição de 1988, que erigiu o indivíduo à posição de centro do sistema.

8. No caso dos presentes autos, está patente a ameaça à liberdade física da paciente, pois o juízo impetrado negou-lhe, em verdade, a pretendida declaração de afastamento da norma incriminadora do artigo 124 do Código Penal, já tendo, inclusive, externado seu entendimento sobre a tipicidade, em sede penal, da conduta. De se ver, pois, que a insuficiente fundamentação da decisão impugnada, uma vez que baseada em estrita interpretação literal da regra penal que afasta a sanção – para alguns – ou o próprio crime – para outros – é exatamente o que lhe empresta mácula e caracteriza o alegado constrangimento ilegal, notadamente quanto à dignidade humana da paciente.

9. Por imperativo constitucional – artigo 5º, XXXV da Constituição do Brasil – e também por imperativo legal – artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, não pode o Magistrado, afirmando a inexistência de regra escrita, furtar-se a prestar jurisdição. Tal conduta não está em conformidade com o pós-positivismo jurídico, segundo o qual existe possibilidade, até mesmo, de afastar regra escrita para aplicar normas fundadas em princípios de direito, em busca da realização da justiça no caso concreto.
10. De outro giro, impõe-se realizar a interpretação das normas e institutos jurídicos penais conforme a atual ordem constitucional, que não vigia à época da elaboração do Código Penal de 1940 e, tampouco, quando de sua reforma parcial (somente da Parte Geral), ocorrida em 1984.

11. Conclui-se, destarte, pelo cabimento da ação constitucional como via processual adequada à pretensão do impetrante, face a gama de garantias constitucionais envolvidas, inclusive, a possibilidade de restrição ao direito ambulatorial, como já afirmado. Registre-se, ademais, que, pelo Princípio da Instrumentalidade das Formas e considerada a relevância da questão de direito material, não se mostra razoável, ainda que não fosse exatamente técnica e adequada a eleição da ação constitucional para a tutela dos direitos da paciente, excluir-se a apreciação do mérito.

12. Outra questão prévia que merece registro é a liminar deferida e parcialmente referendada pelo Pleno do STF para a suspensão de processos em curso que versassem sobre a matéria objeto da arguição.

13. A liminar concedida na ADPF nº 54 foi parcialmente ratificada/referendada, tão só para manter a suspensão dos processos em curso a respeito do tema, como já destacado anteriormente. Contudo, desde a cassação da liminar quanto à autorização para a antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia, foram proferidas inúmeras decisões em diversos tribunais do país, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, autorizando a interrupção da gravidez em tais casos. É apenas aparente o descumprimento da decisão emanada do Supremo Tribunal Federal, o que se explica pela urgência das decisões envolvendo autorizações judiciais para interrupção de gestações de fetos anencéfalos e, ainda, pelos princípios da razoabilidade e da efetividade da jurisdição. Observe-se que até mesmo o Superior Tribunal de

Justiça, sensível às peculiaridades do caso, após a suspensão da liminar determinada pelo Supremo Tribunal Federal, proferiu decisões em pleitos de interrupção de gestação de feto anencéfalo.

14. Não seria razoável que durante os quase oito anos em que tramita a ADPF, fosse negada jurisdição a quem buscase o Judiciário para ver garantido o direito de interromper a gestação. Em última análise, todos os pedidos restariam prejudicados, diante do exíguo tempo em que a gestação alcança seu termo e, assim, a referida suspensão determinada pelo Supremo Tribunal Federal estaria a malferir o princípio da efetividade da jurisdição, pois inúteis seriam todas as ações ajuizadas durante esse lapso temporal, porque inevitavelmente perderiam o objeto.

15. Considerando-se que a questão aqui posta é também objeto de processo objetivo em trâmite no Supremo Tribunal Federal, necessário se mostra um breve resumo do que se alega na ADPF nº 54/94, como fundamento a que se permita a antecipação terapêutica do parto de fetos portadores de anencefalia. O pedido formulado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde dirige-se à interpretação conforme a Constituição de dispositivos do Código Penal, pronunciando a inconstitucionalidade de sua incidência, para reconhecer-se à gestante portadora de feto anencefálico o direito subjetivo de submeter-se ao procedimento médico adequado. Em sessão plenária realizada em 20 de outubro de 2004, o Supremo Tribunal Federal, por maioria referendou a primeira parte da liminar concedida,

quanto ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, vencido o Ministro C ezar Peluso. Na segunda parte, também por maioria, foi revogada a liminar deferida, por sete votos a quatro, ficando vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Ayres de Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

16. A questão sobre a possibilidade de antecipac o terapêutica do parto do feto anencéfalo – que, segundo a Professora Dra. Lenise Garcia (Doutora em Microbiologia pela UNIFESP e Professora do Departamento de Biologia Celular da UNB), trata-se de aborto propriamente dito, constituindo-se a terminologia empregada na peti o inicial da ADPF n  54/2004, num eufemismo – está sendo submetida   apreciacão por esta Corte, coincidentemente, em momento em que o Código Penal está sendo

objeto de discussão e propostas de reforma, por intermédio de uma Comissão de Juristas instituída pelo Senado Federal para elaboração de um Anteprojeto do Código Penal.

17. Insta consignar que a redação proposta – e já aprovada pela Comissão, a ser submetida ao Senado Federal – para o artigo 128 do Código Penal aduziu às excludentes de ilicitude (risco de vida para a gestante e gravidez resultante de estupro), outras, dentre as quais, a anencefalia e as malformações graves incompatíveis com a vida extrauterina.
18. Sob o ponto de vista médico, em linhas gerais, a anencefalia é uma malformação grave, decorrente de uma falha no fechamento do tubo neural. Esta falha resulta na ausência de calota craniana – estrutura óssea da cabeça que recobre o cérebro – e por este motivo, a formação do encéfalo fica prejudicada, porque este resta

desprotegido e exposto ao líquido amniótico que, em contato direto e exercendo pressão sobre a estrutura, a corrói e anula as funções dos dois hemisférios cerebrais. Quando chega a nascer, pouco lembra a aparência de um ser humano, apenas com traços humanóides. Não tem rosto, possui aparência de uma rã, com ausência de calota craniana e protusão dos olhos. Essa é a regra e, como tal e por tal, admite exceção.

19.A literatura médica considera a malformação tão grave que qualifica a anencefalia como *“monstruosidade caracterizada pela ausência de cérebro e da medula”*.

20. Historicamente, deve-se fazer referência à filosofia grega, à doutrina judaico-cristã e ao Direito Romano. As práticas abortivas eram condenadas, segundo o juramento de Hipócrates. Eram contrários ao aborto filósofos

como Sólon e Licurgo, ao passo que Platão e Aristóteles o admitiam, enquanto não existisse alma no produto da concepção. Tal como São Tomás de Aquino, Santo Agostinho não considerava homicídio o aborto no início da gestação. Esse posicionamento foi adotado pela Igreja, no Concílio de Viena, em 1312. De acordo com o principal historiador da doutrina da Igreja sobre o aborto, John Connery, S.J., a primeira coletânea de direito canônico, que vigeu durante muito tempo, entendia que o aborto só era criminoso depois de o feto já estar formado, ou seja, mais ou menos no final do 1º trimestre de gestação. No período Renascentista, durante o papado de Sisto V, a punição do aborto passou a ser mais severa. No século seguinte, o papa Inocêncio XI entendeu por condenar as proposições que desculpavam o aborto antes do

momento da fixação da animação espiritual do feto, segundo alguns autores.

21. Na história moderna, após a Revolução Francesa, já sob a influência do Iluminismo e do Humanismo, observa-se que diversos países partiram da proibição para a autorização do aborto, dentre os quais se destacam: Estados Unidos, Canadá, Portugal, Alemanha, França e Espanha. No caso específico da Espanha, curiosa se afigura a declaração de inconstitucionalidade de uma lei que autorizava o aborto, mas não porque o autorizava e, sim, porque deixava de condicioná-lo à apresentação prévia de laudos médicos.

22. Na Polônia, há referências de que o caminho foi inverso. O aborto era livre durante o regime comunista, até 1993. Depois, passou a ser proibido em

regra, sendo permitido apenas em caso de estupro, incesto, risco de morte ou saúde física da mulher ou risco de malformação do feto. Trata-se de um movimento excepcional à tendência mundial, que inclusive se intensifica, com a tentativa de proibição total do aborto. Em 31 de agosto de 2011, em duas votações separadas, a Câmara Baixa do Parlamento da Polônia decidiu não mudar a lei do país a respeito do aborto. Com 78 (setenta e oito) deputados ausentes na câmara e 5 (cinco) abstenções, houve 186 (cento e oitenta e seis) votos a favor e 191 (cento e noventa e um) contra um histórico projeto de lei para proibir completamente o aborto na Polônia.

23. No Brasil, a matéria não é nova. Diversos são os projetos de lei que há muito pretendem introduzir legislação autorizando o aborto em casos de malformações graves, como a

anencefalia. Mais recentemente o Projeto de Lei do Senado nº 50/2011, de autoria do Senador Mozarildo Cavalcanti, propôs a inserção do inciso III ao artigo 128 do Código Penal, contemplando a hipótese de aborto de fetos anencéfalos. No último dia 02/03/2012, o processo foi encaminhado à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, estando a matéria com a Relatoria (Senador Ciro Miranda).

24. Assim, sendo ainda inexistente legislação específica sobre o tema, ao Judiciário é dada a árdua tarefa de decidir a questão, socorrendo-se da análise dos julgados até agora produzidos nos diversos tribunais do país. A primeira autorização para antecipação de parto em caso de anomalias fetais de que se tem notícia teria sido concedida no Estado de Rondônia, na Comarca de Ariquemes,

em 1989. Dois anos mais tarde, na Comarca de Rio Verde, no Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, o juiz Jurandir Rodrigues Brito autorizou a realização de aborto em caso de anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina em gestação de 26 semanas, fazendo menção à decisão anterior, concedida na primeira instância no Tribunal de Justiça de Rondônia. Outra decisão monocrática de destaque, referida em diversos estudos sobre o tema, como sendo a primeira decisão que autorizou a antecipação terapêutica do parto, foi aquela proferida em 1992, na cidade de Londrina, Paraná, pelo então Juiz de Direito, hoje Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Miguel Kfoury Neto, que autorizou a interrupção da gravidez, na 20ª semana, de feto com anencefalia.

25.A jurisprudência nos Tribunais Superiores é escassa, pois os casos que lá chegaram restaram, em sua maioria, prejudicados, pela perda de objeto. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 32.159-RJ (2003/0219840-5), sob a relatoria da Ministra Laurita Vaz, acabou por conceder a ordem em favor do nascituro, então paciente, e obstar a realização da antecipação terapêutica do parto, concedida por esta Corte. O processo de origem desta Colenda 2ª Câmara Criminal (Apelação Criminal nº 5.208/03), da Comarca de Teresópolis, teve liminar satisfativa concedida pela Des. Gizelda Leitão, que foi objeto de agravo regimental, em razão do qual o Des. Murta Ribeiro, então Presidente deste Órgão Julgador, cassou a decisão. Posteriormente, no julgamento do agravo e da apelação, por maioria, restabeleceu-se a decisão da Relatora.

Em razão deste mesmo feito, a questão foi submetida ao Supremo Tribunal Federal e, embora o *writ* já tivesse perdido o objeto, alguns Ministros esboçaram suas opiniões favoráveis à interrupção da gravidez.

26.A análise de precedentes selecionados neste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no período compreendido entre 2003 e 2011, demonstra que em 8 (oito) casos de interrupção de gestação, 7 (sete), foram atendidos pela Defensoria Pública. Foram 3 (três) os casos de anencefalia julgados por esta Corte: na 2ª Câmara Criminal, em que foi concedida liminar satisfativa, ratificada por maioria; na 5ª Câmara Criminal, em que se concedeu a ordem à unanimidade; e na 8ª Câmara Criminal, igualmente concedida a ordem, à unanimidade.

27. Já a jurisprudência coletada, por amostragem, de Tribunais de Justiça das diversas regiões do país, demonstram que foram autorizadas interrupções de gestação em casos de anencefalia nos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, de Minas Gerais, do Paraná, de Santa Catarina, do Rio Grande do Sul, de Pernambuco, de Goiás e do Acre.

28. A controvérsia que se põe sobre o tema é, justamente, o fato de que alguns desses fetos anencéfalos, apesar do diagnóstico da grave malformação que os acomete, após o parto, chegam a sobreviver por algumas horas ou dias. Daí porque alguns movimentos contrários ao aborto passaram a impetrar *habeas corpus* em favor dos fetos, sustentando a viabilidade da vida, ainda que por pouco tempo. O caso de maior repercussão foi o da menina Marcela

de Jesus, que chegou a sobreviver por um ano e oito meses. Contudo, após a análise dos exames, concluiu-se que Marcela não era portadora de anencefalia clássica, porque possuía o mesencéfalo – o que explica a sua sobrevivência um pouco maior, apesar das inúmeras privações que experimentou (não enxergava, não andava, não interagia, não falava, não deglutia, respirava com dificuldade). Assim, este caso excepcional não pode ser utilizado como parâmetro para se decidir sobre a conveniência da antecipação terapêutica do parto. Registre-se, também, que 50% (cinquenta por cento) dos embriões com a malformação não chegam a nascer e, dos que nascem, aqueles cuja sobrevivência supera algumas horas representa um número diminuto dos casos.

29. Estudos revelaram que, no Brasil, nascem 3 (três) milhões de anencéfalos por ano, ou seja, 8 (oito) por dia, ou uma criança a cada 3 (três) horas.

30. Malgrado não haja consenso sobre as causas dessa grave malformação, no Brasil, há posicionamento expressivo no sentido de que é a hipossuficiência de ácido fólico o fator de maior relevância para a sua incidência. Inafastável, assim, a conclusão de que o problema que ora se põe em análise, trata-se, antes, de um problema de saúde pública, não apenas de um problema jurídico. E isto, não só por sua origem – fatores nutricionais inadequados que geram carência de ácido fólico em mulheres na idade fértil – mas também, pela ineficiência do sistema de saúde pública, que não oferece à população, políticas públicas que visem à redução do risco de

doenças (artigo 196 da Constituição do Brasil) e, ainda, pela inoperância do Estado quanto a seu dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício do direito ao planejamento familiar, atendendo-se aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (artigo 226, §7º da Carta Magna).

31. O Estado Brasileiro, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, exatamente como disposto no Preâmbulo da Constituição, não pode se acovardar e, mais uma vez, se omitir diante de tal realidade.

32. Não se mostra suficiente, para a solução do caso concreto – embora fosse da atribuição do Poder Legislativo a elaboração de norma

específica sobre o tema – a legislação vigente. Lamentável, ainda, a pífia atuação do Poder Executivo, quanto à implementação de políticas públicas voltadas a garantir o direito à saúde e ao planejamento familiar, que poderiam contribuir sobremaneira para a redução das estatísticas dos casos de anencefalia. Destarte, cabe ao Poder Judiciário analisar o pleito decorrente da insuficiente atuação dos demais poderes estatais, realizando a função de Estado garantidor dos direitos assegurados pela Constituição aos cidadãos.

33. A *latteri* de todas as discussões filosóficas, morais e religiosas, a decisão no caso em tela, deve considerar apenas aspectos médicos-científicos e jurídicos. De fato, especialmente quanto às convicções religiosas, com todo o respeito que se deve à liberdade de culto e de crença,

consagradas pela Constituição Brasileira, não se pode olvidar que o Estado é laico e que tem como postulado normativo e princípio da República, a dignidade humana. Assim, não é possível, sob fundamentos exclusivamente religiosos, sobrepujar a integridade física, moral e psíquica da mulher, impondo-lhe levar a termo a gestação de um feto que *“é algo que jamais será alguém”*, na precisa definição do Ministro Ayres de Britto, quando de sua manifestação na sessão do Supremo Tribunal Federal, que acabou por cassar a liminar na ADPF nº 54, sob pena de grave violação de princípios constitucionais supremos.

34. Vários são os fundamentos para a concessão da ordem, todos versando sobre elementos do crime – tipicidade e ilicitude, bem como a culpabilidade, para alguns pressuposto da pena.

35. A primeira tese que merece referência, e sustentada na impetração – sem embargo de não se afigurar suficiente para fundamentar, por si só, a procedência da ação constitucional – é aquela que versa sobre a atipicidade da conduta de interrupção da gestação de feto anencéfalo. Funda-se tal entendimento, no conceito de vida extraído *a contrario sensu* do disposto no artigo 3º da Lei nº 9434/97, e da equiparação da anencefalia à morte encefálica.

36. Em que pese o brilhantismo do raciocínio lógico dos eméritos juristas, utilizando-se de conceito jurídico de morte extraído da Lei de Transplante de Órgãos, não se pode olvidar que, no Direito Civil, considera-se que: “(...) *nascido é o feto separado do corpo da mãe (natural ou artificialmente). Comprova-se o nascimento com vida através da presença de ar nos*

pulmões, pela respiração, por meio de um procedimento médico denominado docimasia hidrostática de Galeno ou docimasia pulmonar. Ou seja, é a presença do ar atmosférico nos pulmões quem determina o início da personalidade. Assim, respirou, nasceu com vida”.

37. Observe-se que, em que pese ser indubitável a inviabilidade de vida extrauterina do feto portador de anencefalia, à luz dos conceitos do Direito Civil, é de se concluir que a existência daquele ser, por mais breve que seja, traz inegáveis conseqüências jurídicas. Ora, se o que se busca é, justamente, harmonia no sistema jurídico e se o que nos indigna é, exatamente, a imprecisão de conceitos que põe em risco a integridade dos direitos e garantias fundamentais, não é possível, então, acolher-se a tese de atipicidade da conduta, fundada num

critério que parece equivocado, até mesmo sob o ponto de vista médico, ao estabelecer que a anencefalia equipara-se à morte encefálica e que, por isso, não haveria vida a ser tutelada. Os bebês anencéfalos, embora não sejam dotados de hemisférios cerebrais e calota craniana, têm tronco cerebral funcionando, ainda que precariamente. Essa estrutura é responsável por funções importantes do organismo humano, tais como respiração e ritmo dos batimentos cardíacos. Assim, persiste a dúvida: porque o anencéfalo não possui a maior parte do encéfalo pode ser equiparado ao indivíduo com morte encefálica, ou porque respira, é considerado vivo? Portanto, ousando divergir daqueles que advogam a tese da atipicidade da conduta, com todas as vênias, considero-a insuficiente, ou, ao menos, duvidosa para afirmação de

um juízo com extremada consequência. Diante da controvérsia e da dificuldade de acomodação entre tais conceitos, recomendável a adoção dos outros dois argumentos para a concessão da ordem.

38. Passemos, então, às considerações relativas à ilicitude. O sistema jurídico vigente consagra duas causas em que a interrupção da gravidez é autorizada por lei – quando há risco de vida para a gestante (aborto terapêutico) e quando a gravidez resulta de estupro (aborto sentimental, humanitário). Observe-se que, em ambos os casos, na ponderação de interesses entre o direito à vida do feto e o direito à integridade física e psíquica da gestante, este prevaleceu sobre aquele, revelando-se, assim, a tendência adotada pelo legislador. Por conseguinte, além da filtragem constitucional que se impõe, com a

observância do Princípio da Dignidade Humana, a congruência que há de haver no sistema jurídico é argumento favorável à autorização pleiteada. Se é permitido sacrificar a vida de um feto, até mesmo saudável – já que a lei sequer perquire a respeito de sua viabilidade – em favor do bem-estar físico e psíquico da mãe, não haveria qualquer motivo para que se lhe negasse a autorização para a interrupção da gestação, se o feto não tem possibilidade de sobreviver fora do útero e se a gestante, por este motivo, está sendo submetida a intenso sofrimento.

39. Destaque-se, também, que a impetração, embora não instruída com laudo médico que ateste específico risco de vida para a gestante, alega a sua existência. De fato, há referências na literatura médica sobre as sérias complicações para a saúde da

gestante. Todo parto de fetos portadores de malformações é 22% (vinte e dois por cento) mais complicado que o de fetos normais, sendo que o trabalho de parto dura cerca de 14 a 18 horas, enquanto em gestações normais dura apenas de 6 a 8 horas.

40. A norma penal que exclui a ilicitude da conduta, prevista no artigo 128 do Código Penal, resulta de legislação elaborada na década de 40. Àquela altura, a tecnologia empregada na ciência médica não dispunha do aparato que hoje viabiliza o diagnóstico preciso de casos de anencefalia. Ressalte-se que, no Brasil, a utilização da ultrassonografia como exame de imagem para o acompanhamento da gestação iniciou-se na década de 70, vindo a se popularizar, somente, na década seguinte. Não era, portanto, previsível, quando da elaboração da

legislação penal, que o avanço tecnológico possibilitasse a previsão de casos de gestação de um feto, cuja vida extrauterina não seria viável. Diante de tais dados, deve-se contextualizar historicamente a lição de Nelson Hungria em seus comentários ao artigo 128 do Código Penal, pois elaborados no pós-guerra, ainda sob a atmosfera de repugnância às atrocidades cometidas e inspiradas nos ideais nazistas de superioridade da raça ariana e eugenia e, ainda, em época em que não havia o aparato tecnológico que permitia “*prova irrefutável*” da grave malformação do feto. O mesmo contexto se verificava quando, no início da década de 60, grande penalista brasileiro foi chamado a elaborar anteprojeto de um novo Código Penal.

41. Na ausência de regra escrita específica sobre o tema, o intérprete, socorrendo-

se da norma do artigo 4º da Lei de introdução às normas de direito brasileiro e considerando que a omissão do legislador foi involuntária – pois não dispunha de meios para prever que o avanço tecnológico revelaria situação que, hoje, não pode permanecer sem regulamentação – deve lançar mão da analogia *in bonam partem*, para suprir a lacuna da lei e adunar ao artigo 128 do Código Penal, a interrupção de gestação de feto anencéfalo como causa supralegal de exclusão de ilicitude. Sobre a analogia *in bonam partem* aplicada ao artigo 128 do Código Penal, para estender-lhe o âmbito de incidência, muito oportuna se fez a menção, pelo douto procurador de justiça em seu parecer, dos casos de gravidez resultante de atentado violento ao pudor que, sem grandes discussões, sempre se admitiu como causa de exclusão de ilicitude,

embora não estivesse elencada no artigo 128 do Código Penal. Assim, não há óbice a que se aplique também a analogia *in bonam partem* para solucionar-se a questão aqui posta.

42. Quanto ao elemento culpabilidade, conclui-se pela inexistência do crime de aborto, pela inexigibilidade de conduta diversa. A disposição constitucional do artigo 5º, inciso III assevera que ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento desumano ou degradante.

43. Diante de tudo quanto já se expôs acerca do Princípio da Dignidade Humana, da ineficiência estatal na garantia do direito à saúde, das questões científicas e médicas que envolvem a gestação de um feto anencéfalo, outra não pode ser a conclusão de que o intenso sofrimento que moveu a paciente na busca da tutela jurisdicional, para a interrupção

da gestação é uma situação que se pode equiparar à tortura, tratamento desumano e degradante. Aliás, foi nessa direção que se pautou a ADPF aforada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde e subscrita pelo advogado Luís Roberto Barroso, uma das maiores e respeitadas referências do constitucionalismo brasileiro.

44.O caminho natural de uma gestação, após os nove meses, é a vida. Toda a transformação sofrida pelo corpo, todos os riscos e toda a dor do parto são recompensadas pela vida que se dá à luz. Atenta contra a dignidade humana negar a interrupção de uma gravidez fadada ao insucesso. Ninguém, senão a própria gestante de um feto anencéfalo, pode mensurar a frustração e o sofrimento que experimenta. Se para algumas é suportável e lhes compraz apenas

gestar, ainda que ciente do resultado precário de sua gravidez; para outras – as que buscam o amparo do Poder Judiciário – é insuportável e angustiante ter a certeza da morte, no lugar da certeza da vida; doloroso demais preocupar-se com o funeral, num momento que é dado a planos e expectativas. Por isso, não se lhe pode exigir que aguarde, resignada, a sua hora, pois que tal situação atenta contra o mais nobre postulado normativo, fundamento da República, que é a dignidade da pessoa humana. Portanto, pela inexigibilidade de conduta diversa – independentemente de considerar a culpabilidade um viés que integra o elemento normativo do tipo ou um pressuposto da sanção – não há crime de aborto no presente caso ou está a conduta isenta de punição, sendo inteiramente justificável

a concessão do alvará que se pretende.

CONCESSÃO DA ORDEM.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *HABEAS CORPUS* n.º 0005182-45.2012.8.19.0000, em que figuram como impetrante o Defensor Público NILSOMARO DE SOUZA RODRIGUES, como paciente JAQUELINE ALVES DE LIMA e como autoridade impetrada o Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias – Tribunal do Júri, **ACORDAM** os Desembargadores que compõem a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **por unanimidade**, em conceder a ordem, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida a hipótese de *habeas corpus* preventivo impetrado pelo Defensor Público Nilsomaro de Souza Rodrigues, em favor de Jaqueline Alves de Lima, sustentando, em resumo, que a paciente está sendo submetida a constrangimento ilegal por parte do juízo impetrado 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias – que, ao apreciar pedido de autorização de interrupção de gravidez em decorrência de anencefalia, devidamente instruído com laudos médicos atestando a malformação incompatível com a vida extrauterina, entendeu por julgar extinto o processo, por ausência de amparo legal à pretensão da paciente. Inicialmente, sustenta o impetrante a **adequação da presente ação constitucional para resguardar a integridade física e a dignidade da pessoa humana, pleiteando a autorização para interrupção da gravidez.** No ponto, destaca que *“a ação de habeas corpus possui natureza em âmbito jurídico de garantia fundamental para assegurar o direito de liberdade individual”,* sendo certo que *“a interpretação social desta garantia não pode levar à sua limitação, face à sua máxima função de proteção a um direito fundamental.”* Conclui, portanto, que a aplicação desta garantia fundamental não pode restringir-se

apenas às discussões quanto à liberdade, podendo atracar em todas aquelas em que diretamente estejam violados direitos fundamentais. Por outro lado, afirma que a prestação jurisdicional pretendida busca, exatamente, que não haja qualquer atuação em discordância com a norma penal, já que a paciente procurou o Judiciário para atuar conforme o Direito, em lugar de praticar aborto ilegal, em clínica clandestina. Invoca os princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção à vida e à liberdade para justificar a utilização do *habeas corpus*, como meio célere para obtenção da autorização judicial que, ao final, afastará a criminalidade da conduta, destacando jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Quanto ao **histórico processual**, esclarece que o pedido, na origem, teve como fundamento, as graves malformações apresentadas pelo feto gestado pela paciente, atestadas por dois exames de ultrassonografia, cujos laudos foram acostados aos autos. Segundo o relatório médico, o feto é portador de anencefalia e a situação descrita é incompatível com a vida, com indicação de aborto terapêutico. A autoridade apontada como coatora, contudo, julgou extinto o processo, por ausência de amparo legal e negou a pretendida autorização para interrupção da gravidez da paciente não obstante o parecer favorável do *Parquet* de primeiro grau que sustentou pela procedência do pedido. Insurge-se,

destarte, o impetrante contra a decisão do juízo impetrado, reafirmando a **inexistência de chance de sobrevivência** do feto após o nascimento e o **concreto risco de vida para a paciente**, em razão das malformações, ao contrário dos fundamentos da decisão impugnada. Sustenta a tese de **ausência de bem jurídico a ser tutelado**, porquanto a impossibilidade de vida extrauterina impede seja a vida do feto anencéfalo objeto de proteção jurídica pela norma do artigo 124 do Código Penal. Pleiteia, em caráter liminar e definitivo, a autorização para interrupção da gravidez, com a expedição do respectivo alvará para que a paciente seja submetida a cirurgia de abortamento pela Unidade de Medicina Fetal – Departamento de Genética Médica do Instituto Fernandes Figueira – Fundação Oswaldo Cruz.

A inicial veio instruída com cópia do pedido de autorização para interrupção da gravidez, distribuída ao juízo impetrado, documentos pessoais da paciente, laudo médico atestando a anencefalia, exames ultrassonográficos, prontuário médico do Hospital Maternidade Fernando Magalhães, manifestação do Ministério Público de 1º grau, favorável ao pedido e sentença de indeferimento da autorização judicial.

A liminar foi indeferida por esta Relatoria, em 07 de fevereiro de 2012, destacando que o risco de vida para a gestante decorre de presunção por parte do douto impetrante e que a antecipação de tutela confunde-se com o próprio mérito da ação constitucional, cujo julgamento é reservado ao Colegiado da Corte. Observando-se a urgência do caso e verificando-se a suficiente instrução do feito, foram dispensadas as informações, com fundamento no artigo 664 do Código de Processo Penal (*Recebidas as informações, ou dispensadas, o habeas corpus será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte.*).

A despeito da dispensa de informações, estas foram solicitadas pela Secretaria da Corte e prestadas pela autoridade apontada como coatora, ratificando o histórico processual já relatado pelo impetrante e o teor da sentença, cuja cópia instrui a inicial.

Parecer do Ministério Público em atuação na Corte, da lavra do procurador de justiça Paulo Roberto Valim Gomes, opinando pela concessão da ordem. Diz o *Parquet* que a

questão não é simples, devendo-se afastar discussões religiosas, éticas ou morais acerca do tema, atendo-se apenas a aspectos médicos-científicos e jurídicos. Afirma que conforme atestados médicos, é certa a morte do feto após o nascimento, sendo necessária a intervenção a fim de preservar a saúde física e psicológica da gestante. Sustenta que no presente caso **não se pode falar em aborto, porquanto este pressupõe a presença de feto com viabilidade de vida.** Destaca, no ponto, jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Invocando a aplicação do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, admite a **interpretação analógica *in bonam partem*** para excluir-se a antijuridicidade da conduta. Quanto ao **Princípio da dignidade da pessoa humana**, menciona-o como princípio máximo do Estado Democrático de Direito, o que impõe que a proteção da dignidade da pessoa humana, da vida e da liberdade devam ser garantidas por todos os meios, daí porque entende cabível o *habeas corpus* como via processual adequada, no caso em análise. Cita a doutrina de Nelson Hungria, ao aduzir considerações sobre a imprevisibilidade de malformações incompatíveis com a vida extrauterina quando da elaboração do Código Penal. Salienta, ainda, o conceito de dignidade humana de Ingo Wolfgang Sarlet e a posição de Fernando Capez sobre o aborto eugenésico, eugênico ou piedoso e, também, sobre o

aborto do feto anencéfalo, sendo certo que quanto a este último, entende o doutrinador que não há crime diante da inexistência de bem jurídico, pois equipara a anencefalia à morte encefálica, (artigo 3º da Lei nº 9434/97 – *A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por 2 (dois) médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.*). Menciona, por fim, a manifestação do Ministro Marco Aurélio, Relator da ADPF nº 54, favorável à pretensão do impetrante, porque entende que a situação “*conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade, a autonomia da vontade. (...) manter-se a gestação resulta em impor à mulher danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina.*” Opina, portanto, pela **concessão da ordem**, porque se para poupar o bem-estar psicológico da genitora a lei admite a morte de feto perfeitamente saudável, não há como negar o mesmo tratamento em se tratando de nascituro que, na hipótese quase que meramente teórica de sobrevivência, terá existência vegetativa.

Na data de hoje, às 12h28min, foi recebido material intitulado “Consulta”, através do qual a União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro faz minuciosa exposição de teses contrárias ao pedido formulado no presente *writ*, instruindo-o com pareceres. Esta Relatoria, após o exame do referido material, determinou sua juntada para prosseguir no julgamento do feito, por já ter conhecimento das teses mencionadas, já estudadas para o encaminhamento do voto.

É o relatório.

VOTO

A hipótese dos autos versa sobre a polêmica que envolve a antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia, objeto da ADPF nº 54, em trâmite no Supremo Tribunal Federal desde 2004, na qual foi deferida a liminar pelo

relator, Ministro Marco Aurélio de Mello, posteriormente cassada, em parte, pelo Pleno daquela Corte, mantendo-se tão somente a suspensão dos processos em curso a respeito do tema.

Concedo a ordem, prestigiando o parecer ministerial e a ele aduzindo outras razões a seguir expostas.

De início, deve-se enfrentar a questão relativa ao cabimento da presente ação constitucional, destacada pelo próprio impetrante, que se mostra relevante, diante do dissenso jurisprudencial acerca do meio processual cabível para buscar-se a autorização para interrupção da gestação em casos de fetos anencéfalos.

Após analisar julgados oriundos de diferentes Tribunais de Justiça do país, colhidos por amostragem, verifica-se que os pleitos têm sido veiculados através dos mais diversos meios. Em primeira instância, ajuízam-se alvarás judiciais tanto nos juízos cíveis como nos juízos criminais e, contra as decisões que lhes negam a autorização pretendida, insurgem-se os requerentes interpondo recursos ou ajuizando ações

constitucionais – ora apelações cíveis¹, ora criminais², ora mandados de segurança³, ora habeas corpus cíveis⁴, ora habeas corpus criminais⁵.

Embora a questão dependa de normas de competência das justiças estaduais, cuja matriz é, em regra, legislação estadual – código de organização e divisão judiciária

¹ Apelação Cível nº 1.0079.07.343179-7/001 – 13ª Câmara Cível – TJ/MG, julgado em 31/05/2007; Apelação Cível nº 605.373-0 – 12ª Câmara Cível – TJ/PR, julgado em 09/09/2009

² Apelação Criminal nº 628358-1 – 1ª Câmara Criminal – TJ/PR, julgado em 04/03/2010; Apelação Criminal nº 70031802614 – 3ª Câmara Criminal – TJ/RS, julgado em 24/08/2009; Apelação Criminal nº 0156474-1 – 4ª Câmara Criminal – TJ/PE, julgado em 26/09/2008; Apelação Criminal nº 30679-3/213 – 1ª Câmara Criminal – TJ/GO, julgado em 06/03/2007; Ag. Regimental em Apelação Criminal nº 5208/03 – 2ª Câmara Criminal – TJ/RJ, julgado em 25/11/2003

³ Mandado de Segurança nº 0011516-347.2010 – 9ª Câmara de Direito Criminal – TJ/SP, julgado em 24/11/2011; Mandado de Segurança nº 0019869-66.2011.8.26.0000 - 9ª Câmara de Direito Criminal – TJ/SP, julgado em 14/04/2011; Mandado de Segurança nº 123022-6 – 3ª Câmara Cível – TJ/PE, julgado em 07/12/2006; Apelação Criminal nº 5048 – Câmara Criminal – TJ/AC, julgado em 22/02/2007

⁴ Habeas Corpus Cível nº 393683-4 e 393792-8 – 1ª Câmara Cível Suplementar – TJ/PR, julgado em 23/06/2007

⁵ Habeas Corpus nº 29553-8/217 – 2ª Câmara Criminal – TJ/GO, julgado em 09/08/2007; Habeas Corpus nº 2003.059.05355 – 5ª Câmara Criminal – TJ/RJ, julgado em 16/12/2003; Habeas Corpus nº 6681/04-59, 8ª Câmara Criminal – TJ/RJ, julgado em 27/01/2005; Habeas Corpus nº 0261073-09.2011.8.26.0000 – 11ª Câmara Criminal – TJ/SP, julgado em 18/01/2012.

dos estados – parece-me mais acertado o manejo do *habeas corpus*, diante da natureza da pretensão jurídica envolvida.

Recente decisão monocrática⁶ sobre o tema, da lavra do eminente Ministro Celso de Mello, veiculada no último informativo de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,⁷ muito bem enfrenta a questão e menciona farta doutrina e diversos precedentes daquela Corte, sobre a finalidade do *habeas corpus*. Pertinente destacar, do julgado, os seguintes trechos:

“(…) Como se sabe, a ação de “habeas corpus” destina-se, unicamente, a amparar a imediata liberdade de locomoção física das pessoas, revelando-se estranha, à sua específica finalidade jurídico-constitucional, qualquer pretensão que vise a desconstituir atos que não se mostrem ofensivos, ainda que potencialmente, ao direito de ir, de vir e de permanecer das pessoas. É por tal razão que o Supremo Tribunal Federal, atento à destinação

⁶ HC 109327 MC, julgado em 04/08/2011, publicado em Processo Eletrônico DJe-151 divulg. 05/08/2011 public. 08/08/2011 RT v. 100, n. 913, 2011, p. 501-506

⁷ Informativo de Jurisprudência nº 655 – Supremo Tribunal Federal

constitucional do “habeas corpus”, não tem conhecido do remédio heróico, quando utilizado, como no caso, em situações de que não resulte qualquer possibilidade de ofensa ao “jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque” (RTJ 116/523 - RTJ 141/159). A ação de “habeas corpus”, portanto, enquanto remédio jurídico-constitucional revestido de finalidade específica, não pode ser utilizada como sucedâneo de outras ações judiciais, notadamente naquelas hipóteses em que o direito-fim (ou direito-escopo, na expressão feliz de PEDRO LESSA) não se identifica - tal como neste caso ocorre - com a própria liberdade de locomoção física. É que entendimento diverso conduziria, necessariamente, à descaracterização desse instrumento tutelar da liberdade de locomoção. Não se pode desconhecer que, com a cessação da doutrina brasileira do “habeas corpus”, motivada pela Reforma Constitucional de 1926, restaurou-se, em nosso sistema jurídico, a função clássica desse remédio heróico. Por tal razão, não se revela suscetível de conhecimento a ação de “habeas corpus”, quando promovida contra ato estatal de que não resulte, de modo imediato, ofensa, atual ou iminente, à liberdade de locomoção física (RTJ 135/593 - RTJ 136/1226 - RTJ 142/896 - RTJ 152/140- RTJ 178/1231 - RTJ

180/962 - RTJ 197/587-588, v.g.): “A função clássica do 'habeas corpus' restringe-se à estreita tutela da imediata liberdade de locomoção física das pessoas. - A ação de 'habeas corpus' - desde que inexistente qualquer situação de dano efetivo ou de risco potencial ao 'jus manendi, ambulandi, eundi ulro citroque' - não se revela cabível, mesmo quando ajuizada para discutir eventual nulidade do processo penal em que proferida decisão condenatória definitivamente executada. Esse entendimento decorre da circunstância histórica de a Reforma Constitucional de 1926 - que importou na cessação da doutrina brasileira do 'habeas corpus' - haver restaurado a função clássica desse extraordinário remédio processual, destinando-o, quanto à sua finalidade, à específica tutela jurisdicional da imediata liberdade de locomoção física das pessoas. Precedentes.” (RTJ 186/261-262, Rel. Min. CELSO DE MELLO) Vale insistir, bem por isso, na asserção de que o “habeas corpus”, em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, configura um poderoso meio de cessação do injusto constrangimento ao estado de liberdade de locomoção física das pessoas. Se essa liberdade não se expõe a qualquer tipo de cerceamento, e se o direito de ir, vir ou permanecer

sequer se revela ameaçado, nada justifica o emprego do remédio heróico do “habeas corpus”, por não estar em causa a liberdade de locomoção física: “CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. 'HABEAS CORPUS': CABIMENTO. C.F., art. 5º, LXVIII. I. - O 'habeas corpus' visa a proteger a liberdade de locomoção - liberdade de ir, vir e ficar - por ilegalidade ou abuso de poder, não podendo ser utilizado para proteção de direitos outros. C.F., art. 5º, LXVIII. II. - H.C. indeferido, liminarmente. Agravo não provido.” (HC 82.880-AgR/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Pleno - grifei) Cabe reafirmar, desse modo, que esse remédio constitucional, considerada a sua específica destinação tutelar, tem por finalidade amparar, em sede jurisdicional, “única e diretamente, a liberdade de locomoção. Ele se destina à estreita tutela da imediata liberdade física de ir e vir dos indivíduos (...)” (RTJ 66/396 - RTJ 177/1206-1207 - RT 423/327 - RT 338/99 - RF 213/390 - RF 222/336 - RF 230/280, v.g.) (...) Mesmo que fosse admissível, na espécie, o remédio de “habeas corpus” (e não o é!), ainda assim referida ação constitucional mostrar-se-ia insuscetível de conhecimento, eis que o impetrante sequer indicou a existência de ato concreto que pudesse ofender, de modo direto e imediato, o

direito de ir, vir e permanecer do ora paciente. Como se sabe, a ação de “habeas corpus” exige, para efeito de cognoscibilidade, a indicação - específica e individualizada - de fatos concretos cuja ocorrência possa repercutir na esfera da imediata liberdade de locomoção física dos indivíduos. O fato irrecusável, desse modo, é que, sem a precisa indicação, pelo autor do “writ”, de atos concretos e específicos, não há como reputar processualmente viável o ajuizamento da ação constitucional de “habeas corpus”. Esse entendimento é perfilhado por EDUARDO ESPÍNOLA FILHO (“Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”, vol. VII/277, item n. 1.372, 2000, Bookseller), em abordagem na qual enfatiza a imprescindibilidade da concreta indicação do ato coator: “A petição deve, pois, conter todos os requisitos de uma exposição suficientemente clara, com explanação e narração sobre a violência, suas causas, sua ilegalidade(...) A petição, dando parte da espécie de constrangimento, que o paciente sofre, ou está na iminência de sofrer, deve argumentar no sentido de convencer da ilegalidade da violência, ou coação (...). É óbvio, há todo interesse, para o requerente, em precisar os fatos, tão pormenorizada, tão circunstancialmente, quanto lhe for possível, pois melhor se orientará a

autoridade judiciária, a que é submetida a espécie (...).” (grifei) Daí a observação feita por ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES (“Recursos no Processo Penal”, p. 362, item n. 242, 5ª ed., 2008, RT): “O Código exige, finalmente, a menção à espécie de constrangimento e, no caso de ameaça, as razões em que se funda o temor, ou seja, a indicação dos fatos que constituem a 'causa petendi'.” (grifei) Esse entendimento doutrinário - que repele a utilização do instrumento constitucional do “habeas corpus”, quando ausente, na petição de impetração, menção específica a fatos concretos ensejadores da alegada situação de injusto constrangimento (JULIO FABBRINI MIRABETE, “Código de Processo Penal Interpretado”, p. 1.756, item n. 654.7, 11ª ed., 2007, Atlas; FERNANDO CAPEZ, “Curso de Processo Penal”, p. 529, item n. 20.15.10, 14ª ed., 2007, Saraiva; TALES CASTELO BRANCO, “Teoria e Prática dos Recursos Criminais”, p. 158, item n. 156, 2003, Saraiva) - reflete-se, por igual, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, a propósito do tema, assim se tem pronunciado: “HABEAS CORPUS' - IMPETRAÇÃO QUE NÃO INDICA QUALQUER

COMPORTAMENTO CONCRETO ATRIBUÍDO À AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA - PEDIDO NÃO CONHECIDO. Torna-se insuscetível de conhecimento o 'habeas corpus' em cujo âmbito o impetrante não indique qualquer ato concreto que revele, por parte da autoridade apontada como coatora, a prática de comportamento abusivo ou de conduta revestida de ilicitude.” (RTJ 159/894, Rel. Min. CELSO DE MELLO) “Não há como admitir o processamento da ação de habeas corpus, se o impetrante deixa de atribuir à autoridade apontada como coatora a prática de ato concreto que evidencie a ocorrência de um específico comportamento abusivo ou revestido de ilegalidade.” (RTJ 164/193-194, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É por tal motivo que a ausência de precisa indicação de atos concretos e específicos inviabiliza, processualmente, o conhecimento da ação constitucional de “habeas corpus”, como tem advertido o Plenário desta Suprema Corte (HC 83.966-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)(...)”

Do presente julgado extrai-se a consagração da aplicação da Teoria da Asserção – embora não nomeada –

para análise da admissibilidade do *habeas corpus*, tal como tem decidido, reiteradamente, esta Relatoria.

Entretanto, com todas as vênias ao entendimento do eminente Ministro Celso de Mello no recente julgado mencionado, divirjo da visão restritiva ali esposada, por compreender cabível o manejo da presente ação constitucional, ainda quando não haja imediata ou mediata restrição à liberdade física do paciente, muito embora possa ser admitido ou considerado que na hipótese de uma mulher grávida pedir autorização judicial para abortar é porque, ao menos em tese, teme ser presa por suposta prática criminosa.

Merece registro, também, o fato de que no Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal⁸, consagra-

⁸ Anteprojeto transformado em Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009, subscrito pelo Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, já aprovado em 07/12/2010. Parecer nº 1636, de 2010, publicado no Diário do Senado Federal, de 08/12/2010, Suplemento nº 202, 9.3 a 144 (disponível no sítio eletrônico: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?=85509&tp=1>)

se a mesma visão restritiva acerca do cabimento do *habeas corpus*, como se infere do item VI da Exposição de Motivos, *verbis*:

(...)A disciplina legal dos recursos deve buscar, por certo, a celeridade necessária à produção da resposta penal em tempo razoável e socialmente útil e à tutela dos direitos fundamentais dos indiciados ou imputados autores de infrações penais.

Tal celeridade, resultado de múltiplas funções e variáveis, entre as quais uma eficiente administração da função jurisdicional, é uma das condições da efetividade da norma penal, que, todavia, deve atuar dentro dos limites intransponíveis do devido processo legal, que, por certo, compreende, substancialmente, a efetividade dos recursos que não podem figurar nos códigos apenas simbolicamente, como sói acontecer em tempos autoritários, nos quais culmina sempre por germinar, como limite do poder do Estado, a interpretação ampla do cabimento do *habeas corpus*, a fazer dele o subrogado universal das impugnações recursais.(...)

No âmbito das ações de impugnação, deu-se cabimento ao *habeas corpus* apenas nos casos de prisão e de iminência de prisão ilegais, tendo em

vista a possibilidade de interposição de agravo contra a decisão de recebimento da denúncia. Introduziu-se o mandado de segurança, em regulação específica, ampliando-se, ainda, a legitimidade na ação de revisão criminal. (...)
(os grifos não são do original)

No mesmo sentido, está a proposta de redação dos artigos 635 e 636 do Anteprojeto, já aprovado pelo Senado:

Art. 635. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação ilegal no seu direito de locomoção, ressalvados os casos de punição disciplinar.

Art. 636. A coação considerar-se-á ilegal:

- I – quando não houver justa causa para a prisão ou para a sua decretação;
- II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;
- III – quando quem ordenar a prisão não tiver competência para fazê-lo;
- IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a prisão;
- V – quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI – quando o processo a que se refere a prisão ou sua decretação for manifestamente nulo;

VII – quando extinta a punibilidade do crime objeto da investigação ou do processo em que se determinou a prisão.

Parágrafo único. Não se admitirá o *habeas corpus* nas hipóteses em que seja previsto recurso com efeito suspensivo.

(grifei)

Com todo o respeito que se deve à Comissão de eméritos Juristas responsáveis pela elaboração do citado anteprojeto, trata-se *de lege ferenda*, porquanto não há ainda, a aprovação por ambas as casas legislativas.

Assim, diante da ordem constitucional e legal vigente, o *Habeas Corpus*, ação constitucional que é, deve ser admitido contra qualquer ilegalidade ou abuso de poder voltado, não só à constrição de liberdade ambulatorial, mas também àquele que ponha em risco as garantias constitucionais, ou ao menos algumas delas. A ampliação do alcance da ação constitucional prevista no artigo 5º, LXVIII da Constituição Federal

decorre de uma hermenêutica constitucional atenta à supremacia dos princípios constitucionais e à mudança de prisma promovida pela Constituição de 1988, que erigiu o indivíduo à posição de centro do sistema.

Neste sentido, vale citar a doutrina de Guilherme de Souza Nucci⁹, *verbis*:

“2. **Ampliação do seu alcance:** Se, originalmente, o *habeas corpus* era utilizado para fazer cessar a prisão considerada ilegal – e mesmo no Brasil essa concepção perdurou por um largo período – , atualmente seu alcance tem sido estendido para abranger qualquer ato construtivo direta ou indiretamente à liberdade, ainda que se refira a decisões jurisdicionais não referentes à decretação da prisão. Note-se o que ocorre com a utilização do *habeas corpus* para trancar o inquérito policial ou a ação penal, quando inexistir justa causa para o seu trâmite, bem como quando se utiliza esse instrumento constitucional para impedir o indiciamento injustificado, entre outras

⁹ Código de Processo Penal Comentado, p.991, 6ª Ed. Revista dos Tribunais, 2007

medidas. Nada mais lógico, pois são atos ou medidas proferidas em processos (ou procedimentos) criminais, que possuem clara repercussão na liberdade do indivíduo, mesmo que de modo indireto. Afinal, o ajuizamento de ação penal contra alguém provoca constrangimento natural, havendo registro em sua folha de antecedentes, bem como servindo de base para, a qualquer momento, o juiz decretar medida restritiva da liberdade, em caráter cautelar. Explica Florência de Abreu que a ampliação do alcance do *habeas corpus* deveu-se à 'ausência, no nosso mecanismo processual, de outros remédios igualmente enérgicos e expeditos para o amparo de outros direitos primários do indivíduo' (*Comentários ao Código de Processo Penal, v.V, p.558*). Na jurisprudência convém destacar: 'O writ previsto no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, destina-se, a priori, a assegurar a liberdade de locomoção das pessoas, mas pode também ser utilizado, em situações excepcionais, para combater ilegalidades flagrantes, poupando o paciente de eventuais sofrimentos e a sociedade de processos inúteis, como no caso de julgamento por Juízo absolutamente incompetente.' (TJSP, HC 448.390-3/7, Franco da Rocha, 4ª C., rel.

Canellas de Godoy, 10.02.2004, v.u., *JUBI*
96/04).” (grifei)

Promovida, portanto, uma interpretação conforme a Constituição Federal, no caso em análise, existe, além do risco à liberdade física da paciente, violação ao princípio da dignidade humana, sendo este compreendido, na lição de Carlos Roberto Siqueira de Castro,¹⁰ como:

“(...) o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, que as constituições e os instrumentos internacionais em vigor em pleno terceiro milênio ofertam solenemente aos indivíduos e às coletividades. Embora traduza um conceito jurídico indeterminado e de utilização ainda recente no plano das constituições e das Declarações Internacionais da era contemporânea, o postulado da dignidade humana universalizou-se como um pólo de atração para cada vez mais novos e novíssimos

¹⁰ Direitos Fundamentais, Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres, organizadores Daniel Sarmento e Flávio Galdino, pg.136/161, Ed. Renovar, 2006

direitos refletores do modismo constitucional-democrático.(...)

Releva assinalar que o postulado da dignidade da pessoa humana em boa hora ingressou no direito positivo brasileiro, desde lobo com a estatura inexcedível de *norma de princípio* constitucional, alçada em fundamento do Estado brasileiro (Constituição Federal – art. 1º, III), o que vale dizer em pressuposto axiológico da organização política nacional. Essa hierarquia juspositiva por certo faz resultar consequências extremas e inexoráveis, uma vez que irradia para o plano da legalidade infraconstitucional um padrão de interpretação e de execução normativa, que é de observância compulsória, e que deve ser consentâneo com a máxima efetividade da cláusula supralegal de dignificação do homem. Há de ocorrer, de conseguinte, a constitucionalização, ou seja, a interpretação conforme a constituição de todas as regras de direito que intercedam com as condições existenciais reputadas indispensáveis a uma vida digna.(...)

Enquanto princípio de matriz constitucional, o postulado da dignidade humana impõe ao Estado, pelo menos, três ordens distintas de

postura a fim de emprestar a conseqüente e radical eficácia aos direitos fundamentais. Primeiramente, condena, com a mácula da inconstitucionalidade, os atos estatais atentatórios a tal princípio. Além disso, impõe ao Poder Público o dever de se abster de praticar atos que desafiem o valor maior da dignidade humana. Por fim, induz a que os órgãos e autoridades competentes, em todos os níveis de governo, e no exercício de suas constitucionais e apropriadas competências, adotem iniciativas conducente à eliminação das desigualdades sociais e que promovam condições sociais e econômicas propícias à existência digna de todos os seres humanos sujeitos à circunscrição da soberania do Estado. (...)" (grifos não são do original)

No caso dos presentes autos, está patente a ameaça à liberdade física da paciente, pois o juízo impetrado negou-lhe, em verdade, a pretendida declaração de afastamento da norma incriminadora do artigo 124 do Código Penal, já tendo, inclusive, externado seu entendimento sobre a tipicidade, em

sede penal, da conduta. É o que se infere da fundamentação da decisão impugnada, *verbis*:

“(...) Segundo a Legislação Pátria, inexistente necessidade de autorização judicial para realização de aborto nas hipóteses previstas em Lei, que na verdade são aquelas constantes do Artigo 128 do Código Penal, a contrário senso.

Ocorre que somente não é considerado crime o aborto praticado por médico nos casos de perigo iminente para a vida da gestante, ou no caso de resultar a gravidez de estupro, não sendo essas qualquer delas a hipótese que se vê nesses autos.

Outrossim, não se trata de lacuna no Sistema Jurídico Pátria o que pretende a requerente, qual seja, o aborto em razão de anomalias físicas do feto que traz consigo; na verdade, o que é pretendido, a contrário senso, é que o Juízo autorize a prática de um crime, pois que não havendo exclusão de pena, crime se há de ter no fato de interromper indevidamente a gravidez.

Este julgador não se encontra insensível ao pranto diuturno da jovem requerente, porém

também não está disposto à prática premeditada, em concurso de agentes, do grave crime de aborto previsto no Artigo 124 do Código Penal.

Por tudo isso, lamentando profundamente a carga que vem suportando a requerente JAQUELINE ALVES DE LIMA, mas verificando o inteiro descabimento do que é pretendido nestes autos, INDEFIRO o pedido de autorização judicial para interrupção de gravidez, por absoluta falta de amparo legal, como demonstrado na fundamentação do presente *decisum*. (...)" (grifos do original)

De se ver, pois, que a insuficiente fundamentação da decisão impugnada, uma vez que baseada em estrita interpretação literal da regra penal que afasta a sanção – para alguns – ou o próprio crime – para outros – é exatamente o que lhe empresta mácula e caracteriza o alegado constrangimento ilegal, notadamente quanto à dignidade humana da paciente.

Por imperativo constitucional – artigo 5º, XXXV da Constituição do Brasil – e também por imperativo legal – artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – não pode o Magistrado, afirmando a inexistência de regra escrita, furtar-se a prestar jurisdição. Tal conduta não está em conformidade com o pós-positivismo jurídico, segundo o qual existe possibilidade, até mesmo, de afastar regra escrita para aplicar normas fundadas em princípios de direito, em busca da realização da justiça no caso concreto.

Como bem assevera Cristiano Chaves de Farias¹¹, ao tratar do estudo da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto Lei nº 4657/42), que após as modificações introduzidas pela Lei nº 12.736/2010, passou a ser denominada Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro:

“Em razão do caráter dinâmico do direito e da velocidade acelerada em que sucedem os problemas cotidianos, é natural a existência de lacunas no sistema jurídico. Por isso, a questão

¹¹ Direito Civil, Teoria Geral, 3ª Ed., Lumen Iuris, 2005, pgs.53-54.

não deve ser tratada como um problema, impondo lembrar a impossibilidade de um sistema completo.

Com efeito, toda vez que o intérprete não localizar no sistema jurídico norma aplicável ao caso concreto, verifica-se uma lacuna que necessita de preenchimento, de colmatação. (...) Ou seja, provocado o Estado-Juiz (através do exercício do direito de ação, alçado à altitude de garantia constitucional pela norma inserta no art. 5º, XXXV, da CF/88), não poderá o magistrado eximir-se de proferir decisão, alegando ausência de norma jurídica. A própria lei (art.4º da LICC), partindo da real possibilidade de omissão normativa, indica os meios pelos quais serão supridas as lacunas.

A integração das normas serve para colmatar, preencher lacunas do sistema, mas não tem caráter normativo (obrigatório), não vinculando outras decisões em casos análogos. (...)”

De outro giro, impõe-se realizar a interpretação das normas e institutos jurídicos penais conforme a atual ordem constitucional, que não vigia à época da elaboração do Código

Penal de 1940 e, tampouco, quando de sua reforma parcial (somente da Parte Geral), ocorrida em 1984. No ponto, necessário destacar as normas constitucionais que devem orientar a decisão no presente feito, como premissa para o encaminhamento e fundamentação do voto.

O preâmbulo da Constituição afirma ser **destinação do Estado Democrático, assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.**

Já o **Princípio da dignidade da pessoa humana** encontra-se consagrado no artigo 1º, inciso III da Constituição do Brasil, como **fundamento da República Federativa do Brasil**. Dentre os **objetivos fundamentais** da República, está elencado o de **construir uma sociedade livre, justa e solidária** (artigo 3º, inciso I da Constituição do Brasil).

Destacam-se, ainda, entre as garantias fundamentais, a inviolabilidade do direito à vida e à liberdade (*caput* do artigo 5º), a impossibilidade de submissão à tortura, tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, III), a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença religiosa (artigo 5º, VI); e, entre os direitos sociais, a saúde (artigo 6º), com a expressa menção ao dever do Estado de garanti-lo (artigo 196). Complementando as normas relativas ao direito à saúde, dispõe o artigo 226, §7º sobre o planejamento familiar, fundado no princípio da dignidade humana e o correlato dever do Estado de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.

Conclui-se, destarte, pelo cabimento da ação constitucional como via processual adequada à pretensão do impetrante, face a gama de garantias constitucionais envolvidas, inclusive, a possibilidade de restrição ao direito ambulatorial, como já afirmado. Registre-se, ademais, que, pelo Princípio da Instrumentalidade das Formas e considerada a relevância da questão de direito material, não se mostra razoável, ainda que não fosse exatamente técnica e adequada a eleição da ação

constitucional para a tutela dos direitos da paciente, excluir-se a apreciação do mérito.

Outra questão prévia que merece registro é a liminar deferida e parcialmente referendada pelo Pleno do STF para a suspensão de processos em curso que versassem sobre a matéria objeto da argüição.

A Lei nº 9.882/99, que cuida do procedimento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, em seu artigo 5º, §3º prevê:

A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes de coisa julgada.

A liminar concedida na ADPF nº 54 foi parcialmente ratificada/referendada, tão só para manter a suspensão dos processos em curso a respeito do tema, como já destacado anteriormente. Contudo, desde a cassação da liminar quanto à autorização para a antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia, foram proferidas inúmeras decisões em diversos tribunais do país, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, autorizando a interrupção da gravidez em tais casos.

Conclui-se, portanto, que é apenas aparente o descumprimento da decisão emanada do Supremo Tribunal Federal, o que se explica pela urgência das decisões envolvendo autorizações judiciais para interrupção de gestações de fetos anencéfalos e, ainda, pelos princípios da razoabilidade e da efetividade da jurisdição. Observe-se que até mesmo o Superior Tribunal de Justiça, sensível às peculiaridades do caso, após a suspensão da liminar determinada pelo Supremo Tribunal Federal, proferiu decisões em pleitos de interrupção de gestação de feto anencéfalo.

A análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e de diversos Estados da federação, é bem verdade, revela que não há uniformidade de entendimentos nem dentro de órgãos fracionários de um mesmo tribunal. Tal quadro deve-se, decerto, à diversidade de convicções religiosas, morais, éticas e dogmáticas dos julgadores que, inexoravelmente, impregnam suas decisões em questão tão delicada quanto a que se põe na presente impetração, que fez vacilar, até mesmo, a mais alta Corte de Justiça do país, cuja decisão na ADPF nº 54 tarda em ser proferida, diante da necessidade de realização de audiências públicas para a formação do convencimento dos eminentes Ministros.

Na verdade, através da ADPF nº 54 busca-se a uniformização de entendimento sobre a questão, com o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, a quem compete salvaguardar a Constituição e dizer qual a sua correta interpretação. Contudo, não seria razoável que durante os quase oito anos em que tramita a ADPF, fosse negada jurisdição a quem buscasse o Judiciário para ver garantido o direito de interromper a gestação. Em última análise, todos os pedidos restariam prejudicados, diante do exíguo tempo em que a

gestação alcança seu termo e, assim, a referida suspensão determinada pelo Supremo Tribunal Federal estaria a malferir o princípio da efetividade da jurisdição, pois inúteis seriam todas as ações ajuizadas durante esse lapso temporal, porque inevitavelmente perderiam o objeto.

Superadas as questões prévias, passa-se à análise do mérito.

Considerando-se que a questão aqui posta é também objeto de processo objetivo em trâmite no Supremo Tribunal Federal, necessário se mostra um breve resumo do que se alega na ADPF nº 54/94, como fundamento a que se permita a antecipação terapêutica do parto de fetos portadores de anencefalia. O pedido formulado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde dirige-se à interpretação conforme a Constituição de dispositivos do Código Penal, pronunciando a inconstitucionalidade de sua incidência, para reconhecer-se à gestante portadora de feto anencefálico o direito subjetivo de submeter-se ao procedimento médico adequado.

Inicialmente, destaca-se na petição inicial, como nota prévia, a diferença entre os termos *antecipação terapêutica do parto* e *aborto*. Diz-se que a antecipação terapêutica do parto tem como fundamento o fato de que a permanência do feto anômalo no útero materno é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da gestante e até perigo de vida, face ao grande número de óbitos intra-útero desses fetos. Destarte, trata-se não do crime de aborto previsto no Código Penal, mas propriamente de uma indicação terapêutica médica, a única possível e eficaz para o tratamento da gestante, uma vez que impossível reverter-se a situação do feto, cuja inviabilidade é insolúvel. Ressalta-se, ainda, que para a caracterização do aborto, conforme a doutrina, deve haver interrupção da gravidez com a consequente morte do feto, ou seja, a morte deve ser resultado direto dos meios abortivos, sendo imprescindível tanto a comprovação da relação causal como a pontencialidade de vida extrauterina do feto.

As teses de mérito lastreiam-se em diversas normas constitucionais, notadamente: a) na dignidade da pessoa humana, entendendo-se haver situação análoga à tortura para a gestante de feto anencefálico, obrigada a levar a gravidez a

termo, com todos os riscos potenciais existentes e a certeza da inviabilidade do feto; b) na legalidade, liberdade e autonomia da vontade, destacando-se o aspecto de inexistir vedação legal à interrupção terapêutica do parto em hipóteses de gravidez de feto anencefálico, que não se subsume ao Código Penal, pois a conduta não seria típica, diante da inviabilidade do feto; c) no direito à saúde, que segundo concepção da Organização Mundial de Saúde é o *completo bem estar físico, mental e social*, situação que não se compatibiliza com o impedimento de realização da antecipação terapêutica do parto.

A decisão que concedeu a liminar, da lavra do Eminentíssimo Relator, Ministro Marco Aurélio, merece transcrição, diante dos consistentes argumentos apresentados:

“Constata-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final – proclamação desta Corte –, espaço de tempo bem superior a nove meses, período de gestação. Assim, enquadra-se o caso

na cláusula final do §1º em análise. Qualquer outro meio para sanar a lesividade não se mostra eficaz. Tudo recomenda que, em jogo tema da maior relevância, em face da Carta da República e dos princípios evocados na inicial, haja imediato crivo do Supremo Tribunal Federal, evitando-se decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional. Atendendo a petição inicial os requisitos que lhe são inerentes – art. 3º da Lei nº 9.882/99 –, é de se dar sequência ao processo. Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O

determinismo biológico faz com que a mulher seja portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entretantes, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevivência é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com

plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. (...)”

Em sessão plenária realizada em 20 de outubro de 2004, o Supremo Tribunal Federal, por maioria referendou a primeira parte da liminar concedida, quanto ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, vencido o Ministro Cézar Peluso. Na segunda parte, também por maioria, foi revogada a liminar deferida, por sete votos a quatro, ficando vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Ayres de Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

Acerca da revogação da liminar quanto à autorização para a interrupção de gestações de fetos anencéfalos, merece registro o drama vivenciado por Severina,

uma jovem do interior do estado de Pernambuco que estava com o procedimento agendado para o dia 21 de outubro de 2004, sendo surpreendida pela decisão do Supremo Tribunal Federal, que acabou por remetê-la ao Judiciário, a fim de obter a autorização para realizar a antecipação terapêutica do parto. O caso foi retratado no documentário intitulado “Uma história Severina”¹², material do qual tomou conhecimento esta Relatoria nos estudos realizados para a formação da convicção no caso em análise.

Dos votos proferidos naquela ocasião, vale transcrever trechos que dão a tônica da severa discussão que envolve a questão de fundo da presente ação constitucional:

“O feto não é uma coisa, porém pessoa. Pontes de Miranda disse, em breve anotação colhida agora que:

¹² Vídeo disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=65Ab38kWFhE&feature=youtu.be>, acessado em 16/02/2012

‘No intervalo entre a concepção e o nascimento, os direitos que se constituíram têm sujeito, apenas não se sabe qual seja.’

Preceitua o artigo 2º do novo Código Civil:

‘Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa no nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.’

Como o feto é pessoa e a mãe não corre perigo, a liminar acaba afrontando a dignidade do ser que o feto é. Diria, até lembrando a afirmação do Professor Barroso, que o STF tem muito a dizer sim, neste momento. E deve dizer, de modo muito vivo, que a manutenção da liminar não se justifica.” (Ministro Eros Grau)

“A medida acauteladora longe ficou de compelir gestantes à interrupção da gravidez, considerando o que os dicionários apontam como monstruosidade, que é a anencefalia. Não. Viabilizou-a, isto sim, preservada a autonomia da vontade, preservada a iniciativa, sem o risco de responder a um processo penal a própria gestante e afastada a espada de Dâmocles

quanto aos profissionais da medicina que viessem a atuar, interrompendo a gravidez. (...)

Ainda temos, em Plenário, um Cristo, mas de há muito houve a separação Estado/Igreja. Creio que não de se fazer presentes, no caso, parâmetros técnicos, parâmetros constitucionais, e não visões até mesmo fundamentalistas, morais e religiosas sobre o tema. (...)" (**Ministro Marco Aurélio**)

"(...) embora esteja convencido da admissibilidade da ação proposta – e espero deixar isso claro nos argumentos contidos no voto que proferirei em momento oportuno –, creio seja incongruente conceder a liminar antes de concluído o juízo prévio de admissibilidade.

Indefiro a liminar neste momento, assinalando, no entanto, que não hesitaria em concedê-la no momento processual seguinte, caso este se apresente." (**Ministro Joaquim Barbosa**)

"Impressiona-me muito o fato de que a gravidez é um processo voltado para o espetáculo do mundo, para o espetáculo da vida. Aqui, o que

se deseja saber é se à gravidez corresponde um feto viável. Até os dicionários dizem isto: feto viável. Ou seja, predisposto a uma vida extrauterina.

No caso da gravidez do anencéfalo, volto a usar daquela metáfora, não quero falar de coisa para não coisificar um tema tão importante, tão repassado de espiritualidade como este. O que se tem no ventre materno é algo, mas algo que jamais será alguém. Usei, lembro-me bem, da metáfora do casulo da crisálida e da borboleta. O útero materno é um casulo. O feto anencéfalo é uma crisálida, mas que jamais chegará ao estágio de borboleta, jamais alçará vôo. Eu me pergunto: estamos aqui discutindo o direito de viver, o direito de nascer ou o direito de nascer para morrer? Existe esse direito de nascer para morrer? (...)

Embora eu não tenha um ponto de vista que considere definitivo, mas tenho sinais, tenho indicadores que me levam a endossar a decisão corajosa do Ministro Marco Aurélio” **(Ministro Carlos Ayres de Britto)**

“Agora, a mim me parece fora de dúvida que a liminar, com a devida vênia do eminente Relator e das razões jurídicas, todas muito sólidas, que sua Excelência expôs para concedê-la, ofende um valor jurídico. Isso parece-me indubitável. A vida intra-uterina, ainda quando concebível como projeto de vida, é objeto da tutela jurídico normativa por várias formas. É-o por normas infraconstitucionais, evidentes não apenas na regra tradicional que o Ministro Eros Grau recordou, mas também, e sobretudo, por força da própria lei penal, cujo sentido primário de proibição do comportamento tipificado é expressão da tutela dessa vida intra-uterina, a qual guarda, por conseguinte, o significado indiscutível de bem jurídico, que como tal merece a proteção da ordem jurídica. (...)” (Ministro César Peluso)

“Com essas considerações e tentando ficar penas nesta construção dogmática desenvolvida em torno da cautelar, diria que, especialmente naquela segunda parte em que se assegura o direito à realização desta operação, que poderia ser equiparável ao aborto – dependendo do nome que venha a ser realizado –, de fato, é uma

mutação significativa no sistema jurídico. Tem uma razão, portanto, para que não se realize essa mudança em sede de cautelar.” (Ministro Gilmar Mendes)

“Esse fato, de que o Tribunal não tem ainda opinião formada a respeito, faz com que aquele *periculum in mora*, que o eminente Ministro-Relator considerou presente para deferi-la, se inverta; e, em jurisdição objetiva, sem que haja qualquer caso concreto em jogo, a liminar em causa é, efetivamente, satisfativa para o efeito de introduzir uma hipótese autorizativa de interrupção da gravidez, que hoje não consta do Código Penal. Este Código Penal data de 1940, e a ADPF existe, como previsão constitucional, desde 1988 e está regulamentada desde 1999. Portanto, não vejo presente, acrescentando apenas esse adendo às razões que já foram postas, a urgência que autorize o deferimento da liminar.” (Ministra Ellen Gracie)

“(…) no caso, não há possibilidade de risco de vida com relação à mãe. O risco, na verdade, ocorre, quanto ao direito à vida. Se temos que

respeitar, como fazem os argumentos postos pelo eminente patrono da autora, o notável Professor Luis Roberto Barroso, no sentido do sofrimento da mãe em gerar um feto fadado a morrer, não podemos ignorar e faltar com nosso apreço ao argumento trazido pelo eminente Procurador-Geral da República, no sentido de que se tem, com esse aborto, atentado contra a vida. Sopesando um e outro argumento, há de prevalecer, pelo menos neste primeiro exame, o argumento do direito à vida. (...)" (**Ministro Carlos Velloso**)

"O meu voto, assim, é de política judiciária.

O dispositivo da liminar vige, neste país, há quatro meses.

Não vejo como, a esta altura da discussão nacional remeter cada caso ao vai-e-vem das distribuições e das decisões, de um lado e de outro, fatalmente comprometidas com a mundividência de cada juiz, no controle de cada caso concreto. Prefiro manter a liminar nos seus termos e confiar em que brevemente possamos proferir a decisão de mérito ou concluir pela inadmissibilidade da argüição.

É claro que comove, Sr. Presidente, para os que partem da premissa de que o feto anencefálico tem vida, e que tem vida o produto do parto desta gravidez condenada ao nada, comove, que mais não seja em respeito à profunda convicção com esse sentido, aqui, magnificamente verbalizada pela notável sustentação oral do Procurador-Geral e pelo voto magistral hoje proferido pelo Ministro Cezar Peluso.

Mas, criada esta situação de fato, creio que, enquanto este processo estiver pendente, atende melhor à função política assumida pelo Tribunal – e digo pelo Tribunal, porque a assumimos em 2 de agosto – , que se mantenha a liminar até a decisão de mérito. Tantos são os verdadeiros abortos diária e impunemente no Brasil, que o cumprimento da liminar por algum pouco tempo não será uma catástrofe...” (Ministro Sepúlveda Pertence)

Na mesma ocasião votaram o Ministro Celso de Mello, acompanhando o Relator e reconhecendo o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica do parto, e o Ministro Nelson Jobim, então presidente do

Supremo Tribunal Federal, acompanhando a posição do Ministro Eros Grau.

Enquanto se aguarda o julgamento de mérito da ADPF nº 54/2004, que segundo noticiou o próprio Supremo Tribunal Federal, em breve será colocada em pauta, impõe-se o enfrentamento de todas as teses apresentadas na inicial da presente impetração, sem prejuízo de aprofundado estudo sobre as questões técnicas e médicas e adequação das normas jurídicas vigentes para a realização da justiça no caso concreto.

A questão sobre a possibilidade de antecipação terapêutica do parto do feto anencéfalo – que, segundo a Professora Dra. Lenise Garcia¹³, trata-se de aborto propriamente dito, constituindo-se a terminologia empregada na petição inicial da ADPF nº 54/2004, num eufemismo – está sendo submetida à apreciação por esta Corte, coincidentemente, em momento em que o Código Penal está sendo objeto de discussão

¹³ Doutora em Microbiologia pela UNIFESP, Professora do Departamento de Biologia Celular da UNB e Presidente do Movimento da Cidadania pela Vida – Brasil sem Aborto, em vídeo disponível em http://youtu.be/_SbWKEclEnk, acessado em 16/02/2012 e 21/03/2012

e propostas de reforma, por intermédio de uma Comissão de Juristas instituída pelo Senado Federal¹⁴ para elaboração de um Anteprojeto do Código Penal. Como parte dos trabalhos da Comissão, da qual sou integrante, como membro da Subcomissão da Parte Geral, no último dia 24 de fevereiro de 2012, em São Paulo, realizou-se audiência pública¹⁵, cuja temática envolvia crimes contra a vida e crimes contra a dignidade sexual. Dos cerca de 500 (quinhentos) participantes da audiência pública, houve 91 (noventa e um) inscritos. Foram 60 (sessenta) os presentes que fizeram uso da palavra, dos quais 40 (quarenta) fizeram colocações sobre o aborto, sendo apenas 5 (cinco) aqueles que se manifestaram contrariamente à descriminalização da conduta.

Insta consignar que a redação proposta – e já aprovada pela Comissão¹⁶, a ser submetida ao Senado Federal –

¹⁴ Comissão instituída por requerimento do Senador Pedro Taques e instalada em 18/10/2011, Publicação em 15/11/2011 no DSF Página(s): 47392 - 47396 PUB ATA 1ª REUNIÃO, disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=100768

¹⁵ Conforme ata disponível em <http://legis.senado.gov.br/sil-pdf/Comissoes/ESP/Comissoes/CJEC/Atas/20120224RE006.pdf>

¹⁶ Reunião realizada em 09/03/2012 – Ata disponível em <http://legis.senado.gov.br/sil-pdf/Comissoes/ESP/Comissoes/CJEC/Atas/20120309RE007.pdf>

para o artigo 128 do Código Penal aduziu às excludentes de ilicitude (risco de vida para a gestante e gravidez resultante de estupro), outras, dentre as quais, a anencefalia e as malformações graves incompatíveis com a vida extrauterina, *verbis*:

Exclusão do crime

Artigo 128 – Não há crime se:

I – houver risco à vida ou à saúde da gestante;

II – a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;

III – comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida independente, em ambos os casos atestado por dois médicos.

IV – por vontade da gestante até a 12ª semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições de arcar com a maternidade.

§1º. Nos casos dos incisos II e III, e da segunda parte do inciso I, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro.

(grifei)

Sob o ponto de vista médico, em linhas gerais, a anencefalia é uma malformação grave, decorrente de uma falha no fechamento do tubo neural. Esta falha resulta na ausência de calota craniana – estrutura óssea da cabeça que recobre o cérebro – e por este motivo, a formação do encéfalo fica prejudicada, porque este resta desprotegido e exposto ao líquido amniótico que, em contato direto e exercendo pressão sobre a estrutura, a corrói e anula as funções dos dois hemisférios cerebrais. Quando chega a nascer, pouco lembra a aparência de um ser humano, apenas com traços humanóides. Não tem rosto, possui aparência de uma rã, com ausência de calota craniana e protusão dos olhos. Essa é a regra e, como tal e por tal, admite exceção.

A literatura médica considera a malformação tão grave que qualifica a anencefalia como “*monstruosidade caracterizada pela ausência de cérebro e da medula*”.¹⁷ Assim se descreve, tecnicamente¹⁸:

Geralmente a criança nasce sem testa, com orelhas de implantação baixa e pescoço curto. A base do crânio é diminuída por causa da alteração do osso esfenóide e a fossa posterior se apresenta com diâmetro transverso aumentado. A boca é relativamente pequena e o nariz longo e aquilino. Apresenta sobras de pelo nos ombros, globos oculares protuberantes, pavilhões oculares malformados, fenda palatina e anomalias das vértebras cervicais. Responde a estímulos auditivos, vestibulares e dolorosos. Apresenta quase todos os reflexos primitivos do recém-nascido, além de elevar o tronco, a partir da posição em decúbito dorsal, quando se estende ou comprime os membros inferiores contra um plano da superfície.

¹⁷ GARNIER, Marcelo e DELAMARE Valery. Dicionário de termos técnicos de medicina.

Tradução de Benjamin Maierovitch. 20ª Ed. São Paulo: Andrei, 1984.

¹⁸ CYPEL, S.; DIAMENT, A. Neurologia Infantil. 3.ed. São Paulo: Editora Atheneus, 1996, p.745

Historicamente, deve-se fazer referência à filosofia grega, à doutrina judaico-cristã e ao Direito Romano, tão bem situados na sustentação oral do ilustre defensor público Franklin Chales Dore Júnior, durante a sessão de julgamento por esta Corte.

As práticas abortivas eram condenadas, segundo o juramento de Hipócrates. Contudo, apesar da proibição, registra Aline Mignon de Almeida¹⁹ que “*o aborto era utilizado em grande escala, abonado pelos ilustres pensadores da época que justificavam sua necessidade.*”

Eram contrários ao aborto filósofos como Sólon e Licurgo, ao passo que Platão e Aristóteles o admitiam, enquanto não existisse alma no produto da concepção. Segundo Francisco Davi Fernandes Peixoto²⁰ :

Foi de Aristóteles a doutrina do hilemorfismo segundo a qual a alma humana não sobreviveria

¹⁹ Bioética e Biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000, p. 139.

²⁰ Direito, Anencefalia e Antecipação Terapêutica do Parto: Uma análise da Realidade Brasileira. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza-CE nos dias 09, 10 11 e 12 de junho de 2010

independente de um corpo, só podendo se relacionar com ele após certo tempo. Platão chegava mesmo a defendê-lo como obrigatório para mulheres que engravidassem após uma certa idade.

Ademais, em algumas cidades da Grécia Antiga, fetos que porventura apresentassem deformações, por mínimas que fossem, eram de imediato mortos.

(...)

Já os romanos consideravam o feto parte das entranhas da mãe (*pars viscerum matris*), sendo o aborto lícito durante um período considerável. Ademais, cumpre destacar que já os romanos admitiam que fetos que não possuíssem forma humana, como os anencéfalos, não poderiam ser juridicamente considerados como pessoas humanas.

Apesar destas proibições, consoante a lição de Mori, a condenação do aborto no mundo antigo era muito rara, sendo a prática deveras difundida. Apenas com o advento do cristianismo o aborto passou a ser severamente punido. Todavia, frisemos que em certos momentos a Igreja chegou a admiti-lo em caso de extrema miséria ou de honra.

Tomás de Aquino, influenciado pela doutrina aristotélica do hilemorfismo, era adepto da teoria

da animação retardada segundo a qual, enquanto o feto não tivesse forma humana, o que se daria em torno de 40 a 80 dias, não haveria possibilidade de infusão da alma. (...)

Tal como São Tomás de Aquino, Santo Agostinho não considerava homicídio o aborto no início da gestação. Esse posicionamento foi adotado pela Igreja, no Concílio de Viena, em 1312. De acordo com o principal historiador da doutrina da Igreja sobre o aborto, John Connery, S.J., a primeira coletânea de direito canônico, que vigeu durante muito tempo, entendia que o aborto só era criminoso depois de o feto já estar formado, ou seja, mais ou menos no final do 1º trimestre de gestação²¹. No período Renascentista, durante o papado de Sisto V, a punição do aborto passou a ser mais severa. No século seguinte, o papa Inocêncio XI entendeu por condenar as proposições que desculpavam o aborto antes do momento da fixação da animação espiritual do feto, segundo alguns autores.²²

²¹ Segundo informações colhidas no sítio eletrônico: http://pt.wikipedia.org/wiki/Legisla%C3%A7%C3%A3o_sobre_o_aborto#Pol.C3.B4nia

²² Segundo informações colhidas no sítio eletrônico: http://pt.wikipedia.org/wiki/Religi%C3%A3o_e_aborto

Na história moderna, após a Revolução Francesa, já sob a influência do Iluminismo e do Humanismo, observa-se que diversos países partiram da proibição para a autorização do aborto.

Na América, importa destacar as legislações dos Estados Unidos, Canadá, México, Cuba, Chile, Colômbia, Nicarágua, Uruguai, Argentina, Paraguai, Bolívia, Peru, Venezuela e Equador.

Nos Estados Unidos, o aborto é legal na grande maioria dos estados, à exceção do estado de Dakota do Sul. A lei canadense não restringe o aborto, desde 1969, em casos de risco à saúde e, a partir de 1973, legalizou-se, também a interrupção voluntária da gravidez, tratando-se de um dos países do mundo em que há maior liberdade para a prática do aborto.

Cuba, por sua vez, é o único país hispânico em que o aborto voluntário é legal, se praticado até as dez primeiras semanas de gravidez, desde a Revolução Comunista de 1959²³.

²³ *Idem* nota nº 21

Curioso, dentre os países da América Latina, o caso do México, em que a legislação sobre o tema é regional. A questão, aliás, foi mencionada²⁴ na audiência pública, já referida anteriormente²⁵, na qual estiveram presentes representantes do Conselho Federal de Medicina, da Sociedade Brasileira de Bioética, da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia e da Comissão de Bioética.

Em abril de 2007, foi aprovada a legalização do aborto na Cidade do México²⁶. O projeto gerou polêmica, face à grande população católica do país. Segundo noticiou o *World Population Policies 2009*, da ONU²⁷ “o México viu movimentos ambíguos nos últimos anos: enquanto alguns Estados se espelharam na capital federal e passaram a ser mais permissivos, outros aprovaram emendas constitucionais punindo a prática abortiva com mais rigor”.

²⁵ Vide nota nº 15

²⁶ Conforme informações extraídas do sítio eletrônico http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/story/2007/04/printable/070424_mexicoabortoaprova_ac.shtml

²⁷ Disponível em <http://sciencetolife.com.br/news.php?article=legislacao-sobre-aborto-no-mundo&id=5822>

Proibido, em quaisquer circunstâncias, o aborto na Nicarágua, no Chile²⁸ e na Colômbia²⁹.

Na Bolívia³⁰, no Paraguai³¹, na Argentina³², no Uruguai³³, no Equador³⁴, na Venezuela³⁵ e no Peru³⁶ há previsões

²⁸ Art. 342 do Código Penal do Chile: *“El que maliciosamente causare un aborto será castigado: 1º Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada. 2º Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer. 3º Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere.”*

²⁹ Art. 124, parágrafo do Código Penal da Colômbia: *“Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. Parágrafo. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.”*

³⁰ Art. 266 do Código Penal Boliviano: *“(Aborto impune) – Cuando el aborto hubiere sido consecuencia de un delito de violación, rapto no seguido de matrimonio, estupro o incesto, no se aplicará sanción alguna, siempre que la acción penal hubiere sido iniciada. Tampoco será punible si el aborto hubiere sido practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no podía ser evitado por otros medios. En ambos casos, el aborto deberá ser practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer y autorización judicial en su caso.”*

³¹ Art. 109 do Código Penal do Paraguai: *“No obra antijuridicamente el que causara indirectamente la muerte del feto mediante actos propios del parto si ello, según los conocimientos y las experiencias del arte médico, fuera necesario e inevitable para desviar un peligro serio para la vida o la salud de la madre.”*

³² Art. 86 do Código Penal Argentino: “(...) *El aborto practicado por um médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1) si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2) si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.*”

³³ Art. 328 do Código Penal do Uruguayi: “*Causas atenuantes y eximentes. §1º Si el delito se cometiere para salvar el próprio honor, el de la esposa o un pariente próximo, la pena será disminuida de un tercio a la mitad, pudiendo el Juez, en el caso de aborto consentido, y atendidas las circunstancias del hecho, eximir totalmente de castigo. El móvil de honor no ampara al miembro de la familia que fuera el autor del embarazo. §2º Si el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer, para eliminar el fruto de la violación, la pena será disminuida de un tercio a la mitad, y si se efectuare con su consentimiento será eximido de castigo. §3º Si el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer, por causas graves de salud, la pena será disminuida de un tercio a la mitad, y si se efectuare con su consentimiento o para salvar su vida, será eximido de pena. §4º En el caso en que el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer por razones de angustia económica el Juez podrá disminuir la pena de un tercio a la mitad y si se efectuare con su consentimiento podrá llegar hasta la exención de la pena. §5º Tanto la atenuación como la exención de pena a que se refieren los incisos anteriores regirá solo en los casos en que el aborto fuese realizado por un médico dentro de los tres primeros meses de la concepción. El plazo de tres meses no rige para el caso previsto en el inciso 3º.*”

³⁴ Art. 447 do Código Penal do Ecuador: “ (...) §1º - *Si se ha hecho para evitar um peligro para la vida o salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; y §2º - Si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en una mujer idiota o demente. En este caso, para el aborto se requerirá el consentimiento del representante legal de la mujer.*”

³⁵ Art. 435 do Código Penal da Venezuela: “(...) *No incurrirán en pena alguna el facultativo que provoque el aborto como medio indispensable para salvar la vida de la parturienta.*”

³⁶ Art. 119 do Código Penal do Peru: “*No es punible el aborto practicado por um médico com el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único médío para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.*”

análogas à legislação brasileira, com previsão de exculpantes ou atenuantes, em casos de aborto terapêutico ou sentimental.

Dentre os países europeus, a legislação alemã³⁷ permite a realização do aborto, em casos de gravidez resultante de violação ou violência sexual e, após a 12^a semana de gestação, por razões médicas, incluindo-se no largo conceito da lei daquele país, a saúde física, mental e condições sociais adversas.

Espanha³⁸, França³⁹ e Grécia permitem o aborto voluntário, até a 12^a semana; em caso de risco de morte ou saúde física ou mental da gestante e crimes sexuais, até a 20^a semana; e, em caso de risco de malformação fetal, até a 24^a semana. O Código Penal Italiano⁴⁰, por seu turno, permite o aborto até o primeiro trimestre, por razões sociais, médicas ou econômicas, a pedido da mulher e, a qualquer tempo, em caso de risco de morte ou saúde física ou mental da mulher, risco de malformação fetal ou gravidez resultante de crime sexual⁴¹.

³⁷ Art. 218 Código Penal Alemão

³⁸ Arts. 144 e 145 Código Penal Espanhol

³⁹ Art. 223-10 Código Penal Francês

⁴⁰ O Código Penal italiano elenca o aborto entre os crimes contra a integridade e a saúde da estirpe(arts. 545 a 555).

⁴¹ *Idem* nota nº 21

No caso específico da Espanha, curiosa se afigura a declaração de inconstitucionalidade de uma lei que autorizava o aborto, mas não porque o autorizava e, sim, porque deixava de condicioná-lo à apresentação prévia de laudos médicos.

Na Polônia, há referências de que o caminho foi inverso. O aborto era livre durante o regime comunista, até 1993. Depois, passou a ser proibido em regra, sendo permitido apenas em caso de estupro, incesto, risco de morte ou saúde física da mulher ou risco de malformação do feto⁴². Trata-se de um movimento excepcional à tendência mundial, que inclusive se intensifica, com a tentativa de proibição total do aborto. Em 31 de agosto de 2011, em duas votações separadas, a Câmara Baixa do Parlamento da Polônia decidiu não mudar a lei do país a respeito do aborto. Com 78 (setenta e oito) deputados ausentes na câmara e 5 (cinco) abstenções, houve 186 (cento e oitenta e seis) votos a favor e 191 (cento e noventa e um) contra um histórico projeto de lei para proibir completamente o aborto na Polônia⁴³.

⁴² Conforme dados colhidos no sítio eletrônico: http://pt.wikipedia.org/wiki/Legisla%C3%A7%C3%A3o_sobre_o_aborto#Pol.C3.B4nia

⁴³ Conforme notícia veiculada no sítio eletrônico: <http://www.zenit.org/article-28800?l=portuguese>

Na legislação europeia, digna de nota, pela modernidade e completude da minuciosa disposição legislativa, a redação do artigo 142 do Código Penal Português, que merece parcial transcrição:

“Art. 142º

Interrupção da gravidez não punível

1 – Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando:

- a) Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;
- b) Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez;
- c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congênita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis,

caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo;

d) A gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas.

e) For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez.

2- A verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez é certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direção, a interrupção é realizada, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

3 – Na situação prevista na alínea e) do nº 1, a certificação referida no número anterior circunscreve-se à comprovação de que a gravidez não excede as 10 semanas.

(...)

No Brasil, a matéria não é nova. Diversos são os projetos de lei que há muito pretendem introduzir legislação autorizando o aborto em casos de malformações graves, como a

anencefalia. Segundo Débora Diniz⁴⁴, até 2005, foram apresentados 12 (doze) projetos de lei sobre o tema da malformação fetal grave. Em 2004, época do ajuizamento da ADPF nº 54/2004, que acirrou os debates sobre a matéria, registrou-se a apresentação do Projeto de Lei nº 4.360/04 de autoria do Deputado Dr. Pinotti e o Projeto de Lei nº 4.403/04 de autoria da Deputada Jandira Feghali. Em 2005, o substitutivo proposto pela relatora Deputada Jandira Feghali foi incorporado ao projeto de lei nº 1351/91 de autoria dos Deputados Eduardo Jorge e Sandra Starling, que tramitava há mais de 17 (dezessete) anos no Congresso Nacional. Segundo o substitutivo, o aborto até a 12ª semana de gestação seria opção da mulher; em caso de violência sexual, a gravidez até a 20ª semana poderia ser interrompida e; por fim, em casos de risco de vida para a gestante ou malformação fetal incompatível com a vida ou grave doença fetal, poderia dar-se o aborto a qualquer tempo. O projeto foi rejeitado e arquivado em 09 de abril de 2008.

Mais recentemente o Projeto de Lei do Senado nº 50/2011, de autoria do Senador Mozarildo Cavalcanti, propôs a inserção do inciso III ao artigo 128 do Código Penal, contemplando

⁴⁴ Aborto e individualidad fetal: El debate brasileño, In: *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro. V. 21, N.2, p.634-639, Mar./Abr., 2005, p. 635

a hipótese de aborto de fetos anencéfalos. No último dia 02/03/2012⁴⁵, o processo foi encaminhado à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, estando a matéria com a Relatoria (Senador Ciro Miranda).

Registre-se que, uma semana antes do julgamento da presente ação constitucional, causou perplexidade a notícia veiculada na imprensa, quanto à aprovação de projeto de lei, por votação unânime, na Câmara Municipal de Anápolis (GO), que, ignorando as disposições do Código Penal, proibiu, naquele município, a prática de abortos legais nos hospital públicos. ⁴⁶

Assim, sendo ainda inexistente legislação específica sobre o tema, ao Judiciário é dada a árdua tarefa de decidir a questão, socorrendo-se da análise dos julgados até agora produzidos nos diversos tribunais do país.

⁴⁵ Segundo andamento extraído do sítio eletrônico, no endereço: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99165

⁴⁶ Jornal O Globo, quinta-feira, 08 de março de 2012, página 12, O País: “Anápolis ignora Código Penal e proíbe aborto legal. Sob pressão Católica, vereadores de cidade goiana excluem a prática mesmo em casos previstos por lei.

A primeira autorização para antecipação de parto em caso de anomalias fetais de que se tem notícia teria sido concedida no Estado de Rondônia, na Comarca de Ariquemes, em 1989. Entretanto não há documentos comprobatórios de tal autorização. Dois anos mais tarde, na Comarca de Rio Verde, no Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, o juiz Jurandir Rodrigues Brito autorizou a realização de aborto em caso de anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina em gestação de 26 semanas, fazendo menção à decisão anterior, concedida na primeira instância no Tribunal de Justiça de Rondônia. Outra decisão monocrática de destaque, referida em diversos estudos sobre o tema, como sendo a primeira decisão que autorizou a antecipação terapêutica do parto, foi aquela proferida em 1992, na cidade de Londrina, Paraná, pelo então Juiz de Direito, hoje Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Miguel Kfoury Neto, que autorizou a interrupção da gravidez, na 20ª semana, de feto com anencefalia.

A jurisprudência nos Tribunais Superiores é escassa, pois os casos que lá chegaram restaram, em sua maioria, prejudicados, pela perda de objeto. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 32.159-RJ (2003/0219840-5), sob a relatoria da Ministra Laurita Vaz, acabou por conceder a

ordem em favor do nascituro, então paciente, e obstar a realização da antecipação terapêutica do parto, concedida por esta Corte. O processo de origem desta Colenda 2ª Câmara Criminal (Apelação Criminal nº 5.208/03), da Comarca de Teresópolis, teve liminar satisfativa concedida pela Des. Gizelda Leitão, que foi objeto de agravo regimental, em razão do qual o Des. Murta Ribeiro, então Presidente deste Órgão Julgador, cassou a decisão. Posteriormente, no julgamento do agravo e da apelação, por maioria, restabeleceu-se a decisão da Relatora. Em razão deste mesmo feito, a questão foi submetida ao Supremo Tribunal Federal e, embora o *writ* já tivesse perdido o objeto, alguns Ministros esboçaram suas opiniões favoráveis à interrupção da gravidez.

A análise de precedentes selecionados neste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no período compreendido entre 2003 e 2011, demonstra que em 8 (oito) casos de interrupção de gestação, 7 (sete), foram atendidos pela Defensoria Pública. Foram 3 (três) os casos de anencefalia julgados por este Egrégio Tribunal: na 2ª Câmara Criminal, em que foi concedida liminar satisfativa, ratificada por maioria; na 5ª Câmara Criminal, em que se concedeu a ordem à unanimidade; e

na 8ª Câmara Criminal, igualmente condedida a ordem, à unanimidade. Seguem as ementas dos julgados referidos:

ABORTO

ANENCEFALIA

AUTORIZACAO JUDICIAL

AGRAVO REGIMENTAL

NEGADO PROVIMENTO

Agravo Regimental. Agravo interposto contra decisão que autorizara gestante a interromper a gravidez ante a patologia apresentada pelo feto, de natureza irreversível e incontornável, que impossibilita a vida pós-natal. Argumenta-se que a CF/88 assegura como inviolável o direito à vida, não condicionando "a norma a fase da vida em que se encontra o individuo humano". Dizem os agravantes que e' discriminatório desconsiderar ou desrespeitar o direito a vida do nascituro. Juntam decisao anterior deste Tribunal e requerem a reconsideração da decisao que autorizara a interrupção da gravidez. Realmente não há previsão legal para a hipótese versada nos autos. Mas, atento ao principio da razoabilidade, tem-se como desumana e ilegal a decisão que, imotivadamente, suspendera os efeitos da autorização judicial concedida por esta Relatora. Desumana porque ignora totalmente o sofrimento suportado por uma jovem de apenas 18 anos (e seu marido), que tem plena ciência de carregar no ventre um ser condenado a morte, não havendo a menor possibilidade de sobrevivência, após o parto. Ilegal porque somente esta Relatora (a quem, aliás, foi dirigido o agravo regimental, conforme determina o art. 200 em seu parágrafo 2. do Regimento Interno desta Corte) poderia nele

se manifestar. Ressalte-se que a condição de Presidente da Câmara não confere ao prolator da decisão poderes para suspender decisão adotada por outro Desembargador, pelo simples motivo de inexistir hierarquia entre quaisquer dos membros da Câmara. Todos são Desembargadores: as decisões tem a mesma eficácia e um não pode revogar o que o outro decidiu. Só o Colegiado pode modificar o decidido monocraticamente. Se assim age, pratica invasão de competência e esta decisão nenhuma eficácia tem porque prolatada por quem não tinha competência para tal. A justificativa de que era o único membro da Câmara presente no Tribunal dá a falsa idéia de desídia dos demais integrantes da Câmara. A pauta do dia de hoje já tinha sido publicada, em 19 de novembro e dela constavam vários processos de que somos relatores e revisores. Logo, aqui estaríamos presentes (embora em férias) e de pronto seria julgado o agravo regimental, mostrando-se desarrazoada a intervenção de outro Desembargador no feito. Ressalte-se que a decisão de cunho suspensivo somente teve o efeito inquestionável de causar mais sofrimento e revolta ao casal, já tão fragilizado pela situação dolorosa que enfrentam. A decisão agravada (que autorizava a interrupção da gestação) é de ser mantida por seus próprios fundamentos. Não lograram os agravantes trazer qualquer argumento que evidenciasse equívoco na fundamentação da decisão guerreada. Invocam genericamente a Constituição como garantidora do direito a vida, nada mais. Ignoram completamente o desespero da mãe por saber frustrada a chegada de um filho, pois é positivado nos autos por laudo médico que o feto apresenta "malformação grave do sistema nervoso central (cabeça fetal com ausência de calota craniana e cérebro rudimentar) que é incompatível com a vida pós-natal". Ora, versando os autos

sobre questão científica, não cabem aqui divagações sobre o tema. Cabe sim ao Judiciário decidir e decidir sem medo de contrariar os que pensam diferente, pois o casal recorreu ao Judiciário buscando obter a interrupção legal da gestação. Não agiram na clandestinidade, demonstrando respeito pelas instituições e pela ordem jurídica vigente. Não podem e não merecem permanecer com este sofrimento de saber que o filho tão desejado não sobreviverá tão logo venha ao mundo por padecer de patologia incontornável. Argumento algum foi invocado para justificar a reforma da decisão autorizadora da interrupção da gravidez. Os agravantes somente invocaram os velhos e surrados argumentos de defesa pura e simples da vida de quem já está inexoravelmente condenado a morte, ignorando-se por completo o sofrimento, a angustia dos pais e o risco de vida que corre a mãe, abatida por intensa depressão, a esta altura intensificada pela constatação dolorosa de que recorrera Justiça nem sempre significa solução rápida para problemas cruciais. Nego provimento ao agravo e mantenho a autorização para que a agravada submeta-se ao aborto, interrompendo-se a gravidez em curso. Vencido o Des. J.C. Murta Ribeiro (DES. GIZELDA LEITAO TEIXEIRA - Julgamento: 25/11/2003 - SEGUNDA CAMARA CRIMINAL)

HABEAS CORPUS
ABORTO
AUTORIZACAO JUDICIAL
DOENCA CONGENITA
INDEFERIMENTO
ORDEM CONCEDIDA

HABEAS CORPUS N.º 0005182-45.2012.8.19.0000

Página 115 de 151

"Habeas Corpus". Aborto. Feto anencefálico. Autorização judicial indeferida. Cabimento do "writ". Decisão judicial imparcial. Princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e da lesividade. "Habeas Corpus" que merece conhecimento em razão da necessária celeridade e também pelo risco a locomoção da paciente advindo de eventual prática do ato sem autorização. A decisão judicial a ser proferida no presente não pode se fundar em valores éticos, religiosos, morais e afetivos - todos eminentemente pessoais, nem pode pretender retratar a decisão certa, porque impossível ao ser humano, pois a vida é assunto divino. Todavia, a decisão deve observar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade, buscando uma solução justa, o que significa permitir a gestante ter assegurado o direito de escolher entre interromper a gravidez ou levá-la a termo, para ver nascer e morrer o filho, que comprovadamente não tem como sobreviver, por padecer de anencefalia. Ademais, à luz do princípio da lesividade do bem jurídico tutelado, é possível admitir-se atipicidade do aborto, "in caso", pela inexistência de vida do feto anencefálico, mormente à luz do disposto no artigo 3.º, da Lei n. 9434/97, que dispõe ser possível o transplante apenas após a constatação de morte encefálica. Concessão da ordem. (0035266-44.2003.8.19.0000 (2003.059.05355) - HABEAS CORPUS - DES. MARLY MACEDONIO FRANCA - Julgamento: 16/12/2003 - QUINTA CAMARA CRIMINAL)

**HABEAS CORPUS
ANENCEFALIA**

HABEAS CORPUS N.º 0005182-45.2012.8.19.0000

Página 116 de 151

ABORTO

ALVARA DE AUTORIZACAO

"Habeas Corpus". Anencefalia. Alvará' de autorização para intervenção cirúrgica. Presença do "fumus boni iuris" e do "periculum in mora". Feto portador de anencefalia, observada a presença de diversas anomalias. A Comissão de Ética Médica do Instituto Fernandes Figueira, vinculado a Fundação Oswaldo Cruz, emitiu parecer favorável a interrupção da gravidez, por se tratar de concepto portador de graves mas formações no sistema nervoso central, incompatíveis com a vida extrauterina, tornando a gestação freqüentemente complicada por polidramnia, que acarreta graves conseqüências a saúde da gestante. Precedentes jurisprudenciais. A intervenção se faz necessária, justificada a realização da intervenção cirúrgica para remoção de feto anencefálico pelo estado de necessidade, reconhecendo-se o perigo de grave dano `a pessoa, em face das consequencias morais, familiares e sociais do parto. Conduta atípica por não atingir qualquer bem jurídico penalmente tutelado. Ordem concedida. (0035098-08.2004.8.19.0000 (2004.059.06681) - HABEAS CORPUS - DES. SUELY LOPES MAGALHAES - Julgamento: 27/01/2005 - OITAVA CAMARA CRIMINAL)

Em outros casos em que se pleiteava autorização para interrupção da gravidez em razão de diversas malformações congênitas graves, decidiram: a 5ª Câmara Criminal, em caso de fetos xifópagos, em que se concedeu a ordem, por

unanimidade; a 3ª Câmara Criminal, em caso de malformação cardíaca com lesão no cerebelo irreversível, por maioria, pela concessão da ordem; a 6ª Câmara Criminal, com a denegação da ordem, em casos de Síndrome de Patau (trissomia do cromossomo 13) e holoprosencefalia; e, novamente, a 2ª Câmara Criminal, denegando a ordem a unanimidade de votos, em caso de malformação congênita, em que não havia prova suficiente acerca da inviabilidade da vida. Conveniente a transcrição das ementas dos julgados mencionados:

**INTERRUPCAO DA GRAVIDEZ
FETOS XIFOPAGOS
INVIABILIDADE DA VIDA EXTRAUTERINA
ORDEM CONCEDIDA**

EMENTA: "Habeas corpus". Pedido de interrupção da gravidez. Fetos xifópagos. Alegação de grave risco à gestante e inviabilidade da vida extrauterina, tratando-se de gêmeos que possuem apenas um coração e uma cavidade abdominal, sendo impossível separá-los. Gemelaridade imperfeita do tipo toraco-onfalópago, com compartilhamento de estruturas cardíacas e abdominais. Probabilidade baixíssima de sobrevivência dos fetos. Laudo médico do Centro de Genética Médica do Instituto Fernandes Figueira - FIOCRUZ, e parecer da Comissão de Ética Médica do mesmo Instituto, que recomenda seja solicitada autorização judicial expressa para a realização de aborto na Paciente. Hipótese que se encontra no limiar entre o aborto eugênico e

o aborto necessário, tendendo para o último tipo, em face do estado agravado da Paciente nas derradeiras semanas. Documentação idônea. Situação que afasta a ilicitude da conduta. Concessão da ordem para autorizar a interrupção da gravidez. (0037805-36.2010.8.19.0000 - HABEAS CORPUS - DES. MARIA HELENA SALCEDO - Julgamento: 19/08/2010 - QUINTA CAMARA CRIMINAL)

Habeas Corpus. Gravidez. Interrupção. Feto portador de síndrome atestada por três médicos da FIOCRUZ, que tem caráter irreversível, caracterizada por graves malformações cardíacas, lesões no cerebelo e na coluna vertebral - espinha bífida - entre diversas outras morbidades, em que a maioria dos casos evolui para o aborto espontâneo e nos demais a fatalidade é de 97%. O Código Penal brasileiro tipifica como fato penalmente ilícito a interrupção da gravidez. Portanto, a via do habeas corpus é adequada para pleitear a interrupção de gravidez fora das hipóteses previstas no Código Penal (art. 128, incs. I e II), tendo em vista a real ameaça de constrição à liberdade ambulatorial, caso a gestante venha a interromper a gravidez sem autorização judicial - indeferida, in caso, pela Autoridade Coatora. Em evidente descompasso com o progresso da biomedicina, a legislação brasileira, datada de mais de setenta anos, não abriga, entre as hipóteses impuníveis de aborto praticado por médico, a indicação decorrente de grave enfermidade, idônea a retirar do embrião ou do feto a qualidade mínima de vida humana. A lei é a concepção estática do direito, ao passo que a jurisprudência é o direito dinâmico, elaborado por muitas inteligências, a partir do advogado, passando pelo juiz de 1º grau, até chegar às Cortes Superiores, com base na

realidade social que está em constante mutação. Assim, a ausência de expressa norma penal permissiva, não serve de obstáculo a que, respeitando-se a moldura jurídica estabelecida na lei e realizando sua aplicação inteligente, venha a ser autorizada a interrupção do processo gestacional em que há diagnóstico pré-natal seguro a respeito de aberração cromossômica grave do feto. Não pode o juiz deixar de decidir alegando lacuna na lei: a própria lei (CPC, art.126 e Lei de Introdução ao Código Civil, art.4º) ordena-lhe formular regra jurídica para a hipótese e dar uma decisão, lançando mão da analogia, dos costumes e princípios gerais do direito. As normas penais não incriminadoras podem ser integradas pelos recursos fornecidos pela ciência jurídica, e uma vez que impor à gestante levar a termo processo gestacional de feto inviável corresponde a constrangê-la a sofrimento, inútil, cruel e incompatível com o conceito de vida digna, incide na espécie a mesma regra que permite o aborto sentimental para preservação de sua saúde psicológica (art.128, II do CP). Concessão da ordem. (0001111-34.2011.8.19.0000 - HABEAS CORPUS - DES. SUIMEI MEIRA CAVALIERI - Julgamento: 15/02/2011 - TERCEIRA CAMARA CRIMINAL)

**ABORTO EUGENICO
INTERRUPCAO DA GRAVIDEZ
DESCABIMENTO
ORDEM DENEGADA**

HABEAS CORPUS. ABORTO EUGÊNICO. AUTORIZAÇÃO PARA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ. DESCABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE SE DISTINGUIR JURIDICAMENTE FETOS NORMAIS OU NÃO. ORDEM DENEGADA.

HABEAS CORPUS N.º 0005182-45.2012.8.19.0000

Página 120 de 151

UNÂNIME. (0057415-24.2009.8.19.0000 (2009.059.07958) -
HABEAS CORPUS - DES. ANTONIO CARLOS AMADO -
Julgamento: 19/01/2010 - SEXTA CAMARA CRIMINAL)

**INTERRUPCAO DA GRAVIDEZ
HOLOPROSENCEFALIA
IMPOSSIBILIDADE DE VIDA EXTRAUTERINA
INCOMPROVACAO
ORDEM DENEGADA**

HABEAS CORPUS. ABORTO. INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ. HOLOPROSENCEFALIA. PROGNÓSTICO RESERVADO EM RELAÇÃO À SOBREVIVÊNCIA. Prematuro, em circunstâncias indefinidas do ponto de vista médico, autorizar a morte do feto, pelo simples fato de serem restritas as condições de vida. Não há autorização legal para aborto eugênico. Não existe nos autos prova insofismável de que não haverá vida extrauterina e o feto morrerá à primeira oxigenação fora do ventre materno. Ordem denegada. Maioria. (0064085-44.2010.8.19.0000 - HABEAS CORPUS - DES. ANTONIO CARLOS AMADO - Julgamento: 01/03/2011 - SEXTA CAMARA CRIMINAL)

**INTERRUPCAO DA GRAVIDEZ
MALFORMACAO DO FETO
PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
ORDEM DENEGADA**

EMENTA: HABEAS CORPUS - PLEITO DE INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ POR SER O FETO PORTADOR DE

HABEAS CORPUS N.º 0005182-45.2012.8.19.0000

Página 121 de 151

MALFORMAÇÕES CONGÊNITAS QUE INVIABILIZARIAM A VIDA EXTRAUTERINA - LAUDO MÉDICO QUE, EMBORA RECONHEÇA AS PATOLOGIAS E A DIFICULDADE DE TRATAMENTO, TAMBÉM AFIRMA QUE HÁ A POSSIBILIDADE DE SOBREVIVÊNCIA PARA 50% DOS FETOS - GRAVIDEZ QUE JÁ SE PROXIMOU DO SÉTIMO MÊS AUSÊNCIA DE PROVA NOS AUTOS DE QUE HAJA RISCO DE VIDA PARA A MÃE, ORA PACIENTE - NEGAR-SE AO FETO A CHANCE DE SOBREVIVER FERE A DIGNIDADE HUMANA - OS POSSÍVEIS SOFRIMENTOS SUPERVENIENTES PODEM SER TRATADOS - ORDEM DENEGADA. (0011449-04.2010.8.19.0000 - HABEAS CORPUS - DES. ANTONIO JOSE CARVALHO - Julgamento: 30/03/2010 - SEGUNDA CAMARA CRIMINAL)

Já a jurisprudência coletada, por amostragem, de Tribunais de Justiça das diversas regiões do país, demonstram que foram autorizadas interrupções de gestação em casos de anencefalia nos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo⁴⁷, de Minas Gerais⁴⁸, do Paraná⁴⁹, de Santa Catarina⁵⁰, do Rio Grande do Sul⁵¹, de Pernambuco⁵², de Goiás⁵³ e do Acre⁵⁴.

⁴⁷ Habeas Corpus 0261073-09.2011.8.26.0000; Habeas Corpus 0535559-15.2010.8.26.0000; Mandado de Segurança 0011516-37.2011.8.19.0000; Mandado de Segurança 0019869-66.2011.8.26.0000

⁴⁸ Apelação Cível 1.0079.07.343178-7/001(1); Apelação Cível 515.561-1; Apelação Cível 1.0191.05.007719-4/001

A controvérsia que se põe sobre o tema é, justamente, o fato de que alguns desses fetos anencéfalos, apesar do diagnóstico da grave malformação que os acomete, após o parto, chegam a sobreviver por algumas horas ou dias. Daí porque alguns movimentos contrários ao aborto passaram a impetrar *habeas corpus* em favor dos fetos, sustentando a viabilidade da vida, ainda que por pouco tempo. O caso de maior repercussão foi o da menina Marcela de Jesus⁵⁵, que chegou a sobreviver por um ano e oito meses. Contudo, após a análise dos exames⁵⁶, concluiu-se que Marcela não era portadora de anencefalia clássica, porque possuía o mesencéfalo – o que explica a sua sobrevivência um

⁴⁹ Apelação Cível 605.373-0

⁵⁰ Habeas Corpus 2010.083606-6

⁵¹ Apelação Crime 70031802614; Apelação Crime 7005037072; Apelação Crime 700106800270, Apelação Crime 70040663163, Apelação Crime 70011400355, Apelação Crime 700266988019

⁵² Apelação Criminal 0156474-1, Mandado de Segurança 123022-6,

⁵³ Apelação Criminal 30426-5/217 (200704451667); Habeas Corpus 29553-8/217 (200702503538), Habeas Corpus 35964-0/217 (200903251650)

⁵⁴ Apelação Criminal 5048

⁵⁵ Sobre o caso, documentário “Flores de Marcela”, disponível em <http://youtu.be/KhYWgFozMm4>, acessado em 16/02/2012

⁵⁶ Os exames foram analisados por junta médica composta por Thomaz Gallop, especialista em medicina fetal e Professor da USP, José Luiz Gherpelli, neuropediatra e médico do Hospital Albert Einstein e do Hospital das Clínicas da USP, e Guilherme Carvalho Ribas, neurocirurgião do Hospital Albert Einstein.

pouco maior, apesar das inúmeras privações que experimentou (não enxergava, não andava, não interagia, não falava, não deglutia, respirava com dificuldade). Assim, este caso excepcional não pode ser utilizado como parâmetro para se decidir sobre a conveniência da antecipação terapêutica do parto. Registre-se, também, que 50% (cinquenta por cento) dos embriões com a malformação não chegam a nascer e, dos que nascem, aqueles cuja sobrevivência supera algumas horas representa um número diminuto dos casos⁵⁷.

Segundo matéria recentemente publicada no jornal O Globo⁵⁸, a anencefalia é uma malformação mais comum do que se imagina. Estudos⁵⁹ revelaram que, no Brasil, nascem 3 (três) milhões de anencéfalos por ano, ou seja, 8 (oito) por dia, ou uma criança a cada 3 (três) horas. A pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisas sobre Saúde, Qualidade de Vida e Relações

⁵⁷ Conforme editorial intitulado “Decisão Racional – Tema em discussão: Descriminalização do aborto em casos de anencefalia. Nossa Opinião” publicado em 21/02/2012, no Jornal O Globo, disponível em <http://oglobo.globo.com/opiniao/decisao-racional>

⁵⁸ *Idem* à nota nº 6

⁵⁹ Segundo dados da Sociedade Brasileira de Genética Médica

de Trabalho do CNPQ/UNESP, Suellen Chririeleison Terruel, em seu artigo⁶⁰ sobre o tema, adverte:

De acordo com a Febrasgo, estimativas apontam para a incidência de aproximadamente um caso a cada 1.600 nascidos vivos. Já para as Estatísticas do Estudo Colaborativo Latino-Americano de Malformações Congênitas – ECLAMC), sendo este estudo conduzido pelo professor Eduardo Castilha, da Fundação Oswaldo Cruz, no Rio de Janeiro, a incidência de casos de anencefalia é em torno de 1 para cada 1000 nascidos vivos.

Malgrado não haja consenso sobre as causas dessa grave malformação, no Brasil, há posicionamento expressivo no sentido de que é a hipossuficiência de ácido fólico o fator de maior relevância para a sua incidência. Inafastável, assim, a conclusão de que o problema que ora se põe em análise, trata-se, antes, de um problema de saúde pública, não apenas de um problema jurídico. E isto, não só por sua origem –

⁶⁰ Anencefalia Fetal: Causas, Consequências e Possibilidade de Abortamento publicado em 15/03/2008 em [HTTP://www.webartigos.com](http://www.webartigos.com)

fatores nutricionais inadequados que geram carência de ácido fólico em mulheres na idade fértil – mas também, pela ineficiência do sistema de saúde pública, que não oferece à população, políticas públicas que visem à redução do risco de doenças (artigo 196 da Constituição do Brasil) e, ainda, pela inoperância do Estado quanto a seu dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício do direito ao planejamento familiar, atendendo-se aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (artigo 226, §7º da Carta Magna).

A propósito de saúde pública, faz-se pertinente abrir um parêntesis e fazer referência ao editorial da Folha de São Paulo intitulado “*O poder da metáfora*”⁶¹, cujo teor se transcreve:

“A comissão de juristas encarregada pelo Senado de propor um novo Código Penal sugere que o aborto legal possa ser praticado até a 12ª semana de gravidez quando, a partir de um pedido da gestante, ‘o médico ou psicólogo

⁶¹ Hélio Schwartsnan, Folha de São Paulo, quarta-feira, 14 de março de 2012, página A2, Opinião

constatar que a mulher não apresenta condições de arcar com a maternidade'. Parece-me pouco provável que a iniciativa prospere, mas é uma tentativa interessante.

O que a comissão pretende ao associar o aborto à idéia de saúde da mulher é retirá-lo da categoria mental de assassinato, onde foi colocado por um eficiente discurso conservador, para apresentá-lo como uma questão sanitária.

Há ciência por trás dessa investida. Pesquisadores como o linguista George Lakoff sustentam que o cérebro não toma decisões analisando prós e contras de uma questão abstrata que lhe seja apresentada, mas se deixa conduzir por narrativas, mais especificamente por 'frames' (enquadramentos) e metáforas.

Para Lakoff, metáforas são mais que um recurso lingüístico para explicar idéias. Elas são a própria matéria-prima do pensamento e têm existência física no cérebro. A capacidade dos neurônios de conectar-se em redes ativadas por contigüidade semântica faz com que as palavras escolhidas tenham o dom de comunicar sentimentos. O uso de um termo negativo como 'assassinato' desperta sensações desagradáveis que, mesmo

que não nos demos conta, influenciam nossos posicionamentos.

Nesse esquema, o que diplomatas fazem é encontrar novos e mais palatáveis 'frames' para embalar antigas disputas. Às vezes, funciona.

A metáfora da saúde, embora tenha perdido terreno no debate aqui, é poderosa. Foi ela que levou a Arábia Saudita, a mais rígida teocracia do planeta, a ter uma legislação de aborto mais liberal que a brasileira, ao admitir, ao menos no papel, que mulheres interrompam a gravidez para preservar sua saúde física ou mental.”

Como consequência da omissão estatal em tornar efetivo o direito social à saúde, constitucionalmente tutelado (artigo 6º da Constituição do Brasil), e considerando-se que as reiteradas negativas de autorização para a interrupção da gestação ou a demora do Judiciário em analisar os pedidos podem culminar com a realização do procedimento em clínicas clandestinas, tem-se, ainda, uma alta taxa de morbidade materna, face às constantes complicações para a saúde da mulher.

Não por mera coincidência, a paciente desta ação constitucional é patrocinada pela Defensoria Pública. Recorre ao Judiciário quem não possui condições financeiras de realizar o procedimento, ainda que de forma clandestina, dentro de condições adequadas de assepsia.

O Estado Brasileiro, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, exatamente como disposto no Preâmbulo da Constituição, não pode se acovardar e, mais uma vez, se omitir diante de tal realidade.

A independência e harmonia entre os Poderes tem seu contraponto no sistema de freios e contrapesos, através do qual, em determinadas ocasiões, um poder está autorizado a intervir sobre atribuições genuinamente de outros, para sanar omissões e corrigir eventuais equívocos que possam redundar em ofensa ao Estado Democrático de Direito. Este o fundamento da intervenção judicial no presente caso.

Com efeito, não se mostra suficiente, para a solução do caso concreto – embora fosse da atribuição do Poder Legislativo a elaboração de norma específica sobre o tema – a legislação vigente. Lamentável, ainda, a pífia atuação do Poder Executivo, quanto à implementação de políticas públicas voltadas a garantir o direito à saúde e ao planejamento familiar, que poderiam contribuir sobremaneira para a redução das estatísticas dos casos de anencefalia. Destarte, cabe ao Poder Judiciário analisar o pleito decorrente da insuficiente atuação dos demais poderes estatais, realizando a função de Estado garantidor dos direitos assegurados pela Constituição aos cidadãos.

Como bem destacado pelo douto representante do *Parquet* em atuação nesta Corte Paulo Roberto Valim Gomes, no início da fundamentação de seu bem lançado parecer e, também, no intróito de sua brilhante sustentação oral na sessão de julgamento em que tomou assento, pela primeira vez, como Procurador de Justiça nesta Câmara, *a latteri* de todas as discussões filosóficas, morais e religiosas, a decisão no caso em tela, deve considerar apenas aspectos médicos-científicos e jurídicos.

De fato, especialmente quanto às convicções religiosas, com todo o respeito que se deve à liberdade de culto e de crença, consagradas pela Constituição Brasileira, não se pode olvidar que o Estado é laico e que tem como postulado normativo e princípio da República, a dignidade humana. Assim, não é possível, sob fundamentos exclusivamente religiosos, sobrepujar a integridade física, moral e psíquica da mulher, impondo-lhe levar a termo a gestação de um feto que *“é algo que jamais será alguém”*, na precisa definição do Ministro Ayres de Britto, quando de sua manifestação na sessão do Supremo Tribunal Federal, que acabou por cassar em parte a liminar na ADPF nº 54, sob pena de grave violação de princípios constitucionais supremos.

Vários são os fundamentos para a concessão da ordem, todos versando sobre elementos do crime – tipicidade e ilicitude, bem como a culpabilidade, para alguns, pressuposto da pena.

A primeira tese que merece referência, e sustentada na impetração – sem embargo de não se afigurar suficiente para fundamentar, por si só, a procedência da ação constitucional – é aquela que versa sobre a atipicidade da conduta de interrupção da gestação de feto anencéfalo.

Funda-se tal entendimento, no conceito de vida extraído *a contrario sensu* do disposto no artigo 3º da Lei nº 9434/97, e da equiparação da anencefalia à morte encefálica. Sobre o tema, destaca-se a doutrina de Fernando Capez, citada no parecer ministerial:

Aliás, no que toca ao abortamento do feto anencéfalo ou anencefálico, entendemos que não há crime, ante a inexistência de bem jurídico. O encéfalo é parte do sistema nervoso central que abrange o cérebro, de modo que sua ausência implica inexistência de atividade cerebral, sem a qual não se pode falar em vida. A Lei nº 9434, de 4-2-97, em seu art. 3º, permite a retirada *post mortem* de tecidos e órgãos do corpo humano depois de diagnosticada a morte encefálica, não há vida, razão pela qual não se pode falar em crime de aborto, que é a supressão da vida intrauterina. Fato atípico, portanto.

A mesma tese é sustentada por Adel El Tasse⁶²:

⁶² Aborto de feto com anencefalia: ausência de vida por atipicidade. Revista Jurídica, São Paulo, n. 322, p. 107/108, ago.2004

É de se observar que a autorização legal na hipótese se mostra absolutamente desnecessária e, mais, seria tautológico se a lei a contivesse, pelo simples fato que o aborto do feto, na hipótese de anencefalia não preenche o tipo penal geral que criminaliza a prática abortiva. Em outras palavras, abortar quando se constata a anencefalia sequer chega a ser proibido, portanto não precisa de lei autorizando.(...)

A doutrina, ao analisar a Lei de Transplantes de Órgãos (Lei nº 9.434/97), tem afirmado que quando morre o encéfalo, cessam todas as atividades do cérebro e do sistema nervoso central, atingindo a estrutura encefálica. Assim, o ser humano deixa de existir. E, efetivamente, não poderia ser de maneira diversa, na medida em que a lei nº 9.434/97, ao autorizar o transplante de órgãos, vincula sua realização à morte encefálica; caso não se considerasse, portanto, a morte encefálica como a morte do ser humano, teria que se concluir que no Brasil tem-se feito a retirada de órgãos de pessoas ainda vivas, o que é inaceitável e representaria uma absoluta incongruência do sistema jurídico.

Após a morte encefálica não há mais possibilidade de existência autônoma do ser, não apresentando o mesmo condições de retorno a um quadro de

existência normal, fato que faz com que seja precisa a caracterização desse momento como o da morte.

O próprio Ministro Carlos Ayres de Britto, ao se manifestar sobre a admissibilidade da ADPF nº 54, utilizou-se do conceito de morte encefálica consignado na Lei nº 9434/97:

Ajunte-se que essa particularizada compreensão das coisas tem a respaldá-la a própria associação que o art. 3º da Lei federal 9.434/97 faz entre morte encefálica e cessão da vida humana. A primeira a servir de critério para a legitimação do transplante post-mortem de tecidos ou partes do corpo humano, como se concluiu deste literal comando: “A retirada post mortem de tecidos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.”

Associação conceitual, essa, que seguramente inspirou o egrégio Conselho Federal de Medicina a dispor que, “para os anencéfalos, por sua

inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica” (segundo considerandum da sobredita resolução de nº 1.752/04). Isso para o mesmo fim de transplante de “órgãos e/ou tecidos do anencéfalo” (...)

Em que pese o brilhantismo do raciocínio lógico dos eméritos juristas, utilizando-se de conceito jurídico de morte extraído da Lei de Transplante de Órgãos, não se pode olvidar que, no Direito Civil⁶³, considera-se que:

“(...) nascido é o feto separado do corpo da mãe (natural ou artificialmente). Comprova-se o nascimento com vida através da presença de ar nos pulmões, pela respiração, por meio de um procedimento médico denominado docimasia hidrostática de Galeno ou docimasia pulmonar. Ou seja, é a presença do ar atmosférico nos pulmões quem determina o início da personalidade. **Assim, respirou, nasceu com vida.**
(o grifo não é do original)

⁶³ Cristiano Chaves de Farias. Direito Civil, Teoria Geral, 3ª Ed., Lumen Iuris, 2005, pgs.181

Observe-se que, em que pese ser indubitável a inviabilidade de vida extrauterina do feto portador de anencefalia, à luz dos conceitos do Direito Civil, é de se concluir que a existência daquele ser, por mais breve que seja, traz inegáveis consequências jurídicas. Com efeito, assevera Cristiano Chaves de Farias⁶⁴ que *“viável ou não, reveste-se o nascido com vida de personalidade, adquirindo e transmitindo direitos, o que se apresenta com extrema importância para efeitos sucessórios.”*

O fato de ter respirado significa ter nascido com vida. Inicia-se, portanto, a personalidade, de acordo com o que dispõe o artigo 2º do Código Civil⁶⁵. Ainda que a morte e, conseqüentemente, o fim da existência da pessoa natural⁶⁶, se dê nos minutos seguintes – o que ocorre na grande maioria dos casos de anencefalia – haverá registro de nascimento e registro de óbito, conforme artigo 29, incisos I e III da Lei nº 6015/1973. Adquire, portanto, o direito ao nome, um dos direitos da personalidade e, com o óbito, inicia-se a sucessão.

⁶⁴ Op.cit. p.180

⁶⁵ Art. 2º Código Civil – A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

⁶⁶ Art. 6º Código Civil – A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura da sucessão definitiva.

Vê-se, pois, que o início da personalidade, que se dá com o nascimento com vida, importa em titularidade de direitos e obrigações⁶⁷, ainda que o seu exercício dependa da posterior aquisição da capacidade civil. Não é possível admitir-se, portanto, que o feto anencefálico, que nasce e respira, não pode ser considerado vivo. A consequência de tal afirmação – como sustentam os partidários da tese de atipicidade da conduta por ausência de bem jurídico vida a ser tutelado – é a negativa da conceituação do Direito Civil sobre início da personalidade e suas consequências jurídicas.

Ora, se o que se busca é, justamente, harmonia no sistema jurídico e se o que nos indigna é, exatamente, a imprecisão de conceitos que põe em risco a integridade dos direitos e garantias fundamentais, não é possível, então, acolher-se a tese de atipicidade da conduta, fundada num critério que parece equivocado, até mesmo sob o ponto de vista médico, ao estabelecer que a anencefalia equipara-se à morte encefálica e que, por isso, não haveria vida a ser tutelada. Os bebês anencéfalos, embora não sejam dotados de hemisférios cerebrais e calota craniana, têm tronco cerebral funcionando, ainda que precariamente. Essa estrutura é responsável por funções

⁶⁷ Artigo 1º Código Civil – Toda pessoa é capaz de direitos e obrigação na ordem civil

importantes do organismo humano, tais como respiração e ritmo dos batimentos cardíacos. Assim, persiste a dúvida: porque o anencéfalo não possui a maior parte do encéfalo pode ser equiparado ao indivíduo com morte encefálica, ou porque respira, é considerado vivo?

Portanto, ousando divergir daqueles que advogam a tese da atipicidade da conduta, com todas as vênias, considero-a insuficiente ou, ao menos, duvidosa para afirmação de um juízo com extremada consequência. Diante da controvérsia e da dificuldade de acomodação entre tais conceitos, recomendável a adoção dos outros dois argumentos para a concessão da ordem.

Passemos, então, às considerações relativas à ilicitude. O sistema jurídico vigente consagra duas causas em que a interrupção da gravidez é autorizada por lei – quando há risco de vida para a gestante (aborto terapêutico) e quando a gravidez resulta de estupro (aborto sentimental, humanitário).

Observe-se que, em ambos os casos, na ponderação de interesses entre o direito à vida do feto e o direito à integridade física e psíquica da gestante, este prevaleceu sobre aquele, revelando-se, assim, a tendência adotada pelo legislador.

Por conseguinte, além da filtragem constitucional que se impõe, com a observância do Princípio da Dignidade Humana, a congruência que há de haver no sistema jurídico é argumento favorável à autorização pleiteada. Se é permitido sacrificar a vida de um feto, até mesmo saudável – já que a lei sequer perquire a respeito de sua viabilidade – em favor do bem-estar físico e psíquico da mãe, não haveria qualquer motivo para que se lhe negasse a autorização para a interrupção da gestação, se o feto não tem possibilidade de sobreviver fora do útero e se a gestante, por este motivo, está sendo submetida a intenso sofrimento.

Destaque-se, também, que a impetração, embora não instruída com laudo médico que ateste específico risco de vida para a gestante, alega a sua existência. De fato, há referências na literatura médica sobre as sérias complicações para a saúde da gestante. Todo parto de fetos portadores de malformações é 22% (vinte e dois por cento) mais complicado que o de fetos normais, sendo que o trabalho de parto dura cerca de 14 (quatorze) a 18 (dezoito) horas, enquanto em gestações

normais dura apenas de 6 (seis) a 8 (oito) horas.⁶⁸ Além disso, há possibilidade de convulsões e desmaios, risco de eclampsia e o forte sofrimento psíquico que não se pode mensurar se maior com o nascimento do anencéfalo já sem vida, ou se este sobreviver por algum tempo.

Registra a Febrasgo⁶⁹, ser freqüente a associação da anencefalia à polihidrâmnio (excesso de líquido amniótico no saco amniótico), na ordem de 50% (cinquenta por cento) dos casos. A alta incidência desta complicação é atribuída ao fato de que parte do líquido amniótico é deglutido pelo feto. Como o anencéfalo não tem capacidade de deglutição, ocorre acúmulo excessivo de líquido amniótico.

Nos casos de polihidrâmnio e trabalho de parto prolongado, a incidência de hipotonia e hemorragia no pós-parto é multiplicada de 3 (três) a 5 (cinco) vezes e, ainda, em razão de a

⁶⁸ FERNANDES, Máira Costa. Interpretação de gravidez de feto anencefálico: Uma análise constitucional. In SARMENTO. Daniel. PIOVESAN, Flávia. (Orgs.) Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007.

⁶⁹ Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia

mulher não amamentar, a involução uterina é mais lenta, provocando sangramento, por vezes, de grande monta no puerpério.

A norma penal que exclui a ilicitude da conduta, prevista no artigo 128 do Código Penal, resulta de legislação elaborada na década de 40. Àquela altura, a tecnologia empregada na ciência médica não dispunha do aparato que hoje viabiliza o diagnóstico preciso de casos de anencefalia. Ressalte-se que, no Brasil, a utilização da ultrassonografia como exame de imagem para o acompanhamento da gestação iniciou-se na década de 70⁷⁰, vindo a se popularizar, somente, na década seguinte. Não era, portanto, previsível, quando da elaboração da legislação penal, que o avanço tecnológico possibilitasse a previsão de casos de gestação de um feto, cuja vida extrauterina não seria viável.

Diante de tais dados, deve-se contextualizar historicamente a lição de Nelson Hungria⁷¹ em seus comentários

⁷⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Vida Humana e Ciência: Complexidade do Estatuto Epistemológico da Bioética e do Biodireito. Normas Internacionais da Biótica. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 219.

⁷¹ Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953, vol. V, p.301

ao artigo 128 do Código Penal, pois elaborados no pós-guerra, ainda sob a atmosfera de repugnância às atrocidades cometidas e inspiradas nos ideais nazistas de superioridade da raça ariana e eugenia e, ainda, em época em que não havia o aparato tecnológico que permitia “*prova irrefutável*” da grave malformação do feto. O mesmo contexto se verificava quando, no início da década de 60, o grande penalista brasileiro foi chamado a elaborar anteprojeto de um novo Código Penal. Assim ensina Hungria:

“(...) Andou acertadamente o nosso legislador em repelir a legitimidade do aborto eugenésico, que não passa de uma das muitas *trouvailles* dessa pretensiosa charlatanice que dá pelo nome de *eugenia*. Consiste esta num amontoado de hipóteses e conjeturas, sem nenhuma sólida base científica. Nenhuma prova irrefutável pode ela fornecer no sentido da previsão de que um feto será, fatalmente, um produto degenerado. (...)”

Na ausência de regra escrita específica sobre o tema, o intérprete, socorrendo-se da norma do artigo 4º da Lei de introdução às normas de direito brasileiro e considerando que a omissão do legislador foi involuntária – pois não dispunha de meios para prever que o avanço tecnológico revelaria situação que, hoje,

não pode permanecer sem regulamentação – deve lançar mão da analogia *in bonam partem*, para suprir a lacuna da lei e adunar ao artigo 128 do Código Penal, a interrupção de gestação de feto anencéfalo como causa supralegal de exclusão de ilicitude.

No ponto, oportuno citar as conclusões de Damásio de Jesus⁷² acerca da licitude das condutas descritas no artigo 128 do Código Penal:

(...) A disposição não contém causas de exclusão da culpabilidade, nem escusas absolutórias ou causas extintivas da punibilidade. Os dois incisos do art. 128 contêm causas de exclusão da antijuridicidade. Note-se que o CP diz que “não se pune o aborto”. Fato impunível em matéria penal, é fato lícito. Assim, na hipótese de incidência de um dos casos do art. 128, não há crime por exclusão da ilicitude. Haveria causa pessoal de exclusão de pena somente se o CP dissesse “não se pune o médico”. (...)

Sobre a analogia *in bonam partem* aplicada ao artigo 128 do Código Penal, para estender-lhe o âmbito de

⁷² Direito Penal. 2º volume – Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 1994, p.108-109

incidência, muito oportuna se fez a menção, pelo douto procurador de justiça em seu parecer, dos casos de gravidez resultantes de atentado violento ao pudor que, sem grandes discussões, sempre se admitiu como causa de exclusão de ilicitude, embora não estivesse elencada no artigo 128 do Código Penal. Assim, não há óbice a que se aplique também a analogia *in bonam partem* para solucionar-se a questão aqui posta.

Muito bem ilustra a possibilidade de utilização da analogia *in bonam partem*, o julgamento realizado na Corte Suprema de Justiça da Argentina que, coincidentemente na mesma data em que se julgou a presente impetração, autorizou a interrupção da gravidez resultante de estupro, numa jovem de 15 anos. A legislação argentina, como já pontuado em momento anterior neste voto⁷³, só autoriza o aborto em gravidez resultante de estupro se a vítima for portadora de deficiência física ou mental. Contudo, a louvável decisão entendeu por estender a aplicação da norma penal ao caso de gravidez resultante de estupro, ainda que ausente a condição de pessoa com deficiência, lançando mão do recurso da analogia *in bonam partem*.

⁷³ Vide nota nº 32

Quanto ao elemento culpabilidade, conclui-se pela inexistência do crime de aborto, pela inexigibilidade de conduta diversa.

A disposição constitucional do artigo 5º, inciso III assevera que ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento desumano ou degradante.

Diante de tudo quanto já se expôs acerca do Princípio da Dignidade Humana, da ineficiência estatal na garantia do direito à saúde, das questões científicas e médicas que envolvem a gestação de um feto anencéfalo, outra não pode ser a conclusão de que o intenso sofrimento que moveu a paciente na busca da tutela jurisdicional, para a interrupção da gestação é uma situação que se pode equiparar à tortura, tratamento desumano e degradante. Aliás, foi nessa direção que se pautou a ADPF aforada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde e subscrita pelo advogado Luís Roberto Barroso, uma das maiores e respeitadas referências do constitucionalismo brasileiro.

Seria, portanto, inexigível da paciente, um comportamento de acordo com a norma proibitiva. Sobre a inexigibilidade de conduta diversa, ensina René Ariel Dotti⁷⁴:

A estrutura da culpabilidade se completa com o pressuposto da exigibilidade de comportamento imposto pela ordem jurídica, i.e., uma conduta positiva ou negativa no interesse de preservar bens e interesses fundamentais ao homem e à comunidade. O juízo de culpabilidade pelo fato típico e ilícito pressupõe que o agente podia e devia agir de maneira diversa. Essa reprovabilidade deriva, portanto, de uma concepção normativa. Segundo a lição de BRUNO, o sujeito pode ter capacidade de entender e de querer relevante para o Direito, pode ser imputável, pode ter transgredido o preceito contido na norma penal por imprudência, negligência ou imperícia, ou por vontade conscientemente dirigida no sentido desse resultado contrário à norma; ainda assim não estão reunidos os elementos suficientes para suportar o juízo de reprovação em que a culpabilidade consiste. “É necessário ainda

⁷⁴ Curso de Direito Penal: parte geral – 4. ed. ver., atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knophholz e Gustavo Britta Scandelari. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.443-444

que, nas circunstâncias, seja exigível do agente uma conduta diversa; que a situação total em que o proceder punível se desenvolve não exclua a exigência do comportamento conforme ao Direito que se pode reclamar de todo homem normal em condições normais” (Direito Penal, t.2, p.97).

Os imperativos de comando ou proibição constituem o conteúdo da norma penal cuja violação acarreta uma sanção. Mas, como se verá em outro setor deste Curso, o comportamento adequado segundo tais imperativos não pode ser exigido de maneira absoluta, devendo condicionar-se às possibilidades físicas ou morais do sujeito, de acordo com as circunstâncias do momento.

Em página antológica, BETTIOL assim se refere à *normalidade do ato volitivo*, como pressuposto para incidir o juízo de culpabilidade: “O que se pretende, na verdade, abranger com a expressão ‘normalidade das circunstâncias?’ Para que uma ação possa ser considerada culpável não basta que um sujeito capaz tenha previsto e querido um certo evento lesivo, mas é ainda preciso que a sua vontade tenha podido determinar-se normalmente à ação: essa determinação normal não pode exigir-se quando as condições de fato em que o indivíduo atua são de molde a tornar impossível ou muito menos difícil a formação de um querer imune de

defeitos. Quando se admite, por exemplo, que em virtude de forma maios é impossível a imputação de um fato a um sujeito capaz, que todavia tenha agido conscientemente, se vier a reconhecer-se que na base do juízo de culpabilidade não tenha podido determinar-se *normalmente* à ação, o que tanto pode acontecer por um vício que incida quer sobre a apresentação das conseqüências da própria ação, quer sobre a livre determinação à mesma ação. A culpabilidade, numa concepção normativa, é afastada cada vez que – dadas as condições do atuar – não e possa ‘exigir’ do sujeito ativo um comportamento diferente daquele que ele efetivamente teve” (*Diritto penale*, p.490).

O caminho natural de uma gestação, após os nove meses, é a vida. Toda a transformação sofrida pelo corpo, todos os riscos e toda a dor do parto são recompensadas pela vida que se dá à luz. Atenta contra a dignidade humana negar a interrupção de uma gravidez fadada ao insucesso. Ninguém, senão a própria gestante de um feto anencéfalo, pode mensurar a frustração e o sofrimento que experimenta. Se para algumas é suportável e lhes compraz apenas gestar, ainda que ciente do resultado precário de sua gravidez; para outras – as que buscam o amparo do Poder Judiciário – é insuportável e angustiante ter a

certeza da morte, no lugar da certeza da vida; doloroso demais preocupar-se com o funeral, num momento que é dado a planos e expectativas. Por isso, não se lhe pode exigir que aguarde, resignada, a sua hora, pois que tal situação atenta contra o mais nobre postulado normativo, fundamento da República, que é a dignidade da pessoa humana.

Portanto, pela inexigibilidade de conduta diversa – independentemente de considerar a culpabilidade um viés que integra o elemento normativo do tipo ou um pressuposto da sanção – não há crime de aborto no presente caso ou está a conduta isenta de punição, sendo inteiramente justificável a concessão do alvará que se pretende.

Por último, não se pode deixar de consignar, quanto à decisão impugnada, que *profundamente lamentável* não é apenas a carga que vem suportando a requerente, ora paciente, mas também uma decisão judicial que, ao enfrentar questão de tamanha relevância, não se vale de todos os meios que lhe dispõe o direito para solucioná-la, negando-se aplicação dos princípios mais comezinhos da Teoria Geral do Direito. Ausência de norma escrita não é, e jamais será, óbice a que se preste jurisdição,

especialmente diante de todas as normas constitucionais destacadas na presente fundamentação. Dentre os objetivos fundamentais da República, encontra-se elencado o de construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A decisão judicial em que afirma o Magistrado não estar “*insensível ao pranto diuturno da jovem requerente, porém não está disposto à prática premeditada, em concurso de agentes, do grave crime de aborto previsto no Artigo 124 do Código Penal*”, com todas as vênias, em nada contribui para a realização de tal objetivo. O ativismo judicial, ao contrário, é indispensável instrumento para a paz social e se compatibiliza com a vigente ordem constitucional, desde que equilibrada e fundamentadamente exercido.

Ante o exposto, voto no sentido da CONCESSÃO da ordem.

Expeça-se, **imediatamente**, alvará para a realização do procedimento médico necessário, em consonância com o pedido formulado na petição inicial da impetração.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Rio de Janeiro, 13 de março de 2012

Desembargador **JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO**
RELATOR

HABEAS CORPUS N.º 0005182-45.2012.8.19.0000

Página 151 de 151