

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.467.888 - GO (2014/0158982-0)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : ██████████

RECORRENTE : ██████████

ADVOGADOS : ALEXANDRE PRUDENTE MARQUES E OUTRO(S) -
GO011705

SINARA GUMIERI VIEIRA - DF040523

LEONARDO ALMEIDA LAGE E OUTRO(S) - DF043401

GABRIELA RONDON ROSSI LOUZADA - DF043231

RECORRIDO : ██████████

ADVOGADOS : ZILMAR BORGES TEIXEIRA - GO025622

██████████ (EM CAUSA PRÓPRIA) - GO026544

MARINA RIBEIRO DA SILVA VALADÃO - GO025630

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RELATÓRIO

Recurso atribuído ao meu gabinete em 29/08/2016.

Cuida-se de recurso especial interposto por ██████████, com fundamento no art. 105, III, “a”, da CF, contra acórdão proferido pelo TJ/GO.

Ação: de compensação por danos morais, ajuizada pelos recorrentes em desfavor ██████████, tanto pela responsabilidade processual objetiva, decorrente de danos advindos aos recorrentes, pelo uso de medida processual de urgência, pedida pelo recorrido, quanto pelo uso abusivo do direito de ação.

Sentença: julgou improcedente o pedido, por não vislumbrar, na hipótese de impetração de *habeas copus*, em favor do nascituro, abuso de direito do recorrido.

Acórdão: negou provimento agravo regimental, em acórdão assim ementado:

AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AÇÃO DE HABEAS CORPUS.

Superior Tribunal de Justiça

DIREITO CONSTITUCIONAL DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. 1. A propositura de habeas corpus por padre visando a suspensão de procedimento de antecipação de parto não configura abuso do direito de ação, vez que o caso da gestante não está previsto como causa de excludente de ilicitude pelo Código Penal ou mesmo por construção jurisprudencial. 2. Não há que se falar em responsabilidade civil quando a conduta imputada ao requerido não é contrária ao ordenamento jurídico. Ademais, a restrição ao direito constitucional de ação deve ser analisada com cautela, pois o abuso de tal direito está estreitamente relacionado à má-fé processual da parte contrária, o que não se evidencia nos autos. 3. Não merece censura a decisão monocrática prolatada pelo relator que nega seguimento a recurso interpôs, nos termos do artigo 557, caput, do CPC. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Embargos de declaração: interpostos pelos recorrentes, foram rejeitados.

Recurso especial: contra esse acórdão, interpõe-se o presente recurso especial, calcado na alínea “a” do permissivo constitucional, onde se aponta a violação dos arts. 2º, 187 e 927 do Código Civil; 17, do CPC/73; 124, 126 e 128 do CP. Sustenta que:

a) O recorrido tem obrigação de compensar o dano moral causado aos recorrentes, pelo uso inconsequente de seu direito de ação, tanto por ter abusado desse direito, tentando fazer prevalecer seu posicionamento religioso sobre as convicções do casal recorrido, quanto pela má-fé, que se caracterizaria pela omissão, no *habeas corpus* impetrado, que havia inviabilidade de vida do feto, extrauterina.

b) o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 54, concluiu que a interrupção da gravidez, na hipótese de feto anencéfalo, não se enquadra do rol das condutas tipificadas nos artigos, 124,126 e 128 do CP, razão pela qual, houve evidente abuso do direito de ação por parte do recorrente, pois batia-se contra conduta permitida legalmente;

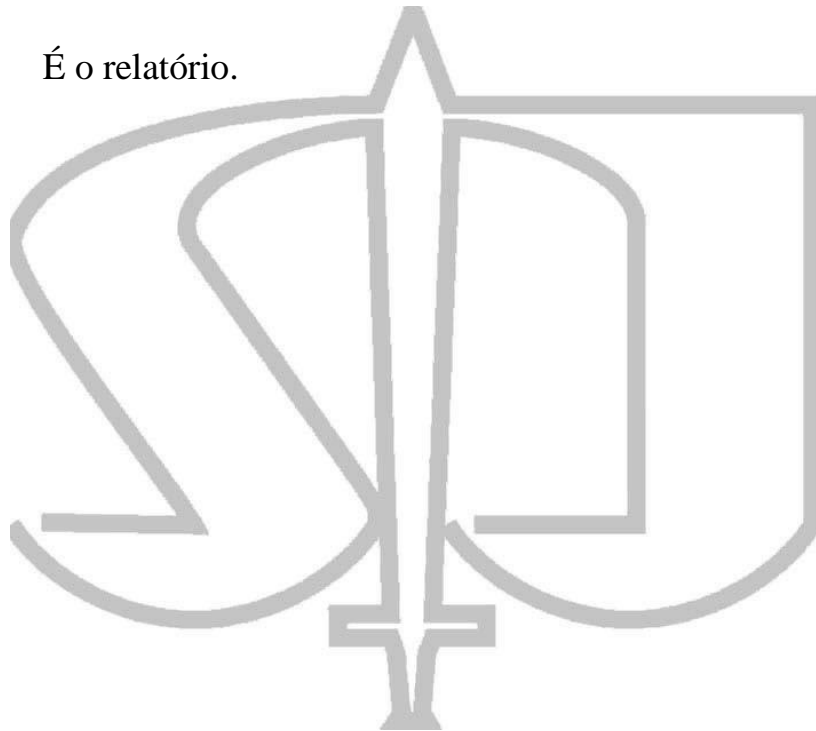
c) houve incorreta aplicação do art. 2º do Código Civil, que

Superior Tribunal de Justiça

resguarda os direitos do nascituro, porquanto a síndrome de Body Stalk, que acometeu o feto, tornava inviável sua vida após o nascimento se, até lá alcançasse a gestação.

d) fixa, por fim, que na hipótese de reconhecimento de ausência de prequestionamento dos dispositivos legais, seja dado provimento ao recurso por violação ao art. 535 do CPC.

É o relatório.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.467.888 - GO (2014/0158982-0)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : ██████████

RECORRENTE : ██████████

ADVOGADOS : ALEXANDRE PRUDENTE MARQUES E OUTRO(S) -
GO011705

SINARA GUMIERI VIEIRA - DF040523

LEONARDO ALMEIDA LAGE E OUTRO(S) - DF043401

GABRIELA RONDON ROSSI LOUZADA - DF043231

RECORRIDO : ██████████

ADVOGADOS : ZILMAR BORGES TEIXEIRA - GO025622

██████████ (EM CAUSA PRÓPRIA) - GO026544

MARINA RIBEIRO DA SILVA VALADÃO - GO025630

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

VOTO

Cinge-se a controvérsia em dizer se o manejo de *habeas corpus*, pelo recorrido, com o fito de impedir a interrupção da gestação da primeira recorrente, que foi judicialmente deferida, caracteriza-se como abuso do direito de ação e/ou pode gerar responsabilidade civil de sua parte, pelo manejo indevido de tutela de urgência, da qual teria exsurgido dano moral compensável, para os recorrentes.

I - Lineamentos históricos

1. Os eventos que culminaram com o ajuizamento desta ação de compensação por danos morais, podem, resumidamente, serem assim fixados:

Em **05/09/2005**, foi descoberto que o feto gestado pela recorrente possuía má-formação condizente com a Síndrome de Body Stalk;

Superior Tribunal de Justiça

Em **03/10/2005**, a recorrente pediu autorização judicial para interromper a gestação, ante a inviabilidade de vida extrauterina do feto;

Em **06/10/2005**, foi expedido alvará judicial para a interrupção da gestação;

Em **11/10/2005**, a recorrente foi internada, passando a receber medicação para induzir o parto;

Em **13/10/2015**, foi deferida medida liminar pleiteada pelo recorrido, para suspender o tratamento e garantir, assim, o prosseguimento da gestação da recorrente;

Em **14/10/2005**, à noite, o tratamento de indução do parto foi interrompido, ficando a recorrente ainda em observação, no hospital, por mais dois dias, quando recebeu alta;

Em **22/10/2005**, a paciente voltou ao hospital, agora em trabalho de parto, dando à luz à criança que faleceu momentos depois (1h e 40 minutos após o parto), em face das já relatadas graves malformações que tornavam a vida extrauterina, inviável.

2 - Da possibilidade de responsabilização de pessoa que faz uso de remédio constitucional para sustar a interrupção de gravidez, judicialmente autorizada.

Vem o pedido de compensação por danos morais dos recorrentes lastreado, basicamente, nos art. 186, 187, 188 e 927 do Código Civil, que tratam da caracterização do ato ilícito e do conseqüente dever de reparar ou compensar o possível dano havido, dizendo os dispositivos citados da Lei Penal, apenas das autorizações legais hoje existentes para o aborto, e o art. 17 do CPC/73, da possível ocorrência de má-fé do recorrido.

Dada a relevância da questão, e na ausência de contrarrazões ao

Superior Tribunal de Justiça

recurso especial, retira-se da peça inicial de defesa do recorrido, entre outros argumentos, as afirmações de que ele:

“(...)a exemplo de milhares de pessoas, entende que o feto, enfermo ou não, com maior ou menor expectativa de vida é destinatário de proteção legal, e que as autorizações para abortamento ferem o direito básico à vida existente desde o momento primeiro da concepção. Não podendo e não devendo fazer sua posição prevalecer por meio da força, deve, por óbvio, procurar defender seu ponto de vista perante o Poder Judiciário. Foi a postura adotada. A decisão não foi de [REDACTED], mas do Poder Judiciário” (fl. 88, e-STJ).

“(...)agiu na mais estrita defesa da vida, da vida do pobre bebê, que estava em vias de ser assassinado, agiu em prol de [REDACTED], dando à indefesa criança o direito de viver pelo tempo que lhe era destinado viver” (fl. 95, e-STJ).

Embora na espécie, as questões envolvendo a existência de ilicitude no ato praticado pelo recorrido, e sua culpa – se é que culpa será elemento necessário à definição da querela –, sejam tormentosas e de difícil definição, por envolverem direitos da personalidade em antagonismo, a solução da controvérsia não se afasta da aferição dos elementos clássicos de fixação da responsabilidade civil subjetiva ou, quiçá, objetiva.

Nessa senda, tangenciando, por alguns momentos, o elemento subjetivo da culpa (o direito violado), incontestemente a existência de dano aos recorrentes, porquanto a interrupção da gestação do feto com síndrome de *Body Stalk*, que era uma decisão pensada e avalizada por médicos e pelo Poder Judiciário, e ainda assim, de impactos emocionais incalculáveis, foi sustada pela atuação do recorrido.

De se observar, nesse ponto, que o intenso e prolongado sofrimento emocional dos recorrentes, que na espécie, foi sentido, obviamente, com muito mais intensidade pela recorrente, teve início com o drástico diagnóstico recebido em 05/09/2005, de que:

“(...) o feto era portador de múltiplas malformações graves, pois o cordão umbilical era muito curto e a placenta havia ficado próxima da parede abdominal do feto, que não se fechou, deixado as vísceras expostas. Além disso, os pulmões

Superior Tribunal de Justiça

e o tórax não se desenvolveram e ficaram comprimidos na pequena cavidade torácica” (fl. 5, e-STJ).

Nos dias seguintes, entre novas avaliações confirmativas, tanto da existência da síndrome quanto da inviabilidade de vida extrauterina que ela determinava, optaram por buscar a tutela estatal para interromper a gestação.

A ida para o hospital e a antecipação de um trabalho de parto que naturalmente ocorreria alguns meses depois, já eram, por si sós, elementos de intensa angústia para aquele casal, mas em meio a todos os sentimentos contraditórios que envolviam a decisão que tomaram, ao menos tinham a certeza de que estavam acolhidos em um ambiente em ambiente hospitalar, seguro, asséptico, controlado por equipe médica e com prazo razoavelmente delimitado para o término da interrupção da gestação.

No entanto, esse lastro de conforto psicológico lhes foi abruptamente retirado, no quarto dia de tratamento de indução ao parto, por força da liminar conseguida pelo recorrido.

O sofrimento do casal – e não canso de repetir, principalmente o da gestante – ganhou contornos trágicos com a liminar conseguida pelo recorrido, que obrigou a equipe médica a interromper o uso da medicação, quando já havia início de dilatação.

E como se não bastasse essa cadeia de eventos, por si aterrorizante, no dia seguinte a recorrente foi mandada para casa, perdendo o apoio técnico da equipe médica e o evidente conforto psicológico que estar em um ambiente hospitalar lhe proporcionava, isso tudo sem citar o risco físico para a parturiente, porquanto o procedimento, em tudo, fugia à normalidade.

Mais 8 (oito dias) se passaram para que a medicação interrompida fosse eficaz a ponto de induzir o organismo da recorrente a expulsar o feto, momento em que voltou ao hospital – mas nessa semana, completamente desassistida, sentiu, desnecessariamente, as dores do longo processo de adaptação do seu organismo para

Superior Tribunal de Justiça

que levasse a cabo o processo iniciado no hospital, período em que foi amparada, exclusivamente pelo seu esposo, também recorrente.

Esse exaustivo trabalho de parto, com todas as dores que lhe são inerentes, e que na espécie, provavelmente foram potencializadas pelo forte estresse sofrido e talvez pela inapropriada preparação do organismo da recorrente ao antecipado trabalho de parto (a gestação recém ultrapassara o quinto mês), dão o tom, em cores fortíssimas, do intenso dano moral suportado, tanto pela recorrente quanto pelo recorrente, que a tudo acompanhou, inerte, e ao final, ainda teve que providenciar o registro de nascimento/óbito e o enterro da criança, que como previsto, veio a óbito logo após o nascimento.

Resta assim perquirir sobre a ilicitude do ato praticado e, nesse primeiro momento em que se avalia a responsabilidade subjetiva, sobre a culpa – *lato sensu* – do recorrido.

No entanto, antes de se adentrar propriamente nesses debates, alguns elementos prévios, de complexo deslinde, mas de vital relevância para o desfecho da controvérsia, precisam ser abordados, pois deles dependem a própria apreciação final dos pedidos:

O amparo legal ao procedimento de interrupção de gestação, na hipótese de ocorrência da síndrome de body stalk;

A possível responsabilização, do recorrido, pelo exercício do direito de ação, na hipótese sob discussão;

2.i – A extensão do entendimento da ADPF 54 a outros casos de má-formação fetal que inviabilizam a vida extrauterina

A Síndrome de Body-Stalk “Body-StalkAnomaly”. É a

Superior Tribunal de Justiça

“denominação dada a um conjunto de malformações fetais que inclui um grande defeito da parede abdominal, cifoescoliose e cordão umbilical curto ou ausente. É o mais raro dentre todos os defeitos da parede abdominal com ocorrência média de 1 caso para cada 14.273 nascimentos. Não há um defeito cromossômico específico que acompanhe a síndrome **e a mesma é sempre letal**”. (Disponível em

<http://www.acm.org.br/revista/pdf/artigos/1124.pdf>

Na hipótese sob comento, o casal recorrente logrou conseguir autorização judicial para a interrupção da gestação, lavrada nos seguintes termos.

Inexiste, no caso, a presunção de possibilidade de continuação de vida do feto, mesmo fora do útero materno.

O *Boletim* do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais nº 11 enforça artigo de autora de Geraldo Francisco Pinheiro Franco, sobre se: *'impossível a sobrevida do feto, deve ser autorizado o aborto. (...) Não se pode negar e a questão há de ser suscitada – que a vida da impetrante corre risco, não sendo razoável sacrificá-la, em nenhuma hipótese, mormente quando se sabe da absoluta e irreversível deformidade patológica do feto que ela gera'*.

A interrupção da gestação encontra fundamento quando o feto possuir malformação congênita, degeneração ou houver possibilidade de que venha a nascer com enfermidade incurável.

Suficientemente demonstrada a completa inviabilidade do feto, como pessoa, com vida autônoma, fora do útero materno. Vida sem qualquer viabilidade a partir do momento que deixar o ventre da mãe.

Ante o exposto, restando comprovado que é impossível a sobrevida do feto e que a requerente corre sérios riscos para a sua saúde física e mental, tenho que deve ser autorizado o aborto, razão pela DEFIRO o pedido inicial já que não resta dúvida de que esta seja a melhor e mais justa solução ao presente pleito. (fls. 30-31, e-STJ)

E para dizer da licitude da interrupção da gestação, socorro-me do julgamento da ADPF 54, (julgada em 12/04/2012, pub. em 30/04/2103), pois embora a conclusão do julgamento seja posterior aos acontecimentos, a orientação forjada na ADPF, que de regra possui efeito *ex tunc*, disse de um preceito fundamental que vinha sendo descurado, ou em outras palavras, mesmo em 2005, a orientação firmada pelo STF, já se mostrava a mais consentânea com a norma constitucional.

E mais, a arguição foi formalizada em 17 de junho de 2004, calcada

Superior Tribunal de Justiça

em ações penais que discutiam a incidência do apenamento relativo ao aborto, nas interrupções de gestação de anencéfalos.

É dizer: a decisão do STF, à mingua da restrição possível no art. 11 da Lei 9882/99, esprou seus efeitos de forma intertemporal, devendo, por conseguinte, também orientar a linha de pensamento desta Turma, hoje.

Nessa trilha, extrai-se, da delimitação feita pelo Relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, a busca por uma interpretação constitucional conforme, que afastasse a tipicidade na hipótese de interrupção de gravidez por anencefalia.

Os argumentos trazidos foram:

- o Estado é laico ;
- a anencefalia é doença congênita fatal;
- a dignidade da gestante (direito à intimidade) se sobrepõe aos direitos de feto com inviabilidade de vida extrauterina.

E aqui cabe perquirir sobre os porquês da decisão tomada pelo STF, tendo em vista que elas dirão se as hipóteses (anencefalia e síndrome de body stalk) são símeis e, por conseguinte, dão azo à mesma interpretação constitucional.

Nessa senda, é inegável que ambas as condições: anencefalia e síndrome de Body-Stalk, redundam, segundo o conhecimento médico atual, na inviabilidade da vida extrauterina.

Faz-se aqui um hiato para anotar que quando se fala em inviabilidade de vida extrauterina, não necessariamente se aponta para o fenecimento da vida átimos de segundos após o nascimento, mas sim, da certeza médica de que a condição física do feto não lhe dará oportunidade de ter nenhuma vida pós-parto,

Superior Tribunal de Justiça

sendo questão de tempo, o óbito da criança nascida sob o signo dessa condição, e decorrendo o falecimento das consequências associadas à síndrome.

Na hipótese, a certeza médica se consubstanciou em realidade, pois uma hora e quarenta minutos após o nascimento, a criança veio a óbito.

Volvendo então, à análise dos limites jurídicos protetivos dos fetos, na hipótese de anencefalia, e a comparação desses elementos às circunstâncias em que um feto tenha a Síndrome de Body-Stalk, ou mesmo outra Síndrome que enclausure a vida ao útero, cabe enunciar, de plano que, embora o Direito resguarde o nascituro, o faz na expectativa de que aquela vida intrauterina, ainda sem personalidade jurídica, possa se tornar pessoa, sujeita a todas as garantias constitucionais.

Mas em todas essas situações, ou outras mais, essa proteção não é absoluta, pois se queda ante a defesa da saúde materna e também, da saúde emocional da mãe, como ocorre no caso de mãe vítima de estupro.

No julgamento da ADPF 54, no entanto, viu-se que esse tegumento protetivo-legal que envolve o nascituro, torna-se completamente inócuo ante a constatação de que o feto é portador de problemas de saúde, de qualquer matriz, que tornam inviável a vida extrauterina, isso porque, a proteção que se projeta para o futuro, labora com realidade inexistente: vida extrauterina

Seguindo nessa escala de gradação, inafastável se dizer que a interrupção da gravidez, por incompatibilidade com a vida extrauterina, é um *minus*, mesmo em relação ao aborto humanitário, pois primeiro, mostra-se ontologicamente distinta do aborto-crime, e por segundo, encontra-se, em grau de reprovabilidade social, aquém d'aqueloutro, no qual a vítima de estupro que engravida pode, judicialmente amparada, optar pela cessação da gestação.

O aborto humanitário é tisdado como excludente de criminalidade,

Superior Tribunal de Justiça

pelo intenso sofrimento emocional que traz para a gestante, pela óbvia conexão psicológica que ela faz em relação à agressão sofrida, e sobre as perspectivas futuras que aquela gravidez pode acarretar, não apenas no campo emocional, mas também em aspectos cíveis.

É dizer: o incalculável sofrimento e angustia da mãe, autorizam, por si só, a interrupção da gravidez.

Na hipótese analisada na ADPF 54 e também neste recurso especial – a inviabilidade da vida extrauterina – à intensa dor emocional, soma-se o incontornável vaticínio de óbito da criança logo após o parto, se até lá chegar a gestação.

Entenda-se: à indizível dor emocional, agrega-se a inexistência de vida futura a ser futuramente protegida.

Destaca-se, aqui, as palavras do Relator quanto à questão:

Cumprе rechazar a assertiva de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo consubstancia aborto eugênico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos. Nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dúbio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portador de deficiência grave que permita sobrevivência extrauterina. Cuida-se tão somente de anencefalia. Na expressão da Dra. Lia Zanotta Machado, “deficiência é uma situação onde é possível estar no mundo; anencefalia, não”[52]. De fato, a anencefalia mostra-se incompatível com a vida extrauterina, ao passo que a deficiência não.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>

E é calcado exatamente nessa distinção que o acórdão citado, por maioria, fixou que o peso específico do direito a uma futura não-vida, não pode preponderar sobre o direito da mulher à liberdade, intimidade e autodeterminação.

Superior Tribunal de Justiça

Laborou-se, no quesito, sobre os direitos da personalidade atinentes aos pais da criança com má-formação incompatível com a vida extrauterina (obviamente dando peso consideravelmente superior, aos direitos da mulher).

E peço novamente vênias, para citar mais um trecho do voto condutor daquele célebre julgamento:

Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura[109] ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido. A integridade que se busca alcançar com a antecipação terapêutica de uma gestação fadada ao fracasso é plena. Não cabe impor às mulheres o sentimento de meras “incubadoras” ou, pior, “caixões ambulantes”, na expressão de Débora Diniz.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>

Na situação vivida pelos recorrentes, reproduziu-se todo o pacote de dores e angústias descritos em inúmeras passagens do acórdão, que demonstram que o intenso sofrimento vivido pela mãe, após o diagnóstico de uma síndrome que incompatibiliza a vida do feto com o ambiente extrauterino, é de tal quilate, que faz preponderar o particular direito dela à própria intimidade, liberdade e autodeterminação na condução de sua vida privada.

Leia-se, também aqui, cabia só a ela, pela similaridade das condições apresentadas, dizer, diante de sua realidade emocional, da fé que professava, ou não professava, das expectativas que nutria, ou diante daquelas que deixara de alimentar, se deveria ou não interromper a gestação.

Superior Tribunal de Justiça

E isso se diz porque, é máxima do direito:

Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio. (Onde existe a mesma razão, deve haver a mesma regra de Direito)

Reproduzidas, salvo pela patologia em si, todos efeitos deletérios da anencefalia, também na síndrome de body-stalk, e exurgindo dessas símeis situações, a mesma gama de direitos protegidos e flexibilizados, tem-se como corolário, dizer-se que a interrupção da gravidez, nas circunstâncias que experimentou a recorrente, era direito um direito próprio, do qual poderia fazer uso, sem risco de persecução penal posterior e, principalmente, sem possibilidade de interferências de terceiros, na tentativa de obstar sua decisão.

2.ii – Da possibilidade de responsabilização do recorrido, pelo exercício do direito de ação, na hipótese de vulneração da intimidade, da vida privada e da honra dos recorrentes.

Firmada a tese de que o casal, quando iniciou o procedimento de interrupção da gravidez, autorizados judicialmente, e amparados pela gama de direitos da personalidade inerentes a cada um deles, individualmente tomados, e pensados também, como unidade familiar, agiam acobertados pela lei, resta definir se houve, como afirmam os recorrentes, abuso de direito por parte do recorrido que, não obstante o quanto argumentado, utilizou-se do seu direito de ação para tentar obstar a interrupção da gestação, já iniciada.

Contudo, antes de se tratar diretamente dessa questão, faz-se, mais uma vez, um regresso à linha argumentativa majoritária da ADPF 54, para resgatar uma ideia primária que permeou e orientou aqueles debates: **a laicidade do Estado.**

Revigora-se, aqui, esse tema, porque essa orientação, tão facilmente

Superior Tribunal de Justiça

apercebida na maior parte dos cânones constitucionais do mundo ocidental e ardorosamente defendida, em tese, é, no entanto, de difícil discernimento quando se subsomem, a ela, fatos corriqueiros, que triscam, de maneira mais contundente, em dogmas, profissões confessionais, ou mesmo, vão ao arrepio delas.

Ser laico é estar num mundo próprio, segregado do mundo eclesiástico em qualquer de suas vertentes, e também não estar entre aqueles que nada professam. É ser neutro.

Em resgate do pensamento de Tocqueville, – à espécie, uma das funções do Estado Laico e, notadamente, de sua faceta Judicial, é antecipar-se a possíveis desvios que façam prevalecer uma ideia dita hegemônica, de qualquer matiz, que tenha o peso de fragilizar, ou mesmo inviabilizar, direitos minoritários, mas constitucionalmente assegurados, fazendo prevalecer uma “tirania da maioria”. (Tocqueville, Alexis de. A Democracia na América, leis e costumes (cap. VII - Da onipotência da maioria nos Estados Unidos e de seus defeitos). Vol I. 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2014, pp: 289-305).

Citando o 4º presidente americano – James Madison – o pensador afirma:

É importantíssimo, nas repúblicas, não apenas defender a sociedade contra a opressão dos que a governam, **mas também garantir uma parte da sociedade contra a injustiça da outra**. A justiça é o objetivo a que deve tender todo o governo; é a finalidade que se propõem os homens ao se reunirem. Os povos fizeram e sempre farão esforços visando a esse objetivo, até conseguirem atingi-lo ou perderem sua liberdade. (Sem grifos no original). (Op. cit. pp 304/305).

Nessa senda, a fé – qualquer uma –, seus dogmas e postulados, nada dizem ao Estado que apenas, por força da eficácia vertical dos direitos e garantia fundamentais, deve zelar pelo respeito, intimidade, direito de expressão e segurança de quem algo professa ou de quem, em nada acredita.

Superior Tribunal de Justiça

Nas já citadas palavras do Ministro Marco Aurélio, “a liberdade religiosa e o Estado laico representam mais do que isso. Significam que as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução”.

Assim, entre outras manifestações a laicidade do Estado é fundamental à preservação de significativa parcela das liberdades públicas, onde direitos, *a priori*, equipolentes, porque igualmente albergados nos Direitos e Garantias fundamentais, devem entrar em concordância prática ou, não sendo isso possível, eleger a prevalência a um deles.

Nessa linha, e sob a égide da laicidade, tocando diretamente à questão de possível abuso de direito no comportamento do recorrido, que se arrostou contra o direito à liberdade, à intimidade e a disposição do próprio corpo da recorrente, brandindo a garantia constitucional ao direito de ação e à defesa da vida humana, mesmo que ainda em estágio fetal e mesmo com um diagnóstico de síndrome incompatível com a vida extrauterina, cabe, inicialmente, sopesar os direitos inerentes à inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da honra das pessoas em contraponto ao direito de ação que tinha por objeto impedir a interrupção da gravidez.

Assentado que foi, anteriormente, que a interrupção da gestação da recorrente, no cenário apresentado, era lícito, sendo opção do casal – notadamente da gestante – assumir ou descontinuar a gestação de feto sem viabilidade de vida extrauterina, há uma vinculada remissão à proteção constitucional aos valores da intimidade, da vida privada, da honra e da própria imagem dos recorrentes (art. 5º, X, da CF).

Superior Tribunal de Justiça

Possível agressão a esses valores, desde que pautados no respeito à lei, impõe, para aquele que invade esse círculo íntimo e inviolável, responsabilidade objetiva pelos danos ocorridos. Nesse sentido, escólio de Nelson Nery Júnior:

“A ofensa à honra, liberdade ou intimidade das pessoas enseja indenização por dano moral e patrimonial. Trata-se de hipótese de responsabilidade objetiva, porquanto a norma não prevê conduta para que haja o dever de indenizar”(Nery Júnior, Nelson – **Constituição Federal comentada e Legislação Constitucional** – 5ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014 - Pag. 230

Malgrado essa contundente assertiva, na espécie, foi brandido, como defesa, direito de igual vigor, pois também inserto entre os Direitos e Garantias Fundamentais: o direito a ação.

Contudo, esse debate, de índole evidentemente constitucional, é reflexo, pois deriva, neste recurso especial, da alegada violação ao art. 187 do Código Civil – que discute o excesso no exercício do direito – e seu contraponto, o art. 188, I, *in fine*, do Código Civil, que trata do exercício regular do direito, temas que devem ser esclarecidos, antes de se discutir o entrechoque de valores constitucionais.

Para que essa escusa à ilicitude, trazida desde a origem pela defesa, ter a capacidade de afastar a responsabilidade civil do recorrido, exige-se, porém, que:

- I. Não seja hipótese de indenização/compensação pelo critério da responsabilidade civil objetiva;
- II. O próprio exercício regular do direito, não se subverta, ele mesmo, em uma transgressão à lei, na modalidade abuso do direito, desvirtuando um interesse aparentemente legítimo, pelo excesso.

Nesse sentido, calha citar o entendimento manifestado por Arnaldo Rizzardo:

Para a doutrina, não há exercício regular de direito se decorre transgressão à lei. Adverte Aguiar Dias: 'No exercício regular de direito reconhecido será preciso indagar se não esta ele, por uma das muitas razões que justificam a aplicação da doutrina objetiva, submetido a critério mais largo que o da culpa,

Superior Tribunal de Justiça

para constituição da obrigação de reparar'. Nota-se a tendência em determinar a indenização, na hipótese de acontecer, eventualmente, uma situação de ofensa a um bem de outrem, apesar de praticada com apoio em tal princípio. de modo um tanto forte, sentencia Cunha Gonçalves: ' O exercício do direito não é obrigatório; o seu titular ou sujeito pode realiza-lo, ou não, ou exercê-lo só em parte ou de modo que lhe aprouver. Excetuam-se os direitos que são também deveres, como poder familiar, a tutela etc"'. (Rizzardo, Arnaldo: Introdução ao Direito e parte geral do Código Civil; 8ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015; pag. 694).

Remetendo o debate sobre a responsabilidade objetiva decorrente do texto constitucional, para a conclusão deste voto, e centrando atenção, primariamente, na existência, ou não de abuso do direito por parte do recorrido, cabe dizer que de há muito — vigora a ideia de que há limites para o exercício de qualquer direito, que é dado e mensurado, pela vulneração à matriz teleológica desse próprio direito.

Assim, a sôfrega e imprudente busca por um direito legítimo, que faz perecer no caminho, direito de outrem, ou mesmo uma toldada percepção do próprio direito, que impele alguém a avançar sobre direito alheio, podem ser considerados abuso de direito.

Em uma tentativa de sintetizar essas possibilidades, Louis Josserand — fixou como elementos caracterizadores do abuso do direito: “(i) a titularidade de um direito subjetivo; (ii) a sua utilização nos limites objetivos que lhe são traçados em lei, com respeito à letra da norma; (iii) a confrontação do elemento pessoal (subjetivo) com a função do fim do direito em causa (elemento social ou objetivo)

Sendo as duas primeiras características, os elementos de conformidade com a legalidade, ou legitimidade no exercício do direito, a motivação e o fim colimado devem dizer da existência do abuso do direito.

Nessa toada, reprisa-se, do teor da contestação, o que o próprio recorrido diz de sua motivação, e dos fins que perseguia:

“(...)a exemplo de milhares de pessoas, entende que o feto, enfermo ou não, com maior ou menor expectativa de vida é destinatário de proteção legal, e que as autorizações para abortamento ferem o direito básico à vida existente desde o momento primeiro da concepção. Não podendo e não devendo fazer sua posição prevalecer por meio da força, deve, por óbvio, procurar defender seu

Superior Tribunal de Justiça

ponto de vista perante o Poder Judiciário. Foi a postura adotada. A decisão não foi de [REDACTED], mas do Poder Judiciário” (fl. 88, e-STJ).

“(...)agiu na mais estrita defesa da vida, da vida do pobre bebê, que estava em vias de ser assassinado, agiu em prol de Geovana Gomes Leneu, dando à indefesa criança o direito de viver pelo tempo que lhe era destinado viver” (fl. 95, e-STJ).

Das considerações do recorrido, é de se ver que buscou a tutela estatal para defender suas particulares ideias sobre a interrupção da gestação – em qualquer hipótese – que como afirma, e é cediço, também são defendidas por significativa parcela da população.

No entanto, como é possível se depreender da leitura introdutória sobre a incidência do julgamento da ADPF 54 à hipótese, agrediu com sua atitude os direitos inatos da mãe e do pai, ora recorrentes.

E a vulneração aos direitos dos recorrentes se deu ao tempo em que tocou a garantia legal que o casal tinha de interromper a gestação, fato tão-só desvelado pelo STF em 2012.

E é de se notar aqui, que também o momento em que se utilizou do seu direito de ação (já no terceiro dia do procedimento de interrupção da gravidez), e os termos em que deduziu seu pleito – irrogando ao casal, inclusive, a prática de homicídio - traduzem, para efeitos de responsabilidade civil, não de convicções pessoais, friável motivação e distância teleológica do quanto lhe é dado buscar, na prevalência de seus particulares valores morais.

A base axiológica do que defende, só tem terreno fértil, dentro de um Estado de Direito laico, no campo das ideias, podendo nele defender todo e qualquer conceito que reproduza seus postulados de fé, ou do seu imo, havendo aí, não apenas liberdade, mas garantia estatal de que poderá propagar o que entende por correto, inclusive, tentando em linha de convencimento, demover aqueles que não pactuam de seus ideais.

Superior Tribunal de Justiça

Faz medrar, contudo, em seara imprópria, esse corpo de valores – e **isso caracteriza o abuso de direito** – quando busca, mesmo que por via estatal, a imposição de seus conceitos e valores a terceiros, retirando deles, a mesma liberdade de ação que vigorosamente defende para si.

Aqui, convém, ainda, deixar fixado, que qualquer tentativa de disrupção do nexu causal, sob a alegação de que o recorrido apenas provocou o Estado-Juiz, e foi, efetivamente este que determinou a interrupção da gestação, não merece guarida.

A busca do Poder Judiciário por uma tutela de urgência traz, para àquele que a maneja, o ônus da responsabilidade pelos danos que porventura a concessão do pleito venha a produzir, mormente quando ocorre hipótese de abuso de direito.

Mesmo no Código de Processo Civil de 1973, vigente à época, já se enumerava situações de responsabilidade do proponente da medida de urgência, como se pode verificar no art. 273, § 3º; art. 588, I – que foi revogado e substituído com a mesma imposição pelo art. 475-O, I –; e, ainda, o art. 811, todos do CPC de 1973.

Nessa mesma linha, inúmeros são os precedentes do STJ, como o REsp 1011733/MG, Rel. Massami Uyeda; o RMS 27570/SP, de minha relatoria e o AgInt no REsp 1604218/RS, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, este último assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR.
AGRAVO INTERNO.

ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. REPARAÇÃO DE DANO, DECORRENTE DE MEDIDA DEFERIDA NOS AUTOS. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE PROCESSUAL OBJETIVA. RECONHECIMENTO POSTERIOR DA INEXISTÊNCIA DO DIREITO. OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO PROCESSUAL. DECORRE DA LEI, NÃO DEPENDENDO DE PRÉVIOS RECONHECIMENTO JUDICIAL E/OU PEDIDO DO LESADO.

Superior Tribunal de Justiça

POSSIBILIDADE DE DESCONTO, COM ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA, DO PERCENTUAL DE 10% DO MONTANTE DO BENEFÍCIO SUPLEMENTAR, ATÉ QUE OCORRA A COMPENSAÇÃO DO DANO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA. LEI N. 8.112/1990.

MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ, EM VISTA DA AFETAÇÃO À SEGUNDA SEÇÃO E JULGAMENTO DO RESP 1.548.749/RS.

1. Segundo o entendimento firmado na Segunda Seção desta Corte Superior, "Os danos causados a partir da execução de tutela antecipada (assim também a tutela cautelar e a execução provisória) são disciplinados pelo sistema processual vigente à revelia da indagação acerca da culpa da parte, ou se esta agiu de má-fé ou não.

Com efeito, à luz da legislação, cuida-se de responsabilidade processual objetiva, bastando a existência do dano decorrente da pretensão deduzida em juízo para que sejam aplicados os arts. 273, § 3º, 475-O, incisos I e II, e 811 do CPC/1973 (correspondentes aos arts. 297, parágrafo único, 520, I e II, e 302 do novo CPC)".

2. Salientou-se também que "Em linha de princípio, a obrigação de indenizar o dano causado pela execução de tutela antecipada posteriormente revogada é consequência natural da improcedência do pedido, decorrência ex lege da sentença, e, por isso, independe de pronunciamento judicial, dispensando também, por lógica, pedido da parte interessada. A sentença de improcedência, quando revoga tutela antecipadamente concedida, constitui, como efeito secundário, título de certeza da obrigação de o autor indenizar o réu pelos danos eventualmente experimentados, cujo valor exato será posteriormente apurado em liquidação nos próprios autos".

3. "Ademais, por um lado, os valores recebidos precariamente são legítimos enquanto vigorar o título judicial antecipatório, o que caracteriza a boa-fé subjetiva do autor; entretanto, isso não enseja a presunção de que tais verbas, ainda que alimentares, integram o seu patrimônio em definitivo. Por outro lado, as verbas de natureza alimentar do Direito de Família são irrepetíveis, porquanto regidas pelo binômio necessidade-possibilidade, ao contrário das verbas oriundas da suplementação de aposentadoria". (REsp 1555853/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe

16/11/2015) 4. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1604218/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016)

E ainda que assim, não fosse, como dito anteriormente, há responsabilidade pela afronta à inviolabilidade dos direitos constitucionais da intimidade, vida privada e honra, que prescinde de qualquer outra condicionante,

Superior Tribunal de Justiça

salvo o indevido triscar nesse mais interno dos círculos concêntricos das esferas da personalidade.

Note-se, esses valores não estão condicionados ao que as demais pessoas pensam e defendem como ideologia. Eles são intocáveis!

Repisa-se que mesmo sendo assegurado o direito à liberdade, que por óbvio engloba manifestações públicas contrárias ou favoráveis a uma determinada tese – desde que não desairosas àqueles que defendem postura inversa – esse direito restringe-se pela igual liberdade do outro, não possibilitando o ingresso no círculo íntimo de terceiro, para lhe ditar, ou tentar ditar, seus conceitos, ou preconceitos.

No manejo do *habeas corpus* com pedido liminar, posteriormente recebido como mandado de segurança, o recorrido, sequencialmente:

Violou a intimidade e a vida privada do casal recorrente, tentando fazer prevalecer sua posição particular em relação à interrupção da gestação, mesmo estando eles amparados, na decisão que tomaram, por tutela judicial;

Agrediu-lhes a honra ao denominar a atitude que tomaram, sob os auspícios do Estado, de assassinato;

Agiu temerariamente (quando pediu a suspensão do procedimento médico de interrupção da gravidez, que já estava em curso) e impôs aos pais – notadamente à mãe – sofrimento inócuo, pois como se viu, os prognósticos de inviabilidade de vida extrauterina se confirmaram

Esses fatos se mesclam, demonstrando, de um turno, a agressão aos mais íntimos direitos da personalidade, o que impõem a responsabilidade objetiva do agente causador do dano e, ao par desta, o evidente abuso no exercício do direito de ação, que também apenas se conforma com a cabal demonstração de que o

Superior Tribunal de Justiça

exercício desse direito tem escopo não albergado pelo Estado de Direito, também aponta para a responsabilização do recorrido.

Assim, impõe-se o reconhecimento de que o recorrido, ao contrário do que dantes afirmado, tocou, com dano, espaço reservado à liberdade de outros e, ainda, por incúria ou perfídia, utilizou-se de um direito próprio – direito de ação – para impor, aos recorrentes, estigma emocional que os acompanhará perenemente.

Sob essa ótica, fixo, a título de compensação por danos morais, o valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), corrigidos monetariamente e com a incidência de juros de mora, a partir do dia que a recorrente deixou o hospital.

Forte nessas razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, nos termos acima delimitados.

Ônus sucumbenciais suportados integralmente pelo recorrido, com a fixação dos honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação, observando-se os benefícios da assistência judiciária gratuita incidentes à espécie.