

Consoante bem relatado pelo e. Ministro André Mendonça, trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, tendo como pedido o “*afastamento preventivo da possibilidade de se imputar à paciente a prática de aborto tal qual tipificada no Código Penal, diante da necessidade medicamente atestada de interrupção de gravidez por impossibilidade de vida extrauterina e grave risco de morte para a gestante-paciente*”.

A parte impetrante insurge-se contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, de lavra do Ministro Jorge Mussi, nos autos do HC de nº. 772491, defendendo que a paciente, mulher gestante de feto gemelar cuja vida extrauterina mostrar-se-ia, de logo, inviável, poderia ter persecução penal contra si deflagrada em caso de ausência de proteção judicial.

Aduz, ainda, que a hipótese é de remissão à decisão deste Supremo Tribunal Federal na ADPF nº. 54, a qual teria dado conformação ao conceito de aborto legal, insculpido no Código Penal, defendendo, por tais razões, a vida, bem-estar físico e psíquico da gestante.

Consoante a documentação carreada aos autos, na data de 05.09.2022, a idade gestacional era de 24 semanas (seis meses) (eDOC 2, p. 19). Este laudo médico expôs as seguintes circunstâncias relevantes:

“Neste caso dos gêmeos da paciente Lorisete dos Santos, o que encontramos foi um tronco único e duas cabeças. Na região do tórax temos o compartilhamento de alguns órgãos como os pulmões; observamos dois corações muito próximos que dividem a mesma artéria aorta. Na região abdominal temos um fígado compartilhado e dois estômagos, além de uma mesma bexiga e dois rins. Na parte esquelética temos duas colunas vertebrais quase que unidas dorsalmente, com união das costelas. Observa-se um par de membros superiores e um par de membros inferiores. A paciente encontra-se atualmente com 24 semanas de gestação (6 meses). Esse caso em questão é chamado de “parapagus dicefalus. (...)

Portanto, devido ao fato de haver um tronco único e compartilhamento de uma série de órgãos nobres, **a separação dos gêmeos após nascimento se torna inviável e o caso foi considerado incompatível com a vida pelos especialistas em medicina fetal do nosso hospital**.

Nos casos em que a gestação prossegue é frequente o aparecimento de complicações como polidrâmio (aumento do líquido amniótico), **somando-se ao fato de a paciente já ter realizado três cesarianas prévias, o risco uma ruptura uterina com o prosseguimento**

da gestação fica potencializado. Além disso, a manutenção da gestação aumenta o risco da paciente desenvolver complicações sérias como doença hipertensiva (hipertensão específica de gestação) e diabetes gestacional. Portanto, a continuidade da gestação, por si só, determina um risco potencial à saúde materna” . (Grifei).

À luz das evidências apresentadas, a separação dos gêmeos seria inviável e a sobrevivência, em caso de manutenção deles unidos, é remota, dado o tipo de junção e compartilhamento de órgãos.

Em novo laudo (eDOC2, p. 23), a unidade de saúde da família da Prefeitura de Porto Alegre, emitiu manifestação no sentido de se efetivar a “*interrupção terapêutica devido a representar um risco à saúde materna*”.

Consta nos autos termo de declaração da gestante (eDOC2, p. 44) em que esta assevera almejar a interrupção terapêutica da gestação, ao tempo em que postula amparo da Defensoria Pública.

A decisão monocrática do e. Relator foi no sentido de que:

“(…) tendo em vista a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não é o caso de cognoscibilidade de habeas corpus. Em síntese, (i) a via eleita é inadequada por não haver risco concreto de liberdade de locomoção; e, (ii) inexistente ilegalidade manifesta a demandar eventual concessão da ordem de ofício. Desse modo, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito”.

Interposto o presente agravo regimental, a Procuradoria-Geral da República opinou pelo seu provimento e reforma da decisão denegatória.

Uma vez iniciada a presente sessão virtual, a proposta de voto do e. Relator reitera alegações de índole processual para o não conhecimento da medida, ao tempo em que acresce que o caso comportaria revolvimento de fatos e provas. Por fim, reforça que não poderia haver enquadramento da situação no precedente da ADPF nº. 54.

Principiei a análise destes autos de modo a recuperar o delineamento da sua moldura fática, o que fiz para jogar luzes sobre as peculiaridades da situação posta à apreciação desta Corte.

Em primeiro plano, supero as alegações processuais voltadas ao não conhecimento do *habeas corpus*, seja por suposto revolvimento de matéria

fática, seja por ter sido exarada decisão monocrática no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Notadamente, os fatos não foram controvertidos no curso da causa, havendo laudos não confrontados nas instâncias prévias, os quais dão conta tanto de riscos à vida da gestante, mulher, hipossuficiente, que já passou por três cesáreas e juntou certidão de nascimento de seus filhos, quanto da inviabilidade da vida fetal.

Não existe matéria a ser aprofundada em perícias e dilações probatórias que extrapolem a cognoscibilidade própria deste *writ*.

No que se refere à suposta aplicabilidade da súmula nº. 691 deste STF, observo que, em sessão de plenário virtual extraordinário havida em 07.10.2022, nos autos do HC nº. 216917, de relatoria do i. Ministro André Mendonça, Sua Excelência encaminhou voto no sentido da superação de tal circunstância, de modo a negar conhecimento ao *habeas corpus*, sem, no entanto, deixar de analisar – e deferir –, *ex officio*, a ordem.

De outra parte, importante salientar que esta Corte tem considerado que a súmula nº. 691 deve ser superada em casos de “manifesta e grave ilegalidade”, a teor de inúmeros precedentes. Por todos, cito os HC nº. 172516 e 165447, ambos de relatoria do e. Ministro Gilmar Mendes.

Cumpra ainda notar que, em temas que versam sobre direitos das mulheres, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem exortado o Brasil a não reiterar omissões e silêncios no âmbito do seu sistema de justiça, o que impõe respostas efetivas, substantivas, que superem óbices processuais e não reforcem discriminações de índole estrutural.

Como é cediço, em recente condenação proferida no caso *Márcia Barbosa de Souza e Outros vs. Brasil*, a Corte IDH rechaçou a invocação reiterada de imunidades e óbices formais pelas autoridades públicas que investigam e julgam situações de violência contra a mulher, enfatizando a necessidade de o país adotar um protocolo uniformizado para investigação de crimes desta espécie, segundo uma perspectiva de gênero.

Esta compreensão, por certo, espraia-se para outros campos da atuação jurisdicional e administrativa, fazendo com que as análises factuais e jurídicas passem a colocar, em centralidade, vítimas genderificadas e racializadas, grupos minorizados e pessoas vulneráveis em geral. Invoco, a propósito dessa questão, as palavras da Professora Fabiana Severi:

“A adoção de uma perspectiva de gênero no âmbito do sistema de justiça é uma obrigação internacional que o Brasil assumiu ao ratificar os tratados internacionais e interamericanos de direitos humanos das mulheres, nos quais se obrigou a garantir um tratamento igualitário a homens e mulheres nos tribunais de justiça e a eliminar toda forma de discriminação contra as mulheres, entre as quais as práticas baseadas em funções estereotipadas de inferioridade ou superioridade entre os sexos e/ou gêneros.

Há, todavia, uma distância ainda muito grande entre tais direitos e as experiências das mulheres que buscam os serviços que compõem o sistema de justiça. Vários estudos acadêmicos e relatórios de acompanhamento da implementação dos tratados internacionais e interamericanos de direitos humanos das mulheres têm apontado para uma diversidade de obstáculos que as mulheres ainda enfrentam para que o direito de acesso à justiça seja efetivado”. (SEVERI, Fabiana Cristina. *Justiça em perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos*. In: Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 3, n. 3, p. 574-601, ano 2016).

Assim, parece-me deveras acertada a posição externada pela Subprocuradora-Geral da República, Maria Caetana Cintra Santos, que bem salientou a distinção do feito em julgamento:

“Em que pese a jurisprudência majoritária da Suprema Corte entender que o processo diligenciado nos moldes ora observados, deve ser extinto sem resolução do mérito, por supressão de instância e inadequação da via eleita, **sobressai que, em razão da excepcional relevância e delicadeza da matéria, a possibilidade de concessão da ordem de ofício deve ser examinada**” (Grifei).

Ao ingressar na análise de mérito, observo que a questão da possibilidade de interrupção da gestação por inviabilidade de vida extrauterina já foi examinada, detidamente, por este Supremo Tribunal Federal.

A ADPF nº 54 consistiu em processo de índole objetiva, de modo que o alcance do seu julgado não se limita ao caso de uma ou outra moléstia, mas sim ao **núcleo essencial da inviabilidade da vida extrauterina e às consequências deste fato para a gestante**.

Em outras palavras, não cabe ao Supremo Tribunal Federal criar um índice de todas as doenças, situações limítrofes e riscos à saúde de fetos e

gestantes, julgando ações abstratas sobre todas elas, pois, antes e acima de tudo, a Corte estabeleceu definição constitucional atinente à laicidade, dignidade humana, autodeterminação e saúde das mulheres no país. Cito, para ilustrar essa circunstância, a própria ementa do julgado:

“ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (ADPF 54, Relator (a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12.04.2012).

Ao iniciar o seu voto na ADF nº. 54, o Ministro Marco Aurélio Mello enfatizou a exorbitante quantidade de alvarás judiciais concedidos por identificação da incompatibilidade de fetos com a vida extrauterina, senão vejamos:

“É inevitável que o debate suscite elevada intensidade argumentativa das partes abrangidas, do Poder Judiciário e da sociedade. Com o intuito de corroborar a relevância do tema, faço menção a dois dados substanciais. **Primeiro, até o ano de 2005, os juízes e tribunais de justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina, o que demonstra a necessidade de pronunciamento por parte deste Tribunal**”(Grifei).

Após, o voto do Relator deixou assente que:

“A questão posta neste processo – inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencéfalo – não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas. Essa premissa é essencial à análise da controvérsia. (...)

**Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida. Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial.** No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que

chegou a elaborar no Habeas Corpus nº 84.025/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal. Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica”.

A maioria dos Ministros acompanhou esta visão, tendo o Min. Joaquim Barbosa realçado a atipicidade da conduta e a Min. Cármen Lúcia demarcado que a decisão de afastar a criminalização do aborto, em situação específica na qual a ausência de conduta típica sobressai, não é o mesmo que permitir e regular, de modo universal, a interrupção de gestações. Reproduzo os excertos do julgado:

“Mas, a partir do momento em que se comprovou sua inviabilidade, embora biologicamente vivo, deixou de ser amparado pelo art. 124 do Código Penal. Por fim, entendo que a antecipação do parto nesses casos não encontra tipicidade no direito brasileiro. De fato, se a conduta não é típica, sequer há de se cogitar de ilícito penal” (Trecho do voto do Min. Joaquim Barbosa).

“Também faço questão de frisar que este Supremo Tribunal Federal, nesta tarde, não está decidindo nem permitindo o aborto. Essa é uma questão posta à sociedade. O que estamos tratando aqui é fundamentalmente de saber se a interpretação que é possível de ser dada aos dispositivos do Código Penal são compatíveis ou não com a interpretação que vem sendo dada no sentido de se considerar crime” ( Trecho do voto da Min. Cármen Lúcia).

Com esteio nesses fundamentos e nas circunstâncias fáticas especiais aqui delineadas, ao analisar a *ratio decidendi* da ADPF nº. 54, considero que esta alberga a pretensão da parte impetrante e que tutela, *in casu*, a interrupção terapêutica da gestação, necessária para que seja resguardada a vida e a dignidade da paciente.

Noto que, para além da exegese acerca da extensão do precedente da ADPF nº. 54, existem elementos contundentes acerca do risco à vida da paciente (eDOC2), de forma que se aplica, diretamente, a cláusula de exclusão de ilicitude do art. 128 do Código Penal:

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

### **Aborto necessário**

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

### **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

Manifestou-se a Procuradoria-Geral da República em igual sentido a esse de provimento do presente agravo:

“A impetração traz à colação, exames de imagem e pareceres médicos (fls. 32/37; 63/75), m **ostrando a existência de patologia que inviabiliza a vida extrauterina dos fetos, e pelo “fato de haver um tronco único e o compartilhamento de uma série de órgãos nobres, a separação dos gêmeos após o nascimento se torna inviável e o caso foi considerado incompatível com a vida pelos especialistas em medicina fetal do nosso hospital”** .

21. Assim, trata-se de uma deformação irreversível do feto que, de acordo com a ciência médica, devidamente comprovada e documentada nestes autos, é incompatível com a vida extra-uterina, aspecto que, indiscutivelmente, é motivo de trauma profundo, dor, desespero, frustração inimaginável, aptos a desestabilizar psicologicamente uma gestante.

22. Nesse contexto, entende-se que não se deve negar a manifestação judicial em razão da suposta complexidade do caso, alegadamente inadequada em sede de habeas corpus, porque não se discute o direito ao aborto de maneira ampla e irrestrita, e nem mesmo de um feto sadio, mas sim, o caso específico de se deixar levar a termo uma gestação comprovadamente infrutífera, impondo danos à integridade moral e psicológica à impetrante, além dos riscos físicos reconhecidos na esfera médica.

23. Importante destacar que, não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, e privilegiar aquele que não possui expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado de sentimentos de dor, de angústia, impotência, luto.

24. Nesta perspectiva, pertinente observar o seguinte trecho do voto proferido na mencionada ADPF 54, reproduzido em continuação, verbis: (...)

25. Assim, a ausência de jurisdição para o pleito trazido nos autos, que vem ocorrendo desde as instâncias precedentes, resultando no avanço do tempo da gestação, cujo resultado final será

irremediavelmente a morte dos fetos, vai de encontro aos princípios basilares da dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, e não há como essa Corte omitir-se de garantir o exercício legítimo dos direitos da impetrante, nos limites ora expostos.

26. Repita-se, a ausência de manifestação judicial nesse caso fere a integridade que se pretende alcançar com a antecipação terapêutica de uma gestação fadada ao fracasso. É inadmissível fecharmos os olhos para a gestante, que está vivenciando diuturnamente uma situação tão delicada e sensível como essa, sem que se lhe possa garantir o exercício pleno da liberdade de escolha, situada, inclusive em sua esfera privada, em resguardo à vida e sua saúde física e mental, de forma a aliviá-la de sofrimento contínuo e maior.

27. Ademais, a indução antecipada do parto, em gestação de feto portador de anomalia incompatível com a vida extra-uterina, como no caso dos autos, não atinge o bem juridicamente tutelado, por ser inevitável a morte desse feto, em decorrência da própria patologia, como afirmado pelos relatórios médicos.

28. Nesse sentido, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa, proferiu voto pela concessão da ordem, nos autos do HC 84.025/RJ (julgado prejudicado pelo Tribunal Pleno em razão da realização do parto), para assegurar à paciente o direito de interromper a gravidez, nos seguintes termos:

**“... em casos de malformação fetal que leve à impossibilidade de vida extra-uterina, uma interpretação que tipifique a conduta do aborto (art. 124 do Código Penal) estará sendo flagrantemente desproporcional em comparação com a tutela legal da autonomia privada da mulher, consubstanciada na possibilidade de escolha de manter ou de interromper a gravidez, nos casos previstos no Código Penal. Em outras palavras, dizer-se criminosa a conduta abortiva, para a hipótese em tela, leva ao entendimento de que a gestante cujo feto seja portador de anomalia grave e incompatível com a vida extrauterina está obrigada a manter a gestação . Esse entendimento não me parece razoável em comparação com as hipóteses já elencadas na legislação como excludente de aborto, especialmente porque estas se referem à interrupção da gestação de feto cuja vida extra-uterina é plenamente viável. Seria um contra-senso cancelar a liberdade e a autonomia privada da mulher no caso de aborto sentimental, permitido nos casos de gravidez resultante de estupro, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, e vedar o direito a essa liberdade nos casos de malformação fetal gravíssima, como a anencefalia, em que não existe um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica.”**

29. Sendo assim, uma vez demonstrado, mediante laudo médico conclusivo, a má formação que impede a vida extra uterina dos fetos,

a autorização para interromper a gestação é medida que se revela necessária, e de forma urgente, porque à medida que o tempo passa, a gestação avança, ampliando a gravidade dos danos físicos e psicológicos à paciente.

30. Diante do exposto, manifesta-se o Ministério Público Federal pelo provimento do agravo regimental interposto, para conceder a ordem pleiteada”.

Como bem salientado pela d. Subprocuradora-Geral da República, em precedente do ano de 2004, nos autos do HC nº. 84.025/RJ, de Relatoria do e. Min. Joaquim Barbosa e julgamento pelo Tribunal Pleno, esta Corte não hesitou em adotar compreensão distinta da que foi manifestado pelo i. Min. Relator deste feito, tendo, no entanto, decretado a perda do objeto na ocasião, pois o feto chegara a nascer e morrer após sete minutos. Ainda, a Primeira Turma deste Tribunal apresentou interpretação mais ampla à hipótese, consoante expressa o resultado do HC nº. 124306, Relatoria para acórdão do Min. Roberto Barroso, julgado em 09.08.2016.

Registro, por derradeiro, que a paciente procurou o sistema de justiça não apenas pela inviabilidade da vida extrauterina do feto que carrega, mas, sobretudo para que, em exercício de defesa da sua própria vida, ora sob grave risco, não venha sofrer criminalização, persecução penal e dificuldades para obter assistência médica. A preponderância de questões e barreiras processuais, neste cenário, possui carga simbólica, capaz de gerar uma segunda vitimização de quem, pelas próprias circunstâncias, acha-se em profunda vulnerabilidade e sofrimento.

Assim, há que se recorrer aos precedentes desta Corte, de modo a que a interpretação constitucional ilumine a compreensão das disposições legais, jamais o contrário.

Ante o exposto, em consonância com o parecer da Procuradoria-Geral da República e à luz da urgência e excepcionalidade verificadas, **dou provimento ao agravo regimental**, concedendo, em caráter liminar, autorização para que a paciente obtenha a interrupção terapêutica da gestação, no sistema público ou privado de saúde, sem que pese contra si ou terceiros a imputação da prática dos tipos previstos nos arts. 124, 125, e 126 do Código Penal.

É como voto.