

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Como relatado pelo eminente ministro André Mendonça, trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática proferida por ministro do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu, liminarmente, o *writ* lá impetrado (HC n. 772.491, ministro Jorge Mussi).

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau não deferiu o pedido de expedição de alvará para interrupção da gestação de gêmeos siameses da paciente, ora agravante.

Após o *habeas corpus* impetração no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul não ser conhecido em decisão monocrática do Desembargador Relator, a autoridade judicial apontada como coatora também não conheceu do *writ* impetrado no Superior Tribunal de Justiça eis que “não houve o necessário exaurimento da instância antecedente”.

O ministro André Mendonça, Relator do presente processo, negou seguimento ao *habeas corpus*, por meio de decisão assim ementada:

HABEAS CORPUS. RISCO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO: NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO INDIVIDUAL DE MINISTRO DO STJ. SUBSTITUTIVO DE AGRAVO REGIMENTAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO ÓRGÃO APONTADO COMO COATOR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS. REEXAME DE FATOS E PROVAS: INVIABILIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ILEGALIDADE MANIFESTA: AUSÊNCIA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. PEDIDO LIMINAR PREJUDICADO.

Contra essa decisão, a recorrente interpôs este recurso de agravo sustentando, em resumo, que o *habeas corpus* ostenta caráter nitidamente preventivo, ante a possibilidade de imputação do crime de aborto à Paciente e a quem, eventualmente, auxilie na interrupção da gravidez.

Aduz que, no presente caso, não há risco imediato de morte à gestante, a justificar, de plano, a aplicação do art. 128, I, do CP, mas sim risco que se agrava à medida que o tempo passa, pois já se encontra com mais de 28 semanas de gestação.

Acrescenta que a impossibilidade de vida extrauterina dos fetos foi atestada em laudo anexado aos autos, tornando-se necessária a concessão de salvo-conduto para se evitar que a paciente chegue ao ponto de ter que interromper a gestação para sobreviver.

Alega, também, que a hipótese em exame se assemelha aos casos de aborto de fetos com anencefalia, autorizado nos termos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, eis que “assim como no caso dos anencéfalos, a impossibilidade de vida extrauterina é atestada, bem como os graves danos e efetivos riscos à saúde e à vida da gestante”.

Conclui que, no presente caso, justifica-se a superação da Súmula 691 /STF, pois “(...) **a dilação probatória pretendida pelo i. Relator colocaria em risco os próprios direitos cuja tutela se pretende por este habeas**, cabível não só pela probabilidade de criminalização da conduta da Paciente caso interrompa sua gestação, mas necessário e adequado também por ser célere seu rito, máxime porque demonstrados por prova pré-constituída a verossimilhança do direito que se visa resguardar e os efetivos danos, além dos riscos à vida da Paciente que se incrementam dia após dia enquanto não lhe é assegurada a devida proteção jurídica.”

Requer, ao final, “seja concedida ordem autorizando a interrupção terapêutica da gravidez, inexistindo crime de aborto na prática.”.

O Ministério Público Federal emitiu parecer pelo provimento do agravo e a conseqüente concessão da ordem.

O ministro Relator, nos termos do art. 5º-B da Resolução nº 642, de 2019, submeteu o julgamento do agravo regimental do presente feito à sessão virtual extraordinária.

Pois bem. Como se vê, o *habeas corpus* foi impetrado em face de decisão monocrática proferida por ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Esta Suprema Corte consolidou sua jurisprudência no sentido de não se conhecer de *habeas corpus*, quando impetrado contra decisão monocrática de Ministro de Tribunal Superior, em razão de caracterizar-se inadmissível supressão de instância. Ilustram essa orientação os seguintes acórdãos: HC 158.755 AgR, ministro Dias Toffoli; HC 162.214 AgR, ministro Ricardo Lewandowski; HC 176.297 AgR, ministro Edson Fachin; HC 181.999, ministro Alexandre de Moraes; HC 184.614 AgR, ministro Gilmar Mendes; RHC 114.737, ministra Cármen Lúcia.

Assim, considerando que as alegações da paciente, ora agravante, sequer tiveram o mérito apreciado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e pelo Superior Tribunal de Justiça, o conhecimento originário da matéria pelo Supremo Tribunal Federal caracterizaria, na espécie, **dupla supressão de instância**.

Ademais, sobre a ameaça ao direito de liberdade de locomoção da agravante para efeito de cabimento do *habeas corpus*, nos termos do art. 5º, LXVIII, da Carta da República e o consequente **exame da adequação da via eleita**, não se desconhece a chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, que teve como grande expoente o juriconsulto Rui Barbosa, cujas lições demonstravam o cabimento desse remédio constitucional na salvaguarda de outros direitos para além da liberdade de locomoção, ainda que de natureza cível ou administrativa.

Ocorre que, a partir da reforma constitucional de 1926 e até os dias atuais, já sob a vigência da Constituição Federal de 1988, o *habeas corpus* ficou **restrito às hipóteses em que o indivíduo sofresse lesão ou ameaça de violência ou coação em sua liberdade de locomoção (art. 5º, LXVIII)**. Ao mandado de segurança ficou reservado o papel de instrumento hábil à proteção de direito líquido e certo que não seja relativo a liberdade ambulatorial (art. 5º, LXIX).

Assim, em que pese o esforço da Defensoria, **entendo que o direito de ir e vir da agravante não está violado ou ameaçado de lesão**, sequer de maneira indireta.

Conforme disposto no ato coator, a controvérsia nos casos de anencefalia restou superada pela jurisprudência com o julgamento do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADPF 54, relator ministro Marco Aurélio, julgado em 12/04/2012, que firmou entendimento no sentido de que “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 .”.

Ocorre que esse, com a devida vênia, não é o caso dos autos.

Nesse sentido, **compartilho do entendimento manifestado nas bem fundamentas razões de decidir expostas no voto do ministro Relator**, valendo destacar o seguinte fragmento:

8. Não cabe ao Poder Judiciário ser previamente consultado sobre a probabilística configuração de um crime. As instâncias antecedentes deixaram de apreciar o mérito do writ pela complexidade que envolve a interrupção terapêutica da gravidez fora das hipóteses legais, circunstância incompatível com os limites e o escopo da medida formalizada.

9. Nesse contexto, em homenagem à segurança jurídica a ser promovida pela jurisdição constitucional, à luz da gravidade e relevância dos fundamentos trazidos pela agravante, não é possível concluir, em sede de habeas corpus, pela aderência do quadro em tela, em que atestada condição de “gêmeos siameses inviáveis”, àquele objeto da ADPF nº 54/DF, relativo à tutela de direitos fundamentais diante da condição clínica de feto anencéfalo como sinônimo de “natimorto cerebral”.

[...]

12. Com efeito, não seria possível deslocar para este remédio constitucional a profundidade e complexidade dos debates que, no âmbito de controle concentrado de constitucionalidade, pelo Tribunal Pleno, ao julgar ação de descumprimento de preceito fundamental, envolveram a definição da interpretação constitucional sobre a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, para abordar os contornos da mesma solução em outras situações particulares de possível inviabilidade de vida extrauterina.

13. Assim, tendo em vista a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assentada a evidente inadequação da via eleita, em síntese, não vislumbro elementos de convicção capazes de alterar a

fundamentação da decisão agravada: (i) pela ausência de previsão legal da hipótese de aborto pela possível inviabilidade de vida extrauterina de fetos siameses; (ii) pela não aderência da tutela pleiteada ao objeto da ADPF nº 54/DF, relativo à condição clínica de feto anencéfalo; e (iii) pela desnecessidade de autorização judicial para interrupção terapêutica da gestação, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, uma vez constituir hipótese legal de excludente de ilicitude (art. 128, inc. I, do Código Penal).

No presente caso, há o reconhecimento, no presente agravo, de que inexistente risco de morte atual para a gestante a justificar, de plano, a aplicação do art. 128, I, do CP.

Nos autos de origem, o magistrado, ao acolher manifestação apresentada pelo Ministério Público, consignou que *“Considerando o direito à vida previsto no art. 5º, caput, da Constituição Federal, o qual se aplica inclusive ao nascituro, somente podendo ser afastado em hipóteses excepcionalíssimas previstos na legislação pátria (art. 128 do Código Penal), reputo pertinente e prudente acolher a representação ministerial do evento 4, a fim de intimar a parte autora para que, no prazo de 24 horas, se manifeste sobre a efetiva necessidade da realização de aborto, explicando claramente por que entende se estar dentro das hipóteses legalmente permitidas.”* (realcei)

A requerente, porém, reiterou a pretensão deduzida, deixando de anexar aos autos elementos de prova que demonstrassem a existência de risco iminente e concreto à sua vida, circunstância que levou o Ministério Público, na origem, a concluir que

Os argumentos utilizados não são categóricos para afirmar que a interrupção da gestação é necessária para salvar a vida da requerente .

Embora haja extrema sensibilização deste Órgão com a situação apresentada nos autos, tem-se que, nos termos da legislação, o aborto necessário somente se justifica para salvar o direito à vida da gestante.

Por essa razão se torna imprescindível que o pedido esteja amparado em documentos que demonstrem de forma cabal o risco à vida da requerente .

Na linha do que concluiu o eminente Relator, não há aderência entre o caso objeto deste *habeas corpus* e a hipótese tratada na ADPF nº 54/DF, porquanto a condição de gêmeos siameses considerados supostamente “inviáveis”, à luz da prova colacionada aos autos pela agravante, não se equipara, seguramente, à situação específica do feto anencéfalo - considerado na referida ação “natimorto cerebral” -, não se mostrando viável, além disso, realizar a pretendida equiparação na presente via estreita e excepcional.

A distinção entre a realidade destes autos e aquela examinada na referida ADPF 54/DF é verificada, claramente, do teor do voto proferido pelo Relator da referida ação, além de ter sido demonstrada na decisão proferida pelo magistrado de origem, a reforçar o caráter controverso da base fática sobre a qual se está a decidir, bem assim, em razão disso, a conclusão no sentido de que não se está diante de hipótese excepcional que autorize a superação do óbice contido na Súmula 691/STF.

Confira-se, pois, inicialmente, o teor do voto proferido pelo Relator da referida ADPF 54/DF, na parte em que se verifica a distinção em em relação ao presente caso.

“2. A anencefalia

As informações e os dados revelados na audiência pública em muito contribuíram para esclarecer o que é anencefalia, inclusive com a apresentação de imagens que facilitaram a compreensão do tema. A anomalia consiste em malformação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária.

Como esclareceu o Dr. Heverton Neves Pettersen[24], representante da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, o encéfalo é formado pelos hemisférios cerebrais, pelo cerebelo e pelo tronco cerebral. Para o diagnóstico de anencefalia, consoante afirmou o especialista, “precisamos ter ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e um tronco cerebral rudimentar. É claro que, durante essa formação, não tendo cobertura da calota craniana, também vai fazer parte do diagnóstico a ausência parcial ou total do crânio”[25].

O anencéfalo, tal qual o morto cerebral, não tem atividade cortical. Conforme exposição do Dr. Thomaz Rafael Gollop[26] – representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Professor Livre Docente em Genética Médica da Universidade de São Paulo e

Professor de Ginecologia da Faculdade de Medicina de Jundiaí –, no eletroencefalo dos portadores da anamolia, há uma linha isoeétrica, como no caso de um paciente com morte cerebral. Assim, concluiu o especialista, “isto é a morte cerebral, rigorosamente igual. O anencéfalo é um morto cerebral, que tem batimento cardíaco e respiração”. [27]

O feto anencéfalo mostra-se gravemente deficiente no plano neurológico. Faltam-lhe as funções que dependem do córtex e dos hemisférios cerebrais. Faltam, portanto, não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas. O feto anencefálico não desfruta de nenhuma função superior do sistema nervoso central “responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade.” [28]

[...]

A anencefalia configura – e quanto a isso não existem dúvidas – doença congênita letal, pois não há possibilidade de desenvolvimento da massa encefálica em momento posterior [30]. A afirmação categórica de que a anencefalia é uma malformação letal funda-se na explanação de especialistas que participaram da audiência pública.

O saudoso Deputado Federal e Professor Titular da Universidade de São Paulo e da Universidade de Campinas, Dr. José Aristodemo Pinotti [31], foi bastante elucidativo ao confirmar que há dois diagnósticos de certeza na ecografia obstétrica: o óbito fetal e a anencefalia [32]. Ante um diagnóstico de certeza de anencefalia, *inexiste presunção de vida extrauterina*. “Um feto anencéfalo não tem cérebro, não tem potencialidade de vida” [33]. Na parte final da fala do ilustre Professor, a arguente pediu que fossem confirmadas ou refutadas algumas proposições, entre elas a de que anencefalia é uma patologia letal em 100% dos casos. Sua Excelência foi enfático: “Letal, em cem por cento dos casos, quando o diagnóstico é correto” [34]. E ainda reiterou: “O feto anencéfalo, sem cérebro, não tem potencialidade de vida. Hoje, é consensual, no Brasil e no mundo, que a morte se diagnostica pela morte cerebral. Quem não tem cérebro, não tem vida” [35].

Na mesma linha se pronunciou o já referido representante da Sociedade de Medicina Fetal, Dr. Heverton Neves Pettersen [36], que afirmou: “nós consideramos o feto anencéfalo um natimorto neurológico. Do ponto de vista técnico, ele não tem sequer o desenvolvimento do sistema nervoso central”.

Igualmente, o Dr. Thomaz Rafael Gollop [37], representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, foi peremptório: “anencefalia é uma das anomalias mais frequentes, mais prevalentes

no nosso meio. Ela é incompatível com a vida, não há atividade cortical, corresponde à morte cerebral. Ninguém tem nenhuma dúvida acerca disso”.

Por sua vez, o Dr. Jorge Andalaft Neto, representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia[38], asseverou: “A anencefalia é incompatível com a vida (...)”[39]. Dessa posição não divergiu o então Ministro da Saúde, José Gomes Temporão[40]. Consoante Sua Excelência, a “anencefalia é uma má-formação incompatível com a vida do feto fora do útero”[41].

De fato, em termos médicos, há dois processos que evidenciam o momento morte: o cerebral e o clínico. O primeiro é a parada total e irreversível das funções encefálicas, em consequência de causa conhecida, ainda que o tronco cerebral esteja temporariamente em atividade. O segundo é a parada irreversível das funções cardiorrespiratórias, com a finalização das atividades cardíaca e cerebral pela ausência de irrigação sanguínea, resultando em posterior necrose celular. Conforme a Resolução nº 1.480, de 8 de agosto de 1997, do Conselho Federal de Medicina, os exames complementares a serem observados para a constatação de morte encefálica deverão demonstrar, de modo inequívoco, a ausência de atividade elétrica cerebral ou metabólica cerebral ou, ainda, a inexistência de perfusão sanguínea cerebral.

Não foi por outra razão que o Conselho Federal de Medicina, mediante a Resolução nº 1.752/2004, consignou serem os anencéfalos natimortos cerebrais.

O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. O fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão, até porque, como acentuado pelo Dr. Thomaz Rafael Gollop[42], a respiração e o batimento cardíaco não excluem o diagnóstico de morte cerebral[43].

E mais: o coração e a respiração dos anencéfalos perduram por pouco tempo – 75% não alcançam o ambiente extrauterino[44]. Dos 25% restantes, a maior parte tem cessados a respiração e o batimento cardíaco nas primeiras 24 horas e os demais nas primeiras semanas [45]. Ainda que exista alguma controvérsia quanto a esses percentuais, haja vista o que exposto pela Dra. IedaTherezinha[46] na audiência pública, é indubitável que os anencéfalos resistem muito pouco tempo fora do útero[47].

[...]

4. Direito à vida dos anencéfalos

Igualmente, Senhor Presidente, não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. **Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um *natimorto cerebral*.**

Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. 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.

Esse o suporte fático sobre o qual foi decidida a ADPF.

Por outro lado, impende colacionar o teor da decisão proferida pelo magistrado de origem:

“ Adentrando ao mérito da causa, convém mencionar que o estado gestacional, por si só, já é suficiente para colocar a mãe e o bebê em risco. Nesse ponto, em matéria para o site UOL, Maiara Ribeiro, repórter do Portal Dráuzio Varella, refere que durante a gravidez a gestante está exposta a diversas complicações que podem ocasionar em uma gestação de risco: sangramentos, hiperêmese gravídica, infecções do trato urinário, aborto espontâneo, gravidez ectópica, pré-eclâmpsia, diabetes gestacional, etc.¹

Ademais, o risco potencial diz apenas respeito à possibilidade de ocorrência de um agravo à saúde. É um conceito que expressa o juízo de valor sobre exposição em potencial a um possível risco. Entretanto, como bem salientou a douta Promotora de Justiça, não há comprovação efetiva de risco iminente e concreto à vida da gestante.

Nesse interim, sabe-se que **a gestação de risco não é causa de autorização de aborto, mas, sim, de implemento de todos os mecanismos da medicina cabíveis ao nascimento frutífero do nascituro.** Afinal, com os avanços da medicina, são poucos os casos de morte na gravidez, considerando-se a proporção de gestações.

Outrossim, assevero que não consta no expediente qualquer informação acerca da inviabilidade concreta dos nascituros, não se podendo, de plano, cogitar que haverá o imediato falecimento após o nascimento por se tratar de gêmeos siameses.

O pedido não veio acompanhado de laudo médico que informe acerca da não sobrevivência dos fetos ou de que sejam portadores de uma anomalia insuperável, que não os permitirá sobreviver após o parto, independentemente de qualquer intervenção médica, ou ainda de risco iminente à vida da gestante, requisitos considerados imprescindíveis, nos termos das decisões atualmente proferidas pelo STJ.

Além disso, o caso paradigmático da Suprema Corte sobre inviabilidade do nascituro limitou-se apenas às hipóteses de anencefalia, em que efetivamente há uma inviabilidade em concreto do feto. Desse modo, autorizar o aborto no presente caso seria uma ampliação indevida do quanto decidido pelo STF (ADPF nº 54).

Demais disso, a cumpre citar o Parecer Consulta nº 12/2012 (Conselheira Terezinha de Jesus de Oliveira Carvalho), do Conselho Regional de Medicina do Pará, que diz que *"não há previsão legal para a interrupção da gravidez de gêmeos siameses, a menos que se enquadre em uma das três situações: risco de vida para a gestante, gestação resultante de estupro ou que o feto seja portador de anencefalia"*. Como já dito alhures, o caso em apreço não se enquadra em qualquer dessas hipóteses.

Isso porque é público e notório o conhecimento do nascimento de crianças nessas condições. Vejamos:

<https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimasnoticias/2022/03/30/gemeos-nascem-no-mesmo-tronco-tres-bracos-edois-coracoes-na-india.htm>

<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/saude/gemeos-siameses>

<https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/08/09/tivegemeas-siamesas-me-perguntaram-se-estava-pronta-para-umamorrer.htm>

<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2021/04/18/video-gemeassiamesas-unidas-pelo-tronco-sobrevivem-em-cirurgia-inedita-nobrasil.ghtml>

Igualmente, é de se ressaltar o famoso caso das gêmeas siamesas em que ocorreu com sucesso a separação das crianças, realizada pelo neurocirurgião Dr. Benjamin Carson, o qual se tornou especialista nesse tipo de cirurgia, realizando esse procedimento em 1987, em relação aos gêmeos Patrick e Benjamin Binder, em Ulm, Alemanha. Ainda outra cirurgia deste mesmo tipo de sucesso em 1997 (gêmeos Luka e Joseph Banda, bebês da Zâmbia, na África Central). vide: <https://www.notablebiographies.com/news/A-Ca/CarsonBenjamin-Solomon.html>).

Inclusive, recentemente, em notícia dada aos 01/08/2022, foi notório o caso de separação exitosa dos gêmeos siameses Arthur e Bernardo Lima, os quais já tinham 3 anos quando da realização do procedimento cirúrgico, sendo que inclusive compartilhavam parte do cérebro e uma veia principal que leva sangue ao coração (vide: <https://noticias.r7.com/saude/apos-cirurgia-de-27-horas-medicosbrasileiros-separam-gemeos-siameses-unidos-pela-cabeca-01082022>). Tal fato comprova que há, sim, possibilidade de vida extrauterina dos gêmeos siameses.

Ademais, outro caso famoso que retira qualquer dúvida acerca da viabilidade da vida extrauterina de gêmeos siameses é a história dos norte-americanos Ronnie e Donnie Galyon, os quais não foram separados e morreram somente aos 68 anos, considerados os gêmeos siameses mais longevos que se têm registro (vide: <https://noticias.r7.com/saude/gemeos-siameses-maisvelhos-do-mundo-morrem-aos-68-anos-28062022>).”

Em decisão monocrática, o relator do Habeas Corpus impetrado perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, além de consignar que se está diante de interrupção de uma gravidez fora dos limites legais, asseverou que

Ora, uma simples leitura da petição do writ, da decisão denegatória etc., vê-se que se trata de uma situação complexa. **A interrupção de uma gravidez fora dos limites legais é uma questão muito complexa. A solução da questão depende do exame de muitos fatos, sejam eles pessoais, sejam eles médicos, sem eles legais etc.**

Como se vê, diante da complexidade da matéria posta, a depender de aprofundamento na análise de fatos e provas, para demonstração da hipótese prevista no art. 128, I, do CP, além de não se verificar similitude entre o presente caso e a situação tratada na ADPF 54/DF, sobressai incólume a necessidade de que seja conferida proteção ao direito fundamental à vida do nascituro, a teor do que prevê o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

O direito à vida, em razão de sua centralidade nos ordenamentos jurídicos em geral e por consubstanciar pressuposto dos demais direitos, constitui objeto de especial proteção na Carta Magna e em tratados internacionais de que o Brasil figura como signatário. A Convenção Americana de Direitos Humanos – o Pacto de San José -, de 1969, ratificado pelo Brasil em 25/09/2002, prevê, em seu artigo 4º, que “toda pessoa tem direito de que se respeite a sua vida”, ressaltando, ainda, que “esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”.

Leciona Paulo Gustavo Gonet Branco que

“Não se há de condicionar o direito à vida a que se atinja determinada fase de desenvolvimento orgânico do ser humano. Tampouco cabe subordinar esse direito fundamental a opções do legislador infraconstitucional sobre atribuição de personalidade jurídica para atos da vida civil. O direito à vida não pode ter o seu núcleo essencial apequenado pelo legislador infraconstitucional – e é essa consequência constitucionalmente inadequada que se produziria se se partisse para interpretar a Constituição segundo a legislação ordinária, máxime quando esta não se mostrar tão ampla como exige o integral respeito do direito à vida. Havendo vida humana, não importa em que etapa de desenvolvimento e não importa o que o legislador infraconstitucional dispõe sobre personalidade jurídica, há o direito à vida.”

Nesse quadro deve ser avaliada a questão do direito à vida dos nascituros.

O elemento decisivo para se reconhecer e se proteger o direito à vida é a verificação de que existe vida humana desde a concepção, quer ela ocorra naturalmente, quer in vitro. O nascituro é um ser humano. Trata-se, indisputavelmente, de um ser vivo, distinto da mãe que o gerou, pertencente à espécie biológica do homo sapiens. Isso é bastante para que seja titular do direito à vida – apanágio de todo ser que surge do fenômeno da fecundação humana.” (Curso de direito constitucional, Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco, 14ª ed, São Paulo: Saraiva, 2019, p. 262-263)

E conclui o autor que

“Embora a gravidez também diga respeito à esfera íntima da mulher, o embrião humano forma um ser humano distinto da mãe, com direito à vida, carente de proteção eficaz pelos poderes públicos – não importando nem mesmo o grau de saúde ou o tempo de sobrevida que se possa prognosticar para a criança por nascer .

[...] Bens juridicamente relevantes podem contrapor-se à continuidade da gravidez. A solução cabível haverá de ser, contudo, a inexorável preservação da vida humana, ante a sua posição no ápice dos valores protegidos pela ordem constitucional. Veja-se que a ponderação do direito à vida com valores outros não pode jamais alcançar um equilíbrio entre eles, mediante compensações proporcionais. Isso porque, na equação dos valores contrapostos, se o fiel da balança apontar para o interesse que pretende superar a vida intrauterina o resultado é a morte do ser contra quem se efetua a ponderação. Perde-se tudo de um dos lados da equação. Um equilíbrio entre interesses é impossível de ser obtido.”(Curso de

direito constitucional, Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco, 14ª ed, São Paulo: Saraiva, 2019, p. 266 – grifei)

Vale invocar, por se mostrar atual e aplicável à espécie, a percuente advertência realizada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, por ocasião do julgamento da acima referida ADPF 54/DF:

“A temática, com efeito, reveste-se de extrema complexidade, não só do ponto de vista jurídico, como também ético e até mesmo científico. **É que, além de envolver o princípio fundamental da proteção à vida, consagrado em nossa Constituição (art. 5º, caput), e em diversos tratados internacionais subscritos pelo Brasil, a começar da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 4,1), uma decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos teria, em tese, o condão de tornar lícita a interrupção da gestação de qualquer embrião que ostente pouca ou nenhuma expectativa de vida extra-uterina.** Convém lembrar que a Organização Mundial de Saúde, na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, Décima Revisão (CID – 10), em especial em seu Capítulo XVII, intitulado Malformações Congênitas, Deformidades e Anomalias Cromossômicas, arrola dezenas patologias fetais em que as chances de sobrevivência dos seres gestados após uma gravidez tempestiva ou temporã são nulas ou muito pequenas. 16

[...]

É fácil concluir, pois, que uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos portadores de anencefalia, ao arpeio da legislação penal vigente, além de discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico, diante dos distintos aspectos que essa patologia pode apresentar na vida real, **abriria as portas para a interrupção da gestação de inúmeros outros embriões que sofrem ou venham a sofrer outras doenças, genéticas ou adquiridas, as quais, de algum modo, levem ao encurtamento de sua vida intra ou extra-uterina.** ”

Não fosse o suficiente, a singularidade do caso submetido à apreciação desta Suprema Corte na ADPF 54/DF se mostrou de tal modo evidente que o ministro Gilmar Mendes teve o cuidado de enfatizar, em seu judicioso voto, que as ponderações por ele realizadas não deveriam ser estendidas a quaisquer outras hipóteses de aborto, seja o aborto puro, seja o eugênico. Confira-se, pois, o teor do voto nesta parte:

As sociedades plurais modernas vêm enfrentando esses dilemas, em que os *desacordos morais razoáveis* geram a incapacidade de se chegar a consensos sobre diversos assuntos. **O rol de questões capazes de gerar essa perplexidade certamente inclui o aborto, razão por que, desde já, advirto que as ponderações que faço neste voto não devem ser estendidas a quaisquer outras hipóteses de aborto, seja o aborto puro, seja o eugênico.**

Em suma, no caso em espécie, também eu **não vislumbro a presença de ilegalidade evidente** apta a autorizar a superação dos consagrados entendimentos jurisprudenciais citados no início do meu voto, assim como não há que se falar em aderência do caso destes autos à hipótese julgada na ADPF 54, **o que acaba por impor o não conhecimento do presente writ**.

Do exposto, **acompanho** o voto do eminente ministro Relator, para **negar provimento** ao presente agravo.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto 11/10/2022