



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas Corpus nº. 0001111-34.2011.8.19.0000

Impetrante: Dr. Denis Sampaio (Defensor Público)

Pacientes: Celina Alves de Barros Mamede

João Emídio Honorato

Autoridade Coatora: Juízo da 3ª Vara Criminal da Capital

Relatora: Des. Suimei Meira Cavalieri

Habeas Corpus. Gravidez. Interrupção. Feto portador de síndrome atestada por três médicos da FIOCRUZ, que tem caráter irreversível, caracterizada por graves malformações cardíacas, lesões no cerebelo e na coluna vertebral – espinha bífida – entre diversas outras morbidades, em que a maioria dos casos evolui para o aborto espontâneo e nos demais a fatalidade é de 97%.

O Código Penal brasileiro tipifica como fato penalmente ilícito a interrupção da gravidez. Portanto, a via do *habeas corpus* é adequada para pleitear a interrupção de gravidez fora das hipóteses previstas no Código Penal (art. 128, incs. I e II), tendo em vista a real ameaça de constrição à liberdade ambulatorial, caso a gestante venha a interromper a gravidez sem autorização judicial – indeferida, *in casu*, pela Autoridade Coatora.

Em evidente descompasso com o progresso da biomedicina, a legislação brasileira, datada de mais de setenta anos, não abriga, entre as hipóteses impuníveis de aborto praticado por médico, a indicação decorrente de grave enfermidade, idônea a retirar do embrião ou do feto a qualidade mínima de vida humana.

A lei é a concepção estática do direito, ao passo que a jurisprudência é o direito dinâmico, elaborado por muitas inteligências, a partir do advogado, passando pelo juiz de 1º grau, até chegar às Cortes Superiores, com base na realidade social que está em constante mutação. Assim, a ausência de expressa norma penal permissiva, não serve de obstáculo a que, respeitando-se a moldura jurídica estabelecida na lei e realizando sua aplicação inteligente, venha a ser autorizada a interrupção do processo gestacional em que há diagnóstico pré-natal seguro a respeito de aberração cromossômica grave do feto. Não pode o juiz deixar de decidir alegando lacuna na lei: a própria lei (CPC, art.126 e Lei de Introdução ao Código Civil, art.4º) ordena-lhe formular regra jurídica para a hipótese e dar uma decisão, lançando mão da analogia, dos costumes e princípios gerais do direito. As normas





ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

penais não incriminadoras podem ser integradas pelos recursos fornecidos pela ciência jurídica, e uma vez que impor à gestante levar a termo processo gestacional de feto inviável corresponde a constrangê-la a sofrimento, inútil, cruel e incompatível com o conceito de vida digna, incide na espécie a mesma regra que permite o aborto sentimental para preservação de sua saúde psicológica (art.128, II do CP).

Concessão da ordem.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* n. 0001111-34.2011.8.19.0000, **ACORDAM** os Desembargadores que compõem a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **por MAIORIA**, em **CONCEDER A ORDEM**, nos termos do voto da Relatora. **VENCIDO O DESEMBARGADOR PAULO RANGEL, QUE DENEGAVA A ORDEM.**

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, contra ato reputado ilegal da autoridade indigitada coatora, consistente no indeferimento do pedido de autorização para interrupção do processo gestacional de feto diagnosticado com patologia geneticamente determinada, de caráter irreversível, que devido às malformações congênitas tem desfecho letal em 97% dos casos.

O preclaro magistrado *a quo*, adotando os fundamentos expostos pelo Ministério Público em sua promoção pelo indeferimento do pedido, reconheceu a inexistência de norma permissiva a amparar a pretensão dos Pacientes.

Dispensadas as informações, a douta Procuradora de Justiça Delma Moreira Acioly teve vista dos autos, opinando pela concessão da ordem. Em sua manifestação, o *parquet* de 2ª grau pondera que obrigar uma mulher a manter a gravidez de um feto inviável não é interpretação adequada da lei penal, já que o legislador permite o aborto em casos de plena viabilidade do feto, como na hipótese de aborto sentimental (art. 128, II, do CP).

É o relatório.

Os autos retratam situação fática que, tendo em vista a intensa controvérsia quanto ao seu correto tratamento jurídico – o que ensejou divergência





ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

até mesmo na Turma Julgadora do presente *mandamus* – releva destacar: João Emídio Honorato, mestre de obras, é casado com Celina Alves de Barros Mamede e ambos são hipossuficientes econômicos. Ela, mulher de 39 anos, em sua primeira tentativa de ser mãe desenvolve processo gestacional de feto diagnosticado com a Síndrome de Edwards, segundo laudo do conceituado Instituto Fernandes Figueira, vinculado à FIOCRUZ.

Os laudos e relatórios médicos emitidos pelo Instituto Fernandes Figueira que descrevem a patologia do concepto podem ser assim sintetizados: A Síndrome de Edwards, considerada um acidente genético que não incrementa substancialmente o risco de recorrência, tem caráter irreversível e decorre de uma triplicata de genes localizados no cromossomo. Em consequência deste excesso de material genético há uma desestruturação do processo de desenvolvimento humano acarretando graves malformações cardíacas, lesões no sistema nervoso central, especialmente no cerebelo e na coluna vertebral – espinha bífida – entre diversas outras morbidades. A maioria dos casos evolui para o aborto espontâneo. A sobrevivência média dos bebês nascidos com trissomia do 18 é de 4 dias; cerca de 97% desses bebês morrem nos primeiros 6 meses de vida. Aqueles que sobrevivem além deste prazo apresentam retardo mental profundo, com dependência física e social permanente, além de convulsões. Finalmente, a síndrome de Edwards aumenta o risco de complicações maternas, como a pré-eclâmpsia (fls.23 e 24).

Seguindo orientação médica (fls.20), o casal – Pacientes no *writ* – requereu autorização judicial para interrupção da gravidez, indeferida pela Autoridade Coatora em prol da remota chance de sobrevivência do bebê, “*ainda que não seja inteiramente saudável*”. O Juízo de piso reconheceu, ainda, que os riscos para a vida da mãe seriam aqueles “*inerentes a qualquer gravidez*” (fls. 35).

Neste contexto, forçoso admitir que assiste razão ao impetrante quando afirma não ter sido feita pela Autoridade Coatora a melhor análise das peças técnicas que instruíram o pedido originário, eis que delas se extrai que a irreversível anomalia do feto exclui por completo sua capacidade potencial de transformar-se numa pessoa. Na pouco provável hipótese da gestação chegar ao final, o prognóstico de sobrevivência do concepto é diminuta, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevivência, os terríveis efeitos da sua deficiência.

Não há qualquer dúvida de que o Pacto Fundamental da República estende sua proteção à vida intra-uterina; ele proclama o direito à vida como garantia fundamental e inviolável, abarcando não somente a vida





ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

independente, como também a vida em formação. Entretanto, a Constituição protege, igualmente, a dignidade humana, a liberdade e a autonomia da vontade, e sempre que princípios constitucionais aparentam colidir, deve o intérprete procurar as recíprocas implicações existentes entre eles até chegar a uma inteligência harmoniosa. O maior intérprete da Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal, ponderando os interesses constitucionais em conflito, já concluiu:

“Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este é o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento de uma criança. Pois bem, a natureza, entrementes, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante da deformidade irreversível do feto, há de se lançar mão de avanços tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores de confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevida, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é – e ninguém ousa contestar-, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto – que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia da vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social. (...)

Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o clima de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir do laudo médico, atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. (...)

Brasília, 1ª de julho de 2004, às 13 horas. Ministro Marco Aurélio, Relator". Decisão publicada no DJU de 02.08.2004.

Nesta decisão paradigmática, o Ministro Marco Aurélio revela, com incomparável precisão, a correta solução jurídica a ser dada ao conflito à luz da Constituição Federal. De fato, como já ressaltado pela desembargadora Giselda Leitão Teixeira, deste egrégio TJERJ, ao conceder liminar em *habeas corpus* interposto com idêntica finalidade, "a vida é um bem a ser preservado a qualquer custo, mas, quando a vida se torna inviável, não é justo condenar a mãe a meses de sofrimento, de angústia, de desespero".

Na espécie, é indubitoso que o desenvolvimento do processo gestacional, quando os sofisticados avanços tecnológicos no campo da biomedicina possibilitaram o diagnóstico precoce e seguro de patologia grave e incurável do feto, impõe à grávida situação degradante e desumana, atentando contra sua dignidade.

Não se ignora que, no plano infraconstitucional, a regra geral é a punição irrestrita do aborto. Embora o Direito seja produto de múltiplas influências sociais e, conseqüentemente, suas regras mereçam alteração para acompanhar a permanente transformação da sociedade, o legislador penal mantém postura de absoluta indiferença em relação à evolução da biomedicina, que hoje permite diagnóstico pré-natal seguro a respeito de aberrações cromossômicas graves e outras patologias incuráveis. Assim, nosso Código Penal persiste apontando apenas as indicações terapêutica e ética como as duas hipóteses que tornariam lícito o aborto praticado por médico – sendo esta lacuna na lei a razão do indeferimento da interrupção da gravidez pelo Juízo *a quo*.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

Diversos países excluíram a ilicitude nos casos de embriopatia e de interrupção voluntária da gravidez. A Argentina, por exemplo, já incorporou o fornecimento de alvarás judiciais em anomalias fetais incompatíveis com a vida; Portugal deu nova redação ao artigo 142º-1 de seu Código Penal, pela Lei 16/2007, estabelecendo que: *“Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congênita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo tempo”*.

A ausência de expressa norma penal permissiva, entretanto, não serve de obstáculo a que, respeitando-se a moldura jurídica estabelecida na lei e realizando sua aplicação inteligente, venha a ser autorizada a interrupção da gestação em casos tais como este em apreço. Não pode o juiz deixar de decidir alegando lacuna na lei: a própria lei (CPC, art.126 e Lei de Introdução ao Código Civil, art.4º) ordena-lhe formular regra jurídica para a hipótese e dar uma decisão, lançando mão da analogia, dos costumes e princípios gerais do direito. Quer isto dizer que o próprio legislador previu a possibilidade de haver questões não enquadradas efetivamente nos textos legais existentes.

O mestre Damásio de Jesus discorre sobre o tema: *“O legislador não consegue prever todas as hipóteses que podem ocorrer na vida real. Esta, em sua manifestação infinita, cria a todo o instante situações que o legislador não lograra fixar em fórmulas legislativas. Como diz Del Vecchio, o jus scriptum é insuficiente para refletir a realidade que constantemente se renova, e para oferecer uma solução a todas as exigências novas da vida social. A impossibilidade para o espírito humano de formular previamente todos os casos possíveis do futuro foi explicitamente declarada há séculos pelos juristas romanos. Mas, a noção dessa impossibilidade ainda é mais viva na Idade Moderna, em consequência das rápidas transformações das condições de vida, do aparecimento de novas formas de atividade e do despontar de problemas e contrastes novos; e é muito difícil que esses problemas e contrastes possam sempre encontrar uma base segura para solução nas leis já em vigor. Esse desnível entre a previsão legislativa e as ocorrências da vida real provocou de Lacerda de Almeida o atribuir pernas curtas ao legislador”* (SP-1978: Ed. Saraiva; Direito Penal, 1º Volume, p.20).

Com efeito, enquanto no início do século XX os avanços científicos inovadores dobravam apenas a cada 50 anos, estima-se que atualmente eles dobrem a cada três. Assim, quando a lei penal em vigor foi concebida, em



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

1940, não poderia o legislador sequer cogitar a possibilidade de constatação antecipada, em nível de certeza absoluta, da concepção de um feto inviável.

“Devido a isso, inúmeras situações surgirão não previstas de modo especial pelo legislador. Esgotados os meios interpretativos, cumpre ao aplicador suprir a lacuna da lei, uma vez que não lhe é permitido escusar-se de sentenciar ou despachar a pretexto de omissão da norma. O art. 126 do CPC determina que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Surge, então, o problema da integração da norma, mediante os recursos fornecidos pela ciência jurídica. Possui realmente a lei, ensina Washington de Barros Monteiro, a faculdade de auto-integração, a faculdade de completar-se a si mesmo através de processos científicos preexistentes, manipulados ou trabalhados pelo julgador. Esses processos são a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Determina o art.4º da Lei de Introdução ao CC: ‘Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito’.

Não há lacunas de direito. Como diz Garcia Maynez ‘al preguntar-nos si existen realmente lagunas em el Derecho pensamos que La respuesta debe ser: el Derecho carece de lagunas; la ley las tiene necesariamente.’ A atitude do intérprete em face da situação não prevista é apontada pelo próprio direito, quando dispõe que tais casos se resolvem pelos processos científicos apontados. Quando o texto da lei reflete o caso, sem margem de dúvidas, é este resolvido por aquele; quando não tiver sido prevista de maneira expressa a situação de fato apresentada pela vida, será todo o ordenamento jurídico, em sua integridade, que estará presente para decidir a questão. Não existem, conseqüentemente, lacunas do direito. Haverá, quando muito, omissões de previsão expressa” (Damásio de Jesus, ob. fl.21).

Esta atividade do aplicador da lei descrita por Damásio de Jesus que, atuando como pensador adjunto do legislador, supre suas lacunas e constrói o direito, é descrita na obra “Programa de Sociologia Jurídica” por Sergio Cavalieri Filho (RJ – 2004: Ed. Forense, 11ª ed., p. 52):

“Do ponto de vista jurídico, a função do juiz é somente aplicar a lei ao caso concreto. Nos sistemas codificados, a jurisprudência é apenas um roteiro ao lado da lei. Tal posição pressupõe, entretanto, que o legislador tenha previsto todas as hipóteses e dado todas as respostas na lei, o que, como se sabe, não é verdade. Constantemente os juízes



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

enfrentam hipóteses novas e decidindo casos não contidos no âmbito das normas existentes. Mesmo admitindo uma perfeita adequação entre a realidade social e a lei no momento de sua elaboração, com o correr do tempo a norma vai se tornando desadequada, já que a lei é estática e a sociedade é dinâmica. Novas hipóteses vão surgindo em decorrência das constantes transformações sociais, exigindo o pronunciamento judicial. Em outras palavras, a lei é a concepção estática do direito, num determinado momento que amanhã poderá não mais corresponder à realidade, ao passo que a jurisprudência é o direito dinâmico, elaborado por muitas inteligências, a partir do advogado, passando pelo juiz de 1º grau, até chegar às Cortes Superiores, com base no fato concreto, na realidade social que está em constante mutação.

Inúmeras outras hipóteses de omissões e obscuridade na lei obrigam o juiz a construir, através de uma interpretação ora extensiva, ora restritiva, ajustando o Direito às novas realidades sociais. (...)

Conclui-se, assim, que o papel do juiz moderno não é mais apenas o de aplicar a lei ao caso concreto, fria e automaticamente. Nesse ponto, necessário se faz invocar a autoridade do grande Rui Barbosa: 'Ninguém ignora o papel da jurisprudência na evolução do Direito escrito. Sobre a letra, fixada nos textos, passa a autoridade dos arestos, que os infiltra, os decompõe, os alui. O juiz, pela sua colaboração contínua, exerce uma função de cooperador e modificador na obra legislativa. A jurisprudência, obra sua, altera sensivelmente o Direito positivo. Os ingleses e americanos devem à essa colaboração legislativa da magistratura, à judge made-law, boa parte dos princípios radicados na sua vida civil.' (ob. cit. p.50)

A analogia, como forma de auto-integração da lei, consiste na aplicação, para um caso no regulado expressamente pela norma jurídica, de um dispositivo que disciplina hipótese semelhante.

Na hipótese de incidência do art.128 do CP não há crime por exclusão de ilicitude. A mesma *ratio legis* que permite, no inciso II do aludido dispositivo legal, o aborto de um feto saudável – como assinalou o Ministro Arnaldo Esteves no HC 56.572/SP), que é a proteção e preservação da vida e da saúde psicológica da mulher, recomenda sua aplicação analógica a casos tais como este sob exame, em que não há alternativa para preservação da saúde psicológica da gestante senão a interrupção do processo gestacional fadado ao luto. Há ainda o sofrimento decorrente de outras cerimônias penosas, como a necessidade de registro de nascimento e sepultamento desses recém-nascidos e o sofrimento decorrente da necessidade de bloqueio da lactação. Nessas condições, as alterações



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

comportamentais e psicológicas da gestante podem ser reconhecidas independentemente de prova, segundo uma óbvia regra de experiência comum, à luz do que ordinariamente acontece.

Ressalte-se, por oportuno, que não se trata aqui de analogia *in malam partem*, como certa vez admitiu o STJ. Embora as normas penais sejam, em sua maioria, incriminadoras, a regra do art.128 CP é uma norma permissiva. Diante do princípio da legalidade do crime e da pena, pelo qual não se pode impor sanção penal a fato não previsto em lei, é inadmissível o emprego da analogia para criar ilícitos penais ou estabelecer sanções criminais. Nada impede, entretanto, a aplicação da analogia às normas não incriminadoras quando se vise, na lacuna evidente da lei, favorecer a situação do réu. É o que ensina Damásio de Jesus:

“De observar-se, porém, como o faz José Frederico Marques, que se a lei penal, quando define delitos e comina pena, não pode apresentar falhas e omissões, uma vez que a conduta não prevista legalmente como delituosa é sempre penalmente lícita – extensão campo sobra, mais além das regras penas incriminadoras, no conteúdo dos preceitos que disciplinam fatos de outra natureza, também afetos à regulamentação jurídica da norma penal. Assim, não possuem lacunas as normas penais incriminadoras em face do princípio da reserva legal. As normas penais não incriminadoras, porém, em relação às quais não vige aquele princípio, quando apresentam falhas ou omissões, podem ser integradas pelos recursos fornecidos pela ciência jurídica.” (ob. cit. fl.21).

O verdadeiro objetivo do progresso científico é o benefício da humanidade. Com base nos conhecimentos que adquiriu e desenvolveu, o homem transformou pedra em machado, pele de animais em vestuário, metais encontrados na natureza em máquinas e instrumentos agrícolas. Com o seu desenvolvimento conseguiu dominar as forças da natureza, domesticar animais, disciplinar a lavoura, criar a arte, a ciência e levar ao infinito seus conhecimentos. Entretanto, quando as instituições sociais não acompanham o progresso científico, ele perde de vista o seu objetivo. Assim, a correta aplicação da lei é aquela que revela preocupação com as necessidades humanas no qual o direito está inserido, direcionando os avanços da ciência em favor do próprio homem.

Assentadas tais premissas, não há como prevalecer a decisão exarada pela Autoridade Coatora, que sujeita a Paciente a insuportável pressão psicológica e desnecessário sofrimento, resultante do conhecimento de trazer em seu ventre alguém destituído de qualquer viabilidade, imaginando a cada instante que nascerá mal formado e morrerá logo em seguida.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

Assim, tendo em vista a ilegalidade da ameaça de constrição à liberdade ambulatorial da Paciente, concede-se a ordem. Oficie-se, comunicando.

Rio de Janeiro, 10 de março de 2011.

Suimei Meira Cavalieri
Desembargadora Relatora