

## **Alvará judicial - Autorização para aborto - Anencéfalo - Antecipação de tutela - Requisitos não preenchidos**

Ementa: Alvará judicial. Autorização para aborto. Anencéfalo. Antecipação de tutela. Requisitos não preenchidos.

- Para o acolhimento da antecipação de tutela pretendida, necessário o preenchimento dos requisitos constantes do art. 273 do mesmo diploma legal, quais

sejam a verossimilhança do direito alegado e a possibilidade de ocorrência de danos irreparáveis ou de difícil reparação.

- No caso em análise, muito embora sejam patentes os danos irreparáveis e de difícil reparação que serão impostos à apelante com sua gestação e futuro nascimento de seu filho, não se verifica a presença da verossimilhança do direito alegado, visto que pretende a criação por via transversa de terceira hipótese de aborto, ainda não prevista pelo art. 128 do Código Penal, ferindo o direito à vida da criança e os direitos do nascituro estabelecidos pelo atual Código Civil.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.10.231638-7/001 -  
Comarca de Belo Horizonte - Apelante: K.A.V. - Relator:  
DES. OTÁVIO PORTES**

#### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Batista de Abreu, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de novembro de 2010. - Otávio Portes - Relator.

#### Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Flávio Nelson Dabes Leão.

DES. OTÁVIO PORTES - Trata-se de apelação cível interposta por K.A.V., em face da decisão de primeiro grau que indeferiu pedido liminar em alvará judicial proposto visando à interrupção de gravidez, em razão de feto com acrania e anencefalia diagnosticadas.

O MM. Juiz de primeiro grau (f. 47/51), ao entendimento de que foi constatada a presença de tecido encefálico no feto, de que não se trata de aborto espontâneo e de que não caberia ao Magistrado determinar a retirada de uma vida, mormente sem base legal, indeferiu o pedido de alvará.

Aduz a apelante que não lhe pode ser imposto tamanho sofrimento, aguardando gestação e nascimento de uma criança que se tem certeza não sobreviverá. Aduz princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana, com base em julgamentos de Tribunais, pugnano pela reforma da sentença, com concessão de antecipação de tutela recursal.

Nesse sentido, importa registrar que, para o acolhimento da cautela pretendida, mostra-se necessário o

preenchimento dos requisitos constantes do art. 273 do mesmo diploma legal, quais sejam a verossimilhança do direito alegado e a possibilidade de ocorrência de danos irreparáveis ou de difícil reparação.

No caso em análise, muito embora sejam patentes os danos irreparáveis e de difícil reparação que serão impostos à apelante com sua gestação e futuro nascimento de seu filho, não se verifica a presença da verossimilhança do direito alegado, além de que o provimento cautelar como requerido também poderá gerar uma decisão irreversível.

Nos termos do entendimento que vem sendo proferido por este Tribunal, embora em sua minoria, mas acompanhado por ora pelo Supremo Tribunal Federal, ainda não se enquadra nas hipóteses legais de aborto a pretensão recursal.

Autorizar a interrupção da gravidez em apreço seria determinar, por via transversa e sem a tramitação legal, terceira hipótese de aborto, ainda não prevista pelo art. 128 do Código Penal.

Não bastasse, necessário frisar que, muito embora seja necessária a garantia à apelante de sua dignidade, também deve sopesar para o caso o direito à vida da criança, norte da CF/88, bem como da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo o nascituro seus direitos já estabelecidos pelo atual Código Civil.

Por todo o exposto, ora ainda em breves linhas, indefiro a antecipação da tutela recursal e determino seja a presente decisão colocada em mesa para apreciação da Câmara, pela alta relevância da matéria, conforme autorização que se pode inferir do art. 312 do RITJMG.

Após a decisão colegiada, dê-se vista do feito à Procuradoria-Geral de Justiça.

DES. WAGNER WILSON - Senhor Presidente. Juízes não são apenas agentes políticos com a responsabilidade de julgar demandas judiciais caracterizadas, na maioria das vezes, por conflitos de interesse entre pessoas. Como bem assinalou a Dr.ª Mônica Sette Lopes, Juíza do Trabalho em Belo Horizonte (um conto: pão e vida, Direito e vida),

eles seguram, um drama em cada processo e que também atinge as suas almas e devem resolvê-los ante uma multidão de interesses. Da leitura de Levinas de Emmanuel, pode se extrair que em cada processo está a lembrança dos vários passados e da vida retorcida em corpo e em alma que dividimos entre nós. Juízes não escrevem apenas a vida entre parênteses. As imagens que criam, as decisões que tomam, o modo como falam, tudo se imprime na lembrança do que virá. Na existência dos juízes como personagens do cotidiano, cada processo é um incidente que alcança densidade e sai do anonimato. Cada processo é uma pessoa. Cada processo são várias pessoas. E elas têm nome. Elas têm corpo. E elas têm alma. E vivem um conto inexoravelmente escrito.

No presente processo, em que ora se analisa um pedido liminar, verifica-se que a autora busca com a ação ajuizada assegurar o seu direito de decidir sobre a antecipação da morte de seu filho, que ainda carrega no ventre, diagnosticado como portador de anencefalia, em detrimento do direito fundamental à vida assegurado pelo art. 5º da nossa lei maior, a Constituição Federal. Impõe-se a este Tribunal o reconhecimento do aborto eugênico, que no meu entendimento contraria a própria lei.

O direito à vida antecede todos os outros e não pode ser minimizado por um direito subjetivo da mãe, que deseja abortar para evitar eventuais problemas seus de ordem estritamente emocionais. Considerando que o art. 4º do Pacto São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, assegura o direito à vida desde a concepção e tem força de emenda constitucional imutável, cláusula pétrea portanto, e, ainda, que o Código Civil brasileiro estabelece que a lei põe a salvo o direito do nascituro desde a concepção, entendo que nesta ação deveria ser o caso, inclusive, de nomear um curador ao feto, para defender o seu direito de viver.

Não somos donos da vida. Temos apenas o direito de desfrutar dela. Não somos juízes da vida, não nos cabe, numa análise perfunctória dos autos, decidir liminarmente sobre ela.

Voto de acordo com o Relator e indefiro a liminar.

DES. JOSÉ MARCOS VIEIRA - A inviolabilidade do direito à vida, consagrada no art. 5º, *caput*, da Constituição da República, é uma das chamadas decisões ou pré-decisões constitucionais.

Dessarte, cumpre considerar o alcance de tal decisão, que protege a todos.

O étimo "todos" evidentemente abrange todos os sujeitos de direito. Verdadeiro que a capacidade de direito é atribuída a toda pessoa (art. 1º, Código Civil), a proteção jurídica, de sujeito passivo ou ativo de direitos, surge antes, desde a concepção (art. 2º, Código Civil).

Não vejo por onde distinguir, de modo a excluir a proteção do incapaz de exercício: é que, na esteira da desproteção do feto anencéfalo, colher-se-ia a do incapaz, colher-se-ia a desproteção do inconsciente, tão anencéfalo quanto o que não tenha cérebro. Teríamos a porta aberta para antecipar a morte tanto intra quanto extrauterina. Que diferença do coma irreversível?

A inviolabilidade não é da vida, apenas. É o do direito à vida - o que supõe proteção da possibilidade de vida, no sentido substancial e sem qualquer qualificativo.

Teria havido a tentativa de equiparação da espécie ao aborto terapêutico: o risco para a saúde da mulher.

Ora, o Código Penal, no inciso I do art. 128, estabelece a impunibilidade do aborto necessário, isto é, o que se configure como único meio de salvar a vida da gestante.

Na extensão da mesma proteção à vida, entreviu-se a proteção à saúde da gestante, valendo a inexis-

tência de outro meio como justificativa, a sua vez, para o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Tenho presente o debate que se instaurou a propósito da liminar concedida em 1º de julho de 2004 pelo Ministro Marco Aurélio, na ADPF 54-8-DF. O texto editado pelo Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia, sob o título *Anencefalia e o Supremo Tribunal Federal*, Ed. Letras Livres, Brasília, 2004, registra a seguinte intervenção do auditório (p. 62-3):

[...] a antecipação terapêutica da gestação do anencéfalo é tão somente uma adequação do discriminante penal da saúde da mãe, do risco iminente para a vida da mãe. O risco pode não ser iminente, mas existe um risco flagrante para a mãe. O risco de eclâmpsia em gestação do anencéfalo é muito mais alto do que nas gestações comuns. O risco que a mãe enfrenta, física e psicologicamente, é indescritível. Então, a questão não é discutir se há conflitos de interesses, se há ou não há vida. Neste caso, temos um conflito evidente entre a saúde da mãe, a saúde física, a saúde psíquica e uma forma humana, sem dúvida porque é da espécie humana, mas uma forma inviável de vida.

Vejo, portanto, que o descumprimento de preceito fundamental dependeria de prova inconcussa do risco para a saúde, digna de proteção tanto quanto a vida. Só que a prova de tal risco haveria de ser algo extraordinária, porque não há gravidez sem risco, não há parto sem risco, como não há cirurgia ou terapia sem risco.

O juízo de ponderação, portanto, não está entre as interpretações das normas constitucionais, ao dizer do confronto entre o *caput* do art. 5º e o art. 196 da Constituição da República, ainda que também este último se dirija a todos e garanta o direito à saúde.

Se se pudesse deixar de lado a matéria fática, como parece decorrer, a cavaleiro de distintas e, creio, infinitas possibilidades clínicas, e se chegasse ao juízo de ponderação para a interpretação conforme, também não me assaltaria a dúvida.

A jurisdição das inviolabilidades se antepõe à das demais proteções constitucionais. E, no confronto entre vida e saúde, prevaleceria a primeira. A vida intra e extrauterina, ainda que sem saúde.

O aborto terapêutico sempre dependeu de parecer médico, e, por tal condição factual, não creio que possa ser autorizado, mormente em face da presença de tecido encefálico - a sugerir a possibilidade de vida - sobretudo quando não demonstrado o risco de dano irreversível à saúde da gestante, já por certo que não configurado risco de vida da mulher.

A inviolabilidade - geradora de intangibilidade - reclama jurisdição de pré-decisão constitucional não incluída do direito a que se refere o art. 196 do mesmo texto constitucional.

A distinção, sutil que o seja, remonta, a meu ver, à necessidade de prova, no tocante ao tema da saúde, prova que não se exige, por seu turno, em tema de impedir a morte.

Acompanho, portanto, o eminente Relator.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.