

AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ - MÁ-FORMAÇÃO DO FETO - SOBREVIVÊNCIA EXTRA-UTERINA - INVIABILIDADE - CONSTATAÇÃO MÉDICA - ABORTO EUGÊNICO - POSSIBILIDADE - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO

Ementa: Autorização judicial. Interrupção da gravidez. Má-formação do feto. Constatação técnica e médica. Impossibilidade de sobrevivência extra-uterina.

- A ausência de previsão autorizativa para o aborto eugênico no art. 128 do Código Penal não impede que o Judiciário analise o caso concreto e o resolva à luz do bom senso, da dignidade e da igualdade humana, preocupando-se com o bem-estar da gestante.

- Havendo constatação médica de má formação irreversível do nascituro, de moléstia incurável e de inviabilidade de vida após o parto, dada a ausência de previsão legal, pode o Judiciário autorizar a interrupção da gravidez.

APELAÇÃO CÍVEL nº 1.0342.07.087867-9/001 - Comarca de Ituiutaba - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: J.C.A. e outro - Relator: Des. OSMANDO ALMEIDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 19 de junho de 2007. - *Osmando Almeida* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Osmando Almeida* - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra a r. sentença de f. 42/49, proferida pela MM. Juíza de Direito da Vara Criminal, Infância e Juventude, Execução Penal e Precatória da Comarca de Ituiutaba, que, nos autos do pedido de autorização judicial manejado por J.C.A. e seu companheiro D.W.C.S., ora apelados, deferiu o pedido formulado na inicial, autorizando a realização, na autora, da cirurgia de aborto, que deverá ser efetuada por um médico obstetra do SUS local.

Em suas razões recursais de f. 52/66 alega o apelante que "a prática do aborto é criminosa no Brasil, imputando-se ampla responsabilidade ao médico" e que

por sua vez, o art. 128 do Código Penal estipula somente dois casos e excludentes puni-

tivas da interrupção da gestação: a primeira é a terapêutica, à vista do risco de vida da gestante (aborto necessário); a segunda, no caso de gravidez resultante de estupro, com firme motivação humanitária.

Afirma que

o caso gravita em torno de uma terceira possível exceção, o 'aborto eugênico', ou seja, relativo ao bom desenvolvimento do feto; em verdade, quando configurada a má formação fetal, implicando, por conseguinte, a inviabilidade daquela vida em prospecção.

Traz a lume a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 54-8/DF), que tratou de abortamento de feto anencefálico, tendo aquele Sodalício se pronunciado desfavorável ao pedido.

Aduz que "o Direito Brasileiro concede uma ampla proteção ao indivíduo" e que "a Constituição Federal reservou um Título inteiro para a abordagem dos direitos e garantias fundamentais, utilizando doze longos artigos para tratar do tema".

Salienta que "desde a concepção o nascituro já existe (...), possuindo a expectativa de adquirir direitos...".

Discorre acerca das conseqüências jurídicas do nascimento com vida, dentre elas a aquisição de personalidade.

Registra que, "conforme se verifica do relatório médico de f. 28, 'o feto poderá ter morte intra-uterina ou sobrevida após o nascimento de horas ou minutos".

Argumenta que

a par da presumida impossibilidade de sobrevida, resta confirmada a possibilidade de nascimento com vida, o que atrai imediatamente as diversas conseqüências jurídicas...

Ressalta que a questão dos autos se coloca entre dois pólos:

... de um lado, o direito à vida a todos assegurado após a concepção, tal como tradicional e cientificamente aceito; e, de outro, o direito à dignidade, expressamente consagrado na Constituição e que busca pôr a vida humana a salvo de todo tipo de dor e injustiça. Não basta viver, é necessário viver com dignidade. Direitos que naturalmente se completam, agora se conflitam, reclamando conciliação por parte do intérprete e operador do Direito...

Conclui afirmando que "deve prevalecer o direito do feto com anomalias de viver, ainda que somente de forma intra-uterina ou por alguns instantes após o parto" e que "a vida deve sempre prevalecer, porquanto sem vida não há falar-se em sociedade, ou mesmo em Direito de espécie alguma".

Reafirma que

é de suma importância o reconhecimento de que a pretensão esposada pelos apelados não se enquadra nas hipóteses legais em que se admite a interrupção da gravidez.

Em suas contra-razões, às f. 73/79, os apelados refutam os argumentos expendidos na apelação, pleiteando pela manutenção da r. sentença na sua integralidade.

Conheço dos recursos, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Pleiteia a autora autorização judicial para a interrupção de gravidez, tendo em vista os resultados dos exames de ultra-sonografia de f. 13 e 16, que revelam inúmeras anomalias na formação do feto, cujas conclusões supedanearam o relatório de f. 28, elaborado pela médica ginecologista que acompanha a gravidez da autora, do qual se extrai que "... segundo as malformações relatadas ao ultra-som, o feto poderá ter morte intra-uterina ou sobrevida após o nascimento de horas ou minutos".

No depoimento de f. 40/41, de maneira mais detalhada, explicita a ilustrada facultativa as condições e as anomalias constatadas, afirmando que, além das inúmeras e graves deformidades observadas,

a condição respiratória da criança após o nascimento seria mínima, pois seus pulmões não se desenvolveriam, permaneceriam bem atrofiados, não conseguindo oxigenar o organismo, sendo esta uma função vital.

De fato, ressei do relatório de f. 16, efetuado com fulcro no exame de ultra-som, a existência de "abertura da parede abdominal, com saída do fígado e estômago", "redução da circunferência torácica", "a coluna vertebral apresenta sinais de abertura em sua porção distal", tendo sido identificado apenas um membro inferior, com sinais de pé torto congênito.

Registra o referido exame que "o quadro ultra-sonográfico fala a favor de síndrome genética", havendo "sinais compatíveis com Síndrome de Regressão Caudal de mau prognóstico", apontando ainda a presença de meningocele, sendo esta uma grave anomalia da coluna vertebral.

Ressalta a médica no depoimento de f. 40 que "o estômago está fora da cavidade abdominal, e também não existe possibilidade de se fechar porque a lesão é extensa".

Acrescenta à f. 41 que,

apesar do laudo afirmar que o mesmo poderá sobreviver algumas horas ou minutos após o

nascimento, a depoente pode afirmar com certeza que não existe possibilidade de sobrevivência, pois ainda que o mesmo estivesse entubado para respirar mecanicamente por algumas horas, não poderia ser submetido a uma anestesia geral necessária a uma cirurgia desse porte.

Como se vê, são profundas e extensas as más-formações registradas pelo exame de ultra-sonografia e confirmadas pela médica ginecologista, tendo esta afirmado a inviabilidade da vida após o nascimento, mesmo que a gestação consiga atingir o período completo, havendo a possibilidade de morte ainda na fase uterina.

Pois bem.

Como cediço, a lei brasileira prevê duas hipóteses em que se permite a interrupção da gravidez. A primeira está descrita no art. 128, I, do Código Penal e diz respeito à possibilidade de não haver outro meio de salvar a vida da genitora. Já a segunda hipótese é inculpada no inciso seguinte do mesmo artigo e se refere ao caso de a gravidez ter sido consequência de um estupro, sem que haja o consentimento da gestante, ou, se esta for incapaz, de seu representante legal.

Observe-se que num caso a lei se preocupa estritamente com o direito à vida da gestante, enquanto noutro caso a lei se atém especificamente ao aspecto de ordem moral.

Existe ainda um outro tipo de aborto, como no caso dos autos, sobre o qual a legislação brasileira é silente. Trata-se do aborto eugenésico ou eugênico. Essa espécie de aborto ocorre quando há iminente perigo para o feto, em virtude de robusta predisposição hereditária, seja por doenças maternas ou por qualquer outro fator externo que resultem para o nascituro enfermidades de ordem psíquica ou corporal gravíssimas.

Observa-se que as duas situações, da gravidez resultante de estupro e da gestação de um feto sem possibilidades de sobreviver fora do útero, no que tange ao período gestacional, produzem semelhante aflição psicológica na mulher.

A primeira, porque os nove meses de gestação representam uma suprema exigência e sofrimento da mãe, que a cada instante estará revendo as cenas traumáticas que produziram essa gravidez. A segunda, porque a cada dia estará vendo o desenvolvimento de um ser para o qual a medicina afirma a total impossibilidade de vida extra-uterina.

Não há distinção possível no âmbito destas duas situações do ponto de vista dos valores jurídicos a serem preservados. Trata-se de situações de grande aflição, como no caso, devendo merecer idêntico tratamento do direito. Se não se pode fazê-lo à míngua de previsão legal específica, cumpre reconhecer, na hipótese, uma situação de causa supralegal de exclusão da ilicitude.

É que o direito, em casos de tal jaez, não pode ficar adstrito a uma interpretação estreitamente positivista, mas deve transcender a norma para buscar seu sentido, esclarecendo a fundamentação pela qual uma determinada conduta pode ser permitida perante o sistema de controle social.

Analisando a situação dos autos, verifica-se claramente que estamos diante de uma situação em que a evolução da ciência médica permite um diagnóstico preciso e seguro a respeito da inviabilidade da sobrevivência.

Por outro lado, o estágio de evolução da sociedade permite equiparar a inquietação derivada desta gestação àquela sofrida pela gestante estuprada. Assim, transparece estreme de dúvidas a necessidade de reconhecimento da causa supralegal de exclusão da antijuridicidade.

Do ponto de vista médico, convém referir, ainda que estejamos vivendo um momento de consideráveis avanços tecnológicos, tendo a medicina diagnóstica e a técnica médica alcançado patamares exponencialmente mais importantes do que há poucas décadas, é certo que ainda não chegamos à possibilidade de reversão de determinados quadros clínicos.

Lado outro, não se pode olvidar que, em todo o mundo, a questão pertinente ao trata-

mento jurídico dispensado à interrupção da gravidez desperta polêmicas intensas e até passionais, colocando em campos opostos os defensores do direito de escolha da mulher e os que se batem pelo direito à vida do nascituro. As divergências chegam a tal ponto que não se circunscrevem aos argumentos jurídicos, morais ou de saúde pública, adentrando no campo das convicções religiosas.

No nosso ordenamento não é diferente. Dentre nós, a matéria está presente e regulada no vetusto Código Penal, editado nos idos de 1940, quando optou pela criminalização do aborto, tal qual inserido nos seus arts. 124 a 128, como bem salienta Daniel Sarmiento em sua obra *Legalização do aborto e Constituição* (Lumen Juris Editora).

A rigidez até então adotada na criminalização do aborto tem levado, todos os anos, milhares e milhares de mulheres em todo o Brasil, sobretudo as mais desprovidas de recursos e conhecimentos, a se submeterem a procedimentos clandestinos e perigosos, realizados sem as mínimas condições de segurança e higiene, constatando-se que as seqüelas decorrentes destas condutas representam hoje a quinta maior causa de mortalidade materna no País, ceifando cotidianamente vidas de jovens mulheres, que poderiam e deveriam ser poupadas.

Não necessita ser um *expert* para descobrir o perfil dessas vítimas: são quase invariavelmente mulheres pobres e freqüentemente negras.

O quadro que se desenha diante dos olhos é profundamente desalentador, mas ao mesmo tempo é também muito claro: a proibição do aborto não salva vida de fetos, mas mata muitas mulheres e impõe graves seqüelas a outras tantas.

Impende ressaltar que, nos países onde a interrupção voluntária da gravidez foi legalizada, não se constatou aumento do número de abortos, não se podendo dizer que entre nós seria diferente.

Já se disse que quase nenhuma mulher deixa de praticar o aborto voluntário em razão da proibição legal. Nem por isso o número de condenações criminais deixa de ser desprezível, pois, se assim não fosse, seria necessário transformar todo o País numa imensa prisão, para comportar as milhares de brasileiras que já praticaram abortos fora das hipóteses legalmente permitidas.

Como conclui o já referenciado mestre Daniel Sarmiento, na mesma obra citada:

... do ponto de vista prático, a criminalização do aborto tem produzido como principal consequência, ao longo dos anos, a exposição da saúde e da vida das mulheres brasileiras em idade fértil, sobretudo as mais pobres, a riscos gravíssimos, que poderiam ser perfeitamente evitados através da adoção depolítica pública mais racional. Portanto, a legislação em vigor não 'salva' a vida potencial de fetos e embriões, mas antes retira a vida e compromete a saúde de muitas mulheres.

Não se pode negar e muito menos desconhecer que assistimos, desde o século passado, em todo o mundo, ao fenômeno da liberalização da legislação sobre aborto, decorrente dos novos valores sociais e dos direitos fundamentais das mulheres. Podemos constatar que legisladores e tribunais constitucionais, de inúmeros países, como França, Canadá, Inglaterra, Alemanha, Estados Unidos, Espanha, entre inúmeros outros, têm promovido significativas mudanças em suas legislações, legalizando a interrupção voluntária da gravidez, para tanto estabelecendo prazos, parâmetros e condições indicadas.

Assim, podemos afirmar, sem receio de erro, com fincas na doutrina e no ordenamento jurídico de outras nações que, nesse contexto, a legislação brasileira caracteriza-se hoje como das mais severas, rigorosas e anacrônicas de todo o mundo.

O processo de emancipação da mulher e o avanço na laicização dos Estados, o que se deu a partir da década de 60, dentre outros fa-

tores, desencadearam uma tendência muito forte na liberalização da legislação sobre o aborto.

Aqui não comporta abordar detalhadamente o que se passou nos inúmeros países que modificaram suas legislações nestas últimas décadas. Entretanto, pode-se afirmar que isto ocorreu e as dinâmicas variaram de país para país.

Nos Estados Unidos, a questão do aborto não está diretamente regulada pela Constituição daquele país. Entretanto, a Suprema Corte daquela Nação do norte, em julgamento de grande repercussão, por 7 votos a 2, declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas, que criminalizava a prática do aborto, a não ser nos casos em que este fosse realizado para salvar a vida da gestante. Daquela decisão, redigida pelo Juiz Harry Blackmun, é oportuno transcrever a seguinte parte:

O direito de privacidade (...) é amplo o suficiente para compreender a decisão da mulher sobre interromper ou não sua gravidez. A restrição que o Estado imporia sobre a gestante ao negar-lhe esta escolha é manifesta. Danos específicos e diretos, medicamente diagnosticáveis até o início da gestação, podem estar envolvidos. A maternidade ou a prole adicional podem impor à mulher uma vida ou futuro infeliz. O dano psicológico pode ser iminente. A saúde física e mental pode ser penalizada pelo cuidado com o filho. Há também a angústia, para todos os envolvidos, associada à criança indesejada e também o problema de trazer uma criança para uma família inapta, psicologicamente ou por qualquer outra razão, para criá-la. Em outros casos, como no presente, a dificuldade adicional e o estigma permanente da maternidade fora do casamento podem estar envolvidos (...).

O Estado pode corretamente defender interesses importantes na salvaguarda da saúde, na manutenção de padrões médicos e na proteção da vida potencial. Em algum ponto da gravidez, estes interesses tornam-se suficientemente fortes para sustentar a regulação dos fatores que governam a decisão sobre o aborto (...).

Nós assim concluímos que o direito de privacidade inclui a decisão sobre o aborto, mas que este direito não é incondicionado e deve ser sopesado em face daqueles importantes interesses estatais.

Naquele julgamento, a Suprema Corte definiu os parâmetros que os Estados deveriam necessariamente seguir ao legislarem sobre o aborto.

O legislador francês permitiu a realização, por médico, da interrupção voluntária da gravidez, em qualquer época da gestação, quando haja risco à vida da gestante ou à saúde, ou exista forte probabilidade de que o feto gestado venha a sofrer, após o nascimento, de "doença particularmente grave, reconhecida como incurável no momento do diagnóstico".

A lei italiana autorizou a realização do aborto, em qualquer tempo, quando a gravidez ou o parto representem grave risco de vida para a gestante, ou quando se verificarem processos patológicos, dentre os quais relevantes anormalias fetais, que gerem grave perigo à saúde física ou psíquica da mulher.

A Corte Constitucional da Alemanha Ocidental, antes da unificação, proibia e criminalizava o aborto, em regra, mas contemplava diversas exceções ligadas não só ao risco à saúde e à vida da mãe, mas também a casos de patologias fetais, violação, incesto e razões sociais e econômicas.

Em Portugal, o aborto só é legal em casos específicos, de risco de vida ou saúde materna, má-formação ou doença incurável do feto e gravidez decorrente de violência sexual.

Pela legislação da Espanha, tem prevalecido um conceito muito amplo de risco à saúde psíquica da mulher, elastecendo com isso as possibilidades de aborto legal.

Realçadas essas passagens pelo Direito Comparado, não se pode deixar de questionar se a interrupção voluntária da gravidez, que implica a eliminação da vida, recebe a proteção da nossa ordem constitucional.

Não se nega que a vida intra-uterina também é protegida pela Constituição, porém, com intensidade menor do que a vida de quem já nasceu.

Inconteste a idéia de que a proteção à vida do nascituro não é equivalente àquela proporcionada após o nascimento, como já está presente, com absoluta clareza, em nosso ordenamento pátrio.

Façamos uma comparação.

Vejamos, por exemplo, a pena prevista para a gestante pela prática do aborto - 1 a 3 anos de detenção (art. 124 do Código Penal).

O mesmo diploma legal (art. 121) prevê uma sanção de 6 a 20 anos de reclusão para o crime de homicídio simples.

Assim, penso que é possível concluir que a ordem constitucional brasileira protege a vida intra-uterina, porém com menos intensidade do que aquela assegurada à vida das pessoas nascidas, podendo ceder, diante de uma ponderação de interesses, frente aos direitos fundamentais da gestante.

Em que pese a tutela constitucional conferida à vida pré-natal, não é razoável impor à mulher o ônus de prosseguir numa gestação que pode lhe comprometer a saúde física e psíquica.

Devidamente comprovada a má-formação fetal, a doença incurável do feto, a não-possibilidade de vida extra-uterina e o risco de perda do útero da gestante e, por via de consequência, a sua incapacidade de procriar, deve ela, gestante, ter o direito de optar pela interrupção da gestação, no afã de salvaguardar sua própria higidez física e psíquica.

Todas as patologias acima referidas estão presentes na prova carreada aos presentes autos.

Aqui, cumpre salientar que a idéia de saúde, à qual se atrela o correspectivo direito fundamental, é bastante ampla e compreensiva, sendo oportuno invocar a definição adotada pela Organização Mundial de Saúde, segundo a qual "saúde é um estado de completo bem-estar físico-mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade".

Ao longo desta minha manifestação, tomei por empréstimo os ensinamentos do Professor Daniel Sarmiento, na sua obra *Legalização do aborto e Constituição*. Não gostaria de concluir as minhas convicções sem antes transcrever parte das Conclusões Finais do valioso trabalho daquele insigne mestre, quando ele assim encerra sua judiciosa obra:

É certo que a interrupção voluntária da gravidez não deve ser tratada como método anticoncepcional. Ela é providência muito mais grave, não só porque impede o nascimento de uma pessoa, como também por constituir, no geral, motivo de profunda tristeza para as mulheres que o praticam.

De qualquer forma, uma constatação parece inafastável: um sistema tão repressivo como o nosso dá lugar a um número enorme de abortos clandestinos, que põem em risco a vida e a saúde da mulher, sem proteger, na prática, o interesse contraposto na manutenção da vida pré-natal. Assim, não só a Constituição, mas também a moral e a racionalidade nos indicam que é preciso reformar a lei, tornando-a mais compatível com o ideário de um Estado laico e pluralista, que, sem negligenciar da vida dos nascituros, leve também a sério os direitos das mulheres, porque, afinal de contas, são eles também direitos humanos. E é preciso fazê-lo logo, para evitar mais mortes e traumas desnecessários.

Todo o contexto probante contido nestes autos coloca a salvo e pacífica a minha consciência, fortalecendo a minha convicção para acolher a súplica do casal colocada na peça madrugadora, como o fez a ilustrada Magistrada primeva.

O lamentável estado em que se encontra o feto em formação, conforme detalhadamente diagnosticado pela profissional da medicina que assiste a gestante, não nos permite outra conclusão, nem retardar a medida postulada.

Por mais dóido que possa ser, diante da impossibilidade da vida extra-uterina do nascituro e da possibilidade de a gestante, aos 18 anos de idade, correr o risco de perder o útero e ficar impossibilitada de realizar, num futuro próximo, o grande sonho de ser mãe, com os olhos voltados para a prestação jurisdicional buscada com a urgência que o caso requer, com o abalizado aval da douta Procuradoria-

Geral de Justiça e com fincas nas razões aqui expendidas, nego provimento ao recurso, confirmando em todos os seus termos a bem-lançada sentença de primeiro grau, concedendo e determinando que se expeça a autorização perquerida.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Pedro Bernardes e José Antônio Braga*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:-