

AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – Interrupção de gravidez – Feto portador de anencefalia – Direito da gestante.

Ementa Oficial: Tendo em vista o dever do Estado de assegurar o bem comum, promovendo a saúde e atendendo aos fins sociais da lei, admissível a interrupção da gravidez, comprovando-se que o feto é portador de má-formação congênita, caracterizada por anencefalia – ou ausência de cérebro – afecção irreversível que impossibilita totalmente a sobrevivência extra-uterina, hipótese em que, ao direito da gestante, não cabe opor interpretação restritiva da legislação penal.

Ap. 219.008-9 – 1.ª Câm. – j. 18.06.1996 – Rel. Juiz Alvim Soares.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ap. Cív. 219.008-9 da Comarca de Belo Horizonte, sendo apelantes Valéria Carla Semeão Marcelino e seu marido, acorda, em Turma, a 1.ª Câm. Cív. do TAMG, dar provimento à apelação.

Presidiu o julgamento o Juiz Cruz Quintão e dele participaram os Juízes Alvim Soares (relator), Jurema Brasil Marins (revisora) e Páris Pena (vogal).

Belo Horizonte, 18 de junho de 1996.

O Exmo. Sr. Juiz Páris Pena: “Sr. Presidente, pela ordem,

Gostaria de interpelar o ilustre patrono da apelante se existem nos autos, dois exames de ultra-som”.

O Sr. Dr. Edílson de Oliveira (advogado): “Existem dois”.

O Exmo. Sr. Juiz Páris Pena: “Eu os detectei como tendo sido realizados na mesma data. Houve equívoco da minha parte?”

O Sr. Dr. Edílson de Oliveira: “Não, V. Exa. está correto”.

O Exmo. Sr. Juiz Páris Pena: “Ambos realizados no dia 25 de março de 1996?”

O Sr. Dr. Edílson de Oliveira: Exatamente. Ambos no dia 25 de março. Um foi feito pela manhã e o outro à tarde”.

O Exmo. Sr. Juiz Páris Pena: “Outro esclarecimento, para evitar eventual equívoco de interpretação, diz respeito à prova pericial posteriormente realizada, quando as partes tiveram ocasião de formular quesitos, e eu pergunto a V. Exa. para resposta dos quesitos deste laudo, o perito subsidiou-se em eventual realização de novo exame de ultra-som?”

O Sr. Dr. Edílson de Oliveira: “Ao que me consta, extra-autos, posso afirmar, porque vi. O casal, no dia em que o Dr. Demercindo Brandão designou a data para a realização do exame, já compareceu lá com novo exame ultra-sonográfico.”

O Exmo. Sr. Juiz Páris Pena: “Mas me parece que a perícia judicial não faz menção a esse tipo de realização de exame”.

O Sr. Dr. Edílson de Oliveira: “Não, não faz.”

O Exmo. Sr. Juiz Páris Pena: “Gostaria de perguntar, ainda, a V.Exa., que está acompanhando o caso desde o início, se, eventualmente, tem notícia de que houve exame do líquido amniótico de D. Valéria, através do exame denominado Alfafetoproteína?”

O Sr. Dr. Edílson de Oliveira: “Não tenho

O Exmo. Sr. Juiz Páris Pena: “Muito obrigado”.

O Exmo. Sr. Juiz Alvim Soares: “Recurso de que se conhece, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Valéria Carla Semeão Marcelino e seu marido, Júlio César Marcelino, perante a 3.ª Vara Cível desta capital, requereram ‘autorização judicial para interrupção de gravidez’, articulando em sua proemial que, desde 24.05.1991, conforme prova a inclusa certidão, estão civilmente casados, que, desta união, adviera um filho de nome Jean Philipe Semeão Marcelino, presentemente com três anos, que, em novembro transato, para inteira felicidade dos suplicantes e seus respectivos familiares, tiveram notícias de que a requerente varoa estava grávida, por via lógica de consequência, submetendo-se aos cuidados naturais do exame ‘pré-natal’, periodicamente passou a suplicante a freqüentar o Hospital Felício Rocho, tendo como sua médica a Dra. Valéria Ballardin; tudo, ao alvedrio dos suplicantes, transcorria muito bem, até que, após submeter-se a requerente a exame de ultra-sonografia, constatou-se, em 25.03.1996, através de resultado n. 83.722 (f.), em conclusão:

“Gestação eutópica simples de 20 semanas a ecografia pela biometria dos ossos longos (cronologia 20/21 semanas).

Ausência da calota craniana.

Não se delimita massa encefálica.

Anencefalia.

Belo Horizonte, 25 de março de 1996.

a) Inês Philadelpho C. Santos”.

Continuam os requerentes relatando em sua prefacial que, ante tão cruel diagnóstico, importando em anomalia irreversível do feto, sem qualquer chance de vida extra-uterina, a própria médica solicitou novo exame ultra-sonográfico, em outro laboratório, cujo resultado, infelizmente, não dissentira do anterior, assim, confirmada tal gravidade, os médicos subscritores dos relatórios de f., Dr. José Adélson P. Moreira, Juliana Corrêa Pires, Valéria Ballardin e Teresa Cristina de M,

“Impressão diagnóstica: idade gestacional de 21 semanas e anencefalia (má-formação fetal incompatível com a vida).

Obs.: Solicitamos autorização para interrupção da gravidez” (*ipsis litteris*).

Nesse sombrio quadro, vivenciando a tristeza por estar gerando uma criança que, se viver durante a gestação, após o parto não terá vida, aliado ao fato de que esse tipo de má-formação acarreta sérias complicações para a mãe, predispondo-a a uma maior incidência de pré-eclâmpsia, além do deslocamento prematuro da placenta, hemorragias, pós-parto, disfunções uterinas, e também de possíveis perturbações psicológicas, secundados, ainda, pelos laudos médicos acoplados e por várias decisões favoráveis e aplicadas em casos semelhantes ao aqui pleiteado, acrescidos de prolegômenos outros, elencaram os requerentes, ao final da exordial, as razões que, ao seu talante, sedimentam todas as suas aspirações e que os conduziram a requerer autorização judicial para interrupção de gravidez, máxime porque “a situação da suplicante varoa é grave e necessita de uma solução urgente”, além do que “a possibilidade de sobrevida do feto, como exaustivamente demonstrado, é inexistente”. Juntaram documentos (f.).

Observa-se, às f., na primeira participação do órgão ministerial de primeiro grau, formulação de quesitos; entendendo necessária o julgador monocrático, à f., determinou a realização de perícia médica, nomeando o *expert*, bem como formulou os denominados quesitos oficiais; os requerentes, igualmente, assim procederam, às f., propugnando pela apresentação de quesitos suplementares, caso necessário.

O laudo médico-pericial oficial fluíra às f., firmado pelo conhecido médico Dr. Demercindo Brandão Neto, com respostas a todos os quesitos formulados. É sua conclusão final (f.):

“Conclui-se por gestação de feto com má-formação congênita, caracterizada por anencefalia. Afecção irreversível, que impede inquestionavelmente a ocorrência de vida. Anencefalia, ou ausência de cérebro, equivale à morte cerebral, situação que permite não só

desligamento de aparelhos médicos, como a própria doação dos órgãos. Não se trata, neste caso, de interrupção da vida por defeito de formação, ou para se prevenirem sofrimentos; refere-se o caso à interrupção da gravidez, de conceito sem vida”.

Estribado nestas transparentes conclusões, o promotor de justiça com exercício naquele Juízo, em seu parecer final, lastreado às f., opinou pela procedência do anseio inaugural, epigraficamente, à f., reconfortados por mais um laudo, cuja conclusão em tudo se assemelhava aos anteriores, requereram os ora apelantes a procedência do pedido angular; dias após, adviera a v. sentença profligada, emolurada às f., julgando a improcedência da aspiração vestibular, ao fundamento de que, no presente caso, nenhuma das hipóteses apontadas pelo art. 128 do CP, aqui se verifica.

Questiona, realçando seu espírito observador: “Como pode haver formação de um feto sem vida?” Indaga mais: “Se, inquestionavelmente, inexistente vida nesse feto, como então ele não entrou em decomposição uterina?” E conclui: “Como está então sendo formado, se não há vida?”

Entendeu o Magistrado sentenciante que, embora o feto não tenha possibilidade de sobrevivência após o parto, tem, por estar vivo, direito ao nascimento; no epílogo do ato sentencial objurgado, conclui:

“Assim, afastada a possibilidade de colocar em risco a vida da gestante e tratando-se de pedido puramente emocional, que não está contemplado no direito positivo brasileiro, julgo improcedente o pedido”.

Inconformados com o *decisum* de primeiro grau, insurgiram-se contra este os apelantes, através das letras ínsitas no pleito recursal de f., nesta irresignação, recebera o inconformado casal a total adesão do promotor de justiça, através de sua fala às f., opinando pelo provimento do recurso para reformar a decisão atritada, e, por consequência, que seja expedida a sobredita autorização.

Em igual sentido, manifestou-se a Douta Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer lastreado às f., opinando pela reforma da decisão hostilizada, para, como medida de justiça, deferir o ansiado na peça preambular.

Data venia, é imperioso que tenhamos, nesta vida, a necessária humildade para aceitarmos as transformações que ela nos impõe, sob o manto de uma quase imperceptível coercitividade, acresce-se, mais, que nem mesmo o Magistrado, cultor da ciência relacionada com a vida do homem em comunidade, pode cerrar os olhos à realidade atual; afigura-se-me, mais, que, em feitos deste jaez, há que restar estabelecida uma liberdade maior, além das estreitezas da dogmática, guiada por sentimentos superiores, sem voltarmos as costas a qualquer princípio, atentos, porém, aos fatores sociológicos dos fenômenos jurídicos.

Da maior relevância enfatizar que o art. 128 do CP, em cujos dizeres estribou-se o julgador monocrático, dentre outros fatores, para considerar improcedente o pedido inicial, remonta a 1940 e, *concessa venia*, desde então as evoluções tecnológicas observadas neste interregno, sobretudo no campo da medicina, foram notáveis, naquela vetusta época, não se falava, e talvez, até não se pensasse em ultra-sonografia; hoje, com a operosidade desse avanço tecnológico, pode-se detectar toda a situação do feto; no vertente caso, com arrimo nos variados laudos médicos aqui acoplados, todos convergiram no sentido de que está havendo “gestação de feto com má-formação congênita, caracterizada por anencefalia”.

Deflui-se do laudo oficial que, ao responder a uma indagação do MP (f.), sobre a possibilidade de vida do nascituro após o nascimento, assim se expressou o perito:

“Não. Não há possibilidade de vida após o nascimento, bem como não se pode falar em vida no presente momento. A personalidade se dá pela vida cerebral, que no presente caso não existe”.

Logo, sobrelevam razões, *permissa venia*, sem afronta ao sacrário impenetrável de minha consciência, após lobrigar com a percuciência necessária, devida e de maneira pragmática todo o contexto probante contido neste processado, para termos como verdadeiramente procedente todo o ansiado na peça exordial.

Cediço, na seara jurídica, que “o direito prevê e provê, logo, ainda que por aplicação analógica, não pode ele mostrar-se indiferente à realidade, máxime quando avulta em importância a situação de risco, tão própria a qualquer gestante, e, no caso em comento, não pode ser, absolutamente, desprezada.

Certo mais que flui dos autos ser a apelante portadora de hipertensão arterial, com tendência ao aborto e à eclâmpsia, além do que tem consciência de gerar um feto de má-formação cranioencefálica, fato esse que, queira ou não, já a aflige no campo emocional, físico, psicológico, eis que, ainda que sob medo, frustração ou ansiedade, o que nascerá não era, realmente, o que esperava e queria, não se pode olvidar, ainda, que tem o casal recorrente um filho de três anos para criar.

Incontrastável verdade que, tenhamos precatado com os cuidados que o caso posto à apreciação e julgamento exige, não se pode, conscientemente, volver as costas ao drama vivenciado pela apelante, sofrida mãe e mãe sofrida, com aplicação o axioma *beneficium juris nemini est denegandum*.

Assim, a rigor, *data maxima venia* não se concebe que a irresignada apelante, sob pena de ser portadora de seqüelas irreversíveis, não tenha por reconhecido e deferido o ansiado na peça de ingresso, pela total impossibilidade de vida extra-uterina do conceito, o tempo urge e a aspiração aqui manifestada já não mais admite qualquer imobilidade do Poder Judiciário, não se admitindo mesmo destruir-se o sentido óbvio do pedido, estreitando-se-lhe os limites verdadeiros da esperança aqui postada pelos sofridos pais apelantes.

Isto colocado, sopesando todo o aqui contido, na esteira do mesmo entendimento esposado pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça, estribado mais nos laudos médicos trazidos à colação e convergentes a um mesmo resultado, conclusivos de que se trata de gestação de feto com má-formação congênita, caracterizada por anencefalia ou ausência de cérebro, dou provimento ao recurso aviado por Valéria Carla Semeão Marcelino e seu marido, Júlio César Marcelino, para, reformando a v. sentença monocrática vergastada, autorizar a interrupção da gravidez, com a

urgência que o caso requer, através de intervenção cirúrgica, ou o melhor meio possível, observadas as cautelas pertinentes; expeça-se autorização para tanto.

Custas recursais, *ex lege*.”

A Exma. Sra. Juíza Jurema Brasil Marins: “Cumpre-nos fixar, *ab initio*, que a questão *sub judice* possui sérias implicações nas mais diversas áreas do conhecimento humano, provocando acesas controvérsias entre juristas, políticos, médicos, religiosos e cidadãos comuns.

No Brasil, país onde a Organização Mundial de Saúde indica serem praticados entre 2 a 4 milhões de abortos por ano, com aproximadamente 400 mil mortes de gestantes, a tendência a uma evolução na exegese inicialmente restritiva da legislação penal afigura-se indiscutível, tendo em vista que adotar a dicção pura, fria e tecnicista da letra da lei representa atitude retórica, cuja ingenuidade ou cruel indiferença, máxime pela sua visível deterioração conceitual ante a evolução da ciência médica, passa a simbolizar uma ingenuidade ou cruel indiferença que impede seja afastada ou minorada.

Na hipótese em exame, deve-se considerar que a autora-apelante, submetida a provação de enorme monta depois de ter sido cientificada do diagnóstico de ‘anencefalia’ com relação à sua gravidez de apenas 20 semanas, encontrou forças para recorrer ao Poder Judiciário, expondo-se de maneira verdadeira e difícil, afastando as tentações que, certamente, lhe acenaram os caminhos escusos de entidades viciadas, que se propõem a ‘resolver’ situações como a presente, realidade infeliz, cuja existência seria absurdo negligenciar.

Como bem assinala a Dra. Norma Kyriakos:

‘... vivemos no Brasil uma realidade ainda distante das metas apontadas pela Constituição. Apesar da carência de dados oficiais e de pesquisas em nosso país, sabe-se que é comum a prática de abortos clandestinos que encontramos registrada desde os idos do Brasil Colônia. É a quarta causa de morte materna no Brasil. Sabe-se, também, que a situação de ilegalidade da prática do aborto mantida pelo

Código Penal, incentiva a ação por clínicas clandestinas, em mulheres de classe média, a preços elevados, e em mulheres de periferia em condições de tal precariedade, que muitas vezes levam a lesões irreparáveis, quando não à morte’ (in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, v. 37, jun. de 1992, p. 24).

Nesse mesmo sentido assevera Lúiza Nagib Eluf:

‘É de conhecimento público a forma como essa prática se opera, as mulheres de poder aquisitivo compatível com os altos preços cobrados pelo mercado clandestino fazem aborto de forma segura e asséptica, sem nenhum problema. As mulheres pobres, por outro lado, arriscam a própria vida submetendo-se a técnicas precárias, sem critério científico, que na maioria das vezes requerem posterior internação na rede pública hospitalar, onde é feita a curetagem’ (in *RT*, v. 691, p. 287-288).

Nesse contexto, o tratamento dispensado ao aborto, segundo a visão tradicional do tipo penal proibitivo, mostra-se inadequado, devendo-se preocupar com uma interpretação do ordenamento jurídico que atenda às aspirações de justiça e finalidades pretendidas pelo bem comum.

A propósito, o eminente mestre Francisco Ferrara ensina que:

“O jurista há de ter sempre diante dos olhos o fim da lei, o resultado que quer alcançar na sua atuação prática; a lei é um ordenamento de proteção que entende satisfazer certas necessidades, e deve interpretar-se no sentido que melhor responda a esta finalidade, e, portanto, em toda a plenitude que assegure tal tutela” (in *Interpretação e Aplicação das Leis*, 4.^a ed., Coimbra, 1987, p. 130).

Nessa mesma linha de raciocínio, os Tribunais do país têm decidido que:

“A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças” (in *RT*, v. 656, p. 188).

“O Direito é uma coisa essencialmente viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí, resulta que o Direito é destinado a um fim social, de que deve o Juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam a disciplinar como, ainda, as exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas, sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil.

Se o Juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando *contra legem*, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da justiça e do bem comum” (in *RSTJ*, v. 26, p. 384).

Assim sendo, para que seja realmente garantido um verdadeiro acesso à Justiça e não mera utilização instrumental do processo, necessário considerar a enorme distância que separa a hipótese tipificada no CP e o dramático caso concreto que nos apresentam os recorrentes, onde a permissão à prática do aborto afigura-se como meio necessário a manter o direito em contato permanente com a vida, sob pena de, na hipótese contrária, se converter o material positivo em dogmas estereis e desnecessários.

É bom lembrar que o aborto, no conceito médico-obstétrico, segundo lúcido ensinamento de Ana Valdez A. N. de Alencar,

“é a expulsão natural ou provocada, até ao final do sexto mês de gravidez, do produto não viável da concepção; a partir do sexto mês, face à viabilidade do feto, a expulsão passa a denominar-se parto prematuro. A obstetrícia, para efeito de determinação, não faz diferença entre a expulsão espontânea ou provocada.

A medicina legal, por sua vez, limita a noção de aborto àquele provocado ou que resulta da conduta intencional ou imprudente do homem. Ao mesmo tempo, não considera a idade cronológica do feto, nem sua

viabilidade; qualquer que seja o estágio da gravidez, a ação que aniquila ou destrói o fruto concebido é considerada abortiva...” (in *Revista de Informação Legislativa*, jul.-set./1972, p. 409-410).

Segundo defendem alguns, a cessação da gravidez, em qualquer estágio, se artificial e intencionalmente provocada, implica ofensa ao disposto no art. 5.º, *caput*, da Carta Magna de 1988, que garante o direito à vida, encontrando-se, contudo, valiosas opiniões doutrinárias que analisam esse problema sob um enfoque diverso, dentre as quais se destaca a já citada jurista Norma Kyriakos, que assim delineia o contexto constitucional pertinente à questão:

“... A pessoa humana é o centro das preocupações e projeções da Carta Constitucional. Nos arts. 1.º a 4.º, o legislador, o aplicador e o intérprete se deparam com os fundamentos, objetivos e princípios da República Federativa do Brasil, com realce para a dignidade da pessoa humana, a cidadania, o pluralismo, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a prevalência dos direitos humanos, o repúdio ao terrorismo e ao racismo, enfim é objetivo fundamental da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

... Desde logo se verifica que a Constituição elegeu como regra geral o princípio da isonomia ou da igualdade, um dos três pilares por ela adotados. Os dois outros são a supremacia da lei e a apreciação judicial de qualquer lesão ou ameaça de direito.

Por força dos princípios adotados pela Constituição, especialmente o da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da cidadania, o art. 196, iniciando a Seção II – Da saúde – Do Capítulo II – Da Seguridade Social –, adota a saúde, sua promoção, proteção e recuperação como direito de todos e dever do Estado. Em seguida, o inc. II do art. 198 adota, como diretriz das ações e serviços públicos de saúde, o atendimento integral, priorizando as ações preventivas.

... Saúde é o estado completo de bem-estar físico, mental e psicológico. Deste conceito

inferimos que o aborto, em sendo ação de saúde que respeita à saúde pública, teria neste capítulo e seção a sede própria. O título VIII disciplina a Ordem Social, na qual se situa a proteção aos direitos reprodutivos. Assim é que o cuidado com a maternidade e a infância, a partir da gravidez, é um dos comandos expressos da Constituição, dever que é da previdência e da assistência social.

... Numa interpretação sistemática da Constituição, para análise do que dispõe o § 7.º do art. 226, há que se ter em consideração os princípios da isonomia, da liberdade de decisão, da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da paternidade responsável. Diante desses princípios e da garantia ao casal de livre decisão, é obrigatório por parte do Estado prover a este casal recursos educacionais e científicos e *chegaremos à conclusão de que o texto constitucional não veda a prática do aborto. Pelo contrário, é dever do Estado fornecer recursos científicos e, dentre eles, a execução do aborto por profissionais médicos devidamente habilitados.*

... Do que ficou exposto, pode-se concluir, mais que os dispositivos contidos nos arts. 124, 126, parágrafo único, parte, 127, 128 e seus incisos do Código Penal Brasileiro, que criminalizam o aborto, perderam eficácia a partir de 5 de outubro de 1988, por conflitarem com a nova interpretação do parágrafo 7.º do art. 226" (in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, v. 37, jun./1992, p. 19-25, grifo nosso).

A respeito da interpretação constitucional, observam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins:

"Para que se eliminem distorções e inseguranças é necessário deixar certo que, toda vez que a lei encampe critério e soluções manifestamente em contrariedade com os adotados pelo constituinte, sem dúvida deverá ser declarada inconstitucional e não transmutada de forma radical para, só então, beneficiar-se da ausência do vício máximo; no entanto parece que, sem incidir-se neste extremo, é ilícito aceitar que, dentro ainda de uma atividade meramente interpretativa, seja possível ajustar uma significação à norma, ainda que não a

mais intuitiva, mas que lhe confira a possibilidade de ser tida por constitucional" (in *Comentários à Constituição do Brasil*, Sarai-va, 1988, Vol. I, p. 352).

Além das razões transcritas *in retro* apresentadas com fundamento nos preceitos constitucionais atualmente em vigor e sua respectiva interpretação, cumpre acrescentar que o direito à vida defendido na Carta Maior não significa o simples fato de existir, sendo exigíveis algumas qualidades e características a fim de que se reconheça tratar-se de vida humana inviolável, biológica e fisiologicamente.

A verificação e identificação de possíveis enfermidades físicas e psíquicas no processo de gestação que, como a anencefalia, afastam a possibilidade de se falar em vida humana na espécie, tornaram-se possíveis com o desenvolvimento assumido recentemente pelas ciências médicas, biológicas e tecnológicas, que abriram um amplo espectro de possibilidades no sentido de preservar melhor a saúde da mulher, quer permitindo a adoção de providências que favoreçam, corretivamente, o embrião ou o feto, quer identificando as anomalias incuráveis que autorizam a se falar na prática do aborto como meio viável a ser utilizado concretamente.

Sobre esse aspecto, o Des. Alberto Silva Franco lembra o magistério de Patrick Verspieren, que trata de forma particular da anencefalia, anomalia que suprime para sempre o suporte indispensável para toda forma de consciência cerebral, afastando-se a possibilidade de se falar em vida destinada a chegar a ser pessoa humana:

Patrick Verspieren – 'Diagnóstico prenatal y aborto selectivo. Reflexión, ética' in *La Vida Humana, Origen e Desarrollo*, p. 178, Madri, Universidad Pontificia Comillas, 1989, observa que: "um caso que merece especial atenção é o da anencefalia, que consiste na ausência no feto dos dois hemisférios cerebrais. Não corresponde exatamente, no plano médico, à 'morte cerebral'. O sinal inequívoco desta, admite-se hoje, reside na verificação da ausência de função total e definitivamente do tronco cerebral. Pois bem, este está

presente nos fetos anencéfalos e permite, em alguns casos, uma sobrevivência de alguns dias, fora do claustro materno. Antropologicamente falando, as duas situações são, sem embargo, similares: a ausência de hemisférios cerebrais, no primeiro caso, e sua afetação definitiva, no segundo, suprimem para sempre o suporte indispensável para toda forma de consciência e de relação com o outro. No segundo caso, reconhece-se a morte da pessoa. Não há razão para deixar de afirmar que, no primeiro caso, a vida que subsiste não é, propriamente falando, uma vida humana, a vida de um ser humano destinado a chegar a ser (ou já) pessoa humana” (in *Lex RJTJSP*, v. 132, p. 25, nota 61, grifo nosso).

In casu, o conceituado perito oficial concluiu pela existência de:

“Gestação de feto com má-formação congênita, caracterizada por anencefalia. Afecção irreversível que impede inquestionavelmente a ocorrência de vida. Anencefalia ou ausência de cérebro equivale à morte cerebral, situação que permite não só desligamento de aparelhos médicos, como a própria doação dos órgãos.

Não se trata neste caso de interrupção da vida por defeito de formação, ou para se prevenir sofrimentos, refere-se o caso à interrupção da gravidez, de conceito sem vida” (f.).

Assim sendo, tem-se confirmado o diagnóstico de f., feito pela Dra. Teresa Cristina de M. Remo, do Hospital Felício Rocho, que, apontando a ausência da calota craniana e a não-delimitação da massa encefálica descritas no ultra-som de f. e no de f., afirmara a existência de anencefalia, solicitando autorização para interrupção de gravidez, o que foi reiterado posteriormente pelos Drs. José Adélson P. Moreira, Juliana Corrêa Pires e Valéria Ballardin, que ainda registraram tratar-se de má-formação fetal incompatível com a vida (f.).

De fato, o próprio *expert* oficial afirmou que “não há possibilidade de vida após o nascimento, bem como não se pode falar em vida no presente momento. A personalidade se dá pela vida cerebral, que no presente caso não existe” (f.), esclarecendo, ainda, a

posteriori, que “há apenas vida vegetativa somática”(f.). A isso acresce a inconveniência na continuidade da gestação, “pelas normais potencialidades mórbidas da gravidez, e sobretudo por questões emocionais, dado o conhecimento da anomalia fetal com absoluta falta de perspectiva de vida”, tendo em vista principalmente os sinais de transtornos depressivos apresentados pela paciente (f.).

De tal contexto probatório, resulta clara a inexistência de qualquer justificativa a que se obrigue a apelante a levar a termo uma gravidez em que é absolutamente inviável a sobrevivência do nascituro, em detrimento de sua sanidade psicológica, e até mesmo física, sendo certa a inexistência de vida humana na espécie, eis que se está diante de um ser que somente apresenta outros sinais vitais por sugar as energias e substâncias do corpo materno, e nada mais.

Não se trata, aqui, de promover uma irrestrita e irresponsável defesa em favor do aborto, porquanto todos somos a favor da vida e contra a prática do aborto, até porque se trata de uma atitude traumática para a mulher e para a própria comunidade. No entanto, é mister reconhecer que não cabe ao ordenamento jurídico de um Estado social democrático opor, em desfavor da saúde psíquica e física da gestante, direitos de um ser cuja inviabilidade de sobrevivência fora do ventre materno é indiscutível.

Como bem assinala a ilustre Promotora Luíza Nagib Eluf, “as correntes religiosas e filosóficas que eventualmente se oponham à interrupção da gravidez precisam compreender que suas pregações devem ficar restritas aos seus seguidores, não podem ser impostas à totalidade da população”, sob pena de se admitirem verdadeiras “homenagens à hipocrisia” (in *RT*, v. 691, p. 291).

É óbvio que, mais do que garantir o mero direito de nascer a um feto que, fatalmente, não sobreviverá, por inexistir qualquer expectativa de vida humana em seu favor, deve ser preocupação de um Estado social assegurar a saúde física e mental da mulher e de sua família, preservando um mínimo de qualidade de vida essencial à sobrevivência digna de todo ser humano, considerando sempre que

criar ou manter a dor injustificadamente é um verdadeiro crime perante a sociedade.

Mediante tais ponderações, dou provimento ao recurso, aderindo integralmente ao entendimento, proclamado pelo ilustre Juiz relator.”

O Exmo. Sr. Juiz Páris Pena: “Aos 29 de março do corrente ano, Valéria Carla Semeão Marcelino e seu marido, Júlio César Marcelino, requereram, no Juízo da 3.^a Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que fosse concedida autorização para interromper a gravidez da requerente, vez que, já grávida de vinte e uma semanas, detectara-se via ultra-sonografia, realizada na CEOG ultra-sonografia e, em seguida, no Centro de Imagem Diagnósticos, portar feto no qual se constataria ausência de calota craniana, e nem se conseguira, nele, delimitar a massa encefálica. Enfim, tratava-se de feto portador de anencefalia.

A 1.^o de abril, a ilustre representante do MP requeria esclarecimentos aos peritos, deferidos à f. a 02.04.1996. O atraso na formulação dos quesitos ocorreu por parte da interessada, que somente os apresentou em 11.04.1996.

Feito com presteza, o laudo pericial já se encontrava nos autos no dia 19.04.1996, dando-se dele vista às partes em 22.04.1996.

Apresentados parecer do MP e razões da requerente, ambos datados de 26.06.1996, foram os autos para o Juiz a 29.04.1996, voltando com decisão datada de 30.04.1996.

A 14.05.1996, foi interposto recurso da decisão pela requerente, com o MP, apresentando seu parecer a 15.05.1996. A 21.05, o Juiz de primeiro grau deferminou a subida dos autos a este Tribunal, onde aportaram somente a 22.05.1996.

Com menos de um mês de sua chegada aqui, o caso está sendo julgado. E é bom lembrar que, por força de exigência legal inafastável, os autos tiveram que ir à distribuição, para ver a qual Juiz cumpria o encargo de ser o relator do recurso. Daí à Procuradoria de Justiça e, posteriormente, ao Juiz relator, seguindo-se vista à Juíza revisora e, em seguida, ao vogal. Desde a chegada ao Tribunal, até este julgamento, sequer decorreram trinta dias.

Retratei a caminhada desse processo, até agora, justamente para que se entendesse que, neste caso, procedeu-se com a celeridade possível, diante do que a própria lei dispõe. Relembre-se que a elaboração das leis não é tarefa do Poder Judiciário.

E veja-se que este não é um caso simples, pois que aquilo que pretende a requerente é que se decida à revelia das hipóteses legais explícitas, em que a interrupção da gravidez é permitida.

Poder-se-ia dizer que deveria ter sido aplicada medida de mais urgência, já que a saúde da requerente estaria sob risco. Não é essa a hipótese de que se trata, pois isso não está declarado em nenhum passo deste processo. Pelo contrário, o máximo, nessa direção, que contém o laudo médico acostado aos autos é de que a requerente está sob os riscos habituais da gravidez. Repito, textualmente, o que foi afirmado pelo perito, ao responder o quesito específico:

“Expõe a gestante aos riscos habituais da gravidez, que não são desprezíveis”.

Anote-se, pois, para que situações como a destes autos não continuem a ser fator do sensacionalismo inconsequente.

Não existe nos autos nenhum laudo que ateste esteja a requerente exposta a qualquer tipo de risco excepcional em virtude da anencefalia de seu feto. Até porque, se existisse tal situação, a questão se resolveria com vistas à excludente de criminalidade encontrada na permissibilidade que se contém no art. 128 do CP, *verbis*:

“Não se pune o aborto praticado por médico:

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

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

E não existe – frise-se bem – qualquer dispositivo legal que condicione a ação do médico, em situações que tais, à obtenção de prévia autorização judicial.

Se a paciente corre risco de vida com a gravidez e se não há outro modo de salvá-la, seu médico está autorizado, por lei, nessa situação, a praticar o aborto, a interromper a gravidez, sem que, por isso, sofra qualquer punição com suporte no Código Penal Brasileiro. Sua ação profissional, em tal situação, não precisa ser precedida de autorização judicial. Se havia risco, ou se ocorreu risco para a paciente, o médico estava desobrigado da autorização judicial para interromper a gravidez. Não o fez porque não se constatou a existência desse risco para a paciente.

Digo isso porque já se anda a dizer por aí que o Judiciário não estaria atento à situação da requerente. E isso não é verdade. Parece que agora virou moda fazer do Poder Judiciário a vidraça para o bodoque inconseqüente daqueles que, fazendo vista grossa para as verdadeiras causas do desmantelo, querem a ele atribuir a culpa por todas as mazelas deste país.

Seguramente não será por aí. Não será com as agressões de viandantes, que passeiam de salto alto pelas avenidas do mundo, quais narcisos que se recusam a mirar os próprios pés, que se resolverão os problemas deste país e, mais especificamente, a deficiência da prestação jurisdicional, que ninguém de bom senso ousaria negar.

A prestação jurisdicional é ruim? É. Porque o sistema é ruim. É iníquo, é injusto, é um gerador de desigualdades e misérias. E não é de hoje. A legislação processual parece mesmo feita para dificultar a realização do direito subjetivo material. Resultado é que, nas discussões e mesmo nas decisões acaba-se priorizando a norma instrumental, em desfavor do direito substantivo. Resultado disso é que, via de regra, acaba-se beneficiando aquele que tem condições econômicas para patrocinar o torneio acadêmico.

Perdoem-me o desabafo, mas é mister que se ponham as coisas nos seus devidos lugares, para que não se diga amanhã que o Judiciário se fez ausente diante da angústia de uma jurisdicionada. Voltemos ao julgamento.

Trata-se, como se vê, de situação atípica, em face do nosso ordenamento jurídico, essa que vive a requerente, para cuja solução plei-

teia a intromissão do Estado, através do Poder Judiciário. E é atípica porque, diante de nosso direito positivo, como já ficou explicitado (art. 128 do CP), somente quando para salvar a vida da gestante ou quando a gravidez resulte de estupro, permite-se a sua interrupção.

Por isso que, no rigor da lei, a decisão de primeiro grau nada teve da teratológica. Pelo contrário, resultou de colocação conceitual e de rigorosa fidelidade à literalidade legal. A razão de minha eventual divergência em relação ao posicionamento do Juiz de primeiro grau é apenas conceitual, especificamente no que diz respeito ao que se deva entender por “vida”, aquela do nascituro, que a lei protege punindo o aborto, quando não se trata dos casos específicos a que se refere o art. 128 do CP.

Veja-se o escrúpulo de S.Exa., retratado nessas considerações:

“Como pode haver um feto sem vida? Se efetivamente inexistente vida nesse feto, como então ele não entrou em decomposição uterina? Como está sendo formado, se não há vida?”

E, adiante, continua:

“*Data venia*, não há desenvolvimento de um ser sem vida. O que não tem vida se desintegra. Ademais, se o feto realmente estivesse morto, não haveria necessidade de autorização judicial para a sua extração.

Portanto, entendo que, embora sem a possibilidade de sobrevivência após o parto, esse feto está vivo. E, como tal, tem direito ao nascimento”.

Conclui:

“Assim, afastada a possibilidade de colocar em risco a vida da gestante e tratando-se de pedido puramente emocional, que não está contemplado no direito positivo brasileiro, julgo improcedente o pedido”.

E não há negar, de fato, o feto que se deseja seja expelido precocemente é um ser vivo. Ainda é um ser vivo, para melhor dizer.

Mas a essa sua posição conceitual científica é que, ao meu modesto entender, limitou-se o digno Magistrado.

Uma indagação deve ser feita: que tipo de vida tem esse feto? E aí a razão do equívoco. É que, pelo que está nos laudos, a vida desse feto é absolutamente precária.

Acessória que já era, pela ordem natural, diz-se que será vegetativa extra-uterinamente.

Acessória, porque normal no feto, em maior ou menor grau, em razão de seu desenvolvimento, ter vida dependente do funcionamento dos sentidos vitais da mãe.

Fora daí, sua condição de formação faz-se incompatível com a vida. É o que dizem os laudos, a partir dos exames ultra-sonográficos.

Aliás, com respeito à incompatibilidade da anencefalia com a vida extra-uterina, não tenho mais qualquer dúvida, não apenas em face dos laudos periciais, acostados nos autos, que, por sinal, foram, nesse particular, um tanto sumários, mas, também, por tudo que pude pesquisar sobre a matéria.

Posto isso, por que então o nosso CP contempla apenas duas situações em que se permite a interrupção da gravidez?

A ninguém que moreja nas lides forenses é desconhecido que nosso Código Penal foi elaborado ainda nos idos de 1940.

Essa a discussão.

Então, como há séculos atrás, e ainda hoje, discutia-se sobre o direito ao aborto. Já os romanos o faziam. E o admitiam, sob o raciocínio primário de que era integrante do corpo da mãe. Ora – diziam –, se à mãe era dado o direito de destruir a própria existência, ou o conjunto de seus órgãos, por que não lhe permitir despojar-se do feto, que, ao seu entendimento – como disse –, seria apenas uma de suas vísceras?

Antes, porém, muito antes, fizera parte do juramento de Hipócrates:

“Também não darei a uma mulher pessário abortivo”.

E ainda hoje é tormentosa a discussão sobre o direito da mulher ao aborto.

Justifica-o, do ponto de vista ético, parcela dos que o admitem, na afirmação de que, embora no feto exista vida, não existe a personalidade. Daí vai-se ao campo da elucubração jurídica, para dizer-se que, em

não existindo a personalidade, não há o sujeito de direito. Não basta existir fisiologicamente, é necessário viver no sentido jurídico, para o que se requer a vida de relação.

Outros os há, também, opostos à restrição, que deslocam a questão para o âmbito da conveniência social. E os há ainda vinculando sua aceitação à necessidade da plena libertação da mulher.

O tema continua sendo extremamente polêmico.

Imagine-se isso discutido há cinquenta e seis anos. Naquela época, e entre nós, a questão se definiu através da redação dada aos arts. 124-128 do CP.

Apesar disso, entretanto, a minha perscrutação hermenêutica levou-me a concluir que a inspiração que levou o legislador à elaboração das regras positivas nos arts. 124-128 do nosso CP vigente foi o que o seu verdadeiro objetivo era a proteção à vida de relação. Se as hipóteses tratadas foram limitadas, assim o foram, porque também limitadas eram as informações científicas de que se dispunha para formulação das soluções.

A meu modesto entender, exemplo ou comprovação de tal assertiva está em *Comentários ao CP* (vol. V) de Nélson Hungria (que ainda considero o príncipe dos penalistas brasileiros), tratando da gravidez uterina:

“No caso da gravidez extra-uterina, que representa um estado patológico, a sua interrupção não pode constituir o crime de aborto. Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente a vida própria, de modo que as consequências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto” (p. 286).

De lá para cá, a ciência evoluiu. Não sei se evoluiu o homem como ente voltado aos

valores absolutos, mas avançou milenarmente, em cinco décadas, na sua condição de inteligir os fenômenos da vida material e do universo.

Hoje, através da ultra-sonografia, é possível detectar-se a qualidade do feto, seu sexo e como anda sua formação. A margem de erro de tais diagnósticos, sobretudo a partir da 13.^a semana, é pequena. E os há que a dizem mínima ou próxima ao zero.

Por isso, preocupei-me em pesquisar mais a tal respeito. Para procurar bem entender, caracteristicamente, a patologia.

Callen, prof. da Universidade da Califórnia, em obra recente *Ultra-Sonografia e Ginecologia e Obstetrícia*, diz que anencefalia é o fechamento do tubo neural. Dentre as anomalias detectáveis no sistema nervoso central, é, talvez, a mais comum, muito embora ocorra numa proporção de um para vinte mil fetos.

Segundo o ilustre professor, o tecido neural-funcional está sempre presente, ainda que haja ausência de cérebro. Da mesma forma são também encontradiços, nesses casos, o tronco cerebral e porções do mesencéfalo, mas ausente o telencéfalo. A ausência da abóbada craniana (ossos) é uma constante. É o que se denomina acrania.

Adverte, entretanto, que os ossos formados em cartilagem na base do crânio, incluindo as órbitas, geralmente estão presentes.

Provém a anencefalia da insuficiência do tubo neural, como dito, que não se fecha completamente na extremidade cefálica. Isso ocorre, em regra, entre a segunda e a terceira semanas.

A detecção pelo ultra-som deve ser feita a partir da 13.^a semana, sendo recomendável que seja feito o exame a partir da 16.^a semana.

Adiante, diz que a anencefalia pode ser consistentemente detectada através do ultra-som, mas recomenda que seja confirmada através de exame chamado Alfafetoproteína.

De qualquer forma – diz –, a não-identificação de estrutura óssea normal e do tecido cerebral rostral das órbitas é a característica mais confiável dessa anomalia. Não vi referência específica a esse detalhe nos laudos, *data venia*.

Ainda, sobre o seu diagnóstico, explicitam Resende e Monte-Negro, em sua obra *Da Obstetrícia Fundamental*, que a anencefalia pode ser seguramente comprovada através do ultra-som, mas é prudente sua repetição após uma semana, recomendável ainda sua confirmação pela dosagem de alfafetoproteína no líquido amniótico. E, após adiantada gravidez, através da radiografia.

Repetem sobre a incompatibilidade da anencefalia com a vida. Dizem também que os anencéfalos só excepcionalmente podem atingir de dois a três dias de vida.

Neste caso, fizeram-se dois exames ultrasonográficos. Em ambos constatou-se que o feto não tem calota craniana, falta-lhe tronco cerebral. Sobrevive no útero porque, ali, lhe é possível a circulação sangüínea, para renovação do seu próprio sangue através da placenta. Expelido, somente sobreviverá se colocado em respiração artificial. Terá vida vegetativa. E curta, como se viu.

Ainda que ocorresse o milagre do prolongamento de sua vida – hipótese cientificamente inadmissível –, ainda assim, não teria vida de relação. Ausente o cérebro, falta-lhe comando para o aparelho respiratório. Ausente a respiração, faltar-lhe-á o oxigênio, advindo-lhe, por consequência, a morte.

A morte advirá, também porque deixarão de funcionar o sistema simpático, o sistema parassimpático, o sistema mobilizado pela força volitiva, que é o sistema límbico, e deixará de funcionar, também, porque falta o comando do sistema nervoso central.

Até mesmo se admitirmos o seu funcionamento, que cientificamente é possível através do chamado sistema autônomo, ainda assim ele não excederia a uma vida de dois ou três dias num ambiente extra-uterino.

No dizer de Waldo E. Nelson, que lecionou na Universidade de Filadélfia:

“In anencephaly the trunk and limbs are normally formed, but the neck is short. The brain is represented by a vascular mass in which optic nerves end blindly, the condition is incompatible with maintained extrauterine life” (*Textbook of Pediatrics*, p. 1.075).

Confirma este eminente mestre que, de qualquer forma, para o anencéfalo, é incompatível a vida extra-uterina.

No mesmo sentido estão os laudos dos autos. Trazem afirmação categórica da absoluta falta de condições, pelas já explicitadas razões, para que o feto tenha vida extra-uterina.

Mesmo assim, tive minhas dúvidas sobre a probabilidade de equívoco nos diagnósticos. Por que as tive? Porque as ultra-sonografias foram feitas, ambas, no dia 25.03.1996. É o que se verifica às f. dos autos. E não foi feito o exame de alfafetoproteína para confirmação.

De qualquer forma, a essa altura parece-me que a interrupção da gravidez tem mais o sentido de antecipação do parto. O feto está com mais de trinta e duas semanas. Se extraído de forma a lhe ser preservada a vida que tem, a constatação se fará de forma absolutamente segura, sobre se portador ou não da anomalia detectada ultra-sonograficamente.

Parece-me que, agora, já não estará a criança, se nascida por indução ou por cesariana, sob os sofrimentos derivados da Síndrome da Angústia Respiratória, que tanto acomete os recém-nascidos imaturos, justamente porque, então, têm deficiência de material surfactante nos alvéolos pulmonares, característica dos que nascem com menos de trinta e duas semanas.

Se eventualmente houver falha na previsão científica, se houver o milagre da falha do diagnóstico, e surgir o problema, haverá a solução médica, porque o feto, extraído com os cuidados necessários, terá condição de vida, de sobreviver extra-uterinamente.

O fato é que, pelas razões que expus, ponho-me de acordo com a conclusão dos Doutos Juízes, cujos votos procederam a este. Mas sob as condições especificadas no meu raciocínio, pois entendo – repito – que, se eventualmente houver falha diagnóstica – o que não acredito – feita a antecipação do parto com cautelas normais, com preservação da vida da mãe, evidentemente poder-se-á salvar o recém-nascido, se, por um milagre, for normal.

Do teor de minha conclusão, perguntar-se-á: o Juiz admitiu, ou não, a possibilidade de interrupção da gravidez, em se constatando a ocorrência de anencefalia do feto?

Sim. Só que, se mais novo o feto, sem condições de se lhe antecipar o parto, prover-me-ia dos elementos de informação absolutamente seguros a sustentar a minha decisão.

Neste caso, não estaríamos a contrariar a legislação positiva, que somente admite a interrupção da gravidez, nas hipóteses casuisticamente enumeradas no art. 128 do CP?

Em primeiro lugar, respondo, com raciocínio já expendido neste voto, que entendo que o objetivo do legislador, ainda em 1940, foi preservar a vida de relação e não a vegetativa. E falo a nível de feto.

Mas, perguntarão: Não se estará, assim, permitindo-se a solução abortiva eugênica? Apenas parcialmente será verdadeira a resposta positiva. Não se está admitindo a interrupção da gravidez para aperfeiçoamento fisisiológico de raça ou de indivíduo, mas apenas evitando o sofrimento de mãe e feto, quando este não tem a menor possibilidade de vida extra-uterina, comprovadamente, sem a menor probabilidade de estabelecer uma vida de relação.

E a sustentação legal para a decisão, já que não se detecta enquadramento do fato típico ao parâmetro estabelecido no direito positivo? Encontro-a no que se contém nos arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução ao CC, pois, diante das condições tecnológicas de que dispomos hoje e das quais não se dispunha ao tempo da elaboração do CP, estou em que estamos a defrontar com situação nova, típica para aplicação do que se contém nestes artigos:

“Quando a lei for omissa, deve o Juiz decidir segundo a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito e, na aplicação da lei atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Poder-se-á questionar que, em matéria de Direito Penal, não se admite a aplicação do critério da analogia, e não se admite, em termos de Código punitivo, a aplicação analógica da lei, porque isso seria a insegurança generalizada. Mas, aqui, a norma penal

está servindo apenas como referência para a concessão ou não de uma condição de exercício da vida civil.

Por isso é que não vejo na aplicação da analogia, neste caso, a restrição que se contém se tentarmos aplicá-la com relação ao Códex punitivo.

A quantos acompanharam este modesto voto deve ter ficado a impressão de que foi exarado sob o patrocínio de valores culturais e transcendentais. É verdade. Jamais serei – e assim me permita o Supremo Arquiteto do Universo – um mero operador da literalidade legal. Neste caso, ponho-me em relação de

conformidade com minha consciência espiritualista, o meu Deus é o Patrono da felicidade, do bem e do amor. Não é arauto do sofrimento.

Finalmente, quero levar a manifestação do meu respeito ao colega prolator da decisão objeto deste recurso. Embora eventualmente discorde de suas colocações filosóficas, devo proclamar a minha admiração pela independência e dignidade com que exercitou o seu mister, recusando-se a se deixar automatizar pela ingerência do sensacionalismo.

Acompanho os votos precedentes, pelas razões que fiz explicitar.”