



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

OITAVA CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS Nº 0023285-95.2015.8.19.0000

IMPETRANTE: DRª LIVIA MIRANDA MULLER DRUMOND CASSERES

PACIENTE 1: JOSEANE DA COSTA SOARES

PACIENTE 2: LUIS FERNANDO VIANA DINIZ

AUT. COATORA: MM JUÍZA DA 4ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DA CAPITAL

RELATOR: DES. CLAUDIO TAVARES DE OLIVEIRA JUNIOR

HABEAS CORPUS. GEMELARIDADE IMPERFEITA, ALTAMENTE RARA E GRAVE. IMPETRANTE QUE SE INSURGE CONTRA A SENTENÇA NA QUAL A MM JUÍZA JULGOU EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, O PROCESSO EM QUE SE PRETENDIA A OBTENÇÃO DE ALVARÁ JUDICIAL, COM O FIM DE AUTORIZAR A INTERRUPÇÃO DE GRAVIDEZ. ORDEM CONCEDIDA.

1. Impõe-se ressaltar que o habeas corpus se afigura como a via adequada para análise das questões expeditas pela impetrante, cuja finalidade se resume na obtenção de autorização judicial para induzir antecipadamente o parto dos gêmeos siameses da paciente, portadores de “*gemelaridade imperfeita, do tipo dicefalia, apresentando duplicação da coluna vertebral, quatro membros e coração único*”, que os impedirá, irremediavelmente, de ter vida extrauterina. Como a interrupção da gravidez fora das hipóteses previstas no artigo 128, I e II, do Código Penal, configura, em princípio, o delito de aborto, eventual condenação da paciente poderá sujeitá-la à pena de detenção de 01 a 03 anos, o que evidencia possível ameaça ao direito de locomoção.

2. Segundo consta dos autos, no dia 16 de abril de 2015, a paciente formulou pedido de alvará judicial, distribuído ao Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca da Capital, com vistas a obter autorização para interromper a própria gravidez, em decorrência da grave enfermidade dos fetos siameses, que os levará à morte após o parto, além de trazer riscos à gestante, como *polidram-*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

nia, hipertensão e esterilidade. Com o advento da sentença, a MM Juíza julgou extinto o processo sem resolução de mérito, com base no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, ao fundamento de que os pacientes não teriam demonstrado os riscos a que se sujeitaria a gestante com o prosseguimento da gravidez, tampouco a concreta impossibilidade de os fetos terem vida extrauterina. No entanto, a MM Juíza julgou com base em critérios genéricos, ao mencionar os dados de uma estatística que não se aplica, especificamente, ao caso em tela, além de não ter se cingido aos documentos que instruem a inicial e tampouco determinado a realização de perícia médica para dirimir eventuais dúvidas sobre o real estado de saúde dos fetos e suas possibilidades de sobrevivência após o parto.

3. Diante dos documentos que instruem a inicial, entre os quais se destacam exames e laudo médico da Fio-cruz, aliados ao laudo pericial atestado pela médica designada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conclui-se, com base em opinião estritamente científica, que os gêmeos siameses são portadores de uma anomalia insuperável, que não os permitirá sobreviver após o parto, independentemente de qualquer intervenção médica. Da análise probatória decorre, outrossim, os graves riscos que envolvem a gestação, como *polidramnia*, hipertensão, complicações relacionadas ao procedimento de parto e a possibilidade de a paciente se tornar estéril para o resto de sua vida. Na hipótese dos autos, os fetos em questão foram classificados como *toracoabdominopófagos*, espécime das mais raras e graves da gemelaridade imperfeita, cuja sobrevivência após o parto, repita-se, não se revela possível, segundo a opinião médica.

4. Há que se destacar a grande similitude entre a hipótese dos autos e os casos de interrupção de gravidez decorrentes de anencefalia, cujas consequências são absolutamente idênticas, ou seja, a morte do feto após o parto. Afigura-se, pois, um equívoco ignorar o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria, a inconstitucionalidade de interpretação que considere a interrupção da





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

gravidez de feto anencéfalo como uma conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal.

5. Os direitos da mulher violentada sexualmente se sobressaem em relação ao direito à vida do feto saudável, e ninguém nunca questionou a constitucionalidade do artigo 128, II, do Código Penal. Ora, se a tutela outorgada ao feto absolutamente saudável sofre supressão em prol dos direitos da mulher, maior razão para afastar a proteção dada ao natimorto quando os seus direitos estiverem em conflito com os da gestante. Precedentes. A matéria não passou despercebida no Congresso Nacional e passou a fazer parte do Anteprojeto do Código Penal, o Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, em cujo texto se inclui o artigo 128, III, que exclui a ilicitude do crime de aborto, quando comprovada a anencefalia ou na hipótese de o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina.

6. A gestação dos fetos natimortos gera, indubitavelmente, maiores riscos à paciente do que uma hipotética gravidez comum, inclusive com a possibilidade de deixá-la estéril. O aspecto psíquico, por sua vez, não se revela menos doloroso à paciente, pois carregar no ventre um filho gerado com amor, a quem se colocavam as melhores expectativas, mas com plena ciência de que nascerá deformado e sem a menor chance de sobreviver, configura um quadro devastador, equivalente a uma tortura suportada dia após dia pela mulher.

7. Ainda que se considerem os fetos dicéfalos como destinatários do direito à vida, a despeito da ausência de potencialidade para se tornarem um indivíduo-pessoa, não cabe ao Estado impor o prosseguimento de uma gestação que se apresenta como uma verdadeira tortura, cujo resultado final será irremediavelmente a morte dos gêmeos siameses, sobretudo porque os direitos fundamentais da mulher, referentes à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autonomia da vontade, à privacidade e à saúde se mostram preeminentes à vida exclusivamente intrauterina dos natimortos.

8. Além de não haver nenhuma contradição com a ordem constitucional, a conduta pretendida pela paciente tampouco se afigura típica, ante a ausência de poten-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

cialidade de vida para que os fetos se tornem pessoa humana.

ORDEM CONCEDIDA, a fim de assegurar à paciente o direito de tomar a decisão sobre a antecipação terapêutica do parto, desde que haja viabilidade médica para o procedimento, cuja execução não configurará os delitos de aborto previstos nos artigos 124 e 126 do Código Penal.

Expeça-se alvará de autorização, instruído com cópia autenticada do presente acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do **Habeas Corpus nº 0023285-95.2015.8.19.0000**, em que figura como impetrante a **Dr^a Livia Miranda Muller Drumond Casseres**, como pacientes **Joseane da Costa Soares** e **Luis Fernando Viana Diniz**, e como autoridade coatora a **MM Juíza da 4^a Vara Criminal da Comarca de Capital**.

Acordam os Desembargadores que compõem a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **por unanimidade**, em conceder a ordem, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de Habeas Corpus com pedido liminar, impetrado em favor de Joseane da Costa Soares e Luis Fernando Viana Diniz, contra ato da MM Juíza da 4^a Vara Criminal da Comarca da Capital, que julgou extinto o processo nº 0181733-66.2015.8.19.0001, sem resolução de mérito, no qual se pretendia alvará judicial com o fim de autorizar a interrupção da gravidez da paciente Joseane.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Sustenta a impetrante, em síntese, que os fetos sofrem de *“gemelaridade imperfeita, do tipo dicefalia, apresentando duplicação da coluna vertebral, quatro membros e coração único (cid 10 Q89.4)”*, o que representa grave enfermidade que o levará, irremediavelmente, à morte após o parto.

Aduz que *“não há dúvidas de que a interrupção da gravidez nos casos em que não há viabilidade de vida extrauterina não constitui conduta penalmente típica, como assentado pelo STF no julgamento da ADPF n.º 54, daí porque é de rigor a concessão do alvará autorizativo”*.

Assevera ainda que *“a interrupção da gravidez em situações que envolvem a Gemelaridade encontra legitimidade na preservação da vida da gestante – art. 128, inciso I, CP –, pois a ciência médica indica que a maioria dos casos resulta em aborto espontâneo, além de outros riscos previamente elencados, como polidramnia, hipertensão, e riscos relacionados ao parto que poderiam inclusive comprometer o futuro reprodutivo da gestante, o que atinge a sua integridade”*.

Por derradeiro, colaciona a impetrante 02 (dois) recentes julgados deste egrégio Tribunal de Justiça, em que se concederam ordens de habeas corpus para determinar a interrupção da gravidez de fetos portadores de gemelaridade imperfeita.

Por essas razões, pugna, em caráter liminar, pela imediata expedição de alvará de autorização, a fim de que a paciente Joseane seja submetida à cirurgia de abortamento na Unidade de Medicina Fetal – Departamento de Genética Médica do Instituto Fernandes Figueira – Fundação Oswaldo Cruz, localizada na Rua Rui Barbosa, nº 176, Flamengo, Rio de Janeiro.

No mérito, postula a concessão da ordem, com a confirmação da liminar.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O Habeas Corpus veio concluso em 14 de maio de 2015, às 15h57, e foi devidamente instruído com documentação (e-doc 16 e anexo 1).

No dia seguinte, foram requisitadas as informações à autoridade apontada como coatora.

Em 22 de maio de 2015, foi aberta vista a douta Procuradoria de Justiça e determinada a nomeação e intimação da médica perita, Dr^a Ana Cristina Benites Nascimento, a quem se atribuiu a incumbência de realizar o exame médico na paciente e a elaboração de laudo pericial.

No mesmo despacho, foi determinada a intimação da paciente por meio de oficial de justiça, em caráter de urgência, a fim de submetê-la ao exame pericial no consultório da médica no dia 25 de maio do corrente ano.

As informações foram prestadas pela MM Juíza (e-docs 21/27).

Diante da impossibilidade de a médica cumprir a função a que estava comprometida no dia e hora designados, foi determinada, em 25 de maio de 2015, a expedição de ofício ao Instituto Fernandes Figueira da Fundação Oswaldo Cruz, para fins de reconhecimento da autenticidade dos documentos que instruem a inicial.

A resposta ao ofício se deu no dia seguinte (e-doc 26).

A perícia médica foi realizada em 26 de maio de 2015, com a juntada do laudo no dia imediatamente posterior.

A douta Procuradoria de Justiça, no parecer exarado pelo Dr José Luiz Martins Domingues, manifestou-se pela concessão da ordem (e-doc 40).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

É o relatório. Passo a decidir.

Inicialmente, impõe-se ressaltar que o habeas corpus se afigura como a via adequada para análise das questões expedidas pela impetrante, cuja finalidade se resume na obtenção de autorização judicial para induzir antecipadamente o parto dos gêmeos siameses da paciente, portadores de “*gemelaridade imperfeita, do tipo dicefalia, apresentando duplicação da coluna vertebral, quatro membros e coração único*”, que os impedirá, irremediavelmente, de ter vida extrauterina.

Como a interrupção da gravidez fora das hipóteses previstas no artigo 128, I e II, do Código Penal, configura, em princípio, o delito de aborto, eventual condenação da paciente poderá sujeitá-la à pena de detenção de 01 (um) a 03 (três) anos, o que evidencia possível ameaça ao direito de locomoção.

Logo, passe-se ao exame de mérito.

Segundo consta dos autos, no dia 16 de abril de 2015, a paciente formulou pedido de alvará judicial, distribuído ao Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca da Capital, com vistas a obter autorização para interromper a própria gravidez, em decorrência da grave enfermidade dos fetos siameses, que os levará à morte após o parto, além de trazer riscos à gestante, como “*polidramnia*” (excesso de líquido amniótico), hipertensão e esterilidade.

Com o advento da sentença, a MM Juíza julgou extinto o processo sem resolução de mérito, com base no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, ao fundamento de que os pacientes não teriam demonstrado os riscos a que se sujeitaria a gestante com o prosseguimento da gravidez, tampouco a concreta impossibilidade de os fetos terem vida extrauterina. Confira-se o *decisum* impugnado:

Trata-se de pedido de autorização para intervenção abortiva formulado pela gestante JOSEANE DA COSTA SOARES, e o foi com apoio em laudo médico exarado em exame de ul-





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

trassonografia a que se submeteu a requerente, o qual atesta se tratar de feto portador de gemelaridade imperfeita, sendo do tipo dicefalia com duplicação da coluna vertebral, quatro membros e coração único, conforme documentação que vai às fls. 30, 33, 35/37 e 45/52. Ouvido o Ministério Público, este se opõe ao pedido, ao argumento de que o caso em tela não está previsto dentre aqueles em que a lei ampara, bem como que a documentação acostada onde se alega risco de vida à gestante, não veio cabalmente conclusiva quanto ao real perigo de vida a que ela estaria sujeita. Tenho que assiste razão ao órgão do Ministério Público. Compulsando os autos, verifico que o caso em tela está dentre aqueles que a lei quis excluir do elenco de causas de exclusão de ilicitude. Note-se, que a tipicidade afigura-se óbvia sob o aspecto formal, porque o fato está previsto como crime, considerando que o bem jurídico vida, neste caso, é viável, não havendo nada a autorizar que o interesse da mãe deva prevalecer sobre o do nascituro. De resto, os documentos acostados aos autos atestam os riscos decorrentes da gravidez gemelar de forma genérica, sem se ater especificamente ao caso sob análise, para não falar dos relatos referentes a gêmeos acolados, que mostram que a taxa de mortalidade é de 54% logo após o nascimento, a demonstrar, que, a rigor, o feto ostenta viabilidade de vida extrauterina, dado a mais a desautorizar o procedimento pleiteado. Ante o exposto, com fulcro no art. 267, inciso VI, do CPC, JULGO EXTINTO O PROCESSO, por entender estar ausente uma das condições da ação, qual seja, a possibilidade jurídica do pedido. Dê-se ciência às partes. Após, transitada em julgado, dê-se baixa e arquivem-se os autos.

Com isso, percebe-se que a MM Juíza julgou com base em critérios genéricos, ao mencionar os dados de uma estatística que não se aplica, especificamente, ao caso em tela, além de não ter se cingido aos documentos que instruem a inicial, e tampouco determinado a realização de perícia médica para dirimir eventuais dúvidas sobre o real estado de saúde dos fetos e suas possibilidades de sobrevivência após o parto.

Dessarte, faz-se necessário o exame minucioso dos referidos documentos, cuja autenticidade foi devidamente atestada no Ofício nº 138/GD-2015 da Instituto Fernandes Figueira da Fundação



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Oswaldo Cruz (e-doc 35), aos quais se alia o laudo pericial realizado em regime de urgência, a requerimento deste Relator, com vistas a buscar, com base em juízo de certeza, o verdadeiro estado de saúde da paciente, dos fetos malformados e as consequências do prosseguimento da gestação, até o parto.

Em 06 de abril de 2015, a Dr^a Raquel Germer, residente de genética médica, esclarece à Comissão de Ética Hospitalar do Instituto Fernandes Figueira que a paciente Joseane é “*gestante de gemelaridade imperfeita, do tipo dicefalia, apresentando duplicação da coluna vertebral, quatro membros e coração único, **malformação congênita com desfecho letal***” (grifo nosso).

Ademais, a médica formula pedido à Comissão de Ética para que a paciente proponha ação judicial para interromper a gestação, devidamente instruído com parecer, exame ultrassonográfico e revisão sobre gemelaridade imperfeita (anexo 1, fls. 14).

Em resposta ao Departamento de Genética Médica / IFF, a Comissão de Ética Médica do Instituto Fernandes Figueira exarou parecer, em cujos termos manifestou-se favorável à interrupção da gravidez da paciente (e-doc 12, fls. 12):

Esta Comissão de Ética Médica recebeu vossa solicitação de parecer quanto à interrupção da gestação da Sr^a Joseane da Costa Soares, por tratar-se de conceito portador de graves malformações, conforme consta em vosso laudo.

Em reunião nesta data e após exame da situação apresentada, esta Comissão de Ética Médica declara que é favorável à interrupção sugerida, ressaltando que tal procedimento não tem amparo no Código Penal Brasileiro ou no Código de Ética Médica.

Desta forma, esta Comissão RESOLVE recomendar que seja solicitada autorização judicial expressa para tal procedimento, uma vez que tal sentença já foi obtida em casos semelhantes por este Serviço.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Pela Comissão de Ética Médica do IFF, assinaram os membros efetivos abaixo.

Soma-se a isso o laudo médico do Instituto Fernandes Figueira da Fundação Oswaldo Cruz (e-doc 12, fls.15), no qual as médicas responsáveis atestam que “os dados observados sugerem fortemente que tais fetos, caso não evoluam para o óbito intra-uterino (sic), **não sobreviverão ao período neonatal**” (grifo nosso).

Aduzem as médicas que a paciente está sujeita aos “riscos maternos envolvidos na gestação gemelar, como polidramnia (excesso de líquido amniótico), hipertensão, riscos relacionados ao procedimento de parto (podendo inclusive comprometer o futuro reprodutivo da gestante), além do estado psicológico da mesma, diante de tais malformações e perspectivas prognósticas”.

Confirmam-se na íntegra os termos do laudo médico:

A gestante acima veio encaminhada, segundo orientação médica, ao Departamento de Genética Médica do Instituto Fernandes Figueira, com diagnóstico de gemelaridade imperfeita, confirmada por ultra-sonografia (sic) realizada no serviço de Medicina Fetal do Iff. A ultra-sonografia (sic) do dia 25/03/2015 visualizava fetos compatíveis com 17 semanas e 1 dia de idade gestacional, demonstrando gemelaridade imperfeita, sendo do tipo dicefalia, apresentando duplicação da coluna vertebral, quatro membros e coração único.

Conforme apontado no resumo sobre gemelaridade imperfeita, devem-se tecer algumas considerações sobre o caso em questão:

- *A viabilidade da gemelaridade imperfeita costuma estar relacionada à separação entre os fetos e o compartilhamento de órgãos vitais;*
- *Os dados observados sugerem fortemente que tais fetos, caso não evoluam para o óbito intra-uterino (sic), não sobreviverão ao período neonatal;*
- *Por fim, cabe ressaltar os riscos maternos envolvidos na gestação gemelar, como polidramnia (excesso de líquido amniótico), hipertensão, riscos relacionados ao*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

procedimento de parto (podendo inclusive comprometer o futuro re-produtivo da gestante), além do estado psicológico da mesma, diante de tais malformações e perspectivas prognósticas.

Colocamo-nos à disposição para esclarecimentos adicionais. Está indicando o estudo anátomo-patológico posterior, visando o futuro aconselhamento genético.

A inicial foi instruída ainda com documento do Centro de Genética Médica, em que se discriminam as complicações associadas à gestação gemelar, como “*toxemia gravídica, edema de membros inferiores e suprapúbico, dispneia pelo maior volume uterino, sobrecarga cardíaca, anemia, êmese e hiperêmese gravídica, polidramnia, abortamento, amnionorrexia prematura, parto prematuro, crescimento intra-uterino (sic) retardado, apresentações anômalas e distocias de trajeto, prolapso funicular, placentação anômala, malformações congênitas e mortalidade perinatal*” (e-doc 12, fls. 16).

Da análise da ultrassonografia obstétrica, assinada por duas médicas, deflui a certeza da gravidade do tipo de gemelariade imperfeita a que foram acometidos os fetos, unidos tanto pelo tórax quanto pelo abdômen, com dois polos cefálicos distintos e apenas um tórax, um abdômen e um coração, além de dois membros superiores e dois inferiores (e-doc 12, fls. 24).

Há que se fazer menção ainda sobre o Parecer de Medicina Fetal da Clínica Médica Nossa Senhora de Lourdes, no qual duas médicas apresentam diagnóstico de feto dicéfalo, com duplicação da coluna vertebral, com quatro membros e coração único, “*sem possibilidades terapêuticas*” (e-doc 12, fls. 23).

Por derradeiro, a médica perita designada por este egrégio Tribunal de Justiça, Dr^a Ana Cristina Benites do Nascimento, CRM nº 5257004-7, atestou que a interrupção imediata da gestação se faz necessária, devido à inviabilidade fetal pós-parto e risco para a parturiente.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Logo, diante dos documentos que instruem a inicial, entre os quais se destacam exames e laudo médico da Fiocruz, aliados ao laudo pericial atestado pela médica designada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conclui-se, com base em opinião estritamente científica, que os gêmeos siameses são portadores de uma anomalia insuperável, que não os permitirá sobreviver após o parto, independentemente de qualquer intervenção médica.

Da análise probatória decorre, outrossim, os graves riscos que envolvem a gestação, como *polidramnia*, hipertensão, complicações relacionadas ao procedimento de parto e a possibilidade de a paciente se tornar estéril para o resto de sua vida.

Além de ter se baseado em dados genéricos para fundamentar a sentença impugnada, a douta Julgadora mencionou uma taxa de mortalidade que não se aplica, especificamente, ao caso em tela, na medida em que se refere de forma ampla aos gêmeos acolados, cuja classificação comporta diversos tipos de gemelaridades imperfeitas, como os *onfalópagos*, *toracópagos*, *cefalópagos*, *isquiópagos*, *parapágos*, *parapágos diprosopos*, *parapágos dicéfolos*, *craniópagos*, *raquípagos* e *pigópagos*.

Na hipótese dos autos, os fetos em questão foram classificados como *toracoabdominopófagos* (e-doc 12, fls. 17), espécime das mais raras e graves da gemelaridade imperfeita, cuja sobrevivência após o parto, repita-se, não se revela possível, segundo a opinião médica.

Diante dessa realidade, resta saber se o objeto do presente *Writ* encontra fundamento em nosso ordenamento jurídico, a fim de se aferir se as condutas pretendidas pela paciente se amoldariam, ou não, aos tipos penais previstos nos artigos 124 e 126 do Código Penal.

Em primeiro lugar, há que se destacar a grande similitude entre a hipótese dos autos e os casos de interrupção de gra-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

videz decorrentes de anencefalia, cujas consequências são absolutamente idênticas, ou seja, a morte do feto após o parto.

Logo, os fundamentos das diversas decisões judiciais em que se autorizou a interrupção da gestação do feto anencéfalo podem e devem ser acolhidos nas razões de decidir no presente Habeas Corpus, sobretudo porque o âmago da questão se resume na impossibilidade de os fetos dicéfalos, portadores de anomalia fatal, terem vida extrauterina e quais as consequências jurídicas de eventual indução antecipada do parto.

Afigura-se, pois, um equívoco ignorar o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria, a inconstitucionalidade de interpretação que considere a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como uma conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO. INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ. MULHER. LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA. SAÚDE. DIGNIDADE. AUTODETERMINAÇÃO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. CRIME. INEXISTÊNCIA. *Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (ADPF 54, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013).*

Trata-se de decisão definitiva de mérito, provida de “*eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público*”¹, aplicável analogicamente à hipótese dos autos, da qual se extrai os direitos constitucionais da mulher, precisamente o direito à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autonomia da vontade, à privacidade e à saúde, em aparente conflito com

¹ Lei nº 9.882/99, artigo 10, § 3º.





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

o direito à vida intrauterina dos fetos portadores de gemelaridade im-
perfeita.

Confira-se o texto constitucional:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...];

III - a dignidade da pessoa humana;

[...];

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...];

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

[...];

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...].

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Quando se menciona o termo “*aparente conflito*”, significa dizer que os gêmeos siameses, portadores de gemelaridade imperfeita do tipo *toracoabdominopófagos*, nem sequer poderiam, em princípio, ser destinatários dos direitos fundamentais previstos na Carta Política, ante a ausência de potencialidade de vida para se tornarem pessoa humana.

Como leciona o saudoso Ministro Ayres Britto, “os *momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum*”², e não pela legislação constitucional, referente à pessoa humana:

“O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria “natalista”, em contraposição às teorias “concepcionista” ou da “personalidade condicional”). E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativa de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. (...). O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição”.

² ADPF 54, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, p. 26.





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

No entanto, ainda que se possa atribuir aos fetos natimortos a titularidade do direito à vida, há que se distinguir o ser humano, embrião, do indivíduo-pessoa, sujeito de direitos e deveres, de cujas características deflui o estatuto constitucional da pessoa humana.

Além de não ser absoluto, o direito à vida comporta diferentes graus de proteção, à medida que o seu titular vai se desenvolvendo, desde a fecundação do óvulo, passando pela gestação, até chegar ao nascimento, como se infere, por exemplo, das penas cominadas aos delitos de homicídio e aborto provocado pela gestante, das quais se extrai a certeza de que o legislador confere uma maior proteção à vida extrauterina.

Logo, afigura-se um equívoco conferir o mesmo grau de proteção do indivíduo saudável ao feto natimorto, portador de uma anomalia insuperável, que o levará à morte em poucas horas após o parto, isso se não vier a morrer antes ou até mesmo causar um grave malefício à gestante durante a gravidez.

Os direitos da mulher violentada sexualmente se sobressaem em relação ao direito à vida do **feto saudável**, e ninguém nunca questionou a constitucionalidade do artigo 128, II, do Código Penal.

Ora, se a tutela outorgada ao feto absolutamente saudável sofre supressão em prol dos direitos da mulher, maior razão para afastar a proteção dada ao natimorto, quando os seus direitos estiverem em conflito com os da gestante.

Nesse sentido, convém trazer à colação o entendimento do ex-Ministro Joaquim Barbosa, quando da prolação do acórdão de sua relatoria, nos autos do Habeas Corpus nº 84.025:

[...] em casos de malformação fetal que leve à impossibilidade de vida extra-uterina, uma interpretação que tipifique a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

conduta do aborto (art. 124 do Código Penal) estará sendo flagrantemente desproporcional em comparação com a tutela legal da autonomia privada da mulher, consubstanciada na possibilidade de escolha de manter ou de interromper a gravidez, nos casos previstos no Código Penal. Em outras palavras, dizer-se criminosa a conduta abortiva, para a hipótese em tela, leva ao entendimento de que a gestante cujo feto seja portador de anomalia grave e incompatível com a vida extra-uterina está obrigada a manter a gestação. Esse entendimento não me parece razoável em comparação com as hipóteses já elencadas na legislação como excludente de aborto, especialmente porque estas se referem à interrupção da gestação de feto cuja vida extra-uterina é plenamente viável. Seria um contra-senso cancelar a liberdade e a autonomia privada da mulher no caso de aborto sentimental, permitido nos casos de gravidez resultante de estupro, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, e vedar o direito a essa liberdade nos casos de malformação fetal gravíssima, como a anencefalia, em que não existe um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica.

A matéria não passou despercebida no Congresso Nacional e passou a fazer parte do Anteprojeto do Código Penal, o Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, em cujo texto se inclui o artigo 128, III, *in expressi verbis*:

Art. 128. Não há crime de aborto:

[...];

III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina (sic), em ambos os casos atestados por dois médicos (grifo nosso);

A saúde é definida como “o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente como a ausência de enfermidade³”, segundo a Organização Mundial de Saúde.

³ Disponível em: <<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>> Acesso em 27 de maio de 2015.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A gestação dos fetos natimortos gera, indubitavelmente, maiores riscos à paciente do que uma hipotética gravidez comum, inclusive com a possibilidade de deixá-la estéril para o resto da vida.

O aspecto psíquico, por sua vez, não se revela menos doloroso à paciente, pois carregar no ventre um filho gerado com amor, a quem se colocavam as melhores expectativas, mas com plena ciência de que nascerá deformado e sem a menor chance de sobreviver, configura um quadro devastador, equivalente a uma tortura suportada dia após dia pela mulher.

A título de ilustração, faz-se necessário transcrever parte do depoimento da ex-gestante de um feto anencéfalo, que figurou como paciente nos autos do Habeas Corpus nº 84.025/RJ, julgado prejudicado pelo Supremo Tribunal Federal, ante a perda do objeto⁴:

[...]. “Um dia eu não aguentei. Eu chorava muito, não conseguia parar de chorar. O meu marido me pedia para parar, mas eu não conseguia. Eu saí na rua correndo, chorando, e ele atrás de mim. Estava chovendo, era meia-noite. Eu estava pensando no bebê. Foi na semana anterior ao parto. Eu comecei a sonhar. O meu marido também. Eu sonhava com ela [referindo-se à filha que gerava] no caixão. Eu acordava gritando, soluçando. O meu marido tinha outro sonho. Ele sonhava que o bebê ia nascer com cabeça de monstro. Ele havia lido sobre anencefalia na internet. Se você vai buscar informações é aterrorizante. Ele sonhava que ela [novamente, referindo-se à filha] tinha cabeça de dinossauro. Quando chegou perto do nascimento, os sonhos pioraram. Eu queria ter tirado uma foto dela [da filha] ao nascer, mas os médicos não deixaram. Eu não quis velório. Deixei o bebê na funerária a noite inteira e no outro dia enterramos. Como não fizeram o teste do pezinho na maternidade, foi difícil conseguir o atestado de óbito para enterrar.”

Ademais, não compete ao Estado suprimir a manifestação de vontade da mulher e, por consequência, imiscuir-se em valores e sentimentos estritamente privados, para obrigá-la a prosse-

⁴ FERNANDES, 2007, apud Min. Marco Aurélio, op. cit., p. 31.





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

guir com uma gravidez fadada à tragédia, sobretudo porque o Poder Público não dispõe dos meios necessários a evitar a morte dos gêmeos natimortos após o parto, quando os médicos, muitas vezes, permanecem inertes, sem prestar nenhum procedimento de reanimação, ante a impossibilidade de assegurar a incolumidade física dos fetos.

No caso vertente, portanto, ainda que se considerem os fetos dicéfalos como destinatários do direito à vida, a despeito da ausência de potencialidade para se tornarem um indivíduo-pessoa, não cabe ao Estado impor o prosseguimento de uma gestação que se apresenta como uma verdadeira tortura, cujo resultado final será irremediavelmente a morte dos gêmeos siameses, sobretudo porque os direitos fundamentais da mulher, referentes à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autonomia da vontade, à privacidade e à saúde se mostram preeminentes à vida exclusivamente intrauterina dos natimortos.

A matéria já foi objeto de apreciação por este egrégio Tribunal de Justiça :

PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO DE INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ JULGADO IMPROCEDENTE. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL DIANTE DO CONTEÚDO DOS LAUDOS MÉDICOS QUE CONSTATAM OS GRAVES RISCOS À SAÚDE DA GESTANTE E A INVIABILIDADE DA VIDA EXTRAUTERINA. CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO - LIMINAR CONCEDIDA COM EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ PERMITINDO A REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE ABORTAMENTO NA FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ - MÉRITO - EXCLUDENTE DE ILÍCITUDE - INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA E GRAMATICAL DO ARTIGO 128 DO CÓDIGO PENAL - LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - DIREITOS FUNDAMENTAIS - FETOS COM GEMELARIDADE IMPERFEITA DO TIPO DICÉFALO - PRESENÇA DE UM SÓ CORAÇÃO E DUAS CABEÇAS DISTINTAS - LAUDOS MÉDICOS CONCLUSIVOS QUANTO À IMPOSSIBILIDADE DE QUALQUER INTERVENÇÃO CIRÚRGICA QUE PUDESSE VIABILIZAR A SOBREVIVÊNCIA DOS FETOS PORTADO-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RES DE GRAVÍSSIMAS MALFORMAÇÕES CONGENITAS - POSSIBILIDADE CONCRETA DE RISCO DE VIDA MATERNO NA GESTAÇÃO GEMELAR E ESTADO PSICOLÓGICO DA GESTANTE DIANTE DAS MALFORMAÇÕES E DO PROGNÓSTICO - PARECER DA COMISSÃO DE ÉTICA DA FIOCRUZ FAVORÁVEL À INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - RATIFICAÇÃO DA LIMINAR E CONCESSÃO DA ORDEM (0035590-82.2013.8.19.0000 - HABEAS CORPUS. DES. FATIMA CLEMENTE - Julgamento: 20/08/2013 - QUARTA CÂMARA CRIMINAL).

Habeas corpus. Pedido de interrupção da gravidez. Feitos xifópagos. Alegação de grave risco à gestante e inviabilidade da vida extrauterina, tratando-se de gêmeos que possuem apenas um coração e uma cavidade abdominal, sendo impossível separá-los. Gemelaridade imperfeita do tipo toraco-onfalópago, com compartilhamento de estruturas cardíacas e abdominais. Probabilidade baixíssima de sobrevivência dos fetos. Laudo médico do Centro de Genética Médica do Instituto Fernandes Figueira - FIOCRUZ, e parecer da Comissão de Ética Médica do mesmo Instituto, que recomenda seja solicitada autorização judicial expressa para a realização de aborto na Paciente. Hipótese que se encontra no limiar entre o aborto eugênico e o aborto necessário, tendendo para o último tipo, em face do estado agravado da Paciente nas derradeiras semanas. Documentação idônea. Situação que afasta a ilicitude da conduta. Concessão da ordem para autorizar a interrupção da gravidez (0037805-36.2010.8.19.0000 - HABEAS CORPUS. DES. MARIA HELENA SALCEDO - Julgamento: 19/08/2010 - QUINTA CÂMARA CRIMINAL).

Além de não haver nenhuma contradição com a ordem constitucional, a conduta pretendida pela paciente tampouco se afigura típica, ante a ausência de potencialidade de vida para que os fetos dicéfalos se tornem pessoa humana.

Em face do exposto, concedo a ordem, a fim de assegurar à paciente o direito de tomar a decisão sobre a antecipa-ção terapêutica do parto, desde que haja viabilidade médica para o procedimento, cuja execução não configurará os delitos de aborto previstos nos artigos 124 e 126 do Código Penal.





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**Expeça-se alvará de autorização, instruído com
cópia autenticada do presente acórdão.**

Rio de Janeiro, 27 de maio de 2015.

CLAUDIO TAVARES DE OLIVEIRA JUNIOR
Desembargador Relator