

Rio de Janeiro, 30 de junho de 2004

Exmo. Sr.

Ministro **MARCO AURÉLIO DE MELLO**

Supremo Tribunal Federal

*Fundamental n.º 54*

*na Saúde*

*Arguição de Descumprimento de Preceito*

*Argüinte: Confederação Nacional dos Trabalhadores*

**A CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE – CNTS**, por seu advogado, pede vênua para submeter a V. Exa. o presente memorial, no qual seguem sistematizadas as razões pelas quais deve ser concedida a liminar requerida e, ao final, julgado procedente o pedido formulado na ADPF em epígrafe.

1. A presente arguição presta-se à defesa e guarda dos seguintes preceitos fundamentais: o art. 1º, IV (a dignidade da pessoa humana), o art. 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os arts. 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição Federal. A violação dos preceitos ora invocados decorre de uma específica aplicação que tem sido dada aos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal, por diversos juízes e tribunais: a que deles extrai a proibição de a gestante portadora de feto anencefálico – patologia que torna absolutamente inviável a vida extra-uterina – submeter-se à antecipação terapêutica do parto. O pedido, em suma, é para que esta Corte proceda à interpretação conforme a Constituição de tais normas, a fim de reconhecer-se à gestante portadora de feto anencefálico o direito subjetivo de submeter-se ao procedimento médico adequado.

2. Uma nota importante. Na presente ação, passa-se ao largo do debate acerca da questão do aborto e de sua criminalização, com todas as implicações filosóficas, religiosas e a torrente de opiniões polarizadas que costumam acompanhá-lo. A hipótese é muito mais simples. Isso porque a *anencefalia* é a má-formação fetal congênita pela qual o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex<sup>1</sup>. Conhecida como “ausência de cérebro”, a anencefalia é incompatível com a vida extra-uterina, sendo fatal em 100% dos casos. O tema é incontroverso na literatura científica ou na experiência médica. A antecipação terapêutica não suscita, portanto, quaisquer das escolhas morais envolvidas na interrupção voluntária da gravidez viável. Nada obstante, o pronunciamento do STF tornou-se indispensável na matéria, para libertá-la de visões idiossincráticas causadoras de dramático sofrimento às gestantes e de ameaças à atuação dos profissionais de saúde.

### CABIMENTO DA ADPF

3. Nos termos do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.882/99, são três os pressupostos para o cabimento da ADPF: (i) a ameaça ou violação a preceito fundamental; (ii) um ato do Poder Público capaz de provocar a lesão; (iii) a inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Os três estão presentes na hipótese. Já se fez referência, acima, aos preceitos fundamentais vulnerados (CF, arts. 1º, IV, 5º, II, 6º, *caput* e 196) e o ato do poder público do qual resulta a lesão (o conjunto normativo extraído do CP, arts. 124, 126 e 128, I e II, na interpretação inadequada). Quanto ao item (iii), a jurisprudência desse Tribunal entende que a subsidiariedade depende da *eficácia* do “outro meio” referido na lei, que deve proporcionar resultados semelhantes aos da ADPF, isto é: caráter vinculante e contra todos<sup>2</sup>. No caso, as normas questionadas estão no Código Penal, diploma legal pré-constitucional, não sendo seus dispositivos originais suscetíveis de controle mediante ação direta de

---

<sup>1</sup> Richard E. Behrman, Robert M. Kliegman e Hal B. Jenson, *Nelson/Tratado de Pediatria*, Ed. Guanabara Koogan, 2002, p. 1777.

<sup>2</sup> Cf. ADPF nº 17 (DJU 28.09.2001), voto do relator, Min. Celso de Mello e ADPF nº 33-5 (DJU 2.12.2002), relator Min. Gilmar Mendes.

inconstitucionalidade, consoante pacífica jurisprudência do STF. Não seria hipótese de ação declaratória de constitucionalidade nem de qualquer outro processo objetivo.

#### FUNDAMENTOS DA PRETENSÃO

**4. Como já registrado, a anencefalia é uma anomalia que inviabiliza de forma absoluta a vida extra-uterina do feto. O prognóstico, nessas hipóteses, é de sobrevida de no máximo algumas horas após o parto. Por outro lado, a permanência do feto anencefálico no útero da mãe é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da gestante e até perigo de vida, em razão do alto índice de óbitos intra-útero desses fetos. De fato, a má-formação fetal em exame empresta à gravidez um caráter de risco, notadamente maior do que o inerente a uma gravidez normal. Assim, a antecipação do parto nessa hipótese constitui indicação terapêutica médica: a única possível e eficaz para o tratamento da paciente (a gestante), já que para reverter a inviabilidade do feto não há solução.**

5. Como se vê facilmente, a antecipação do parto em casos de gravidez de feto anencefálico não caracteriza aborto, tal como tipificado no Código Penal. O aborto é descrito pela doutrina especializada como “a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção)”<sup>3</sup>. Vale dizer: a morte deve ser resultado direto dos meios abortivos, sendo imprescindível tanto a comprovação da relação causal como a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Não é o que ocorre na antecipação do parto de um feto anencefálico. A morte do feto nesses casos decorre da má-formação congênita, sendo certa e inevitável ainda que decorridos os nove meses normais de gestação.

6. O foco da atenção deve voltar-se, portanto, para o estado da gestante. Note-se que a proteção de seus direitos fundamentais não é

---

<sup>3</sup> Damásio E. de Jesus, *Código Penal Anotado*, 2002, p. 424.

causa de lesão a bem ou direito de outrem – por fatalidade, não há viabilidade de uma outra vida, sequer um nascituro, cujo interesse se possa eficazmente proteger. É até possível colocar a questão em termos de ponderação de bens ou valores, mas a rigor técnico não há essa necessidade. A hipótese é de não-subsunção da situação fática relevante aos dispositivos do Código Penal. A gestante portadora de feto anencefálico que opte pela antecipação terapêutica do parto está protegida por três conjuntos de direitos constitucionais que imunizam a sua conduta da incidência da legislação ordinária repressiva, a saber:

**(i) A dignidade da pessoa humana.** A Constituição veda toda forma de tortura (art. 5º, III) e impor à mulher o dever jurídico de carregar por nove meses um feto que sabe não sobreviverá, causando-lhe angústia profunda, viola sua dignidade física e moral, podendo ser equiparada à tortura psicológica.

**(ii) Legalidade, liberdade e autonomia da vontade.** A restrição à liberdade de escolha e à autonomia da vontade da gestante não se justifica, quer sob o aspecto do direito positivo – a tipificação do Código Penal não alcança esta hipótese –, quer sob o prisma da ponderação de valores: como já referido, não há uma vida potencial cuja proteção deva ser sopesada com os direitos da gestante.

**(iii) Direito à saúde.** Saúde significa o *completo bem estar físico, mental e social*, e não apenas a ausência de doença. A antecipação do parto em hipótese de gravidez de feto anencefálico é o único procedimento médico cabível para obviar o risco e a dor da gestante. Impedir a sua realização importa em injustificável restrição ao direito à saúde.

7. *O fumus boni iuris é evidente na hipótese. Quanto ao periculum in mora, tramitam perante tribunais de todo o país diversas ações judiciais em que gestantes portadoras de feto anencefálico buscam autorização judicial para submeterem-se à antecipação terapêutica do parto. Atualmente, o procedimento só é realizado mediante a apresentação de tal autorização. Muitas vezes, o pedido é indeferido, sujeitando a gestante ao sofrimento desnecessário e às sanções penais, que também podem atingir os profissionais de saúde.*

8. Desse modo, a CNTS requer, liminarmente, a suspensão de processos ou efeitos de decisões judiciais que pretendam aplicar ou tenham aplicado os dispositivos do Código Penal referidos nos casos de antecipação do parto de fetos anencefálicos, para reconhecer-se à gestante portadora de feto anencefálico o direito subjetivo de submeter-se ao procedimento médico adequado e ao profissional de saúde o direito inequívoco de realizá-lo. Ao fim, requer que essa Eg. Corte julgue procedente a presente ADPF e proceda à interpretação conforme a Constituição dos dispositivos referidos do Código Penal, pronunciando a inconstitucionalidade de sua incidência na hipótese aqui descrita.

LUÍS ROBERTO BARROSO  
Adv. Insc. OAB/RJ nº 37.769