

Rio de Janeiro, 25 de abril de 2005.

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54:  
DEMONSTRAÇÃO DE SEU CABIMENTO**

MEMORIAL DA AUTORA  
CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE TRABALHADORES NA SAÚDE  
(CNTS)

**Excelentíssimo Senhor**  
**Ministro CARLOS AYRES BRITTO**  
**Supremo Tribunal Federal**

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, por seu advogado, pede vênua para submeter a V. Exa. o memorial que se segue.

NOTA PRÉVIA

1. O presente memorial versa, exclusivamente, sobre a questão de ordem suscitada, referente ao cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental proposta. O Supremo Tribunal Federal irá decidir, preliminarmente, se lhe cabe conhecer do pedido e decidir o mérito da questão. A discussão de fundo, como se sabe, tem por objeto o reconhecimento da legitimidade constitucional da antecipação do parto em uma hipótese específica: a dos fetos anencefálicos, quando devidamente comprovada a anomalia e sendo esta a vontade da gestante.

2. O tema da interrupção da gestação, em âmbito mais amplo do que aquele aqui tratado, já foi objeto de pronunciamento dos principais

tribunais constitucionais do mundo, de acordo com a cronologia a seguir: Estados Unidos (1973), Áustria (1974), França (1975), Itália (1975), Alemanha (1975), Noruega (1983), Portugal (1984), Espanha (1984-85), Canadá (1988)<sup>1</sup>. Sobre a questão específica envolvendo a anencefalia, há manifestação da Corte Suprema da Argentina (2001).

3. A sociedade brasileira aguarda, com justa ansiedade, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria. Somente a orientação da mais alta Corte poderá retirar o tema da incerteza jurídica em que se encontra. É isso o que aqui se pede e espera.

#### I. A HIPÓTESE

4. Postula-se, na presente ADPF, a interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126, *caput* e 128, I e II do Código Penal, para o fim de se reconhecer que eles não incidem no caso de interrupção da gestação de fetos diagnosticados como anencefálicos. A anencefalia é a má-formação congênita pela qual o feto, por defeito de fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex. Como conseqüência, o feto não terá qualquer viabilidade de vida extra-uterina.

5. No Brasil, na linha do padrão internacional, adota-se a morte encefálica ou cerebral como critério científico para declarar um indivíduo morto. Isso é o que dispõe a Lei nº 9.434, de 4.01.97, que regula o transplante de órgãos no país<sup>2</sup>. Ou seja: uma vez que se constate, de acordo com os critérios médicos próprios, a morte cerebral, o indivíduo será considerado morto, ainda que alguns de seus órgãos permaneçam funcionando por meio de aparelhos.

---

<sup>1</sup> O levantamento se encontra em L. Favoreu e L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 2003, p. 324-5.

<sup>2</sup> Lei nº 9.434/97, art. 3º: “A retirada *post mortem* de tecidos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.”

6. A “vida” intra-uterina do feto anencefálico corresponde, a rigor, apenas ao funcionamento de seus órgãos, mantido pelo corpo da gestante ao qual está ligado, da mesma forma que os órgãos de um indivíduo cuja morte cerebral tenha sido constatada podem ser mantidos em funcionamento por aparelhos a ele conectados. E se não há, na hipótese, vida a ser protegida, nada justifica a restrição aos direitos fundamentais da gestante (dignidade, liberdade e saúde) que a obrigação de levar a cabo a gravidez acarreta. A incidência da norma penal no caso, portanto, será inteiramente desproporcional e inconstitucional<sup>3</sup>.

7. Entenda-se bem: não se pretende aqui que o STF edite qualquer norma nova – *e.g.*, nova excludente de ilicitude para o crime de aborto –, mas apenas que declare a inconstitucionalidade de uma determinada incidência dos enunciados referidos no Código Penal, reconhecendo que a antecipação do parto de fetos anencefálicos com o consentimento da mãe é **fato atípico**<sup>4</sup>. Resumida a hipótese, passa-se a examinar o tema específico da questão de ordem.

## II. IMPORTÂNCIA INSTITUCIONAL DA ADPF E ATENDIMENTO DOS SEUS REQUISITOS

### CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DE CABIMENTO

8. Durante os anos que se seguiram à promulgação da Constituição Federal, e mesmo após a edição da Lei nº 9.882/99, verificou-se alguma indefinição doutrinária acerca dos contornos da arguição de descumprimento de preceito fundamental e certo temor de que a nova ação se

---

<sup>3</sup> É possível chegar-se ao mesmo resultado mediante um critério de ponderação de valores: a permanência de um feto sem viabilidade de vida extra-uterina no útero da gestante não legitima o imenso sofrimento a que esta estará sujeita, por meses a fio, submetendo-se inutilmente às transformações físicas e psicológicas trazidas pela gravidez.

<sup>4</sup> De fato, *tipicidade*, *antijuridicidade* e *culpabilidade* são planos absolutamente distintos na teoria do delito. E ainda que assim não fosse, discutir a constitucionalidade da criminalização de determinada conduta é algo que certamente integra a alçada de uma Corte Constitucional, sem que isso lhe imponha o papel de legislador positivo (já que a providência requerida é o simples afastamento da incidência inconstitucional da norma criminalizadora).

transformasse em instrumento autoritário e centralizador, semelhante à antiga advocatária.

9. A verdade, felizmente, é que o receio não se confirmou, graças à atuação do próprio Supremo Tribunal Federal. Mais que isso, os estudiosos do tema<sup>5</sup> sublinham a importância institucional da argüição, sobretudo para (i) suprir lacunas do sistema brasileiro de controle concentrado, permitindo o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade de atos anteriores à Constituição, atos municipais e atos já revogados ou de efeitos já exauridos; e (ii) permitir que o STF se manifeste sobre temas da maior relevância, envolvendo preceitos constitucionais fundamentais e que, de outro modo, não chegariam ao seu conhecimento.

10. Em um momento em que o Judiciário encontra-se sobrecarregado por uma imensa quantidade de processos idênticos, a ADPF representa uma oportunidade de racionalizar o caos das decisões conflitantes e de minimizar a demora na prestação jurisdicional definitiva, a partir da fixação imediata, pelo Supremo Tribunal Federal, de interpretação com eficácia geral e vinculante a todos os órgãos do Poder Público (art. 10, § 3º, da Lei n.º 9.882/99<sup>6</sup>), justamente nos casos em que essa providência se faz mais necessária: nas hipóteses de violação a preceito fundamental. Por isso mesmo é indiscutível cuidar-se de instrumento de jurisdição objetiva e abstrata, que pode ser exercida independentemente de qualquer caso concreto. Nesse sentido, veja-se Clèmerson Merlin Clève:

---

<sup>5</sup> V., dentre outros, Carlos Mário da Silva Velloso, A argüição de descumprimento de preceito fundamental, *Fórum Administrativo* n.º 24, 2003; Gilmar Ferreira Mendes, *Argüição de descumprimento de preceito fundamental e Argüição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz*, in [www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br); Clèmerson Merlin Clève e Cibele Fernandes Dias, Argüição de descumprimento de preceito fundamental, *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás* 21(1-1):49-54, 2001; José Afonso da Silva, Comentário de acórdãos in *Cadernos de soluções constitucionais*, n.º 1, 2003; Celso Ribeiro Bastos e Alexis Galiás de Souza Vargas, Argüição de descumprimento de preceito fundamental, *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 30/69, 2000; André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (org.), *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99*, 2001; e André Ramos Tavares, *Tratado da argüição de preceito fundamental*, 2001.

<sup>6</sup> Lei n.º 9.882/99, art. 10, § 3º: “A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.”

*“Diante deste quadro, percebe-se que ao regulamentar o § 1º, do art. 102, a Lei 9.882/99 construiu a argüição de descumprimento de preceito fundamental à imagem e semelhança das ações que inauguram um processo objetivo e substanciam meio especial de provocação da jurisdição constitucional abstrata, com o único diferencial, que tem sede constitucional, de que a parametricidade não é toda a Lei Fundamental, mas somente os preceitos fundamentais”.*<sup>7</sup>

11. Feita essa observação geral, é bem de ver que o objeto da ADPF, como previsto no art. 102, § 1º, da Constituição<sup>8</sup> e no art. 1º da Lei nº 9.882/99<sup>9</sup>, é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público. Os dois requisitos principais estão claramente presentes na hipótese:

- (i) há preceitos constitucionais fundamentais sendo vulnerados – a dignidade, a liberdade e a saúde da gestante; e
- (ii) a lesão em tela resulta de ato do Poder Público, que pode ser descrito como o conjunto normativo extraído dos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal, ou, mais propriamente, na

---

<sup>7</sup> Clèmerson Merlin Clève e Cibele Fernandes Dias, Argüição de descumprimento de preceito fundamental, *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás* 21 (1-1), 2001, p. 53 e 54 – grifos no original. No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet: “Com efeito, quando se considera o rol dos legitimados ativos (que são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade), a natureza do pronunciamento final (que, de acordo com o que deflui da lei regulamentadora, pelo menos poderá constituir também em uma declaração em tese da inconstitucionalidade ou constitucionalidade de ato normativo) e, acima de tudo, a eficácia erga omnes e o efeito vinculante atribuído às decisões, verifica-se que nos encontramos – não obstante a argüição de descumprimento, tal como oportunamente averba Lenio Streck, esteja a abranger ‘a ambivalência própria do sistema misto de controle de constitucionalidade vigente no Brasil’ – em verdade muito mais próximos do controle concentrado do que do controle difuso e incidental, constituindo-se, portanto, a exemplo das demais ações do controle abstrato, tendencialmente um instrumento (processo objetivo) de defesa da ordem constitucional.” (Argüição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos in André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg [orgs.], *Argüição de descumprimento de preceito fundamental; análises à luz da Lei nº 9.882/99*, 2001, p. 156).

<sup>8</sup> CF/88, art. 102, § 1º: “A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”

<sup>9</sup> Lei nº 9.882/99, art. 1º: “A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.”

interpretação inadequada que múltiplas decisões têm dado a tais dispositivos.

12. Nos termos do art. 11 da Lei nº 9.882/99<sup>10</sup>, a decisão a ser proferida em ADPF poderá envolver a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Como referido, o pedido envolve menos do que isso, já que apenas se requer a declaração de inconstitucionalidade *parcial*, sem redução do texto, dos dispositivos do Código Penal já referidos.

13. A Lei nº 9.882/99 adicionou aos dois requisitos acima um terceiro: a inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º)<sup>11</sup>. A doutrina e a jurisprudência dessa Eg. Corte têm construído o entendimento de que a verificação da subsidiariedade em cada caso depende da espécie de solução que o “outro meio” referido na lei seja capaz de produzir<sup>12</sup>. Vale dizer: outro meio eficaz corresponde a outro processo objetivo no qual se possa decidir a questão em caráter *erga omnes* e vinculante<sup>13</sup>. Ocorre

<sup>10</sup> Lei nº 9.882/99, art. 11: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

<sup>11</sup> Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º: “Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.”

<sup>12</sup> Embora na ADPF nº 17 (DJU 28.set.2001), o relator, Min. Celso de Mello, não tenha conhecido da argüição, por aplicação da regra da subsidiariedade, esse ponto não lhe passou despercebido, como se vê da transcrição da seguinte passagem de seu voto: “**É claro que a mera possibilidade** de utilização de outros meios processuais **não basta**, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, **pois**, para que esse postulado possa **legitimamente** incidir, **revelar-se-á** essencial que os instrumentos disponíveis **mostrem-se** aptos a sanar, **de modo eficaz**, a situação da lesividade.

**Isso significa**, portanto, que o princípio da subsidiariedade **não pode** – e não deve – ser invocado para **impedir** o exercício da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental, **eis que** esse instrumento **está vocacionado** a viabilizar, numa dimensão **estritamente** objetiva, a **realização jurisdicional** de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República. (...)

Daí a **prudência** com que o Supremo Tribunal Federal **deve** interpretar a regra inscrita no **art. 4º, § 1º**, da Lei nº 9.882/99, em ordem a **permitir** que a **nova** ação constitucional possa **efetivamente** prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental, causada por ato do Poder Público” (negrito no original).

<sup>13</sup> STF, DJU 2.dez.2002, ADPF nº 33-5, Rel. Min. Gilmar Mendes: “De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de

que, na linha da jurisprudência do STF acerca da legislação editada antes da edição da Carta de 1988, não caberia ação direta de inconstitucionalidade para examinar a validade de incidência de dispositivos do Código Penal<sup>14</sup>. Tampouco seria hipótese de ação declaratória de constitucionalidade ou de qualquer outro processo objetivo.

14. E há ainda uma questão adicional da maior relevância. Além de não haver outro meio objetivo de sanar a lesão, muito dificilmente o tema discutido nesta ADPF chegará ao STF por via de um processo subjetivo, ainda que para produzir efeito apenas entre as partes. Como a prática já demonstrou, a demora inerente aos trâmites processuais normalmente privará a Corte da oportunidade de examinar o assunto antes do desfecho trágico da gestação, com todo o sofrimento que ele trará, inclusive o ônus de submeter-se a gestante à operação de cesariana, de registrar o natimorto, comunicar oficialmente seu óbito e enterrá-lo<sup>15</sup>.

---

preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva.

(...) Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata –, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É o que ocorre, fundamentalmente, nos casos relativos ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogados ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento.

(...) Assim, o Tribunal poderá conhecer da arguição de descumprimento toda vez que o princípio da segurança jurídica restar seriamente ameaçado, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional.”

<sup>14</sup> STF, *DJU* 21.nov.1997, Rel. Min. Paulo Brossard. É bem de ver que esse entendimento não foi concebido tendo em conta a técnica da interpretação conforme a Constituição.

<sup>15</sup> Foi o que ocorreu recentemente no HC 84.025-6/RJ, de que era relator o Ministro Joaquim Barbosa. Discutia-se no caso, precisamente, pedido de antecipação do parto de feto anencefálico. Seria a primeira vez que o STF teria oportunidade de apreciar a questão. Lamentavelmente, porém, antes que o julgamento pudesse acontecer, a gravidez chegou a termo e o feto anencefálico morreu sete minutos após o parto.

15. Note-se, em desfecho, que a autora requereu, alternativamente e por eventualidade, que na hipótese de se entender pelo descabimento da ADPF, fosse o pedido recebido como de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), na qual se procederia à interpretação conforme a Constituição dos dispositivos do Código Penal impugnados. A jurisprudência tradicional do STF, relativamente ao não cabimento de ADIn em face do direito pré-constitucional, não seria de se aplicar. É que a lógica que move essa linha de entendimento é a de que a lei anterior incompatível com a Constituição terá sido por ela revogada, sendo descabida a ação direta de inconstitucionalidade, que se destina a retirá-la do sistema. Esse raciocínio, naturalmente, não se aplica ao pedido de interpretação conforme, em que a norma permanece em vigor, apenas com a exclusão de uma ou mais incidências.

#### CONCLUSÃO

16. Assim, pelas razões acima compendiadas, a CNTS requer que a ADPF nº 54 seja conhecida, de modo que a questão de mérito nela discutida possa ser apreciada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

**Luís Roberto Barroso**  
Adv. Insc. OAB/RJ 37.769