

30. A relevância desses direitos para a hipótese aqui em discussão é simples de ser demonstrada. Impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, importa violação de ambas as vertentes de sua dignidade humana. A potencial ameaça à integridade física e os danos à integridade moral e psicológica na hipótese são evidentes. A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica. A Constituição Federal, como se sabe, veda toda forma de tortura (art. 5º, III) e a legislação infra-constitucional define a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental³⁸ (acrescente-se: causada intencionalmente ou que possa ser evitada).

b) Legalidade, liberdade e autonomia da vontade

31. O princípio da legalidade³⁹, positivado no inciso II do art. 5º da Constituição, na dicção de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, flui por vertentes distintas em sua aplicação ao Poder Público e aos particulares. Para o Poder Público, somente é facultado agir por imposição ou autorização legal⁴⁰. Em relação aos particulares, esta é a cláusula constitucional genérica da liberdade no direito brasileiro: se a lei não proíbe determinado

³⁸ Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997: “Art 1º Constitui crime de tortura: I - constringer alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.”

³⁹ Sobre o princípio da legalidade, dentre muitos, v. Geraldo Ataliba, *República e constituição*, 1985, p. 98/99; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 1999, p. 32 e ss; e Maria Sílvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 2001, p. 67 e ss.

⁴⁰ Não é este o local apropriado para a discussão acadêmica acerca do desenvolvimento de novos paradigmas relativamente à vinculação positiva da Administração Pública à lei. Sobre o tema, v. Gustavo Binenbojm, *Direitos fundamentais, democracia e Administração Pública*, 2003, mimeografado (projeto de tese de doutorado apresentado ao programa de pós-graduação em direito público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ).

comportamento ou se a lei não o impõe, têm as pessoas a auto-determinação de adotá-lo ou não.

32. A liberdade consiste em ninguém ter de submeter-se a qualquer vontade que não a da lei, e, mesmo assim, desde que seja ela formal e materialmente constitucional. Reverencia-se, dessa forma, a autonomia da vontade individual, cuja atuação somente deverá ceder ante os limites impostos pela legalidade. De tal formulação se extrai a ilação óbvia de que tudo aquilo que não está proibido por lei é juridicamente permitido.

33. Pois bem. A antecipação terapêutica do parto em hipóteses de gravidez de feto anencefálico não está vedada no ordenamento jurídico. O fundamento das decisões judiciais que têm proibido sua realização, *data venia* de seus ilustres prolores, não é a ordem jurídica vigente no Brasil, mas sim outro tipo de consideração. A restrição à liberdade de escolha e à autonomia da vontade da gestante, nesse caso, não se justifica, quer sob o aspecto do direito positivo, quer sob o prisma da ponderação de valores: como já referido, não há bem jurídico em conflito com os direitos aqui descritos⁴¹.

c) Direito à saúde

34. Os fundamentos básicos do direito à saúde no Brasil estão dispostos no art. 6º, *caput*, e nos arts. 196 a 200 da Constituição Federal. O art. 196 é especialmente importante na hipótese:

"Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e

⁴¹ Como assinalado, nada impede que se opte por colocar a questão em termos de ponderação de bens ou valores contrapostos: de um lado os direitos fundamentais da mãe e, de outro, a convicção religiosa ou filosófica que defenda a obrigatoriedade de levar a termo a gravidez, mesmo em se tratando de feto inviável. A ponderação, no entanto, é técnica de decisão que se utiliza quando há colisão de princípios ou de direitos fundamentais, funcionando como uma alternativa à técnica tradicional da subsunção. Não se vislumbra colisão no caso aqui estudado, mas sim uma situação de não subsunção ao Código Penal, vale dizer, de atipicidade da conduta.

de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

35. A previsão expressa do direito à saúde na Carta de 1988 é reflexo da elevação deste direito, no âmbito mundial, à categoria de direito humano fundamental. Ressalte-se, neste ponto, que *saúde*, na concepção da própria Organização Mundial da Saúde, é 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 indevida e injustificável restrição ao direito à saúde. Desnecessário enfatizar que se trata, naturalmente, de uma faculdade da gestante e não de um procedimento a que deva obrigatoriamente submeter-se.

IV. DO PEDIDO

INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

36. A técnica da interpretação conforme a Constituição, desenvolvida pela doutrina moderna⁴² e amplamente acolhida por essa Corte⁴³, consiste na escolha de uma linha de interpretação para determinada norma legal, em meio a outras que o texto comportaria. Por essa via, dá-se a expressa exclusão de um dos sentidos possíveis da norma, por produzir um resultado que contravém a Constituição, e a afirmação de

⁴² O princípio da interpretação conforme a Constituição tem sua trajetória e especialmente o seu desenvolvimento recente ligados à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, onde sua importância é crescente. V. Honrad Hesse, *La interpretación constitucional*, in *Escritos de derecho constitucional*, 1983, p. 53. V. tb., dentre muitos outros, Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, 1983, t. 2., p. 232 e ss; Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, 1990, p. 284 e ss.; Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1991, p. 95; J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 1991, p. 236.

⁴³ V. sobre o tema, ilustrativamente, STF, Rep. N° 1.417-7, Rel. Min. Moreira Alves, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* n° 1, p. 314. No mesmo sentido: RTJ 139/624; RTJ 144/146.

outro sentido, compatível com a Lei Maior, dentro dos limites e possibilidades oferecidos pelo texto⁴⁴.

37. Pois bem. O legislador penal brasileiro tipificou o aborto na categoria dos crimes contra a vida. Assim é que são tutelados, nos artigos 124 a 128 do Código Penal, o feto e, ainda, a vida e a integridade física da gestante (vide CP, art. 125 – aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da mãe). A antecipação consentida do parto em hipóteses de gravidez de feto anencefálico não afeta qualquer desses bens constitucionais. Muito ao contrário.

38. Como já exposto, na gestação de feto anencefálico não há vida humana viável em formação. Vale dizer: não há potencial de vida a ser protegido, de modo que falta à hipótese o suporte fático exigido pela norma. Com efeito, apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo de aborto. Assim, não há como se imprimir à antecipação do parto nesses casos qualquer repercussão jurídico-penal, de vez que somente a conduta que frustra o surgimento de uma pessoa ou que causa danos à integridade física ou à vida da gestante tipifica o crime de aborto⁴⁵. Sobre o ponto, vale reproduzir a lição clássica de Nelson Hungria que, embora escrita décadas antes de ser possível o diagnóstico de anencefalia, aplica-se perfeitamente ao caso:

⁴⁴ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003, p. 189: “À vista das dimensões diversas que sua formulação comporta, é possível e conveniente decompor didaticamente o processo de interpretação conforme a Constituição nos elementos seguintes: 1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admitia. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura do texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição. 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal”.

⁴⁵ E, no que toca à gestante, já se registrou que a gravidez de feto anencefálico é potencialmente perigosa, trazendo inúmeros riscos de complicações, além de profunda angústia e sofrimento psicológico não só à mãe como a toda a família. Assim, a antecipação do parto nesses casos somente traz benefícios à saúde da gestante, tanto de ordem física quanto psíquica.

“Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as conseqüências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o abôrto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em abôrto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto.” (grafia original)⁴⁶

39. O Judiciário já tem examinado essa questão em várias ocasiões. Na realidade, nos últimos anos, decisões judiciais em todo o país têm reconhecido às gestantes o direito de submeterem-se à antecipação terapêutica do parto em casos como o da anencefalia, concedendo-lhes alvarás para realização do procedimento⁴⁷. Recentemente, porém, algumas decisões em sentido inverso desequilibraram a jurisprudência que se havia formado. Uma delas, inclusive, chegou à apreciação desse Eg. Supremo Tribunal no início de 2004.

40. Trata-se do HC 84.025-6/RJ, no qual se versava hipótese, precisamente, de 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, sete minutos após o parto, morreu. O eminente Ministro Joaquim Barbosa, relator designado para o caso, divulgou seu preciso voto, exatamente no sentido do que aqui se sustenta. Vale transcrever trecho de seu pronunciamento, que resume toda a questão em análise:

⁴⁶ Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, 1958, p. 297-298.

⁴⁷ Nesse sentido, vejam-se exemplificativamente: em SP: TJ/SP – JTJ 232/391; TJ/SP, 1ª Câmara Crim., MS nº 309.340-3, Rel. David Haddad, j. 22.05.2000; TJ/SP, 3ª Câmara Crim., MS nº 375.201-3, Rel. Tristão Ribeiro, j. 21.03.2002; em MG: TA/MG, 3ª Câmara Cív., Apel. Cív. nº 264.255-3, Rel. Juiz Duarte de Paula, j. 23.09.1998; TA/MG, 1ª Câmara Cív., Apel. Cív. nº 219.008-9, Rel. Juiz Alvim Soares – RJTAMG 63/272; TA/MG, 6ª Câmara Cív., Apel. Cív. nº 0240338-5, Rel. Juiz Baia Borges, DJ 10.09.1997; no RS: TJ/RS, 2ª Câmara Crim., MS nº 70005577424, Rel. José Antônio Cidade Pitrez, j. 20.02.2003; TJ/RS, 3ª Câmara Crim., Apel. Crim. nº 70005037072, Rel. José Antônio Hirt Preiss, j. 12.09.2002; dentre outros.

“Em se tratando de feto com vida extra-uterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou a qualquer momento que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê. A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada? Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não, Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal.”⁴⁸

IV.1. Pedido cautelar

41. No curso da argumentação desenvolvida demonstrouse, de maneira que se afigura inequívoca, a presença do *fumus boni iuris*. A violação dos preceitos fundamentais representados pela dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade, autonomia da vontade e direito à saúde é ostensiva, caso se interpretem as normas penais como impeditivas da antecipação terapêutica do parto na hipótese de feto anencefálico.

42. Quanto ao *periculum in mora*, note-se que tramitam perante tribunais de todo o país diversas ações judiciais em que gestantes –

⁴⁸ Íntegra do voto acessível no site “Consultor Jurídico”, no endereço <http://conjur.uol.com.br/textos/25241/>. No mesmo sentido decidiu a Suprema Corte da Argentina, ao examinar, precisamente, hipótese de antecipação de parto encefálico. O Tribunal confirmou decisão de tribunal inferior no sentido de que “en el caso aquí analizado, y particularmente para una de las hipótesis posibles: la inducción o adelantamiento del parto no se verifican los extremos de la vigencia del tipo objetivo del aborto – artículo 86 del Código Penal”. E acrescentou: “Frente a lo irremediable del fatal desenlace debido a la patología mencionada y a la impotencia de la ciencia para solucionar, cobran toda su vitalidad los derechos de la madre a la protección de su salud, psicológica y física, y, en fin, a todos aquellos reconocidos por los tratados que revisten jerarquía constitucional, a los que se ha hecho referencia supra”. Referência: T.421.XXXVI. T., S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (doc. nº 10).

notadamente as de baixa renda, que dependem da rede pública de saúde – buscam autorização judicial para poderem submeter-se à antecipação terapêutica do parto, por serem portadoras de feto anencefálico. Note-se que o procedimento médico somente é realizado na rede do SUS – e mesmo na maioria dos hospitais privados – mediante a apresentação de tal autorização. Desnecessário dizer (e o caso do HC 84.025-6/RJ, acima citado, é prova disso) que a demora inerente aos trâmites processuais muitas vezes torna inócua eventual decisão judicial favorável à gestante.

43. Configurados o *fumus boni iuris* e o grave *periculum in mora*, a CNTS requer, com fulcro no art. 5º, *caput* e § 3º da Lei n.º 9.882/99, seja concedida medida liminar para suspender o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais que pretendam aplicar ou tenham aplicado os dispositivos do Código Penal aqui indigitados, nos casos de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos. E que se reconheça, como consequência, o direito constitucional da gestante de se submeter ao procedimento aqui referido, e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia descrita na presente ação.

IV.2. Pedido principal

44. Por todo o exposto, a CNTS requer seja julgado procedente o presente pedido para o fim de que essa Eg. Corte, procedendo à interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848/40), declare inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

IV.3. Pedido alternativo

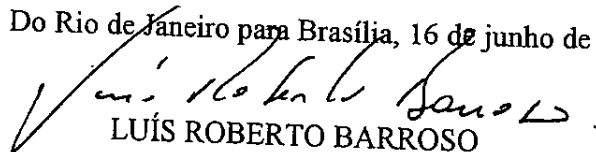
45. Por fim, alternativamente e por eventualidade, a CNTS requer que, caso V. Exa. entenda pelo descabimento da ADPF na hipótese, seja a presente recebida como ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que o que se pretende é a interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, sem redução de texto, hipótese, portanto, em que não incidiria a jurisprudência consagrada dessa Corte relativamente à inadmissibilidade desse tipo de ação em relação a direito pré-constitucional.

46. De fato, a lógica dominante na Corte, reiterada na ADIn nº 2, é a de que lei anterior à Constituição e com ela incompatível estaria revogada. Conseqüentemente, não se deve admitir a ação direta de inconstitucionalidade cujo propósito é, em última análise, retirar a norma do sistema. Se a norma já não está em vigor, não haveria sentido em declarar sua inconstitucionalidade. Esse tipo de raciocínio, todavia, não é válido quando o pedido na ação direta é o de interpretação conforme a Constituição. É que, nesse caso, não se postula a retirada da norma do sistema jurídico nem se afirma que ela seja inconstitucional no seu relato abstrato. A norma permanece em vigor, com a interpretação que lhe venha a dar a Corte.

Por fim, nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, a CNTS se coloca à disposição de V. Exa. para providenciar a emissão de pareceres técnicos e/ou a tomada de declarações de pessoas com experiência e autoridade na matéria, caso se entenda necessário.

Nestes termos, pede deferimento.

Do Rio de Janeiro para Brasília, 16 de junho de 2004.


LUÍS ROBERTO BARROSO

OAB/RJ 37.769