**27/04/2005** **TRIBUNAL PLENO**

**QUEST. ORD. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. MARCO AURÉLIO**
ARGUENTE(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE - CNTS
ADVOGADO(A/S) : LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO(A/S)

ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - PROCESSOS EM CURSO - SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a argüição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal.

ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - AFASTAMENTO - MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em argüição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por

STF - Sessão de Composição de Acórdãos 216

maioria, em referendar a primeira parte da liminar concedida, relativa ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, vencido o ministro Cezar Peluso, em revogar a segunda parte, em que se reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencéfalos, vencidos os ministros Marco Aurélio, relator, Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Ainda por maioria, o Tribunal entendeu admissível a argüição de descumprimento de preceito fundamental e, ao mesmo tempo, determinou o retorno dos autos ao relator para examinar se é caso, ou não, de aplicação do artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, vencidos os ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Carlos Velloso, que não a admitiam.

Brasília, 27 de abril de 2005.

NELSON JOBIM - PRESIDENTE

MARCO AURÉLIO - RELATOR

02/08/2004 TRIBUNAL PLENO

**MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

**PROPOSTA**

**O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE)** – O Ministro Marco Aurélio é Relator da ADPF nº 54 na qual concedeu liminar, sendo o caso de vir a **referendum** do Plenário. A Presidência entende conveniente essa matéria ser decidida definitivamente. Portanto, proponho que nós e o Ministro Marco Aurélio abramos vista ao Sr. Procurador-Geral para, depois, julgarmos o mérito definitivamente.

02/08/2004 TRIBUNAL PLENO

**MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

VOTO SOBRE PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Sou relator da presente ação, sendo argüente a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, que trata da interrupção da gravidez considerado feto sem cérebro, na qual concedi liminar *ad referendum* do Plenário.

Com respaldo do Colegiado, deixo de trazer o processo para o citado referendo.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**QUEST. ORD. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8**
PROCED.: DISTRITO FEDERAL
**RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO**
ARGTE.(S): CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE - CNTS

ADV.(A/S): LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO(A/S)

**Decisão:** O Tribunal, por decisão unânime, deliberou que a apreciação da matéria fosse julgada em definitivo no seu mérito, abrindo-se vista dos autos ao Procurador-Geral da República. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 02.08.2004.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Luiz Tomimatsu
Secretário

**20/10/2004** **TRIBUNAL PLENO**

**QUEST. ORD. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. MARCO AURÉLIO**
ARGUENTE(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE - CNTS
ADVOGADO(A/S) : LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO(A/S)

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Em 17 de junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS formalizou a argüição de descumprimento de preceito fundamental ora em exame parcial. Sob o ângulo da admissibilidade, no cabeçalho da petição inicial, apontou, como envolvidos, os preceitos dos artigos 1º, IV - dignidade da pessoa humana -, 5º, II - princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade -, 6º, cabeça, e 196 - direito à saúde -, todos da Carta da República e, como ato do Poder Público, causador da lesão, o conjunto normativo ensejado pelos artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II, do Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Afirmou, mais, que diversos órgãos investidos do ofício judicante - juízes e tribunais - vêm extraindo do Código Penal, em detrimento da Constituição Federal, dos princípios contidos nos textos mencionados, a proibição de se efetuar a antecipação terapêutica do parto nos casos de fetos anencéfalos. Alegou ser a patologia daquelas que tornam inviável a

vida extra-uterina. Em nota prévia, a CNTS, representada pelo Doutor Luís Roberto Barroso, buscou demonstrar que a antecipação terapêutica do parto não consubstancia aborto, no que este envolve a vida extra-uterina em potencial. Aludiu ao artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99, segundo o qual têm legitimação ativa aqueles que a têm para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. A seguir, disse inequívoca a pertinência temática, de vez que congrega, no ápice da pirâmide das entidades sindicais, os trabalhadores na saúde, incluídos médicos, enfermeiros e outros que atuem no procedimento da antecipação terapêutica do parto, sujeitando-se, em visão imprópria, à ação penal pública, considerado o tipo aborto. Então, discorrendo sobre o cabimento da medida, empolgou a requerente o artigo 1º da 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.

Procura mostrar que a argüição de descumprimento de preceito fundamental afigura-se ação análoga às ações diretas também previstas na Lei Máxima, viabilizando a atuação abstrata e concentrada do Supremo Tribunal Federal. Assevera o preenchimento dos três pressupostos concernentes à argüição: a) ameaça ou violação de preceito fundamental; b) ato do Poder Público capaz de provocar a lesão e c) ausência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Após digressão sobre diversos itens, voltou a requerente

à tecla da dignidade da pessoa humana - artigo 1º, IV -, da liberdade decorrente do princípio da legalidade - artigo 5º, II -, e do direito à saúde - 6º e 196. No tocante à existência de ato do Poder Público, presentes os artigos 124, 126, cabeça, e 128, I e II, do Código Penal, mais uma vez remeteu à glosa penal, se interrompida a gravidez. À luz da cláusula limitadora do § 1º do artigo 4º da Lei nº 9.882/99 - "não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade" -, fez referência ao caráter vinculante e contra todos da decisão proferida na argüição de descumprimento de preceito fundamental, salientando que uma ação individual ou coletiva de natureza subjetiva não encontra definição final em tempo hábil a viabilizar o objetivo almejado. A inicial contém itens, a saber: a) dignidade da pessoa humana; analogia à tortura; b) legalidade, liberdade e autonomia da vontade; c) direito à saúde. O pleito final versa sobre a técnica da interpretação conforme a Constituição, assentada a premissa de que apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo do crime de aborto. Evocou Nelson Hungria, em "Comentários ao Código Penal":

> 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 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 uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto.

A seguir, argüiu a desinteligência de julgados, citando o exemplo estampado no *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa, cujo desfecho, antes que o julgamento nesta Corte pudesse ocorrer, deu-se com o término da gravidez, vindo o feto anencéfalo a falecer minutos após o parto. A requerente buscou a concessão de medida acauteladora, dizendo sob o concurso do sinal do bom direito e do risco de se manter o quadro, sujeitando-se a mãe e todos aqueles que participem da antecipação terapêutica do parto a processo-crime, aspecto a evidenciar o risco. O pedido principal é de, ante os preceitos fundamentais, declarar-se que os artigos 124, 126, 128, I e II, do Código Penal, interpretados a ponto de alcançar tal antecipação terapêutica, são inconstitucionais. Sob o ângulo da eventualidade, em caráter sucessivo, pleiteou o recebimento da inicial como a revelar ação direta de inconstitucionalidade, pretendendo interpretação conforme a Constituição daqueles artigos do Código Penal, sem redução de texto. Refutou, tomando-a como imprópria ao caso, jurisprudência sobre a inadequação da ação direta de inconstitucionalidade relativa a ato normativo abstrato anterior à Carta em vigor. Segundo a óptica da requerente, não é válido assim concluir quando se cuida do envolvimento de interpretação conforme a Constituição. E explicou: "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". O fecho da peça inicial fez-se com o seguinte teor: "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".

Quando já em férias coletivas o Tribunal, prolatei a seguinte decisão:

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - LIMINAR - ATUAÇÃO INDIVIDUAL - ARTIGOS 21, INCISOS IV E V, DO REGIMENTO INTERNO E 5º, § 1º, DA LEI Nº 9.882/99.**
**LIBERDADE - AUTONOMIA DA VONTADE - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - SAÚDE - GRAVIDEZ - INTERRUPÇÃO - FETO ANENCEFÁLICO.**

1. Com a inicial de folha 2 a 25, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS formalizou esta argüição de descumprimento de preceito fundamental considerada a anencefalia, a inviabilidade do feto e a antecipação terapêutica do parto. Em nota prévia, afirma serem distintas as figuras da antecipação referida e o aborto, no que este pressupõe a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Consigna, mais, a própria legitimidade ativa a partir da norma do artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99, segundo a qual são partes legítimas para a argüição aqueles que estão no rol do artigo 103 da Carta Política da República, alusivo à ação direta de inconstitucionalidade. No tocante à pertinência temática, mais uma vez à luz da Constituição Federal e da jurisprudência desta Corte, assevera que a si compete a defesa judicial e administrativa dos interesses individuais e coletivos dos que integram a categoria profissional dos trabalhadores na saúde, juntando à inicial o estatuto revelador dessa representatividade. Argumenta que, interpretado o arcabouço normativo com base em visão positivista pura, tem-se a possibilidade de os profissionais da saúde virem a sofrer as agruras decorrentes do enquadramento no Código Penal. Articula com o envolvimento, no caso, de preceitos fundamentais, concernentes aos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade bem como os relacionados com a saúde. Citando a literatura médica aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte

intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevida de, no máximo, algumas horas após o parto. A permanência de feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante. Consoante o sustentado, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana - a física, a moral e a psicológica - e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde, tal como proclamada pela Organização Mundial da Saúde - o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença. Já os profissionais da medicina ficam sujeitos às normas do Código Penal - artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II -, notando-se que, principalmente quanto às famílias de baixa renda, atua a rede pública.

Sobre a inexistência de outro meio eficaz para viabilizar a antecipação terapêutica do parto, sem incompreensões, evoca a Confederação recente acontecimento retratado no *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ, declarado prejudicado pelo Plenário, ante o parto e a morte do feto anencefálico sete minutos após. Diz da admissibilidade da ANIS - Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero como *amicus curiae*, por aplicação analógica do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99.

Então, requer, sob o ângulo acautelador, a suspensão do andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais que tenham como alvo a aplicação dos dispositivos do Código Penal, nas hipóteses de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, assentando-se o direito constitucional da gestante de se submeter a procedimento que leve à interrupção da gravidez e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia. O pedido final visa à declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848/40 - como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. Sucessivamente, pleiteia a argüente, uma vez rechaçada a pertinência desta medida, seja a petição inicial recebida como reveladora de ação direta de inconstitucionalidade. Esclarece que, sob esse prisma, busca a interpretação conforme a Constituição Federal dos citados artigos do Código Penal, sem redução de texto, aduzindo não serem adequados à espécie precedentes segundo os quais não cabe o controle concentrado de constitucionalidade de norma anterior à Carta vigente.

A argüente protesta pela juntada, ao processo, de pareceres técnicos e, se conveniente, pela tomada de declarações de pessoas com experiência e autoridade na matéria. A peça, subscrita pelo advogado Luís Roberto Barroso, credenciado conforme instrumento de mandato - procuração - de folha 26, anexaram-se os documentos de folha 27 a 148.

O processo veio-me concluso para exame em 17 de junho de 2004 (folha 150). Nele lancei visto, declarando-me habilitado a votar, ante o pedido de concessão de medida acauteladora, em 21 de junho de 2004, expedida a papeleta ao Plenário em 24 imediato.

No mesmo dia, prolatei a seguinte decisão:

**AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - INTERVENÇÃO DE TERCEIRO - REQUERIMENTO - IMPROPRIEDADE.**

1. Eis as informações prestadas pela Assessoria:

> A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB - requer a intervenção no processo em referência, como *amicus curiae*, conforme preconiza o § 1º do artigo 6º da Lei 9.882/1999, e a juntada de procuração. Pede vista pelo prazo de cinco dias.

2. O pedido não se enquadra no texto legal evocado pela requerente. Seria dado versar sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº 9.868/99, que disciplina também processo objetivo - ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, a admissão de terceiros não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, sob pena de tumulto processual. Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação na via recursal.

3. Indefiro o pedido.

4. Publique-se.

A impossibilidade de exame pelo Plenário deságua na incidência dos artigos 21, incisos IV e V, do Regimento Interno e artigo 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, diante do perigo de grave lesão.

2. Tenho a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS como parte legítima para a formalização do pedido,

já que se enquadra na previsão do inciso I do artigo 2º da Lei nº 9.882, de 3 de novembro de 1999. Incumbe-lhe defender os membros da categoria profissional que se dedicam à área da saúde e que estariam sujeitos a constrangimentos de toda a ordem, inclusive de natureza penal.

Quanto à observação do disposto no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, ou seja, a regra de que não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, é emblemático o que ocorreu no *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa. A situação pode ser assim resumida: em Juízo, gestante não logrou a autorização para abreviar o parto. A via-crúcis prosseguiu e, então, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a relatora, desembargadora Giselda Leitão Teixeira, concedeu liminar, viabilizando a interrupção da gestação. Na oportunidade, salientou:

> A vida é um bem a ser preservado a qualquer custo, mas, quando a vida se torna inviável, não é justo condenar a mãe a meses de sofrimento, de angústia, de desespero.

O Presidente da Câmara Criminal a que afeto o processo, desembargador José Murta Ribeiro, afastou do cenário jurídico tal pronunciamento. No julgamento de fundo, o Colegiado sufragou o entendimento da relatora, restabelecendo a autorização. Ajuizado *habeas corpus*, o Superior Tribunal de Justiça, mediante decisão da ministra Laurita Vaz, concedeu a liminar, suspendendo a autorização. O Colegiado a que integrado a relatora confirmou a óptica, assentando:

> *HABEAS CORPUS*. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO.
>
> DECISÃO LIMINAR DA RELATORA RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO *WRIT* PARA A DEFESA DO NASCITURO.
>
> 1. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há se falar em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o *writ* se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro.
>
> 2. Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal.
>
> 3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como

> bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia *in malam partem*. Há de prevalecer, nesse casos, o princípio da reserva legal.
>
> 4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.
>
> 5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal *a quo*, desautorizando o aborto; outrossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar prejudicada a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente, manifestação exaustiva e definitiva da Corte Estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do agravo regimental.

Daí o *habeas* impetrado no Supremo Tribunal Federal. Entretanto, na assentada de julgamento, em 4 de março último, confirmou-se a notícia do parto e, mais do que isso, de que a sobrevivência não ultrapassara o período de sete minutos.

Constata-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final - proclamação desta Corte -, espaço de tempo bem superior a nove meses, período de gestação. Assim, enquadra-se o caso na cláusula final do § 1º em análise. Qualquer outro meio para sanar a lesividade não se mostra eficaz. Tudo recomenda que, em jogo tema da maior relevância, em face da Carta da República e dos princípios evocados na inicial, haja imediato crivo do Supremo Tribunal Federal, evitando-se decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional. Atendendo a petição inicial os requisitos que lhe são inerentes - artigo 3º da Lei nº 9.882/99 -, é de se dar seqüência ao processo.

Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o

amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entrementes, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevida, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social. Daí cumprir o afastamento do quadro, aguardando-se o desfecho, o julgamento de fundo da própria argüição de descumprimento de preceito fundamental, no que idas e vindas do processo acabam por projetar no tempo esdrúxula situação.

Preceitua a lei de regência que a liminar pode conduzir à suspensão de processos em curso, à suspensão da eficácia de decisões judiciais que não hajam sido cobertas pela preclusão maior, considerada a recorribilidade. O poder de cautela é ínsito à jurisdição, no que esta é colocada ao alcance de todos, para afastar lesão a direito ou ameaça de lesão, o que, ante a organicidade do Direito, a demora no desfecho final dos processos, pressupõe atuação imediata. Há, sim, de formalizar-se medida acauteladora e esta não pode ficar limitada a mera suspensão de todo e qualquer procedimento judicial hoje existente. Há de viabilizar, embora de modo precário e efêmero, a concretude maior da Carta da República, presentes os valores em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie.

3. Ao Plenário para o crivo pertinente.

4. Publique-se.

Após incidentes sobre intervenção de terceiros, submeti o processo ao Pleno, para referendo da liminar, em 2 de agosto de 2004, e o Colegiado deliberou aguardar-se o julgamento final - certidão de folha 167.

O Procurador-Geral da República emitiu parecer assim sintetizado:

> 1. O pleito, como apresentado, não autoriza o recurso à interpretação conforme a Constituição: considerações.
> 2. Anencefalia. Primazia jurídica do direito à vida: considerações.
> 3. Indeferimento do pleito.

Em peça de 27 de setembro do corrente ano, veio o Procurador-Geral da República a requerer a submissão do processo ao Plenário em questão de ordem, para definir-se, preliminarmente, adequação da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Então, prolatei a seguinte decisão:

> **AUDIÊNCIA PÚBLICA - INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ - ANENCEFALIA.**
>
> 1. Em 17 de junho do corrente ano, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS formalizou argüição de descumprimento de preceito fundamental, indicando como vulnerados os artigos 1º, inciso IV (dignidade da pessoa humana), 5º, inciso II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade), 6º, cabeça, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição Federal, e, como a causar lesão a esses princípios, o conjunto normativo representado pelos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848/40. Presente a antecipação terapêutica do parto no caso de feto anencéfalo e a possível glosa penal, requereu pronunciamento a conferir interpretação conforme a Carta da República das normas do Código Penal, afastando-as no caso de se constatar a existência de feto anencéfalo, de modo a viabilizar, com isso, a atuação médica interruptiva da gravidez. Ressaltou a ausência de instrumental próprio para lograr tal finalidade,

citando o ocorrido com a apreciação do *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ, relatado pelo ministro Joaquim Barbosa, quando o Plenário, ante o termo da gestação e a morte do feto anencéfalo, declarou o prejuízo da medida. Pleiteou a concessão de medida acauteladora, tendo em conta a dinâmica da vida. A inicial fez-se acompanhada dos documentos de folha 26 a 148.

Em 21 de junho de 2004, consignei, à folha 151, a confecção de relatório e voto em fita magnética, declarando-me habilitado a submeter o pedido acautelador ao Plenário.

Em peça protocolizada em 23 de junho de 2004, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB, reportando-se ao § 1º do artigo 6º da Lei nº 9.882/99, solicitou fosse admitida no processo como *amicus curiae*, o que foi indeferido por meio da decisão de folha 156.

O encerramento do semestre judiciário sem o referido exame pelo Colegiado levou-me ao exercício monocrático do crivo, vindo a implementar a tutela de urgência, remetendo-a à análise do Plenário (folha 158 a 164).

De acordo com a certidão de julgamento de folha 167, em 2 de agosto de 2004, ou seja, na abertura do segundo semestre judiciário do ano em curso, o Plenário deliberou, sem voto discrepante, em apreciar o tema em definitivo, abrindo-se vista do processo ao Procurador-Geral da República.

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, ainda durante as férias coletivas de julho, requereu a reconsideração do ato mediante o qual não foi admitida como *amicus curiae*, havendo despachado o Presidente no sentido de se submeter tal requerimento ao relator (folha 169). Com a decisão de folhas 171 e 172, foi mantido o indeferimento. A CNBB solicitou a juntada de cópia do respectivo estatuto civil (folha 174).

Católicas pelo Direito de Decidir pleiteou também a integração ao processo (folha 177 a 182). Seguiu-se a decisão de folha 202, a resultar no indeferimento do pedido. Teve idêntico desfecho pretensão semelhante externada pela Associação Nacional Pró-vida e Pró-família (folha 204) e pela Associação do Desenvolvimento da Família (folha 231).

O parecer do Procurador-Geral da República, de folha 207 a 218, está assim sintetizado:

> 1. O pleito, como apresentado, não autoriza o recurso à interpretação conforme a Constituição: considerações.
>
> 2. Anencefalia. Primazia jurídica do direito à vida: considerações.
>
> 3. **Indeferimento** do pleito.

Em peça datada de 27 deste mês, o Procurador-Geral da República requereu a submissão do processo ao Plenário, em

questão de ordem, para definir-se, preliminarmente, a adequação da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

2. A matéria em análise deságua em questionamentos múltiplos. A repercussão do que decidido sob o ângulo precário e efêmero da medida liminar redundou na emissão de entendimentos diversos, atuando a própria sociedade. Daí a conveniência de acionar-se o disposto no artigo 6ª, § 1ª, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999:

> Art. 6º (...)
>
> § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Então, tenho como oportuno ouvir, em audiência pública, não só as entidades que requereram a admissão no processo como *amicus curiae*, a saber: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação de Desenvolvimento da Família, como também as seguintes entidades: Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero bem como o hoje deputado federal José Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas - CEMICAMP.

Cumpre, antes dessa providência, elucidar a pertinência da medida intentada, em face da provocação do Procurador-Geral da República. O princípio da economia e celeridade processuais direciona ao máximo de eficácia da lei com o mínimo de atuação judicante.

3. Ao Plenário, para designação de data, visando à apreciação da questão de ordem relativa à admissibilidade da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

4. Publique-se.

É o relatório.

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - O processo vem ao Plenário, em vista da questão posta pelo Procurador-Geral da República, ou seja, a inadequação da ação intentada. É essa e tão somente essa a matéria a ser dirimida.

Observe-se a importância dos processos objetivos. Neles, o Supremo Tribunal Federal tem oportunidade de enfrentar de imediato questões de repercussão maior, que interessam à sociedade como um grande todo. Em vez de se aguardar demorada tramitação processual para se obter, no julgamento do recurso extraordinário, passados cerca de cinco anos - tempo médio - da propositura da ação, a palavra final da Corte que está no ápice do Poder Judiciário, atua o Supremo de pronto e o faz em prol da unidade do próprio Direito, no que aplicável, de forma linear, no território nacional. Mediante o processo objetivo ensejador do controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo exerce, na plenitude, a atribuição que lhe é precípua, isto é, de guardar a Constituição Federal, e, com isso, afasta a desinteligência de julgados, decisões que, em última análise, implicam a interpretação do ordenamento jurídico com base na formação técnica e humanística dos integrantes do órgão que atue, fenômeno que ocorre a partir de ato de vontade. Daí a conveniência de não ficar a Corte a reboque, a pronunciar-se processo a processo, de modo irracional, visando à prevalência do

direito posto, especialmente do direito constitucional. Passo a passo, o Constituinte alargou o âmbito de atuação do Tribunal em tal campo, começando com a representação interventiva, e hoje, conta-se não só com a ação direta de inconstitucionalidade nas duas modalidades, englobado o vício da omissão, a declaratória de constitucionalidade, mas também com a mais nova irmã dessas ações, a argüição de descumprimento de preceito fundamental. A instrumentalidade está ao alcance do Tribunal, cumprindo dar concretude ao que previsto na Carta da República. Dessa maneira, aciona-se sadia política judiciária, eliminando-se as perplexidades decorrentes de julgamentos díspares, ainda que idênticos os fatos e o arcabouço normativo. Creio que em boa hora a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS, como poderia fazê-lo qualquer dos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, inclusive o Procurador-Geral da República - e então Sua Excelência não estaria a provocar este incidente -, formalizou esta argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Aprecia-se a adequação da ação intentada à luz dos parâmetros da inicial, pouco importando a procedência, ou não, do pedido formulado. Ora, salta aos olhos o enquadramento desta ação na Lei nº 9.882/99, de 3 de dezembro de 1999, oportunamente promulgada para conferir efetividade à norma do artigo 102, § 1º, da Carta da República, ao dispor sobre a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar a argüição de descumprimento de preceito fundamental

nela contido, na forma da lei. De um lado, encontram-se os argumentos em torno de valores básicos inafastáveis no Estado Democrático de Direito, em sociedade que se diga estruturada e avançada, ou seja, a dignidade da pessoa humana, o princípio da legalidade - tomado de maneira ampla, como cabível, a alcançar a liberdade e a autonomia da vontade - e o direito à saúde. De outro, surgem enfoques do Judiciário com esteio em conclusões acerca do alcance dos dispositivos do Código Penal que versam sobre o crime de aborto, ficando os integrantes da categoria profissional representados pela Confederação, especialmente aqueles que atuam em hospitais públicos, voltados à assistência médico-hospitalar aos menos afortunados, sujeitos à glosa penal, a responder pelo crime de aborto, uma vez havendo participado de atividade terapêutica para interromper gravidez de feto anencéfalo. A problemática, é notório, não se faz presente se envolvidas pessoas abonadas, no que sempre encontram, com a assepsia desejada, a forma de implementar a interrupção. Eis questão que, a partir de 1º de julho do corrente ano, data em que implementada a medida acauteladora neste processo, movimentou, como não aconteceu jamais com qualquer tema submetido ao Judiciário, os mais diversos segmentos da sociedade brasileira. Muitos foram os artigos publicados, prós e contra o pedido formulado na inicial desta ação, variando as opiniões de acordo com as concepções técnicas, religiosas e morais. Tal como nas cortes constitucionais estrangeiras, o tema alusivo à vida, seja qual for o

ângulo - o da pena capital, o do aborto, o da eutanásia e o da interrupção da gravidez, ante a deformidade inafastável inviabilizadora da própria vida -, vem sendo alvo, no Brasil, de enorme expectativa. Os olhos da nação voltam-se ao Supremo Tribunal Federal e este há de se pronunciar quer em um sentido ou noutro, evitando, com isso, a insegurança jurídica, a grande perplexidade que advém de teses díspares sobre a matéria. A Corte está sendo convocada e deve atuar, cumprindo o seu dever de guardiã maior da Carta da República. Vale lembrar que a História é impiedosa, não poupando posturas reveladoras de atos omissivos.

Conforme assinalei ao deferir a medida acauteladora, o óbice da existência de meio eficaz para alcançar-se a preservação da Carta da República não se faz presente. Tome-se de empréstimo o que verificado por último, relativamente ao *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ, que chegou a esta Corte e esteve sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa. A seqüência de pronunciamentos conflitantes bem evidencia a premissa da Lei nº 9.882/99, cumprido o disposto no inciso V do artigo 3º nela inserto, afigurando-se pacífico o atendimento dos demais incisos - a indicação dos preceitos fundamentais tidos por violados (I), a indicação do ato questionado (II), a prova da alegada ofensa ao preceito fundamental (III), o pedido, com suas especificações (IV).

Eis os desencontros na observância do Direito que se quer uno e, portanto, compreendido, pelo Estado-juiz, sem

discrepâncias no território brasileiro: no juízo, a gestante do caso revelado no *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ não logrou autorização para abreviar o parto. Prosseguiu na via *crucis*, na via da angústia e do sofrimento, encontrando na óptica da desembargadora Giselda Leitão Teixeira o apoio almejado, quando Sua Excelência proclamou, ao conceder a liminar, que: "a vida é um bem a ser preservado a qualquer custo, mas, quando a vida se torna inviável, não é justo condenar a mãe a meses de sofrimentos, de angústia, de desespero". A seguir, o Presidente da Câmara Criminal a que afeto o processo - desembargador José Murta Ribeiro - afastou a liminar deferida. No julgamento de fundo, a Câmara sufragou o entendimento da relatora, restabelecendo a autorização indispensável a interromper-se a gravidez. Seguiu-se a impetração de *habeas* que, no Superior Tribunal de Justiça, mereceu decisão da ministra Laurita Vaz, retornando à óptica primeira e, com isso, suspendendo a autorização. O Colegiado confirmou o que decidido no campo monocrático e aí somente restou à gestante o acesso ao Supremo Tribunal Federal. Na assentada de julgamento, em 4 de março último, chegou a notícia do término da gravidez e, mais do que isso, da morte do feto passados alguns minutos. Ora, se nem mesmo mediante a ação constitucional do *habeas*, sabidamente de tramitação célere, foi possível lograr-se o pronunciamento definitivo, este sim, do Supremo Tribunal Federal em tempo hábil, já que a gestação não pára no tempo, não ultrapassa nove meses, é de concluir que não existe meio eficaz de sanar a

lesividade, se é que esta pode ocorrer no caso, coisa a ser definida no julgamento de fundo, e não na apreciação desta questão de ordem. Há de se sopesar ainda o que consignado pelo ministro Gilmar Mendes, que tenho como gestor intelectual da Lei nº 9.882/99, ao enfrentar a adequação da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33-5/PA e, aqui, valho-me da transcrição feita pelo representante processual da requerente, Professor Doutor Luís Roberto Barroso, em "O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro - Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência", Editora Saraiva. Disse, então, com mestria, o ministro Gilmar Mendes:

> De uma perspectiva estritamente subjetiva a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado à exaustão 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 preceito fundamental nesse processo, deve predominar o enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva.
>
> (...)
>
> Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da argüição 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 argüição 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 argüição 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 argüição de descumprimento.
>
> (...)

> Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deve excluir, *a priori*, a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva.
>
> Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável argüição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem capazes, a mais das vezes, capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. A necessidade de interposição de uma pletora de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do Supremo Tribunal Federal e das próprias Cortes ordinárias.
>
> (...)
>
> Assim, o Tribunal poderá conhecer da argüição 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.

Sim, há de se concluir que esta Corte, a não ser via argüição de descumprimento de preceito fundamental, jamais terá oportunidade, dado o período limitado de gestação, nunca ultrapassando nove meses, de se pronunciar a respeito. De um lado, o alegado conflito se apresenta entre a Carta da República e o Código Penal que a ela é anterior - de 1940. De outro, nem mesmo por meio da célere ação que é o *habeas corpus*, tem-se como viável a atuação da Corte, como tornado evidente, em março último, no *habeas* relatado pelo ministro Joaquim Barbosa e cujo desfecho levou nada menos do que três ministros a emitirem, mesmo assim, entendimento sobre a matéria, em demonstração de irresignação ímpar com o prejuízo da impetração - o próprio relator, os ministros Carlos Ayres Britto e Celso de Mello. Obstar, a esta altura, a ação, após a Corte, na abertura dos trabalhos do semestre judiciário, haver sinalizado o

julgamento de fundo, deixando de referendar ou cassar a liminar, para tê-la com plena eficácia, importará fazer vista grossa ao papel maior que lhe é reservado, gerando grande decepção ao povo brasileiro, que acompanha, com ansiedade e com sentimentos conflitantes é certo, o desenlace deste processo. É de se aguardar, portanto, a esperada solução, que já se avizinha, bem comprovada a repercussão que o tema teve no tecido social. É de se aguardar a instrução do processo, porquanto apta a petição inicial - mesmo porque confeccionada por um dos expoentes da comunidade jurídica constitucional, Professor Doutor Luís Roberto Barroso -, presente a oportunidade de esta Corte pronunciar-se sobre a matéria de fundo. É de se aguardar a instrução, no que já prevista, em decisão prolatada em 28 de setembro do corrente ano, audiência pública, constando desse ato que serão ouvidas as entidades que requereram admissão no processo como *amicus curiae*, a saber: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família e Associação de Desenvolvimento da Família bem como outras entidades também referidas: Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero, bem como o hoje deputado federal José Aristodemo Pinotti, em razão da especialização

em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia, pela qualidade de ex-reitor da UNICAMP, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas - CEMICAMP.

Descabe o açodamento. Descabe fulminar, no nascedouro - se é que assim podemos falar, após a vigência da liminar, com o beneplácito deste Plenário por mais de quatro meses - a ação, a iniciativa salutar da requerente. Resolvo a questão de ordem assentando a adequação, simples adequação, da ação proposta, salientando que se trata de instrumento, tal como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e o mandando de injunção, da maior importância para a concretude, a supremacia da Constituição Federal. Hão de ser esclarecidas, no julgamento de fundo, as dúvidas surgidas, elucidando-se o teor dos textos constitucionais, não cabendo definir, por ora, o alcance do pronunciamento.

É como voto no caso.

**MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

| | |
|---|---|
| **RELATOR** | : **MIN. MARCO AURÉLIO** |
| ARGUENTE(S) | : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE - CNTS |
| ADVOGADO(A/S) | : LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO(A/S) |

**PROPOSTA**

**O SENHOR MINISTRO EROS GRAU:** - Sr. Presidente, permito-me levantar uma questão a respeito da manutenção da liminar concedida, porque, se há preliminar quanto à admissibilidade da ADPF, a mim me parece que não se justifica mais a manutenção da liminar. A dúvida sobre a admissibilidade da ADPF exclui a concessão da liminar.

O feto não é uma coisa, porém pessoa. Pontes de Miranda disse, em breve anotação colhida agora, que:

> *"No intervalo entre a concepção e o nascimento, os direitos que se constituíram têm sujeito, apenas não se sabe qual seja."*
>
> Preceitua o artigo 2º do novo Código Civil:
>
> *"Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa no nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".*

Como o feto é pessoa e a mãe não corre perigo, a liminar acaba afrontando a dignidade do ser que o feto é. Diria, até lembrando a afirmação do Professor Barroso, que o STF tem muito a

dizer, sim, neste momento. E deve dizer, de modo muito vivo, que a manutenção da liminar não se justifica.

Gostaria de submeter esta proposta ao Plenário.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - (PRESIDENTE) - Ministro Eros Grau, a liminar tem dois conteúdos, duas decisões. A primeira diz respeito ao sobrestamento de todos os processos com decisões não transitadas em julgado. A segunda trata do reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos. Essa proposta de Vossa Excelência refere-se à segunda parte da liminar?

**O SENHOR MINISTRO EROS GRAU:** - Sim, refere-se à segunda parte que permite, que autoriza o aborto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Senhor Presidente, estou duplamente surpreso: pelo pedido de vista e pelo lançamento de uma idéia que contraria o que anunciado por Vossa Excelência.

Trouxe, no dia 2 de agosto deste ano, este processo à bancada, e ele não retornaria não fosse o objeto único do pronunciamento do Procurador-Geral da República, ou seja, elucidar a adequação, ou não, da medida intentada.

A postura do Tribunal foi de assentar, sem discrepância de votos, sem o insurgimento do ministro Eros Grau, que julgaria o tema de fundo, mantida a liminar. Talvez Sua Excelência esteja sensibilizado pela pressão havida, mas o artigo publicado ontem em jornal de grande circulação na minha cidade de origem, a cidade maravilhosa do Rio de Janeiro, não diz da excomunhão de Sua Excelência, mas da excomunhão do relator.

Ora, este processo veio à bancada para revermos - talvez dando a mão à palmatória, quem sabe - o ato que praticamos no dia 2 de agosto deste ano? Este processo veio à bancada para apreciarmos o acerto ou desacerto da medida acauteladora? A resposta é desenganadamente negativa.

Creio que houve, inclusive, publicidade do que estaríamos a fazer nesta tarde de quarta-feira: o Tribunal decidiria

e proclamaria a adequação, ou não, da ação intentada. Poderia a Corte, sim, afastar do cenário jurídico a liminar, mas poderia - a não ser que se caminhe para uma outra via, a da surpresa - fazê-lo a partir da conclusão, por maioria de votos - e tenho confiança em que isso não ocorrerá -, da inadmissibilidade da própria medida.

Ora, se já há um voto, após brilhantes sustentações do Doutor Luís Roberto Barroso e do Procurador-Geral da República, no sentido da seqüência, e se tivemos um pleito de vista de um dos colegas, talvez até mesmo por respeito a ele devamos esperar a devolução do processo e o estudo que Sua Excelência fará: a meditação, a reflexão sobre o que conduzido neste mesmo processo.

Não creio, Senhor Presidente, que, presentes a organicidade, a boa-fé e o princípio da razoabilidade se possa, agora, dar a guinada proposta pelo ministro Eros Grau. Aguardemos a conclusão do Plenário, soberano, quanto à matéria que Vossa Excelência, de forma muito clara e precisa, apontou que seria apreciada pelos ministros.

Tenhamos em vista que a oportunidade do referendo, ou não, da liminar se fez no dia 2 de agosto. Creio que Sua Excelência esteve presente a essa Sessão, ministro Eros Grau, em que o Tribunal - como disse no voto proferido nessa assentada - sinalizou que aguardaria para emitir juízo de fundo sobre o que pleiteado na inicial.

Creio que não cabe sequer o exame da matéria.



STF 102.002

20/10/2004 TRIBUNAL PLENO

**MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

| | |
|---|---|
| **RELATOR** | : **MIN. MARCO AURÉLIO** |
| ARGUENTE(S) | : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE - CNTS |
| ADVOGADO(A/S) | : LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO(A/S) |

**EXPLICAÇÃO**

**O SENHOR MINISTRO EROS GRAU:** - Sr. Presidente, eu jamais esqueceria o dia 02 de agosto, porque foi a minha segunda sessão no Pleno.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Talvez Vossa Excelência estivesse encabulado por ter sido a primeira sessão.

**O SENHOR MINISTRO EROS GRAU:** - Mas eu estava muito atento - talvez mais do que nunca - e não me lembro de ter sido referendada a decisão sobre a liminar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Eu não disse que foi referendada; disse que o Tribunal - e há certidão no processo - apontou que aguardaria o aparelhamento desse mesmo processo para decidir de uma vez por todas.

**O SENHOR MINISTRO EROS GRAU:** - De qualquer modo, insisto que não houve referendo sobre a liminar. Também não estou, nem de leve, preocupado com a publicidade. Sinto-me cumprindo uma missão que se esgota aqui. Nem a publicidade nem a pressão me

preocupam. Certamente não sou pressionado senão pela própria Constituição --- o que, aliás, não é pressão nenhuma.

Insisto que estamos diante de um perigo invertido. Essa segunda parte da liminar, que não foi objeto de referendo, está autorizando a prática de uma terceira modalidade de aborto não prevista na Constituição. Estou apenas sugerindo que a Corte se manifeste.

Mantenho a minha posição.

20/10/2004 TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL

V O T O

(SOBRE PROPOSTA)

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA**: Senhor Presidente, na sessão de 02 de agosto deste ano - salvo engano da minha parte -, externei a minha total objeção à idéia de que um ministro do Supremo Tribunal Federal possa, monocraticamente, conceder uma liminar, em ação direta, fora da hipótese prevista em lei para o presidente da Corte. Ou pelo menos a prudência recomenda que não se faça isso. A minha dúvida é se foi realmente naquela sessão ou numa outra.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)**: Ministro, vamos deixar a agressividade! Vamos tratar com urbanidade, porque, senão, se Vossa Excelência quiser discutir, não aqui, mas discuto fora do Tribunal, em outro campo.

**O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE)**: Ministro, manifeste-se sobre a questão específica.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA**: Senhor Presidente, entendo que, realmente, pelo menos a prudência nos recomenda não conceder medida liminar em procedimentos de natureza objetiva, como este do qual estamos a cuidar neste momento.

Naquela sessão de 02 de agosto de 2004, quando V. Exa. ponderou que o tema seria trazido, em breve tempo, a julgamento de mérito, essa questão da liminar ficou superada. Esse foi o meu entendimento.

Com essas considerações, e atendendo até mesmo às ponderações feitas pelo relator, penso ser o caso de aguardamos a vista.

Ministro Marco Aurélio, por isso V. Exa. vê que não havia nada de pessoal, muito pelo contrário.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)**: Compreendi as palavras de Vossa Excelência e atribuo à retórica a questão referente à prudência.

**20/10/2004** **TRIBUNAL PLENO**

**MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54

VOTO S/ PROPOSTA

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Sr. Presidente, também entendo que essa questão da mantença da liminar do eminente Ministro Marco Aurélio já foi decidida, não há o que rever nesta oportunidade.

* * * * *

20/10/2004 TRIBUNAL PLENO

**MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

À revisão de apartes dos Srs. Ministros Nelson Jobim (Presidente) e Carlos Velloso.

**VOTO S/ PROPOSTA**

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** – Sr. Presidente, vou pedir, respeitosamente, vênia aos eminentes Ministros Relator, Joaquim Barbosa e Carlos Britto, com a objetividade e a tranqüilidade que convêm ao Tribunal para decidir uma causa que envolve aspectos emocionais, sem se deixar contaminar por eles.

O Ministro Eros Grau levantou uma questão jurídica que o Tribunal vai decidir se deve ser resolvida dessa ou daquela forma.

Em primeiro lugar, a decisão - da qual não participei no dia 02 de agosto, pois não estava presente - foi, segundo o testemunho dos Ministros, condicional de que a causa fosse decidida nesta oportunidade, na qual surgiu - isto é um dado objetivo - uma dúvida séria e fundada de um dos Ministros sobre a questão da admissibilidade da ação. Se todos os Ministros estivessem seguros, hoje, da admissibilidade teórica da ação, não haveria necessidade de pedir vista. De modo que este pedido é, de certo modo, o reflexo objetivo de uma dúvida muito justa e de uma atitude prudente que todos os Ministros, com as qualidades sempre reconhecidas do eminente Ministro Carlos Britto, tomariam: fazer o pedido de vista. Isso demonstra, portanto, haver dúvida do Tribunal sobre a admissibilidade da ação.

Sr. Presidente, em segundo lugar, toda liminar é, por definição, seja ela chamada de cautelar ou de antecipação de tutela, medida revogável a qualquer tempo, por definição. Isto é, nada impediria ao Tribunal que, ainda quando já tivesse referendado a liminar, viesse a revogá-la diante de circunstâncias supervenientes, que não vêm ao caso (não é de circunstância superveniente nesses termos que se trata). A meu ver, portanto, há uma razoável questão jurídica proposta ao Tribunal, sem prejudicar o direito do eminente Ministro Carlos Britto manifestar-se sobre a admissibilidade da ação. Não há, penso eu, nenhum impedimento em que o Tribunal, como já o fez de modo inverso, em várias circunstâncias análogas em que os feitos foram adiados, conceda uma liminar em sentido contrário, mas o procedimento lógico-jurídico é o mesmo, o que é diferente é o resultado. Nem se pode pré-excluir que o caso seja de um resultado extremamente diferente, porque, na verdade, no fundo o que está em jogo aqui é, sem avançar nenhum juízo sobre o mérito do pedido, a possibilidade teórica de que se contraponham dois grandes valores jurídicos tutelados pela Constituição. A grande pergunta é: há argumentos suficientes para se optar por um deles, de modo mais ou menos indefinido, em detrimento do outro valor, que parece ter o mesmo grau de dignidade jurídico-constitucional, ou não há? É disso que trata a questão proposta pelo eminente Ministro Eros Grau, de indagar ao Tribunal se considera conveniente, ou não, nesta oportunidade em que se vai prolongar o juízo sobre a admissibilidade da ação, uma medida cuja eficácia aparentemente protege um valor constitucional, mas prejudica outro valor constitucional, e cujo cotejo é o próprio objeto último da causa.

Sr. Presidente, é uma questão que deve ser submetida à Corte para que decida, no seu alto juízo, se convém, ou não, prolongar a eficácia desta liminar,



S.T.F. 102.002

independentemente de não haver nenhuma restrição, nenhum prejuízo, nem outra forma de limitação ao direito regimental do eminente Ministro e às necessidades de sua inquietação intelectual diante do caso.

Com todo o respeito, penso que a questão deve ser submetida à Corte, e cada Ministro dirá se deve subsistir, ou não, a liminar.

**O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – (PRESIDENTE)-** V.Exa. vota?

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** – Não gostaria de votar agora; primeiro, sugiro que a Corte decida se vai, ou não, apreciar a questão da liminar.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO – Mas essa questão está proposta.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** – Então avanço no meu pensamento.

Com o devido respeito, voto pelo não-referendo da liminar, na segunda parte.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Pois não?

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO (ADVOGADO) – Ministro, pela ordem.

**O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – (PRESIDENTE)** – V.Exa. só pode falar sobre questão de fato.

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO (ADVOGADO) – Gostaria de dizer que, se se for deliberar sobre a liminar propriamente dita, tenho direito de sustentação, pela lei.

**O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – (PRESIDENTE)** – Já passou, V.Exa. não tem sustentação.

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO (ADVOGADO)- Perdão?

**O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – (PRESIDENTE)** - Já estamos em processo de votação. V.Exa. perdoe.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Senhor Presidente, na condição de relator, peço a Vossa Excelência que submeta a matéria ao Plenário.

**O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – (PRESIDENTE)** – Mas já temos quatro votos, se houvesse necessidade, ele deveria ter feito o pedido antes do voto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O representante processual da requerente assomou à tribuna e Vossa Excelência delimitou a palavra de Sua Excelência.

**O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – (PRESIDENTE)** – Depois do quarto voto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não importa, se proferidos quatro ou não, a qualquer momento, o processo pode ser saneado.

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO (ADVOGADO) – Eu só queria entender o que está sendo deliberado para poder representar. Sr. Presidente, gostaria de saber se está sendo examinado se se vai deliberar a proposta do Ministro Eros Grau ou o mérito da liminar.

**O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – (PRESIDENTE)** - Já está se deliberando.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Senhor Presidente, permita-me uma ponderação. Podemos solucionar o impasse muito bem. Vamos desdobrar a matéria, como sugerido pelo ministro Cezar Peluso, para deliberar se cabe, neste momento, rever a liminar. Se o Tribunal concluir de forma positiva, aí sim, caminhamos para o referendo ou o não-referendo.

**O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – (PRESIDENTE)** – Já houve quatro votos em relação a esta matéria.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Ministro, é uma questão de ordem que suscito.

**O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – (PRESIDENTE)** – Então submeto a questão de ordem. V. Exas. pretendem o desdobramento da matéria ou vamos à matéria em bloco, conforme posta pelo Ministro Eros Grau?

20/10/2004 TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL

V O T O

S/ QUESTÃO DE ORDEM

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE** — Sr. Presidente, penso que o direito de propor está líquido na possibilidade de revogar provimentos liminares a qualquer momento.

Nesse sentido considerei inútil e por isso aparteei o Ministro Cezar Peluso, ter-se uma votação preliminar sobre se se examinaria ou não a proposta de revogar-se a liminar.

Quer dizer, a proposta de um Ministro da Corte, em estando o caso em Mesa, no meio de uma questão de ordem, para revogar uma liminar, há de ser decidida.

CR/

20/10/2004 TRIBUNAL PLENO

**MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. MARCO AURÉLIO**
ARGUENTE(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE - CNTS
ADVOGADO(A/S) : LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO(A/S)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, insisto na óptica inicial.

O processo foi apregoado para exame de matéria única. A palavra foi passada ao profissional da advocacia que representa a requerente para sustentar sobre questão única. Se realmente é certo que a legislação prevê que, quanto ao deferimento ou indeferimento da liminar - e a tanto equivale o referendo ou o não-referendo da liminar -, a requerente e os envolvidos têm o direito de assomar à tribuna para sustentar, evidentemente cabe desdobrar e chamar à ordem o processo, se a conclusão do Plenário for pelo crivo no tocante à medida acauteladora.

20/10/2004 TRIBUNAL PLENO

QUEST. ORD. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhor Presidente, estou inteiramente de acordo. A revogabilidade da liminar, a qualquer momento, é indiscutível.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Senhor Presidente, apenas quero dizer que não estou asseverando o contrário. O tema que coloquei diz respeito ao sagrado direito de defesa, muito embora o processo seja objetivo.

**20/10/2004** **TRIBUNAL PLENO**

**MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Sr. Presidente, neste primeiro momento, confirmo o voto do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence.

*****

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - Sr. Presidente, também acompanho o Ministro Sepúlveda Pertence, por uma razão muito simples: qualquer advogado que assome à tribuna - e isto evidentemente nem se propõe a um advogado e professor do alto nível como o patrono da autora - sabe que a eventualidade é princípio sagrado. Se é então convidado, em termos de ônus, a manifestar-se sobre a admissibilidade teórica da ação, que pode ser negada, **a fortiori** deveria ter atentado para a possibilidade de a liminar ser revogada.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Façamos justiça ao Doutor Luís Roberto Barroso. A palavra foi dada a Sua Excelência com delimitação imposta pela Presidência da Corte. Confiou-se na Presidência da Corte.

**20/10/2004** **TRIBUNAL PLENO**

**MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Vossa Excelência me permite? Não houvesse o pedido de vista, nós apreciaríamos?

20/10/2004 TRIBUNAL PLENO

**MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

À revisão de apartes dos Srs. Ministros Carlos Britto e Nelson Jobim (Presidente).

DEBATES

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE** - Sr. Presidente, há duas questões.

A primeira sobre se devíamos discutir, preliminarmente, se podíamos discutir a proposta do Ministro Eros Grau: entendi que não, que era indiscutível o poder de S.Exa. de propor a revogação de uma liminar.

Agora, com relação à sustentação oral, não teria dúvidas em deferi-la, se ela fosse pedida imediatamente à proposta do Ministro Eros Grau, que não foi uma proposta de se examinar a admissibilidade de propor a revogação da liminar, mas uma proposta de revogação da liminar.

A minha dificuldade está em admitir a sustentação oral depois de quatro votos proferidos.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Mas essa definição só veio no calor das discussões. O fato é que o Advogado se viu surpreendido com essa definição.

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE** - Houve uma proposta de revogação da liminar que favorecera sua constituinte.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Então vamos proclamar o resultado desta primeira fase da discussão.

Decidimos que a matéria será objeto de análise por parte do Tribunal.

Agora, a segunda questão posta: é admissível, na fase em que se encontra, a sustentação oral, quer pelo eminente Procurador, quer pelo Procurador-Geral?

É o que vamos deliberar a seguir.

****

20/10/2004 TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM
(ADMISSIBILIDADE DE SUSTENTAÇÃO ORAL)

**O SENHOR MINISTRO EROS GRAU:** – Sr. Presidente, neste ponto também acompanho o Ministro Sepúlveda Pertence, pois já foram tomados quatro votos.

20/10/2004 TRIBUNAL PLENO

QUEST. ORD. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

(ADMISSIBILIDADE DE SUSTENTAÇÃO ORAL)

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Senhor Presidente, acompanho o ministro Eros Grau.

**20/10/2004** **TRIBUNAL PLENO**

**MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

(ADMISSIBILIDADE DE SUSTENTAÇÃO ORAL)

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Sr. Presidente, entendo que remanesce para o advogado o direito de assomar à tribuna e defender seu ponto de vista quanto a uma questão que só exsurgiu no calor das discussões.

Desse modo, reconheço ao Advogado o direito de fazer a sustentação.

****

**20/10/2004** **TRIBUNAL PLENO**

**MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

(ADMISSIBILIDADE DE SUSTENTAÇÃO ORAL)

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - Sr. Presidente, a minha posição é sempre generosa em relação aos advogados e aos procuradores. De modo que, a despeito de pensar que tinha toda razão na observação que fiz quanto ao princípio da eventualidade, voto a favor de ouvir o ilustre advogado e professor.

20/10/2004 TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL

**VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM**

**(ADMISSIBILIDADE DE SUSTENTAÇÃO ORAL)**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Sr. Presidente, a discussão evoluiu de maneira a produzir, talvez, no próprio espírito do Advogado, algum sentimento de equívoco. E, diante da condução também da discussão anteriormente feita, que levava à necessidade do referendo, e aí não tínhamos nenhuma dúvida de que o requerente fazia jus à sustentação, não tenho como deixar de encaminhar no sentido de a reconhecer.

*Supremo Tribunal Federal*

**20/10/2004** **TRIBUNAL PLENO**

**MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

R E T I F I C A Ç Ã O D E V O T O

S/ QUESTÃO DE ORDEM

(Admissibilidade de Sustentação Oral)

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE** - Sr. Presidente, antecipo que efetivamente disse ter tido dificuldades, à vista da razão formal de já haver votos proferidos no mérito da proposta do Ministro Eros Grau.

Compreendo, entretanto, que este caso é de tal relevância e, seguramente, considerando as ponderações feitas pelos Ministros Cesar Peluzo e Gilmar Mendes, admito a sustentação. O meu posicionamento foi apenas uma declaração de dificuldade.

CR/

**20/10/2004** **TRIBUNAL PLENO**

**MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

## VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM
(Admissibilidade de Sustentação Oral)

A Senhora Ministra Ellen Gracie : Senhor Presidente, o eminente Advogado que nos solicita a sustentação oral é testemunha de que, já em ocasião anterior, eu havia manifestado o desejo – que naquela oportunidade não se pôde realizar – de ouvir S. Exa., com quem a Corte sempre aprende.

Neste caso, também, defiro a S. Exa. a sustentação oral.

**20/10/2004** **TRIBUNAL PLENO**

**MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

**RETIFICAÇÃO DE VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM**
**(ADMISSIBILIDADE DE SUSTENTAÇÃO ORAL)**

**O SENHOR MINISTRO EROS GRAU:** - Sr. Presidente, preocupei-me diante da circunstância de tratar-se de uma ação cuja admissibilidade é discutível, tanto que houve um pedido de vista. E referi o fato de não ter havido o referendo.

Evidente que, tal como se encaminham os debates - e estamos em direção de admitir que examinaremos o referendo -, reconheço que o Advogado tem direito à sustentação oral.

Sigo a retificação de voto do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence.

20/10/2004 TRIBUNAL PLENO

QUEST. ORD. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL

VOTO

RETIFICAÇÃO S/ QUESTÃO DE ORDEM

(ADMISSIBILIDADE DE SUSTENTAÇÃO ORAL)

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Senhor Presidente, também retifico o meu voto.

20/10/2004 TRIBUNAL PLENO

**MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Senhor Presidente, a minha perplexidade é enorme, até mesmo consideradas as palavras finais do Procurador-Geral da República.

O pedido de vista formulado pelo ministro Carlos Ayres Britto, na visão de Sua Excelência, serve à cassação da liminar, mas não à preservação do quadro decisório já em vigor há mais de quatro meses.

Também, Presidente, fico aqui a pensar sobre a lei relativa à doação de órgãos e vejo que o Procurador-Geral da República já deve ter pronta inicial de ação direta de inconstitucionalidade, visando a fulminar essa mesma lei. Explico: é que, na lei, viabiliza-se a doação de órgãos a partir da morte encefálica. Não consigo conciliar morte encefálica, o quadro revelado pela morte encefálica, com a assertiva de vida quando o feto não tem cérebro. Há alguma coisa errada.

Presidente, ao deferir a medida acauteladora, sopesei valores. De um lado, o valor representado pelo texto constitucional; de outro, aquele concernente à persecução criminal, levando em conta, até mesmo, a variedade de enquadramento do tema. Se pararmos para perceber o que ocorre no Distrito Federal, na capital da República, vamos ver que as gestantes de fetos anencéfalos não precisam sequer ingressar em juízo para lograr não o aborto, que,

como ressaltou Nelson Hungria, pressupõe vida, mas para interromper a gravidez.

No Distrito Federal, é o titular da ação penal, é um segmento do Ministério Público do Distrito Federal que autoriza a interrupção nesses casos. O mais interessante: o membro do Ministério Público pode fazê-lo; o juiz da mais longínqua comarca do Brasil também; mas o Supremo Tribunal Federal, não. Esta Corte deve deixar a babel vingar e a convivência - como disse em meu voto - a partir dos mesmos fatos, do mesmo arcabouço normativo, de decisões conflitantes.

Presidente, a Lei nº 9.882/99 realmente anuncia, em um primeiro passo, que a liminar pode resultar na suspensão dos processos em curso e das decisões não preclusas na via da recorribilidade, não cobertas pelo manto da coisa julgada. Em passo seguinte, todavia, essa mesma lei é pedagógica, não bastasse o poder de cautela ínsito ao Judiciário, já que a cláusula de acesso determina que a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário lesão a direito ou ameaça de lesão a direito. E aguardar seis, oito anos, para ter-se a preservação do direito ameaçado, resultaria na lesão desse mesmo direito. De acordo com a Lei nº 9.882/99, pode ser implementada qualquer outra medida - e o preceito não é exaustivo, é exemplificativo - que tenha alguma ligação com a matéria versada no processo objetivo, que é o processo a revelar a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Presidente, aludi a uma sadia política judiciária e, ao acionar a Lei nº 9.882/99, assumindo a responsabilidade pelo alcance da cautelar deferida, fi-lo levando em conta o quadro nacional, o predicado do Estado Democrático de Direito que é a segurança jurídica.

A medida acauteladora longe ficou de compelir gestantes à interrupção da gravidez, considerado o que os dicionários apontam como monstruosidade, que é a anencefalia. Não. Viabilizou-a, isto sim, preservada a autonomia da vontade, preservada a iniciativa, sem o risco de responder a um processo penal a própria gestante e afastada a espada de Dâmocles quanto aos profissionais da medicina que viessem a atuar, interrompendo a gravidez.

Precisamos ter presente a realidade. Sei que há pressões morais, e a pressão religiosa é enorme. Eu próprio recebi um documento assinado pelos cardeais brasileiros, condenando a liminar deferida. Tenho recebido em meu gabinete, em seus diversos endereços, via internet, inúmeros *e-mails*, alguns deles até mesmo agressivos, mas há de se caminhar para a postura consentânea com o convencimento sobre a matéria. Aí, costumo dizer que a síntese de todas as virtudes do homem é a coragem, a coragem em fazer o que se deve fazer, pouco importando o barulho que façam os veículos de comunicação e a própria turba.

Presidente, estamos aqui em um juízo preliminar, em um juízo que não é definitivo. Estamos aqui diante de um quadro em que vigorou a liminar por mais de quatro meses e, como disse, com o beneplácito deste Plenário, já que, na abertura dos trabalhos, como cumpria fazer, trouxe o processo à Mesa para que houvesse o referendo ou a cassação - não com "ç" que, a esta altura, não deve ocorrer, mas com "ss" - da medida acauteladora.

Avizinha-se a oportunidade de a Corte, suplantado o obstáculo que motivou a nossa reunião nesta tarde, diante deste processo, com a audição dos diversos segmentos da sociedade, como já consta de decisão proferida no processo, decidir com segurança o tema de fundo.

O que haverá se agora ocorrer um recuo, uma revisão do que deliberado em 2 de agosto de 2004, e vier a Corte a afastar do cenário jurídico a medida liminar? Continuaremos tendo o percebido no *habeas corpus* relatado pelo ministro Joaquim Barbosa. Digo até que, ao deferir a liminar neste processo, tive presente a voz de Sua Excelência o ministro Joaquim Barbosa, do ministro Carlos Ayres Britto e do ministro Celso de Mello, no que, mesmo diante da perda de objeto do *habeas corpus*, Suas Excelências, forçados pela consciência jurídica, manifestaram-se, criticando a decisão do Superior Tribunal de Justiça e lamentando não poderem se pronunciar a respeito.

Ora, depois até mesmo da repercussão da medida acauteladora e, aqui, eu me referiria também à aprovação pelo Conselho Federal de Medicina, vamos simplesmente, em face - digo com desassombro - da pressão da ala eclesiástica, cassar a nossa medida acauteladora? Vamos deixar que variem as decisões sobre a matéria de acordo com o órgão competente para julgar, na primeira instância, a ação originária, com os sobressaltos subseqüentes, idas e vindas, considerados os órgãos revisores? Podem todos os órgãos investidos do ofício judicante no Brasil decidir, autorizar a interrupção, mas não pode o Supremo Tribunal Federal, que é responsável pela rigidez que deságua na supremacia da Carta da República?

Ainda temos, em Plenário, um Cristo, mas de há muito houve a separação Estado/Igreja. Creio que hão de se fazer presentes, no caso, parâmetros técnicos, parâmetros constitucionais, e não visões até mesmo fundamentalistas, morais e religiosas sobre o tema.

Aprendi que as circunferências do Direito, da moral e da religião são diversas. Estamos frente ao nosso dever de julgar, de atuar preventivamente. A liminar visa a afastar risco maior, que está, em um primeiro plano, em não se conseguir, nos hospitais públicos, quem faça a interrupção e, no segundo plano, em deparar, uma vez alcançada a boa vontade dos profissionais da medicina, essa mesma interrupção, com as agruras de um processo penal. É esse o risco que precisa ser analisado.

Há de se ponderar que o Supremo Tribunal Federal conta hoje com a competência para o julgamento dos processos objetivos porque se quer uma resposta pronta sobre o que versado pelos requerentes de tais processos. Não se está aqui, ante a liminar, a julgar em definitivo, mas a confrontar os textos constitucionais que consignam princípios básicos, princípios fundamentais da Carta da República, com o Código Penal e a visão distanciada deste último. E, aí, no campo acautelador, no que se visa à proteção do Diploma Maior, contra agressão do legislador ordinário, na visão do intérprete, está a se declarar prevalente a Lei Maior do País.

Aguardemos o julgamento de fundo e, enquanto isso, congelemos a situação quanto à propositura de ações penais, à possibilidade de haver, repito, a partir dos mesmos fatos e dos mesmos textos, decisões díspares, conforme a formação técnica e humanística daquele que enfrente o problema.

Preconizo - não em autodefesa, porque nesta Corte nada disputo -, até mesmo para que não haja a perplexidade geral, o descrédito quanto à prestação jurisdicional provisória, o referendo da medida liminar.

É como voto.

20/10/2004 TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL

VOTO

(S/ A SEGUNDA PARTE DA MEDIDA LIMINAR)

**O SENHOR MINISTRO EROS GRAU:** - Sr. Presidente, a manutenção da liminar não se justifica. A insegurança jurídica referida decorre da concessão de uma liminar satisfativa que, durante quatro meses, permitiu que - como se a lei tivesse sido reescrita, como se o Código Penal tivesse sido reescrito pela Corte, como legislador positivo - permitiu que uma terceira modalidade de aborto passasse a ser admitida.

No meu voto, não fico impressionado, nem discuto lógica religiosa ou da ciência, mas, única e exclusivamente, a lógica do sistema jurídico. Aliás, nunca senti pressão nenhuma em torno disso. É estranho até que se diga da tribuna, pelo ilustre professor, que todos estão de acordo com o aborto e que o eminente Ministro-Relator se queixe de ameaças.

Trata-se mesmo de uma liminar da vida, mas contra a vida, pelo menos contra a vida reconhecida pelo artigo 2º do Código Civil.

Voto tecnicamente, afirmando que o tema da cognoscibilidade da ADPF precede o da apreciação da medida liminar.

Invoco como precedente - não em relação à ADPF, mas em relação a Mandado de Segurança -, o Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 21.745, Relator o Ministro Marco Aurélio.

Nego referendo parcial à liminar.

20/10/2004 TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL

V O T O

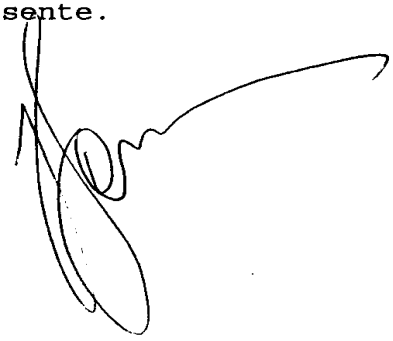
(SOBRE A SEGUNDA PARTE DA MEDIDA LIMINAR)

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA**: Senhor Presidente, a exemplo de vários colegas, preparei-me para o exame da admissibilidade da ADPF. No entanto, o ministro Eros Grau suscitou um problema que me parece da mais alta relevância: ponderou S. Exa. que, devido ao simples fato de ainda não termos decidido sobre o cabimento da ação, não teria sentido conceder a cautelar. Noutras palavras, só se poderá falar em cautelar quando plenamente assegurado, em decisão plenária desta Corte, que o Tribunal irá se pronunciar sobre o mérito da matéria posta. Considero relevante essa ponderação.

Assim, embora esteja convencido da admissibilidade da ação proposta - e espero deixar isso claro nos argumentos contidos no voto que proferirei em momento oportuno -, creio seja incongruente conceder a liminar antes de concluído o juízo prévio da admissibilidade.

Indefiro a liminar neste momento, assinalando, no entanto, que não hesitaria em concedê-la no momento processual seguinte, caso este se apresente.

É como voto.



**20/10/2004** **TRIBUNAL PLENO**

**MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54

VOTO

(S/ A SEGUNDA PARTE DA MEDIDA LIMINAR)

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Sr. Presidente, desde ontem pensei em pedir vista deste processo por duas razões: uma de caráter mais formal. Queria estar convencido de que a ADPF é mesmo um instrumento de exercício da chamada jurisdição objetiva, pelo Supremo Tribunal Federal, e precisava de tempo para refletir sobre isso.

Aqui, ouvindo, sobretudo, o eminente Procurador-Geral da República, senti algumas das minhas convicções um pouco abaladas e robusteci, portanto, a vontade de pedir vista do processo para também maturar uma reflexão sobre o que ouvi de Sua Excelência. Digo convicções um pouco abaladas porque, até então, caminhadas na direção sinalizada pelo eminente Ministro Marco Aurélio.

Neste momento, ainda penso que está em jogo, acima de tudo, subjacente a tudo isso, a questão feminina. Nós somos uma

sociedade culturalmente machista e fica fácil para todos nós falarmos até de solidariedade, que é um sentimento tão bonito, mas solidariedade para os outros, para as mulheres que arrostam dificuldades de gravidez do tipo anencefálico ou anencéfalo.

Se os homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta.

Mas continuo, Sr. Presidente, na crista daquelas perplexidades que dividi com Vossas Excelências quando o assunto foi pela primeira vez discutido aqui, a propósito do processo tão bem relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa. Impressiona-me muito o fato de que a gravidez é um processo voltado para o espetáculo do mundo, para o espetáculo da vida. Aqui, o que se deseja saber é se à gravidez corresponde um feto viável. Até os dicionários dizem isto: feto viável. Ou seja, predisposto a uma vida extra-uterina.

No caso da gravidez do anencéfalo, volto a usar daquela metáfora, não quero falar de coisa para não coisificar um tema tão importante, tão repassado de espiritualidade como este. O que se tem no ventre materno é algo, mas algo que jamais será alguém. Usei, lembro-me bem, da metáfora do casulo da crisálida e da borboleta. O útero materno é um casulo. O feto anéncefalo é uma crisálida, mas que jamais chegará ao estádio de borboleta, jamais alçará vôo. Eu me pergunto: estamos aqui discutindo sobre o direito de viver, o direito de nascer ou o direito de nascer para morrer?

Existe esse direito de nascer para morrer? Não tenho resposta para isso e, por isso, pedi vista do processo.

Mas, quando as leis penais naturalmente criminalizam o aborto, elas o fazem no pressuposto da interrupção de uma vida em gestação, ou seja, o que se procura impedir é que, pelo aborto, se interrompa um destino, se inviabilize uma trajetória mundana, se impeça alguém de ter um destino próprio extra-uterino - não pode ser diferente. Depois, a gravidez vem num circuito envolvente da própria família, não é algo isolado, e, sobretudo, da mulher que tem lá as suas expectativas, os seus sonhos, as suas fantasias, que são o conteúdo mais sublime e mais forte de todos os amores: o amor materno.

A decisão do Ministro Marco Aurélio, ainda que transitoriamente, precariamente, acho que devolve à questão a sua instância própria: que o amor materno fale e que a mãe diga se pretende continuar com aquela gravidez-sacrifício ou não, sem que isso signifique um assassínio, uma morte propriamente dita. Porque sabemos que, se o feto anencéfalo não possui os hemisférios cerebrais nem o córtex, na verdade, ele se assemelha àquela situação do ser humano, já vivo, portanto, que teve sua morte cerebral decretada, sentenciada, diagnosticada e que, no entanto, continua a viver por efeito de aparelhos. A vida já não está ali, o cérebro já desaconteceu, apenas há uma pulsação nos demais órgãos por mérito, por virtude de aparelhos.

Pois bem, não é assim mesmo com o feto anencéfalo? Ele está aparentemente vivo, na verdade ele está ligado e por isso respira e por isso se desenvolve. Ele está ligado a uma UTI, chamada útero, mas a partir do momento em que se opera o desligamento do feto desses aparelhos ou dessa UTI, que se chama útero, nada mais resta, não há mais vida.

Embora eu não tenha um ponto de vista que considere definitivo, mas tenho sinais, tenho indicadores que me levam a endossar a decisão corajosa do Ministro Marco Aurélio.

É como voto.

*****

20/10/2004 TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL

VOTO

(S/ A SEGUNDA PARTE DA MEDIDA LIMINAR)

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - Sr. Presidente, a teoria geral das liminares, também denominadas antecipações de tutela, baseia-se num princípio claro e de conteúdo categórico, como condição primária para que o tribunal possa antecipar aquilo que, em termos de tutela, pede o demandante, em decisão que, na verdade, não configura a rigor antecipação, porque só se antecipa aquilo que é de ocorrência futura mas certa, e aquilo que é incerto só pode ser objeto de tutela provisória. Tal princípio está em que, para concessão desta tutela, exige o ordenamento o juízo de uma alta probabilidade da existência do direito subjetivo invocado, quando se trate da invocação de direito subjetivo. Não basta, portanto, uma probabilidade qualquer; é preciso que essa probabilidade seja de grau elevado.

Agora, a mim me parece fora de dúvida que a liminar, com a devida vênia do eminente Relator e das razões jurídicas, todas muito sólidas, que Sua Excelência expôs para concedê-la, ofende um valor jurídico. Isso parece-me induvidoso. A vida intra-uterina, ainda quando concebível como projeto de vida, é objeto da tutela jurídico-normativa por várias formas. É-o por normas infraconstitucionais, evidentes não apenas na regra tradicional que o

Ministro Eros Grau recordou, mas também, e sobretudo, por força da própria lei penal, cujo sentido primário de proibição do comportamento tipificado é expressão da tutela dessa vida intra-uterina, a qual guarda, por conseguinte, o significado indiscutível de bem jurídico, que como tal merece a proteção da ordem jurídica. A história da criminalização do aborto mostra que essa tutela se fundamenta na necessidade de preservar a dignidade dessa vida intra-uterina, independentemente das eventuais deformidades que o feto possa apresentar, como tem apresentado no curso de história. As deformidades das vidas intra-uterinas não são novidade fenomênica. Novidade são hoje os métodos científicos de seu diagnóstico. A consciência jurídica jamais desconheceu a possibilidade de que de uma gravidez possa não resultar sempre nascimento viável.

Não me convence o argumento de que o feto anencéfalo seja um condenado à morte. Todos os somos, todos nascemos para morrer. A duração da vida é que não pode estar sujeita ao poder de disposição das demais pessoas. Esta é a razão jurídica fundamental por que não apenas as normas infraconstitucionais, mas também a Constituição tutela a vida, porque, no instante em que, independentemente da classificação nosológica que se pudesse emprestar ao feto anencéfalo, o transformássemos em objeto do poder de disposição alheia, essa vida se tornaria coisa (*res*) porque só coisa, em Direito, é objeto de disponibilidade jurídica das pessoas. Ser humano é sujeito de direito.

Não há, portanto, nenhuma dúvida de que a eficácia da liminar atinge relevantíssimo bem jurídico tutelado pelo ordenamento, assim na Constituição, como em normas infraconstitucionais. E, se ofende tal valor jurídico, a pergunta subseqüente é: há probabilidade de que a pretensão da demandante apresente maior grau de exigência de proteção do que a da defesa do valor ofendido? Há essa alta probabilidade? Receio que não.

Para proferir este voto liminar, não estava no meu projeto avaliar algumas das afirmações da petição inicial, mas vejo-me na contingência de fazê-lo, porque nelass insistiu o eminente advogado da demandante, quando, tornando clara sua pretensão de dar nova interpretação a velhíssimas normas de caráter penal, alegou que a não-previsão de uma excludente de ilicitude pela lei ofenderia princípios constitucionais. E Sua Excelência tornou a enumerá-los. Disse que, em primeiro lugar, ofenderia o princípio da dignidade da pessoa humana. E disse mais: essa dignidade seria medida pela integridade física da mãe. Não concordo. A integridade física e biológica da vida intra-uterina também está em jogo. Depois, o sofrimento em si não é alguma coisa que degrade a dignidade humana; é elemento inerente à vida humana. O remorso também é forma de sofrimento. E o que o sistema jurídico não tolera não é o sofrimento em si, porque seria despropósito que o sistema jurídico tivesse a absurda pretensão de erradicar da experiência humana as fontes de sofrimento. Nem quero discorrer sobre o aspecto moral e ético - não me interessa - de como o sofrimento pode, em certas circunstâncias, até engrandecer pessoas, pois isso não releva à discussão do caso. Só quero relembrar que o sistema jurídico

repudia, em relação ao sofrimento, apenas os atos injustos que o causem. O sofrimento provindo da prática de um ato antijurídico, esse não pode ser admitido pela ordem normativa. Mas não é esse o caso de eventual sofrimento materno, ou pelo menos não o é de regra.

Referiu-se ainda o eminente patrono ao princípio da legalidade e à cláusula geral da liberdade. Mas esse princípio e essa cláusula são limitados pela existência das leis constitucionais. Onde a lei o considera criminoso, e por isso proíbe certo comportamento, não há espaço de liberdade jurídica, não há possibilidade teórica de invocação do princípio da liberdade nem da legalidade. Já estão pré-excluídos.

Tampouco me parece consistente, para efeito desta liminar, a analogia com a autorização do aproveitamento de órgãos, em caso de morte cerebral, porque aí se trata de hipótese em que se sacrificam certos órgãos de alguém que teve o que a lei e os cientistas chamam de "morte encefálica", mas para salvar a vida alheia. O símile não é adequado para a hipótese, em que ninguém sustenta a necessidade de permitir o aborto para salvar vida alheia.

Aludiu ainda Sua Excelência ao direito à saúde, o que me leva a pensar na possibilidade de o argumento basear-se no pressuposto de que a gravidez sempre constitua grande risco à vida humana e, portanto, talvez fosse até melhor proibi-la. Seria mais seguro. Não vejo, pois, nenhuma ofensa próxima a direito à saúde.

Eu não queria fazer ponderações gerais quanto à admissibilidade da ação, porque me parecem desnecessárias nos limites desta

preliminar. Minha dúvida, no tema, repercute aqui sobre a improbabilidade do pedido. Em primeiro lugar, está a minha dúvida - Ministro Gilmar Mendes, saliento que se trata de mera dúvida, de modo que não vou tentar resolvê-la agora, vou apenas expô-la – sobre a admissibilidade da ação para atacar normas pré-constitucionais.

Entende-se que, no caso de leis pré-constitucionais, não é admissível a ADI, ou porque a norma jurídica não foi recebida (ou teria sido revogada), ou já não seria caso de interpretação conforme à Constituição.

Todas as alternativas e problemas teóricos que se põem em relação ao tema da ação direta de inconstitucionalidade de leis pré-constitucionais parecem-me repropor-se em sede desta ação. Logo, se a ação direta de inconstitucionalidade não é admissível para atacar norma pré-constitucional, não me parece que o seja esta ação. O art. 1º, § único, inc. I, da Lei nº 9.882, de 1999, admite a ação, no caso de leis pré-constitucionais, apenas quando tenha por objeto questão incidental de controvérsia judicial pendente sobre lei ou ato normativo. Por que me parece que isso guarde certa lógica? Porque, em tal caso, há uma concretude representada pelo caráter subjetivo do processo em que a questão constitucional é suscitada, de modo que essa pode ser objeto da ação. Trata-se, portanto, de norma de destinação específica. E a lógica estaria em que o art. 3º exige para esta ação, como requisito da petição inicial, prova da violação do preceito fundamental.

Essa norma (art. 3º) não se refere à necessidade de argumento, ou seja, à necessidade de o autor demonstrar, a título de causa de pedir, a

ofensa teórica a preceito fundamental. A petição inicial deve conter, segundo o art. 3º, inc. III, a prova da violação alegada. *Prova*, sabe-o todo mundo - e seria absurdo que eu o repetisse -, só pode ter por objeto *fato* ou *fatos*. A petição inicial, sob pena de inépcia, tem, pois, de estar instruída com a prova do *fato* que ofenda preceito fundamental, de modo que deve, antes, descrever tal *fato*. Qual o fato, porém, descrito na petição inicial desta causa? A petição inicial é um tratado extremamente inteligente de Direito, mas não lhe encontro descrição de fato nenhum, nem por conseguinte a prova da violação.

O inc. V do art. 3º preceitua:

> "Se for o caso, a comprovação da existência da controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do direito fundamental que se considera violado".

No caso do incidente, sim, bastaria essa comprovação.

Como disse, tal dúvida, que não quero resolver agora, não milita em favor da adequação desta ação, nem, portanto, da probabilidade da tutela pretendida.

Mas o que me deixa mais seguro quanto a essa improbabilidade é outra coisa, aliás já salientada pelo eminente Procurador-Geral: os limites da atuação desta Corte na chamada "interpretação conforme à Constituição".

A simples leitura dos termos da petição inicial evidencia que esta pretende criar uma *excludente de ilicitude* contra a clareza do sentido emergente de um conjunto de normas que jamais provocaram, até hoje, dúvida alguma de interpretação, tanto na doutrina, como na da jurisprudência.

A pergunta que suscito é se, como contralegislador – para usar expressão de **RUI MEDEIROS** -, violando os princípios da separação dos poderes e da interdição do arbítrio, caríssimos ao Estado Democrático de Direito, este Tribunal tem competência para, sob pretexto de que certas normas já não seriam adequadas ao tempo e à evolução científica, ler outra coisa onde as normas não deixam nenhuma dúvida quanto ao seu sentido emergente, o que é mais do que mero sentido literal.

Não vejo, então, o necessário grau de probabilidade para a concessão e a subsistência da liminar, quando, em última análise, se pede a esta Corte que crie uma norma jurídico-penal que, contrária ao sentido indiscutível dos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal, exclua a ilicitude de comportamento que essas mesmas normas têm por ilícito.

Sr. Presidente, essas são as razões por que, com a devida vênia ao eminente Relator e a todos os demais votos discordantes, nego referendo à liminar, *in totum*, inclusive quanto ao primeiro efeito.

**MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

**V O T O**

**(S/ A SEGUNDA PARTE DA MEDIDA LIMINAR)**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Sr. Presidente, já havia me manifestado a propósito desta questão, particularmente ao Ministro Marco Aurélio, quanto a minha dificuldade em avançar na concessão da liminar, especialmente no que concerne ao seu segundo aspecto.

Não é preciso tecer todas essas considerações feitas pelo Ministro Cezar Peluso para divisar, na dogmática do próprio Tribunal, a dificuldade de se conceder a cautelar numa hipótese como essa. Estamos diante de um processo de perfil objetivo; logo, essa decisão acaba por produzir uma norma que regulará esta relação. E foi isso que acabou por ser determinado na decisão final do Ministro Marco Aurélio. Então, despertam-se essas questões relativas ao papel positivo ou negativo do legislador.

Eu estaria até muito confortável para discutir essa questão e já nem empresto muito significado a isso, acho que nem

Kelsen emprestaria quando falou do tal legislador negativo. Temos inúmeros exemplos, todo dia, aqui, de que acabamos por construir e fazer construções. Não me entusiasmo com esse aspecto. Sei que isso se utiliza como um "self-restraint" quanto um critério de autocontensão.

Sabemos todos - quem vem do Eleitoral vivencia isso todo dia - que o Tribunal cria normas até de perfil constitucional, se quiserem, e não é uma novidade nos sistemas jurídicos. Adota-se esse tipo de critério para o fim de delimitar um pouco a diferença entre a atividade legislativa e a atividade da jurisdição constitucional que, hoje, também, pelo menos na doutrina dominante, já se afirma não ser uma diferença ontológica, mas, talvez, uma diferença quanto à intensidade. Não avançarei nesses aspectos, porque, de fato, não estão em jogo.

Esta Corte criou um conceito jurídico indeterminado, na cautelar da ADI, que fala da conveniência política da concessão da cautelar para substituir aquela idéia do **periculum in mora**. Justifica-se, ou não, a concessão da cautelar, nessas hipóteses, tendo em vista, inclusive, as fricções, as inseguranças jurídicas que isso geraria. E, muitas vezes, tem respondido negativamente.

Parece-me que, se adotarmos tão-somente esse critério, já seria suficiente para um tema que sensibiliza, e não é apenas uma sensibilidade peculiar da sociedade brasileira. Quem

acompanha a matéria, no mundo todo, sabe que esse assunto sensibiliza as mais diversas sociedades.

O debate sobre a revisão de "Roe versus Wade", nos Estados Unidos, é um dos mais marcantes da vida republicana e democrata. E, a toda hora, promete-se a revisão daquele célebre julgado.

Na Alemanha, também tivemos essa discussão séria e lá se conhece, inclusive, uma cautelar, Ministro Cezar Peluso, de outro perfil, porque, como houve a descriminalização, a Corte introduziu uma cautelar para reintroduzir a criminalização. O primeiro julgado da Corte Constitucional, no caso do aborto, foi no sentido de manter a norma penal enquanto norma de proteção, pelo menos enquanto não houvesse uma decisão. E, depois, essa decisão foi mantida.

A ausência de uma conveniência política da concessão, tendo em vista os fatores envolvidos, parece-me determinante e já foi aqui ressaltado. De fato, estamos a lidar com valores extremamente sensíveis. Que a ordem jurídica protege esse valor, sem dúvida, isso já seria talvez uma justificativa para que não partisse desta Corte uma decisão pelo menos em sede de cautelar. Daí, independentemente de qualquer consideração sobre a admissibilidade da ação, não tenho dúvida, não avançaria a essa questão; poderíamos, até, no mérito, dizer: "ou se rejeita a ação ou o que se pede aqui é indevido". Não diria, **a priori**, que a ação é inadmissível. Mas isso é suficiente, essa consideração, a meu ver, para dizer, neste caso,

não é de se referendar a liminar. Porque, se usarmos os mesmos parâmetros que têm balizado a concessão da cautelar em sede de ADI, chegaríamos a resultados semelhantes.

Com essas considerações e tentando ficar apenas nesta construção dogmática desenvolvida em torno da cautelar, diria que, especialmente naquela segunda parte em que se assegura o direito à realização desta operação, que poderia ser equiparável ao aborto - dependendo do nome que venha a ser realizado -, de fato, é uma mutação significativa no sistema jurídico. Tem uma razão, portanto, para que não se realize essa mudança em sede de cautelar.

Também peço vênia ao eminente Ministro-Relator e me penitencio, Sua Excelência tem razão ao observar que, de certa forma, este processo deu ensejo a uma série de incongruências. Sua Excelência concedeu a cautelar, próximo ao período de recesso, trouxe aqui e indicamos a possibilidade de um julgamento célere e de mérito - isso não ocorreu. Agora, estamos a discutir ou a rediscutir a questão de cautelar de uma maneira, talvez, um tanto quanto atabalhoada.

Com essas ressalvas, pedindo vênia a Sua Excelência, nego referendo à liminar em relação à segunda parte.

**20/10/2004** **TRIBUNAL PLENO**

**MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

## VOTO

(S/ a segunda parte da medida liminar)

A Senhora Ministra Ellen Gracie : Senhor Presidente, limito a minha manifestação apenas à questão de referendo à liminar deferida.

Verifico que o Tribunal sequer se definiu quanto à viabilidade da ação e, nesse ponto, tem inteira razão o Ministro Eros Grau. Esse exame deveria, naturalmente, preceder a qualquer provimento liminar que é, por natureza, precário.

Esse fato, de que o Tribunal não tem ainda opinião formada a respeito, faz com que aquele *periculum in mora*, que o eminente Ministro-Relator considerou presente para deferi-la, se inverta; e, em jurisdição objetiva, sem que haja qualquer caso concreto em jogo, a liminar em causa é, efetivamente, satisfativa para o efeito de introduzir uma hipótese autorizativa de interrupção de gravidez, que hoje não consta do Código Penal. Este Código Penal data de 1940, e a ADPF existe, como previsão constitucional, desde 1988 e está regulamentada desde 1999. Portanto, não vejo presente, acrescentando apenas esse adendo às razões que já foram postas, a urgência que autorize o deferimento da liminar.

Por isso, com vênia do eminente Relator, também nego referendo em relação à segunda parte.

Acompanharia o eminente Ministro Cezar Peluso integralmente, mas vejo que isso causaria uma perplexidade muito grande, e a Corte precisa assumir a responsabilidade de ter deixado esse feito quatro meses pendente.

20/10/2004 TRIBUNAL PLENO

**MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

V O T O

(S/A SEGUNDA PARTE DA MEDIDA LIMINAR)

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Sr. Presidente, peço licença para acolher a proposta do Ministro Eros Grau.

Tem-se, na hipótese, uma liminar satisfativa com eficácia **erga omnes** em um caso em que há dúvida, e séria, tanto que levou o Sr. Ministro Carlos Britto a pedir vista dos autos porque se sentiu impressionado com a argumentação posta da tribuna pelo eminente Procurador-Geral.

Então, em um caso em que há dúvida quanto ao cabimento da argüição, não admitiria que pudesse estar vigente uma liminar com eficácia **erga omnes** e efeito vinculante. Quantos abortos de fetos anencefálicos estariam sendo feitos? Se amanhã o Supremo

Tribunal Federal entender que a argüição de descumprimento de preceito fundamental não é cabível, estaríamos, na verdade, diante de situação desconfortável. Isto devido ao fato da eficácia **erga omnes**.

O Sr. Ministro **NELSON JOBIM** - (Presidente) - Ministro Velloso, Vossa Excelência observa uma importante relação ao tema discutido: é que a segunda parte da liminar do Ministro Marco Aurélio, que data de 1º de julho de 2004, reconheceu o direito constitucional da gestante submeter-se à operação terapêutica de partos e fetos anencefálicos. Estamos caminhando, agora, já se formando com o seu voto a maioria, no sentido de não referendar essa segunda parte da liminar. Ocorre o seguinte: tivemos vigente uma liminar de 1º de julho de 2004 e, virtualmente, até a data de hoje. Então, na hipótese de um encaminhamento nessa linha, gostaria de lembrar a Vossa Excelência e ao Tribunal que o nosso referendo ou não-referendo terá que ter efeitos **ex nunc**.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Não é referendo, é revogação.

O Sr. Ministro **NELSON JOBIM** - (Presidente) - Revogação com efeitos **ex nunc**, para deixar claro que ela se mantém no período entre 1º de julho até agora.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Sua Excelência trouxe ao referendo, houve a proposta do eminente Presidente de se fazer um só julgamento. Na época, achei que iríamos julgar esta questão dentro de uma semana ou duas.

O Sr. Ministro **NELSON JOBIM** - (Presidente) - Para deixar explícito que essa revogação é a partir da data de hoje.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Ademais, Sr. Presidente, quero acrescentar que, no caso, não há possibilidade de risco de vida com relação à mãe. O risco, na verdade, ocorre, quanto ao direito à vida. Se temos que respeitar, como fazem os argumentos postos pelo eminente patrono da autora, o notável Professor Luis Roberto Barroso, no sentido do sofrimento da mãe em gerar um feto fadado a morrer, não podemos ignorar e faltar com nosso apreço ao argumento trazido pelo eminente Procurador-Geral da República no sentido de que se tem, com esse aborto, atentado contra à vida. Sopesando um e outro argumento, há de prevalecer, pelo menos neste primeiro exame, o argumento do direito à vida. E esse argumento há

de prevalecer tendo em vista as circunstâncias da causa. Há dúvida, temos que decidir, ainda, a respeito do cabimento ou não da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Os valores em jogo sensíveis e delicados somente podem encontrar solução no julgamento de mérito, no julgamento final.

Assim, Sr. Presidente, peço licença ao nobre Ministro-Relator para dar por revogada a liminar concedida no que toca à segunda parte, proposta pelo Ministro Eros Grau.

20/10/2004 TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL

V O T O

(S/ A SEGUNDA PARTE DA MEDIDA LIMINAR)

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE** - Sr. Presidente, se pudéssemos voltar a 2 de agosto, provavelmente eu pediria vista. Mas não estamos em 2 de agosto. E este Tribunal tomou uma decisão grave, quando, então, ciente de uma liminar em vigor, protraiu a apreciação dos seus fundamentos, no que diz respeito à plausibilidade jurídica, para a decisão definitiva da causa.

O meu voto, assim, é de política judiciária.

O dispositivo da liminar vige, neste País, há quatro meses.

Não vejo como, a esta altura da discussão nacional, remeter cada caso ao vai-e-vem das distribuições e das decisões, de um lado e de outro, fatalmente comprometidas com a mundividência de cada juiz, no controle de cada caso concreto. Prefiro manter a liminar nos seus termos e confiar em que brevemente possamos proferir a decisão de mérito ou concluir pela inadmissibilidade da argüição.

É claro que comove, Sr. Presidente, para os que partem da premissa de que o feto anencefálico tem vida, e que tem vida o

produto do parto desta gravidez condenada ao nada, comove, que mais não seja em respeito à profunda convicção com esse sentido, aqui, magnificamente verbalizada pela notável sustentação oral do Procurador-Geral e pelo voto magistral hoje proferido pelo Ministro César Peluzo.

Mas, criada esta situação de fato, creio que, enquanto este processo estiver pendente, atende melhor à função política assumida pelo Tribunal – e digo pelo Tribunal, porque a assumimos em 2 de agosto –, que se mantenha a liminar até a decisão de mérito. Tantos são os verdadeiros abortos diária e impunemente no Brasil, que o cumprimento da liminar por algum pouco tempo não será uma catástrofe...

Por isso, peço vênia à maioria já formada, para votar pela manutenção da liminar.

CR/

20/10/2004 TRIBUNAL PLENO

**MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

**VOTO**
**(S/ A SEGUNDA PARTE DA MEDIDA LIMINAR)**

**O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – (PRESIDENTE)** – Tenho voto na matéria e, por todas as razões já desenvolvidas pelo Ministro Eros Grau e pelo os que o acompanharam, também acompanho a posição do Ministro Eros Grau.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**QUEST. ORD. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8**
PROCED.: DISTRITO FEDERAL
**RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO**
ARGTE.(S): CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE - CNTS

ADV.(A/S): LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO(A/S)

**Decisão:** O Tribunal, por decisão unânime, deliberou que a apreciação da matéria fosse julgada em definitivo no seu mérito, abrindo-se vista dos autos ao Procurador-Geral da República. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 02.08.2004.

**Decisão:** Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, resolvendo a questão de ordem no sentido de assentar a adequação da ação proposta, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Carlos Britto. Em seguida, o Tribunal, acolhendo proposta do Senhor Ministro Eros Grau, passou a deliberar sobre a revogação da liminar concedida e facultou ao patrono da argüente nova oportunidade de sustentação oral. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, referendou a primeira parte da liminar concedida, no que diz respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, vencido o Senhor Ministro Cezar Peluso. E o Tribunal, também por maioria, revogou a liminar deferida, na segunda parte, em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, vencidos os Senhores Ministros Relator, Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Falaram, pela argüente, o Dr. Luís Roberto Barroso e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Plenário, 20.10.2004.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Luiz Tomimatsu
Secretário

27/04/2005 TRIBUNAL PLENO

**QUEST. ORD. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

VOTO-VISTA

**O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO** - Cuida-se de **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental**, aparelhada com requerimento de medida liminar. Argüição ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) e que me chegou às mãos em 10.11.2004, por efeito do pedido de vista que fiz no transcurso da sessão plenária do dia 20 de outubro desse mesmo ano de 2004.

2. Objeto da Argüição em si é o emprego da interpretação conforme a Constituição "ao conjunto normativo representado pelos arts. 124, 126, *caput* e 128, I e II do Código Penal", cuja dicção é esta:

> "**Art. 124.** *Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:*
>
> *Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos."*
>
> "**Art. 126.** *Provocar aborto com o consentimento da gestante.*
>
> *Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos."*
>
> "**Art. 128.** *Não se pune o aborto praticado por médico:*
>
> ***Aborto necessário***
>
> ***I** - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;*

> ***Aborto no caso de gravidez resultante de estupro***
>
> ***II***- *se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.*

3. Pois bem, é esse bloco normativo-penal que se afigura à acionante como portador de mais de um entendimento quanto ao respectivo conteúdo e alcance, sendo que um deles é tido por manifestamente contrário "ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana" e aos "direitos fundamentais à liberdade e à saúde da gestante (CF, arts. 1°, IV, 5°, II, 6°, 'caput' e 196)".

4. Esse destacado entendimento que a autora saca dos dispositivos transcritos e que ela pretende afastar por inconstitucional é aquele segundo o qual **a interrupção voluntária da gravidez de feto anencéfalo é constitutiva de crime contra a vida**. Crime contra a vida, aclare-se, não bafejado por nenhuma das excludentes de punibilidade a que se refere o último dos textos supracopiados (incisos I e II do art. 128).

5. Ainda no plano da caracterização do objeto do pedido, a proponente requereu, "alternativamente e por eventualidade", que a sua pretensão fosse recebida como uma ação direta de inconstitucionalidade que teria por fim "a interpretação conforme a Constituição dos dispositivos do Código Penal impugnados". Isto sob

o fundamento de que "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 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" (trecho reproduzido do memorial que traz a assinatura do advogado-constitucionalista **Luís Roberto Barroso**, pp. 6 e 7).

6. Vias processuais à parte, o que tenciona a autora é provocar o pronunciamento formal deste Excelso Pretório quanto à precisa configuração jurídica do ato de interromper, por vontade própria, uma gravidez do tipo **anencéfalo**. Isto é, gravidez de feto que se ressente da falta parcial ou total do encéfalo (cf. "Dicionário Eletrônico Houaiss"). Mais tecnicamente, feto desprovido dos "hemisférios cerebrais", que são "a parte vital do cérebro", consoante definição que se lê no bojo da Resolução nº 1.752/04, do Conselho Federal de Medicina, publicada no Diário Oficial da União de 13 de setembro de 2004. E sem a parte vital do cérebro, o ser em gestação não tem como escapar de uma fatal "parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas pós-parto" (tal como escrito no primeiro *considerandum* da resolução em foco).



STF 102.002

7. Prossigo neste breve retrospecto para informar que o pedido de medida cautelar foi acolhido por uma longa e bem fundamentada decisão monocrática do ministro **Marco Aurélio**. Decisão, todavia, cassada por maioria de votos deste Excelso Tribunal, em acatamento a proposta do ministro **Eros Roberto Grau** (conforme sessão plenária do mencionado dia 20 do mês de outubro do ano passado).

8. A seu turno, a Procuradoria-Geral da República, presentada pelo prof. **Cláudio Fonteles**, houve por bem levantar a questão preliminar da inadequação da via processual eleita pela CNTS. Isto, não por considerar a ADPF uma via processual inapta para o manejo da "interpretação conforme a Constituição". Mas por não ser o caso de aplicabilidade dessa técnica de controle de constitucionalidade, uma vez que os dispositivos penais questionados pela parte autora não rendem ensejo a mais de uma interpretação lógica. No próprio linguajar do culto e digno Procurador-Geral, os "*textos normativos apresentados pela autora* (...) não *ensejam a interpretação conforme*". É dizer, os dispositivos do Código Penal versantes sobre as diversas modalidades do crime de aborto "*Bastam-se no que enunciam, e como estritamente enunciam*".

9. Referida preliminar foi suscitada em questão de ordem, o que me levou a pedir vista dos autos para melhor análise das teses jurídicas em confronto.

10. Este o exame retrospectivo do processo, com a síntese possível .

11. Antes, porém, do voto que me cabe proferir, permito-me dizer o que sempre tenho dito a respeito da natureza jurídica da ADPF. Ela ostenta uma multifuncionalidade legal que me parece de duvidosa constitucionalidade. Entretanto, como se encontra pendente de julgamento a ADI nº 2.231-DF, manejada, especificamente, contra a lei instituidora dela própria, ADPF (Lei nº 9.982/99), e tomando em linha de conta o fato de que há decisões plenárias a prestigiar os desígnios da mesma Lei nº 9.882/92[1], que tenho feito? Tenho me rendido ao princípio constitucional da presunção de validade dos atos legislativos, de sorte a momentaneamente acatar o instituto da ADPF tal como positivamente gizado. Logo, a ADPF enquanto mecanismo processual apto a ensejar tanto a abertura do processo de controle concentrado de constitucionalidade quanto a instauração do processo de controle desconcentrado (comumente designado por "difuso" e em caráter "incidental"), ambos de índole jurisdicional. Alcançando, no mesmo tom, assim os atos do Poder Público editados anteriormente à Constituição como os de edição a ela posterior. Mais ainda, [2]quer os atos procedentes da União e dos Estados, quer os originários dos Municípios brasileiros. E com a força ambivalente, enfim, de reparar

[1] ADPF 4, rel.min. **Ellen Gracie**; ADPF 33, rel. min. **Gilmar Mendes**.
[2] *Mutatis mutandis*, foi o parâmetro em que me louvei para decidir na Rcl. 2.381-AgR, no que fui honrosamente seguido pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa.

ou até mesmo prevenir lesão ao tipo de enunciado normativo-constitucional a que ela, ADPF, se destina salvaguardar.

12. Por esta forma, então, o que me incumbe agora é remarcar o fato de que o exame da presente ADPF passa pelo antecipado enfrentamento da questão de ordem que a douta Procuradoria-Geral da República suscitou. **Que é a questão de saber se procede ou não procede a alegação preliminar de que a ADPF *sub judice* carece do pressuposto lógico da existência de um conjunto normativo-penal suscetível de "interpretação conforme"**. Devido a que os arts. 124, 126 e 128 do Código Penal se caracterizam, justamente, pela sua univocidade de conteúdo e alcance. E essa univocidade traduz-se na criminalização e apenamento de toda prática abortiva que não as expressamente ressalvadas pelos incisos I e II do art. 128 do Código Penal (gravidez que venha a colocar a gestante em sério risco de vida, ou que seja resultante de estupro).

13. Minha resposta não se faz por esperar. O conjunto normativo que apõe na voluntária interrupção da gravidez a tarja da delitividade, sob duas específicas excludentes de apenação, exprime um querer legislado que se me afigura um ato do Poder Público: a) de base significativa plural; b) teoricamente apto — pelo menos enquanto não sobrevier o julgamento de mérito desta ADPF — a fundamentar decisões judiciais eventualmente contrárias à defesa dos valores constitucionais que a autora teve em mira preservar; c)

regulador de matéria permanentemente aberta aos mais acirrados conflitos de opinião (conflitos tanto jurídico-penais e constitucionais quanto filosóficos e religiosos), **por modo a atrair a incidência do inciso I do parágrafo único da Lei Federal nº 9.882/99,** assim redigido: "Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os anteriores à Constituição".

14. Atendo-me ao que mais interessa — que é a polissemia dos dispositivos penais em causa —, **pelo menos três acepções ou representações mentais ou conteúdos semânticos tenho como passíveis de extração dos signos lingüísticos em que se vaza o discurso legal.** Três defensáveis significações ressaídas, torno a falar, dos próprios textos normativos em causa; ou seja, ressaídas tão-só da estrutura de linguagem de cada qual dos enunciados interpretados, segundo os combinados métodos de compreensibilidade que são próprios da Hermenêutica do Direito: a) os métodos filológico, lógico, teleológico e histórico, todos eles a incidir sobre o dispositivo-objeto em si mesmo (isoladamente, portanto); b) o método sistemático, que já opera pela inserção do texto-alvo no conjunto da lei ou do segmento legal de que ele faça parte (panoramicamente, então).

15. Essas três compreensões de um mesmo grupo de dispositivos legais partem, no entanto, de um consenso quanto à definição prosaica do aborto como realidade do mundo do ser: **expulsão provocada ou consentida do produto da concepção, com o propósito de obstar que ele venha a ter qualquer possibilidade de vida extra-uterina** (conferir verbete constante da "Enciclopédia e Dicionário Koogan/Houaiss, p. 4, ano de 1994, Editora Guanabara Koogan, Rio de Janeiro). E dando por assentado esse prosaico entendimento do aborto enquanto empírico fazer ou agir é que dedico os próximos segmentos deste voto à exposição das três mencionadas interpretações jurídicas.

16. A primeira dessas interpretações é a de que **a antecipação terapêutica do feto anencéfalo é crime**. Basta o fato em si da intencional cessação da gravidez, com o fito de destroçar o ser que lhe serve de objeto, para que a regra legal da apenação passe a incidir. Noutros termos, suficiente para a produção dos específicos efeitos da lei de criminalização do aborto é a conduta provocada ou consentida com o intuito de impedir que um feto venha a concluir todo o ciclo da humana formação. O que implica reconhecer que a lei penal proíbe a intencional contramarcha nos processos intra-uterinos que fazem do fruto da concepção um ser em paulatino avanço para um momento de vida já ocorrente do lado de fora do feminino ventre. **Concepção que é a *pedra de toque* da questão, sob o fundamento de hospedar-se nela o próprio início de toda vida humana,**

**embora em estado latente**. Latência, enfim, que, numa ponderação de valores, passa a preponderar sobre qualquer outro interesse ou bem jurídico por acaso alegado pela gestante (sempre ressalvadas as duas mencionadas hipóteses de exclusão de punibilidade); que nem por se encontrar em estado de gravidez se torna proprietária do ser que lhe anima o ventre. Donde o recorrente apelo a dois caracterizados diplomas normativos: o Código Civil brasileiro, que para fins de sucessão hereditária põe a salvo os direitos do nascituro (art. 2° do CCb), e o Pacto de São José da Costa Rica, assim formalizado em uma de suas cláusulas: "Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Este direito está protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção" (art. 4°, n° 1, citado em candentes escritos de cunho anti-abortivo, da autoria do cardeal fluminense **Eugênio Sales**, publicado na edição de 4 de dezembro de 2004 do "JORNAL DO COMMERCIO", caderno A, p. 15).

17. A segunda intelecção é mais discursivamente sutil: **inexiste o crime de aborto** naquelas específicas situações de voluntária interrupção de uma gravidez que tenha por objeto um "natimorto cerebral". Um ser padecente de "inviabilidade vital" (expressões figurantes da mesma resolução n° 1.752/04, do Conselho Federal de Medicina, ali empregadas no plural para os casos de anencefalia fetal). Quero dizer: o crime deixa de existir se o deliberado desfazimento da gestação já não é impeditivo da transformação **de algo em alguém**. Se o produto da concepção não se

traduzir em um ser a meio caminho do humano, mas, isto sim, **em um ser que de alguma forma parou a meio ciclo do humano.** Incontornavelmente *empacado* ou "sem qualquer possibilidade de sobrevida" (ainda uma vez, locução tomada de empréstimo à mesmíssima resolução do CFM), por lhe faltar as características todas da espécie. *Uma crisálida que jamais, em tempo algum, chegará ao estádio de borboleta*. O que já importa proclamar que se a gravidez "é destinada ao nada" — a figuração é do ministro **Sepúlveda Pertence** —, sua voluntária interrupção é penalmente atípica. Já não corresponde ao fato-tipo legal, pois a conduta abortiva sobre a qual desaba a censura legal pressupõe o intuito de frustrar um destino em perspectiva ou uma vida humana *in fieri*. Donde a imperiosidade de um conclusivo raciocínio: se a criminalização do aborto se dá como política legislativa de proteção à vida de um ser humano em potencial, faltando essa potencialidade vital aquela vedação penal já não tem como permanecer. Equivale a dizer: o desfazimento da gravidez anencáfala só é aborto em linguagem simplesmente coloquial, assim usada como representação mental de um fato situado no mundo do ser. Não é aborto, contudo, em linguagem depuradamente jurídica, por não corresponder a um fato alojado no mundo do dever-ser em que o Direito consiste[3]. O que faz o *fiel da balança* em que se pesam contrapostos valores pender para o lado da gestante, na acepção de que ela já não está obrigada a levar adiante uma gravidez

[3] A anencefalia é definida pela mesma Enciclopédia e Dicionário Koogan/Houaiss ( p. 52) como um fenômeno teratológico ou "monstruosidade caracterizada pela ausência de cérebro".

tão-somente comprometida com o pior dos malogros, quando do culminante instante do parto.

18. Ajunte-se que essa particularizada compreensão das coisas tem a respaldá-la **a própria associação que o art. 3° da lei federal 9.434/97 faz entre morte encefálica e cessação da vida humana**. A primeira a servir de critério para a legitimação do transplante *post-mortem* de tecidos ou partes do corpo humano, como se conclui deste literal comando: "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". Associação conceitual, essa, que seguramente inspirou o egrégio Conselho Federal de Medicina a dispor que, "para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, **são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica**" (segundo *considerandum* da sobredita resolução de n° 1.752/04). Isso para o mesmo fim de transplante de "órgãos e/ou tecidos do anencéfalo", consoante a seguinte legenda:

> *"Art. 1°. Uma vez autorizado formalmente pelos pais, o médico poderá realizar o transplante e/ou tecidos do anencéfalo, após o seu nascimento".*

> *"Art. 2º. A vontade dos pais deve ser manifestada formalmente, no mínimo 15 dias antes da data provável do nascimento".*

19. Já a terceira das interpretações a que se prestam os arts. 124 e 126, assim como os incisos I e II do art. 128, todos do Código Penal, ela se exprime no juízo de que a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo **é fato típico, sim, é aborto, sim, mas sem configurar prática penalmente punível**. Pois se a razão fundamental desse tipo de *despenalização* reside na consideração final de que o abalo psíquico e a dor moral da gestante são bens jurídicos a tutelar para além da potencialidade vital do feto, **essa mesma fundamental e definitiva razão pode se fazer presente na gestação anencéfala;** aliás, pode se fazer presente com uma força ainda maior de convencimento, se considerados os aspectos de que o feto anencéfalo dificulta sobremodo a gravidez e nem sequer tem a possibilidade de viver extra-uterinamente; senão para se debater nos estertores que são próprios daqueles que, já com morte cerebral comprovada, se vêem desligados dos aparelhos hospitalares que lhes davam uma aparência de vida. Donde o mais que justificado emprego do brocardo latino *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, a se traduzir na fórmula de que "onde existe a mesma razão decisiva prevalece a mesma regra de Direito" [4].

---

[4] Além do ineliminável resultado-morte, importa anotar que a gestação da espécie anencáfala costuma acarretar maiores incômodos e delicadas reações psicossomáticas para a gestante, como se conclui da simples e direta leitura desta opinião do referido médico **José Aristodemo Pinotti**: "As gestações de anencéfalos causam, com maior freqüência, patologias maternas como hipertensão e hidrâmnio (excesso de

20. Noutro modo de dizer as coisas, o estupro é para a sociedade em geral e para o Direito em especial uma ação humana da maior violência contra à autonomia de vontade do ser feminino que o sofre. Uma aberração! Uma hediondez! O instante da mais aterradora experiência sexual para a mulher, projetando-se no tempo como uma carga traumática talvez nunca superável, principalmente se resultar em gravidez da vítima. Pois o fato é que seu eventual resultado em gravidez tende mesmo a acarretar para a gestante um permanente retorno mental à ignomínia do ato em que foi brutalizada. Uma condenação do tipo *ad perpetuam rei memoriam* (para a perpétua memória da coisa), no sentido de que a imposição do estado de gravidez em si e depois a própria convivência com um ser originário do mais indesejado conúbio podem significar para a vítima do estupro uma tão perturbadora quanto permanente situação de tortura. Daí que vedar à gestante a opção pelo aborto caracterize um modo cruel de ignorar sentimentos que, somatizados, têm a força de derruir qualquer feminino estado de saúde física, psíquica e moral (aqui embutida a perda ou a sensível diminuição da auto-estima). Sentimentos, então, que se põem na própria *linha de partida* do princípio **da dignidade da pessoa humana**. Que é um princípio de valiosidade universal para o Direito Penal dos povos civilizados, independentemente de sua matriz também de Direito Constitucional. E que ainda exibe uma vertente feminina que mais e mais se orienta

líquido amniótico), levando as mães a percorrerem uma gravidez com risco elevado"

pela máxima de que "o grau de civilização de uma sociedade se mede pelo grau de liberdade da Mulher", conforme oracular sentença de **Charles Fourier** ("Jornal o Capital" - Ano XIV - nº 131, p. 2, Fevereiro de 2005, Aracaju - SE).

21. Pois bem, estados psico-físico-morais desse mesmo teor e magnitude costumam recobrir todo o processo da gravidez do tipo anencéfalo, desde a comprovação da anomalia. Anomalia que, se não está na conjunção carnal de que proveio o concepto, **está no próprio fruto da concepção**. Ele, ser ainda alocado no ventre "materno", é que padece de uma teratologia tal que antecipa esta dilacerante certeza: a certeza de que dele nem sequer é possível dizer que tem *hora marcada para morrer*... porque já vai nascer cerebralmente morto! Com o que se despedaçam por antecipação os mais dourados sonhos, as mais alentadoras expectativas, os mais afetivos planos, as mais lúdicas fantasias que soem permear o encantado universo da mulher às vésperas de ser mãe.

22. É nesse panorama que se dá a analogia com a gestação resultante de estupro. Nesta, a forçosa lembrança da monstruosidade do intercurso sexual. Na anencefalia, a subjetiva estupefação pela "monstruosidade" em si de todo o processo de concepção, gravidez e parto de um ser que já se sabe *prometido ao túmulo, antes mesmo de conhecer o berço*[5]. A natureza a rivalizar com o homem no que este

(mesmo artigo e jornal, parte final do terceiro parágrafo).

[5] "ANENCEFALIA - s.f. Monstruosidade caracterizada pela ausência de cérebro" (ENCICLOPÉDIA E DICIONÁRIO Koogan/Houaiss, Editora Guanabara Koogan, 1994, p. 52). É do mesmo cientista médico e deputado federal José Aristodemo Pinotti este

exibe de pior. Como, na comparação entre o recente maremoto (*tsunami*) do sudoeste asiático e a bomba atômica de Hiroshima e Nagasaki. Que são fatos distintos em suas causas e ontologia, é verdade, mas equiparáveis nos seus devastadores efeitos. O que tem forçado o gênero humano a refletir, de longa data, sobre a dicotomia básica natureza/cultura, como nestes escritos do literato e jusfilósofo sergipano **TOBIAS BARRETO DE MENEZES** (1839/1889):

> *"Realmente eu digo que o característico da sociedade é lutar contra a luta natural pela existência, tratando sobretudo de corrigir seus maus efeitos. Ser natural não livra de ser ilógico, falso e inconveniente. As coisas que são naturalmente regulares, isto é, que estão de acordo com as leis da natureza, tornam-se pela mor parte outras tantas irregularidades sociais; e como o processo geral da cultura, inclusive o processo do direito, consiste na eliminação dessas últimas, dará o antagonismo entre a seleção artística da sociedade e as leis da seleção natural.*
>
> *Assim, e por exemplo, se alguém hoje ainda ousa repetir com Aristóteles que há homens nascidos para escravos, não seja motivo de estranheza (...) Há até espécies de formigas, como a* Polyerga rubescens, *que são escravocratas;* ***porém é cultural que a escravidão não exista"*** (citação de **Miguel Reale**, p. 40, prefaciando a obra "ESTUDOS DE DIREITO I",

---

depoimento sobre a questão do anencéfalo: "A manutenção da legislação atual, que precede em muitas décadas os avanços científicos que garantem o diagnóstico de certeza da anencefalia, obriga as mulheres a levarem adiante uma gestação que contém feto com morte cerebral e certeza de impossibilidade de sobrevida ao

> Editora RECORD, patrocínio do Governo de Sergipe e organização do historiador e ensaísta **Luiz Antônio Barreto**, sem os caracteres negritados).

23. Nessa mesma linha *tobiática* de pensar, é de se trazer a lume recente entrevista do sociólogo e psicanalista junguiano **Roberto Gambini**, que, ainda a propósito do *tsunami* há pouco referido, verbalizou com toda ênfase: "Percebemos, assustados, que a natureza cria e destrói os nossos paraísos. **Ela não é ética, mas nós temos que ser!** A natureza não escolhe entre criação e destruição. **Nós podemos escolher.** (...) Um sábio percebe que a árvore se enche de brotos, mas tem consciência que depois pode surgir uma nuvem de gafanhotos ou uma tempestade de neve... e pronto, acabou. A natureza é tão dadivosa quanto terrível, ela é regida por forças que desconhecemos" ("Revista Cláudia", Editora Abril, fevereiro de 2005, pp. 78/81, negritos à parte).

24. Em suma, no que interessa aos fundamentos da analogia aqui exposta, a anencefalia é coisa da natureza. Embora como um desvio ou mais precisamente um desvario, não há como recusar à natureza esse episódico *destrambelhar*. **Mas é cultural que se lhe atalhe aqueles efeitos mais virulentamente agressivos de valores jurídicos que tenham a compostura de proto-princípios, como é o caso da dignidade da pessoa humana.** De cujos conteúdos fazem parte a autonomia de vontade e a saúde psico-físico-moral da gestante.

---

nascerem. Para essas mães, a alegria de pensar em berço e enxoval é substituída

Sobretudo a autonomia de vontade ou liberdade para aceitar, ou deixar de fazê-lo, o martírio de levar às últimas conseqüências uma tipologia de gravidez que outra serventia não terá senão a de jungir a gestante ao mais doloroso dos estágios: o estágio de endurecer o coração para a certeza de ver o seu bebê involucrado numa mortalha. Experiência quiçá mais dolorosa do que a prefigurada pelo compositor **Chico Buarque de Hollanda** ("A saudade é o revés de um parto. É arrumar o quarto do filho que já morreu"), pois o fruto de um parto anencéfalo não tem sequer um quarto previamente montado para si. Nem quarto nem berço nem enxoval nem brinquedos, nada desses amorosos apetrechos que tão bem documentam a ventura da chegada de mais um ser humano a este *mundo de Deus*.

25. Agora resta perguntar: essa descoincidência de significações normativas para um mesmo bloco de dispositivos penais já tem o peso do seu formal reconhecimento em decisões judiciais? Decisões singulares e colegiadas, inclusive? **A resposta é afirmativa**. Confira-se:

I - decisões pela inocorrência de aborto, por falta de objeto material, na hipótese de antecipação terapêutica de feto inviável (não-incidência do art. 124 do CP:

*a) "Não importa tenha havido prática tipicamente abortiva, para a configuração do art. 124*

---

pela angústia de preparar vestes mortuárias e sepultamento.

> *...do Código Penal, se o laudo pericial conclui que a gravidez não era apta a produzir uma vida. Consoante os ensinamentos dos mestres da medicina legal, a formação da mola carnosa ocorre quando há concepção frustrada, gerando embrião degenerado, inapto a produzir nova vida. E nesse caso não pode haver aborto"* (RT 397/101);
>
> *b) "Sem a prova plena e segura da gravidez e inclusive da viabilidade do feto não há falar em aborto"* (RJTEJSP 145/281);

II - Decisão que tem a antecipação do parto de feto portador de anencefalia como conduta criminosa ou perfeitamente ajustada à definição legal do aborto. Conduta punível, por conseguinte:

> *"HABEAS CORPUS. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA (...). INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO.*
>
> *1. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há se falar em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o writ se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro (...)*
>
> *3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As*

> *hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia in malam partem. Há de prevalecer, nesses casos, o princípio da reserva legal.*
>
> *4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.*
>
> *5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal a quo, desautorizando o aborto (...)"* (STJ, HC 32.159, Rel. Min. Laurita Vaz)

III – Decisão que vê a provocada ou consentida interrupção da gravidez de feto anencéfalo como delito ou fato típico, sim, porém insuscetível de punibilidade:

> *"A lei admite expressamente a realização do aborto terapêutico ou sentimental, por gravidez produto de estupro (RT 703/333), mesmo quando o feto é sadio e perfeito, para preservar os sentimentos da mãe! Estes, com muito mais razão, devem ser garantidos, porque a tanto ela tem direito líquido, certo e até natural, que independe de norma jurídica positiva, no caso de aborto eugênico ou necessário, em decorrência da má formação congênita do feto, em geral anencefalia, evitando-se, dessa forma, a amargura e o sofrimento físico e psicológico, por*

> *cerca de cinco meses, no mínimo, à mãe que já sabe que o filho não tem qualquer possibilidade de viver, e aos demais membros da família...".* (TJSP, 1ª Ccrim - MS 309.340-3)

26. Pois muito bem. Foi justamente na base dessa empírica e relevante diversidade de entendimentos que a Associação-autora requereu a presente Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). E o fez com a pretensão de vê-la operacionalizada pelo uso da técnica de controle de constitucionalidade que toma o conhecido nome de *interpretação conforme a Constituição*. Técnica já de longa data aceita por este colendo Tribunal como de franca aplicabilidade em qualquer dos dois sistemas de fiscalização de constitucionalidade.

27. Com efeito, a *interpretação em conformidade com a Constituição* é um modo especial de sindicar a constitucionalidade dos atos do Poder Público. Especialidade, essa, que particularmente vejo como uma exclusiva "declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto", na qual "se explicita que um significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração" (Ministro **Gilmar Ferreira Mendes**, em "Direitos Fundamentais e Controle de Constituicionalidade", Editora Saraiva, p. 267, ano de 2004). Logo, trata-se de uma técnica de fiscalização de constitucionalidade que se tipifica por um mais reduzido teor de interferência no dispositivo-objeto, pois sua real serventia não

está na possibilidade de recusar eficácia a tal dispositivo-alvo, nem mesmo em sede cautelar; ou seja, a *interpretação conforme* nem sequer se destina a suspender (menos ainda a cassar) a eficácia do texto-normativo sobre que se debruça. **Ela serve tão-só para descartar a incidência de uma dada compreensão (ou mais de uma) que se possa extrair do dispositivo infraconstitucional tido por insurgente. Que significação? Aquela (ou aquelas) em demonstrada *rota de colisão* com a Magna Carta Federal.**

28. Ora, com esse tônus operacional de menor extensão quanto aos seus efeitos, a *interpretação conforme* se revela um *modus operandi* eminentemente conciliador, na medida em que une o *necessário ao desejável*; quer dizer, ela atinge o seu objetivo de defender a pureza dos comandos constitucionais (fim necessário), sem, contudo, recusar ao ato sindicado a virtude de prosseguir eficaz (fim desejável). Do que resulta permanecer o Ordenamento Jurídico tal como se encontrava, pois colocado a salvo da perturbação de ter um dos seus espécimes privado de toda e qualquer eficácia.

29. Acontece que esse modo conciliador de velar pela integridade da Constituição passa por um pressuposto de admissibilidade. E esse pressuposto consiste em que o particular significado do ato estatal insurgente, ou os particulares significados desse ato oficial discordante da Constituição, **provenha**

**de elementos encontradiços nele próprio.** Equivale a dizer: quando se trata de aplicar a técnica da *interpretação conforme*, não há que se obter a compreensão de um dado texto normativo inferior pelo imediato cotejo entre ele e a Constituição Federal. **Ainda não**, porque se tal imediatidade comparativa ocorresse, a *interpretação conforme* deixaria de ser um mecanismo de controle de constitucionalidade para se transformar em mais um centrado método de hermenêutica do Direito em geral. Com o grave inconveniente de estimular o juiz-intérprete a "forçar" a adaptação da norma inferior à normatividade constitucional, na perpetração de um tipo de corrigenda ou inovação de conteúdo que implicaria vulneração ao princípio da Separação dos Poderes[6]. Princípio de que deflui **um insuperável limite exógeno** ao Poder Judiciário, somente legitimado a atuar como "legislador negativo" ou *contralegislador*, em sede de controle de constitucionalidade, porém jamais na condição de legislador positivo (como tantas vezes tem proclamado este Supremo Tribunal de Justiça)[7].

---

[6] É de **J.J. Gomes Canotilho** a advertência de que *a interpretação conforme* não corresponde, de modo algum, à máxima segundo a qual "uma norma não deve considerar-se inconstitucional enquanto puder ser interpretada conforme a Constituição". (...) "daqui se conclui que a interpretação conforme só permite a escolha entre dois ou mais sentidos possíveis da lei mas nunca a revisão de seu conteúdo. A interpretação conforme a constituição tem, assim, os seus limites na 'letra e na clara vontade do legislador', devendo 'respeitar a economia da lei' e não podendo traduzir-se na 'reconstrução' de uma norma que não esteja devidamente explícita no texto" (em "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", editora Almedina, 4ª edição, fls. 1265/1266, ano de 2000).

[7] É da lavra do ministro **Sepúlveda Pertence** a redação do acórdão proferido na ADI 3.046, de cuja ementa faz parte este didático trecho: "(...) AO DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DE UMA LEI EM TESE, O S.T.F. - EM SUA FUNÇÃO DE CORTE CONSTITUCIONAL - ATUA COMO LEGISLADOR NEGATIVO, MAS NÃO TEM O PODER DE AGIR COMO LEGISLADOR POSITIVO, PARA CRIAR NORMA JURÍDICA DIVERSA DA INSTITUÍDA PELO PODER LEGISLATIVO". POR ISSO, SE A ÚNICA INTERPRETAÇÃO POSSÍVEL PARA COMPATIBILIZAR A NORMA COM A CONSTITUIÇÃO CONTRARIAR O SENTIDO INEQUÍVOCO QUE O PODER LEGISLATIVO LHE PRETENDEU DAR, NÃO SE PODE APLICAR O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A

30. A ilação que daqui se desata é evidente: toda compreensão de um dado texto normativo subconstitucional se faz à luz dele mesmo e por comparação apenas com o diploma normativo com que veio ao mundo das positividades jurídicas. **Esse o primeiro e endógeno limite ao juiz-intérprete**. Somente depois é que se pode pretender o manejo da "interpretação conforme", caso o resultado daquela primeira operação interpretativa venha a se traduzir numa compreensibilidade pelo menos dúplice (uma a negar a outra). É como reversamente afirmar: o requisito de procedibilidade da *interpretação conforme* somente se considera atendido, em princípio, se o resultado daquela primeira operação hermenêutica não implicar unicidade de entendimento normativo.

31. Por argumentação metafórica, o fato em si da univocidade do espécime normativo inferior é o *dobre de sinos* do cabimento da *interpretação conforme*, tanto quanto a irreconciliável plurivocidade é a respectiva *chave de ignição*. *Chave de ignição*, no sentido de que a consistente demonstração de uma pelo menos dual e contraditória significação de texto normativo hierarquicamente inferior à Constituição é suficiente para deflagrar o mecanismo da *interpretação conforme*. **Não assim, porém, para solver de pronto a questão de mérito**, devido a que o exame da matéria de fundo somente é cabível numa segunda fase processual; qual seja, a etapa em que se

---

CONSTITUIÇÃO, QUE IMPLICARIA, EM VERDADE, CRIAÇÃO DE NORMA JURÍDICA, O QUE É

dará o cotejo — agora cabe dizê-lo — entre cada qual das compreensões do texto normativo e a Constituição Federal. A etapa, como sabido, destinada não à privação temporária ou definitiva da eficácia do texto infraconstitucional por acaso tido como agressor da Constituição (tal privação eficacial somente se dá quando o dispositivo rebelde é de significação única), porém com esta precisa finalidade: **recusar incidência àquele destacado entendimento normativo que se mostrar ofensivo da Magna Carta Federal.** O que já corresponde a um exame de validade do diploma infraconstitucional, enfatize-se, e nunca ao originário processo intelectivo de desentranhamento e revelação do significado desse ou daquele dispositivo de hierarquia inferior. Visto que tal originário processo é puramente exegético, a incidir sobre um texto-objeto provisoriamente a salvo de questionamento quanto à sua presunção de validade.

32. Sem querer entediar os Senhores Ministros da Casa, tão mais versados no tema do que eu, permito-me pontuar uma curiosidade semântica. É que o momento processual em que já se consuma o referido exame de mérito parece autorizar a seguinte conclusão: a *interpretação conforme* é uma técnica de eliminação de uma dada interpretação *desconforme*... Quero dizer: o saque desse modo especial da *interpretação conforme* não é feito para **conformar** um dispositivo subconstitucional aos termos da Constituição

---

PRIVATIVO DO LEGISLADOR POSITIVO".

Positiva. Absolutamente! Ele é feito para descartar aquela particularizada interpretação que, incidindo sobre um dado texto normativo de menor hierarquia impositiva, torna esse texto *desconforme* a Constituição. Logo, trata-se de uma técnica de controle de constitucionalidade **que só pode começar ali onde a interpretação do texto normativo inferior termina**. Primeiro, a interpretação do texto segundo os seus próprios elementos de compreensibilidade e por imersão no diploma com que nasceu para o Direito Positivo. Pronto! Depois é que se faz, não a reinterpretação desse texto para afeiçoá-lo à normatividade constitucional, mas tão-somente uma comparação entre o que já foi interpretado como um dos sentidos dele (texto normativo) e qualquer dos dispositivos da Constituição. Donde o nome *interpretação conforme* a Constituição significar, em rigor, um imediato cotejo entre duas pré-compreensões ou dois antecipados entendimentos jurídicos: o entendimento que já se tem de qualquer dos dispositivos constitucionais *versus* aquele específico entendimento a que também previamente se chegou de um dispositivo infraconstitucional .

33. Em remate, a *interpretação conforme* não se exprime num típico exercício de hermenêutica, pois o típico exercício de hermenêutica se dá é num precedente contexto de não-exame de validade do dispositivo sobre que recai. Ela se inscreve é entre os mecanismos de controle de constitucionalidade, como exigência do sumo princípio da supremacia formal e material da Constituição. Por

isso que, já no citado segundo momento processual de sua aplicabilidade, ela é manejada como instrumento de sindicabilidade jurídica do ato público de menor escalão hierárquico. Por conseguinte, mecanismo pelo qual se afere tanto a validade formal quanto material de um modelo jurídico-positivo posto em cotejo com a Magna Carta.

34. Tudo isso assentado, o juízo de subsunção que me cabe emitir por dever de ofício já se revela: primeiro, há mesmo uma pluralidade de entendimentos quanto ao conteúdo e alcance dos textos normativo-penais aqui referidos; segundo, essa plurivocidade se desata dos próprios dados de compreensão desses dispositivos-objeto; terceiro, o próprio dia-a-dia do Poder Judiciário brasileiro dá conta de tal polissemia em ordem a se concluir **pela relevância dos fundamentos das discussões processualmente travadas**. Conclusão: é de se ter por satisfeito o requisito de procedibilidade da presente ADPF.

35. Com estes fundamentos, eu acompanho o substancioso voto do ministro **Marco Aurélio**, Relator do feito, e resolvo a questão de ordem como ele próprio resolveu: no sentido de admitir a adequação do meio processual de que se valeu a Associação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS.

36. É como voto.

27/04/2005 TRIBUNAL PLENO

**QUEST. ORD. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

**ADITAMENTO AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO EROS GRAU:** - Sr. Presidente, tenho pequeno voto escrito, mas, com a vênia do Ministro Carlos Britto, devo começar dizendo que sou radicalmente contrário ao seu raciocínio, começando pelo juízo de subsunção. Quando interpretamos não nos limitamos a praticar a subsunção. De uns cinqüenta anos para cá se entende que a hermenêutica jurídica se desenvolve em outro plano. Quanto à teoria da subsunção, tenho a convicção que deve ser tida como superada, até em nome da fidedignidade da interpretação.

Gostaria de enfrentar uma questão ainda anterior; não vejo problema quanto à legitimidade da confederação, nem no que tange à pertinência temática.

27/04/2005 TRIBUNAL PLENO

**QUEST. ORD. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

**V O T O**

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA**: Senhor Presidente, trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde-CNTS na qual se aponta violação dos preceitos estabelecidos nos arts. 1°, IV; 5°, II; 6°, *caput*, e 196, todos da Constituição de 1988, pelo conjunto normativo representado pelos arts. 124; 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal Brasileiro, os quais disciplinam o crime de aborto.

Conforme ressaltado pelo ilustre ministro relator, a violação desses preceitos fundamentais decorre da "*proibição de efetuar-se a antecipação terapêutica do parto nas hipóteses de fetos anencefálicos, patologia que torna absolutamente inviável a vida extra-uterina*", de modo que requer a argüente seja conferida a esses dispositivos da lei interpretação conforme a Constituição, para que se declare inconstitucional a interpretação que impede a antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencéfalo.

Senhor Presidente, por ocasião do julgamento do HC 84.025 - quando pela primeira vez a questão posta na presente

ação chegou a esta Corte, embora infelizmente o pedido não chegasse a ser julgado -, fiz constar meu voto, pela prevalência do princípio da dignidade da mulher e de sua autonomia privada nessa hipótese.

Contudo, como se sabe, o tema não é nada simples e, neste caso, a primeira questão que se apresenta é a referente ao cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental para os fins aqui propostos.

Quanto à legitimidade da CNTS para propor a presente ação, entendo-a caracterizada, dado que se trata de confederação, de âmbito nacional, com legítimo interesse no provimento jurisdicional em razão das implicações criminais em que podem incorrer os profissionais de saúde que venham a realizar o procedimento de antecipação do parto em casos de bebês portadores de anencefalia. Tenho, portanto, por atendido o requisito do art. 2°, I, da Lei 9.882/1999.

Uma segunda preliminar a ser enfrentada diz respeito ao próprio cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

O ilustre procurador-geral da República sustenta em seu parecer a impropriedade do uso da ADPF para efeito de obtenção de interpretação conforme a Constituição, alegando em síntese que tal utilização configuraria usurpação de função do Poder Legislativo.

Vejo a interpretação conforme como uma das várias técnicas ou mecanismos mediante os quais se procede ao exame da compatibilidade de normas com o texto constitucional. Noutras palavras, a interpretação conforme - ou, para usar uma variante terminológica, a declaração de constitucionalidade sob reserva de interpretação - é uma entre as várias conformações que podem ser dadas ao pronunciamento do órgão incumbido do controle de constitucionalidade sobre um conflito entre normas de hierarquias distintas. Nesse sentido, entendo que a discussão suscitada pelo ilustre procurador-geral há de ser encetada mais adiante, caso se avance ao exame de mérito.

Neste momento, o que importa é examinar se estão presentes os pressupostos específicos da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

O art. 1° da Lei 9.882/1999 dispõe ser cabível o ajuizamento da argüição de preceito fundamental perante esta Corte para o fim de "*evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público*".

O primeiro pressuposto consiste, pois, em saber se os fatos ou situações descritas na inicial são qualificáveis como lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental da Constituição.

Não tenho dúvidas de que centenas de mulheres espalhadas pelo País vêm sendo ou correm risco potencial de vir a ser molestadas, ameaçadas, constrangidas por atos do Poder

Público caso venham a tomar a decisão, de profundo conteúdo autonômico, de interromper a gestação, se constatado, por atos médicos apropriados, que o feto de que são gestantes tem a deformação congênita denominada anencefalia. O risco de lesão a um direito fundamental da mulher parece-me evidente, e quanto a isso não deixa dúvida alguma a manifestação da mais alta autoridade de persecução criminal da República, no parecer lançado neste processo.

Eu próprio tive a oportunidade de trazer ao Plenário do Supremo Tribunal Federal um caso - o HC 84.025 - que ilustrava o calvário a que foi submetida uma jovem e pobre gestante do estado do Rio de Janeiro que se dirigiu ao Poder Judiciário em busca de autorização para interromper a gravidez e se viu submetida a todo tipo de manipulação, chicanas e arbitrariedades, inclusive de representantes do poder público.

É evidente que todas essas controvérsias e tergiversações decorrem do fato de que eventual interrupção de gravidez em caso de anencefalia pode, em princípio, ser enquadrada como uma das hipóteses de crime previstas no Código Penal. Isso ficou claro, aliás, no voto da ministra relatora que examinou aquele *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça.

Ora, sem querer adentrar o mérito, creio que não há como contornar os dados do problema. Estamos diante de uma legislação vetusta, concebida em priscas eras. Essa legislação

permite a persecução criminal de pessoas que busquem ou levem a cabo procedimentos médicos tendentes a abreviar uma gravidez desprovida de qualquer possibilidade de êxito, constatação essa de fácil obtenção nos dias atuais - o que não era o caso na época da promulgação do Código Penal.

A existência, pois, de uma controvérsia judicial relevante acerca do tema parece-me prescindir de mais demonstrações. Com efeito, a bibliografia especializada no assunto dá notícia de que milhares de autorizações judiciais de interrupção de gravidez em casos de anencefalia já foram concedidas no País nos últimos anos. Mas, para cada autorização concedida, várias outras são negadas, criando-se assim uma incerteza, uma insegurança jurídica inadmissível num domínio em que o ordenamento jurídico tem de oferecer a mais firme e segura proteção ao cidadão. Esse fato, por si só, está a indicar a relevância da controvérsia constitucional a que a ADPF se prestaria a dar solução rápida e eficaz[1].

---

[1] Dados da Organização Mundial da Saúde-OMS revelam que o Brasil é o quarto colocado no ranking de nascimento de fetos com anencefalia. Para cada 10 mil crianças brasileiras nascidas vivas, há o registro de 8,6 fetos anencéfalos, o que coloca o País atrás apenas do México, Chile e Paraguai. Por ano, a média brasileira é de 615 mortes em decorrência dessa doença".

"*A estatística mundial mostra que uma em cada 1 mil mulheres dá à luz um anencéfalo. No Brasil, esse número é maior ainda, maior do que o número de crianças que nascem com síndrome de Down. Desde 1989, duas a três mil autorizações da justiças foram concedidas para interrupção da gravidez. Sem contar ainda, as mulheres que fizeram o aborto sem a autorização e aquelas que foram proibidas de fazê-lo. De 60% a 70% dos fetos anencéfalos morrem dentro do útero.*" (Débora Diniz, em entrevista à UnB)

Em abril de 2001, foi publicado artigo na Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, em que foram "*analisados e estudados 263 pedidos de alvarás judiciais para a interrupção seletiva da gravidez. Os requerentes eram na maior parte, casados (60,9% - 112/184) e a idade das gestantes, em*

Manejada com prudência, a ADPF serviria a que o Supremo Tribunal Federal se antecipasse, debruçando-se sobre um tema constitucional da mais alta relevância, pondo cobro, assim, à situação de ameaça que paira sobre aquelas mulheres que não logram a tal autorização, ameaça cujo conteúdo e potencial de lesividade nenhum membro desta Corte há de ignorar.

Por outro lado, é evidente que um ato judicial de interpretação do Código Penal, nos casos em que são negadas essas autorizações e, portanto, ressurge com toda força a ameaça de persecução criminal, é ato apto, pelo menos em tese, a violar a dignidade e a capacidade de disposição autonômica da mulher.

Tenho, pois, como presente o requisito da ameaça de lesão, levada a efeito por ato do Poder Público.

O segundo requisito da ação a ser observado é o chamado princípio da subsidiariedade, inscrito no parágrafo único do art. 4° da Lei 9.882/1999. Diz o dispositivo: "*Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*".

---

*média, era de 26,7 anos. Para 57,4% (151/263) delas, o diagnóstico da anomalia fetal foi realizado em um serviço público. A anencefalia foi o diagnóstico mais comum (39,5% dos pedidos) como razão da incompatibilidade com a vida. Em 47 casos (17,9%) o juiz autorizou o aborto, apesar de um parecer contrário do Ministério Público. Em média, a espera pela sentença judicial foi de 6 dias. Pode-se concluir que as decisões judiciais, no Brasil, são rápidas quando há urgência. Parte do Judiciário é sensível aos problemas enfrentados pelos casais*". A pesquisa foi realizada nos anos de 1996 a 1999. (FRIGÉRIO, Marcos Valentin; SALZO, Ivan; PIMENTEL, Silvia; GOLLOP, Thomaz Rafael. Aspectos Bioéticos e Jurídicos do Abortamento Seletivo no Brasil.)

Como a argüição de descumprimento de preceito fundamental figura entre os procedimentos de cunho objetivo do nosso complexo sistema de jurisdição constitucional, creio que o teste da subsidiariedade há de ser aferido entre os demais processos objetivos desse sistema, especialmente num caso como este, em que as ameaças de lesão a preceito fundamental se repetem dia a dia e podem assumir contornos irreversíveis com o passar do tempo. Dentro do leque de opções oferecidas pelo texto constitucional, a ação direta de inconstitucionalidade seria a única ação suscetível em tese de criar obstáculo ao conhecimento da ADPF. Mas, como se sabe, por força de jurisprudência desta Corte, a ação direta não é cabível para se promover o confronto de norma pré-constitucional com a Constituição vigente.

Quanto aos outros meios processuais, não creio que se revistam da eficácia exigida para situações da espécie. Por outro lado, é preciso ter presente que esses outros meios processuais ordinários, em razão das *aleas* processuais a que não raro se submetem, e também por força de sua natureza subjetiva, podem muitas vezes viabilizar a intromissão de terceiros em questões que dizem respeito exclusivamente à mulher, impondo-lhe constrangimentos indevidos. A dramaticidade dos fatos e os inúmeros incidentes relatados no caso do HC 84.025 estão aí como demonstração irrefutável da imprestabilidade dos instrumentos processuais ordinários para coibir esse tipo de lesão.

Por fim, Senhor Presidente, de *lege ferenda* vislumbro um aspecto utilitário na adoção de uma postura menos rígida em matéria de admissibilidade da ADPF. É que essa ação constitucional não deve ser concebida como apenas mais um mecanismo de controle concentrado da constitucionalidade das leis, com mais ou menos os mesmos ritos, os mesmos atores e visando a atingir os mesmos objetivos. Essa ação constitucional deve ser vista, a meu sentir, como instrumento de alargamento da ação protetiva dos direitos fundamentais, que é a missão primordial da jurisdição constitucional. Vale dizer, se as demais ações de natureza objetiva já cumprem razoavelmente seus objetivos de salvaguarda da Constituição, de preservação dos equilíbrios políticos, administrativos, funcionais, territoriais e até mesmo de uma certa racionalidade em matéria econômico-tributária, a ADPF há de ser **utilizada** pelo STF como **instrumento especial** por meio do qual esta Corte chamará a si uma incumbência de natureza toda particular: a de conferir especial proteção a grupos minoritários, isto é, aqueles grupos sociais, políticos, econômicos que, por força de sua baixa representatividade ou da situação de quase impotência com que se apresentam no processo político-institucional regular, não dispõem de meios para **fazer valer de forma eficaz os seus direitos**.

A hipótese dos autos me parece uma ocasião magna para que o Supremo Tribunal Federal assuma essa nova postura.

Conheço, portanto, da ação, Senhor Presidente.

27/04/2005 TRIBUNAL PLENO

QUEST. ORD. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL

À revisão de apartes dos Senhores Ministros Carlos Britto, Nelson Jobim (Presidente), Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence...

V O T O

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - Sr. Presidente, já adiantei, na assentada anterior do julgamento da questão, alguns argumentos que não vou reeditar nesta oportunidade; mas a eles, de qualquer maneira, me reporto como parte do meu raciocínio. Quero, desde logo, partir da perplexidade, que me assalta sobre o alcance desta ação, perante o fato de que a hipótese do parágrafo único, inciso I, do art. 1º da Lei, ter suscitado, na ADI nº 2.231, um voto do Ministro Néri da Silveira, o qual teria suspendido, em parte, a eficácia dessa norma no sentido de que não poderia subtrair nenhuma controvérsia concreta ao juízo natural. Mas esta é uma das muitas dúvidas que tenho sobre admissibilidade da ação, no presente caso: como seria possível interpretar a norma, se ela não dissesse respeito a controvérsia judicial? Ela, evidentemente, não serve para dirimir controvérsia de

caráter acadêmico; só serve para dirimir controvérsias concretas. De modo que a restrição do voto do eminente Ministro Néri da Silveira, a meu ver, e com o devido respeito, tornaria absolutamente inútil a norma.

Não há dúvida de que a única hipótese possível de admissibilidade da ação, no caso, seria a daquele inciso do parágrafo único do art. 1º. Não se trata de nenhum caso em que há outra categoria de ato do poder público que devesse ser provado nos termos do art. 3º. Aliás, a autora nem faz referência a isso; o problema da autora é de interpretação da norma. Vou examiná-la um pouco mais adiante, quando cuidar dos precedentes a que se referiu o voto do eminente Ministro Carlos Britto. Portanto, o que deveria ressaltar, do caso, é que haveria uma ou várias interpretações possíveis e contraditórias a respeito dos preceitos trazidos à consideração, perante a regra fundamental de tutela da dignidade da pessoa humana.

Como já afirmei, não se trata aqui de controvérsias puramente acadêmicas, no sentido de que qualquer texto normativo é sujeito a várias leituras. Trata-se de exigir controvérsia concreta para que haja confrontos relevantes entre decisões judiciais, porque isso é o que interessa ao ordenamento jurídico, e interessaria, como objeto dessa norma, dirimir conflitos judiciais de caráter

relevante. Ora, a mim me parece que nunca houve dúvida séria a respeito da interpretação de todas as normas penais invocadas pela autora; antes, a afirmação de que não a houve é o pressuposto básico da petição inicial. Isto é, a petição inicial parte do fato de que a interpretação estabelecida é essa, só que tal interpretação, no seu entender, violaria preceito constitucional fundamental. É o próprio fundamento da petição inicial que retira o requisito de admissibilidade do ponto de vista da existência de contradição entre decisões judiciais.

O eminente Ministro Carlos Britto, num trabalho, como de hábito, primoroso, trouxe à baila alguns precedentes interessantes, porque deles se verifica que não há nenhuma controvérsia constitucional; nenhum deles tem por objeto alguma controvérsia de ordem constitucional. A começar pelo primeiro: trata-se ai de pura e simples interpretação do art. 124 do Código Penal, isto é, da interpretação do que seria o objeto material do Código Penal. O segundo precedente faz uma referência que, eu diria menos de **obiter dictum**, é mera alusão à tutela da vida pela Constituição. Mas o item IV refere-se, explicitamente, à interpretação do Código Penal, quando nota que o legislador se eximiu de incluir o caso no rol das' hipóteses autorizativas do art. 124. Noutras palavras, pura e simples interpretação do

Código Penal. E o terceiro precedente tampouco colhe, porque diz exatamente a mesma coisa: pura interpretação do Código Penal. Ora, a supor, com base nesses precedentes, que haja alguma dúvida de interpretação, esta seria só do Código Penal, das normas de caráter penal, e não, caso de confronto entre suas interpretações e a Constituição. Isto significa que a Corte está, em substância, sendo chamada a decidir controvérsia de normas infraconstitucionais.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Mas é isso mesmo.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - Se é isso mesmo, estou de pleno acordo.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - É como requisito de admissibilidade da técnica de interpretação conforme.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - Vou mostrar a V.Exa. que a minha conclusão, a partir dessa premissa, é absolutamente outra. É que, para interpretar o Código Penal e chegar à interpretação sustentada pela autora, não é preciso invocar a Constituição. Estamos no terreno da pura exegese sistemática, que nada tem a ver com interpretação conforme a Constituição; trata-se, apenas de resolver teses

a respeito da interpretação de normas de caráter penal. Não seria preciso recorrer a esta ação, para preconizar interpretação que dê outro alcance a normas de caráter penal. Quer dizer, faltaria aquilo que é um dos pressupostos desta ação de caráter objetivo: o interesse jurídico. Qual o interesse que há em usar esta ferramenta, vamos dizer, de salvaguarda indireta da Constituição, quando pode ser resolvido o conflito mediante interpretação sistemática de normas do Código Penal?

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Mas não no prazo de nove meses, Ministro, esse é o problema.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Na verdade, não é questão de nove meses, mas de processo objetivo. Aqui, não há falar em interesse jurídico.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - O problema não é de nove meses, mas de saber se há, ou não, delito neste caso. Pura e simplesmente, isto.

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE** - Esse é o problema. Que é interpretação da lei, não há dúvida. Agora, se se sustenta só uma das interpretações correntes da lei, é

compatível com a Constituição, é caso de interpretação conforme.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** – Exatamente, mas a mim me parece que não é a hipótese, até porque, se o preceito genérico de tutela da dignidade da pessoa humana fosse suscetível desse confronto, para efeito de justificar interpretação infraconstitucional, a Corte não suportaria a carga de processos de ADPF, porque isso sempre será possível. A interpretação de qualquer norma, todas as quais se dirigem em última instância a regular comportamentos humanos, implica que a regulamentação de determinado comportamento pode sempre botar em risco ou em cheque o princípio constitucional da tutela da dignidade da pessoa humana. Noutras palavras, vamos ficar especialistas em confrontar interpretações de normas subalternas sob pretexto de ofensa a preceito fundamental.

Parece-me que não é tudo, porque no fundo se trata – e nisso não há dúvida alguma – de criar, à margem da interpretação das normas de caráter penal, mais uma excludente de ilicitude.

E neste ponto gostaria de fazer a seguinte observação: essa tarefa é própria de outra instância, não desta Corte, que já as tem outras e gravíssimas, porque o

foro adequado da questão é do Legislativo, que deve ser o intérprete dos valores culturais da sociedade e decidir quais possam ser as diretrizes determinantes da edição de normas jurídicas.

É no Congresso Nacional que se deve debater se a chamada "antecipação de parto", neste caso, deve ser, ou não, considerada excludente de ilicitude. Digo isso, não apenas em função das dificuldades de admissibilidade da ação, mas pelo fato de que a aceitação dessa excludente não é tão simples. Há circunstâncias graves que devem ser objeto de regulamentação específica, e a Corte não tem competência para fazê-lo.

Já se disse também - ouvi o argumento - que a Corte, neste caso, estaria a julgar a norma sob o ponto de vista do princípio da razoabilidade. Não há dúvida nenhuma de que a criminalização, na espécie, é tida pelo ordenamento como meio para evitar um ilícito.

Ora, não se pode dizer que o conjunto dessas normas, tal como são interpretadas comumente, ofenderia o princípio da razoabilidade por desproporcionalidade do meio em relação ao objetivo, porque, como já sustentei, a vida intra-uterina é também valor constitucional proeminente. Está na lógica, portanto, da Constituição, que a ofensa a este valor possa ser atingido pela estratégia normativa da

criminalização, porque se cuida do valor mais importante do ordenamento jurídico: a vida. Não vejo, portanto, nenhuma desproporcionalidade entre o meio normativo e o objetivo considerado. E mais: isso não é sem conseqüência do ponto de vista prático, porque o nascimento com vida tem gravíssimas repercusões jurídicas, no mínimo de ordem patrimoniais, em sucessão, por exemplo. Não podem ser desprezadas sob fundamentos, a meu ver, menos consistentes.

E ainda: retorno o primeiro argumento, do qual me vali, de que o art. 3º da Lei 9.882/99 exige como requisito da petição inicial:

> *"V - se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado."*

Tal prova, e com o devido respeito, não a encontrei na petição inicial, embora constitua requisito de sua idoneidade. Não há referência a controvérsia relevante sobre o preceito fundamental que se considera violado.

Por essas razões, Sr. Presidente, peço vênia ao eminente Relator e aos eminentes Ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa, para considerar inadmissível a demanda.

27/04/2005 TRIBUNAL PLENO

**QUEST. ORD. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

**V O T O**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES -**

**Introdução**

O Ministro Marco Aurélio traz à análise deste Plenário questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República "alusiva ao não cabimento da via eleita ao tratamento do tema, como apresentado."

A presente ADPF tem o seguinte pedido principal:

> "(...) requer seja julgado procedente o presente pedido para o fim de que esta Eg. Corte, procedendo à interpretação conforme a Constituição dos arts. 125, 126 e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei nº 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."

Requer-se ainda alternativamente, *verbis*:

> " (...) 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 (...)."

Alega-se estarem preenchidos os pressupostos de cabimento da ADPF, pois estão vulnerados por aqueles artigos do Código Penal (ato do poder público) os seguintes preceitos fundamentais: "princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV), um dos fundamentos da República brasileira; a cláusula geral da liberdade, extraída do princípio da legalidade (art. 5º, II), direito fundamental previsto no Capítulo dedicado aos direitos individuais e coletivos; e o direito à saúde (arts. 6º e 196), contemplado no Capítulo dos direitos sociais e reiterado no Título reservado à ordem social."

Quanto ao pressuposto da subsidiaridedade sustenta-se que "as disposições questionadas encontram-se no Código Penal,

materializado no Decreto-lei nº 2.848, de 7.12.40. Trata-se, como se percebe singelamente, de diploma legal pré-constitucional, não sendo seus dispositivos originais suscetíveis de controle mediante ação direta de inconstitucionalidade, consoante pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Não seria hipótese de ação declaratória de constitucionalidade nem de qualquer outro processo objetivo."

Passemos à análise do cabimento da presente argüição.

**Considerações preliminares**

Tal como já afirmei quando do julgamento da medida cautelar na ADPF 33, nos termos da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, cabe a argüição de descumprimento de preceito fundamental para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art. 1º, *caput*).

O parágrafo único do art. 1º explicita que caberá também a argüição de descumprimento quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição (leis pré-constitucionais).

Vê-se, assim, que a argüição de descumprimento poderá ser manejada para solver controvérsias sobre a constitucionalidade do direito federal, do direito estadual e também do direito municipal.

Pode-se dizer que a argüição de descumprimento vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no STF, uma vez que as questões até então não apreciadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade) poderão ser objeto de exame no âmbito do novo



STF 102.002

procedimento.

**Parâmetro de controle**

É muito difícil indicar, a *priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da argüição de descumprimento.

Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional.

Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico.

Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados "princípios sensíveis", cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros (art. 34, VII).

É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a idéia de unidade da Constituição (*Einheit der Verfassung*) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. Tal tendência não exclui a possibilidade de um 'engessamento' da ordem constitucional, obstando à introdução de qualquer mudança de maior significado *(Cf. Otto-Brun Bryde, Verfassungsengsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden, 1982, p. 244)*.



STF 102.002

Daí afirmar-se, correntemente, que tais cláusulas hão de ser interpretadas de forma restritiva.

Essa afirmação simplista, ao invés de solver o problema, pode agravá-lo, pois a tendência detectada atua no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos próprios princípios por elas protegidos.

Essa via, em lugar de permitir fortalecimento dos princípios constitucionais contemplados nas 'garantias de eternidade', como pretendido pelo constituinte, acarreta, efetivamente, seu enfraquecimento.

Assim, parece recomendável que eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegidos *(Bryde, cit., p. 244)*.

Por isso, após reconhecer a possibilidade de que se confira uma interpretação ao art. 79, III, da Lei Fundamental que não leve nem ao engessamento da ordem constitucional, nem à completa nulificação de sua força normativa, afirma Bryde que essa tarefa é prenhe de dificuldades: "*Essas dificuldades residem não apenas na natureza assaz aberta e dependente de concretização dos princípios constitucionais, mas também na relação desses princípios com as concretizações que eles acabaram por encontrar na Constituição. Se parece obrigatória a conclusão de que o art. 79, III, da Lei Fundamental não abarcou todas as possíveis concretizações no seu âmbito normativo, não se afigura menos certo que esses princípios seriam despidos de conteúdo se não se levassem em conta essas concretizações. Isso se aplica, sobretudo, porque o constituinte se esforçou por realizar, ele próprio, os princípios básicos de sua obra. O princípio da dignidade humana está protegido tão amplamente fora do âmbito do art. 1º, que o significado da disposição nele*

*contida acabou reduzido a uma questão secundária (defesa da honra), que, obviamente, não é objeto da garantia de eternidade prevista no art. 79, III. Ainda que a referência ao 1º não se estenda, por força do disposto no art. 1º, III, a toda a ordem constitucional, tem-se de admitir que o postulado da dignidade humana protegido no art. 79, III, não se realiza sem contemplar outros direitos fundamentais. Idêntico raciocínio há de se desenvolver em relação a outros princípios referidos no art. 79, III. Para o Estado de Direito da República Federal da Alemanha afigura-se mais relevante o art. 19, IV (garantia da proteção judiciária), do que o princípio da proibição de lei retroativa que a Corte Constitucional extraiu do art. 20. E, fora do âmbito do direito eleitoral, dos direitos dos partidos políticos e dos chamados direitos fundamentais de índole política, não há limite para a revisão constitucional do princípio da democracia" (Bryde, cit., p. 245).*

Essas assertivas têm a virtude de demonstrar que o efetivo conteúdo das 'garantias de eternidade' somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana.

Os princípios merecedores de proteção, tal como enunciados normalmente nas chamadas "cláusulas pétreas", parecem despidos de conteúdo específico.

O que significa, efetivamente, "separação de Poderes" ou "forma federativa"? O que é um "Estado de Direito Democrático"? Qual o significado da "proteção da dignidade humana"? Qual a dimensão do "princípio federativo"?

Essas indagações somente podem ser respondidas,

adequadamente, no contexto de determinado sistema constitucional. É o exame sistemático das disposições constitucionais integrantes do modelo constitucional que permitirá explicitar o conteúdo de determinado princípio.

Ao se deparar com alegação de afronta ao princípio da divisão de Poderes de Constituição estadual em face dos chamados "princípios sensíveis" (representação interventiva), assentou o notável Castro Nunes lição que, certamente, se aplica à interpretação das cláusulas pétreas: "*(...). Os casos de intervenção prefigurados nessa enumeração se enunciam por declarações de princípios, comportando o que possa comportar cada um desses princípios como dados doutrinários, que são conhecidos na exposição do direito público. E por isso mesmo ficou reservado o seu exame, do ponto de vista do conteúdo e da extensão e da sua correlação com outras disposições constitucionais, ao controle judicial a cargo do Supremo Tribunal Federal. Quero dizer com estas palavras que a enumeração é limitativa como enumeração. (...). A enumeração é taxativa, é limitativa, é restritiva, e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal. Mas cada um desses princípios é dado doutrinário que tem de ser examinado no seu conteúdo e delimitado na sua extensão. Daí decorre que a interpretação é restritiva apenas no sentido de limitada aos princípios enumerados; não o exame de cada um, que não está nem poderá estar limitado, comportando necessariamente a exploração do conteúdo e fixação das características pelas quais se defina cada qual deles, nisso consistindo a delimitação do que possa ser consentido ou proibido aos Estados" (Repr. n. 94, Rel. Min. Castro Nunes, Archivo Judiciário 85/31 (34-35), 1947).*

Essa orientação, consagrada por esta Corte para os chamados "princípios sensíveis", há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados "preceitos fundamentais".

É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. Tal como ensina J.J. Gomes Canotilho em relação à limitação do poder de revisão, a identificação do preceito fundamental não pode divorciar-se das conexões de sentido captadas do texto constitucional, fazendo-se mister que os limites materiais operem como verdadeiros 'limites textuais implícitos' *(J.J.Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, 2002, p. 1.049)*.

Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência.

Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confiram densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.

No caso em exame, o pedido funda-se no "princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV), na cláusula geral da liberdade, extraída do princípio da legalidade (art. 5º, II), e no

direito à saúde (arts. 6º e 196)." A existência ou não de violação a tais preceitos será objeto de exame quando do julgamento do mérito. Mas cabe enfatizar, nesse ponto, que este requisito legal para a admissibilidade da ADPF restou cumprido na inicial.

**Direito pré-constitucional**

As Constituições brasileiras de 1891 (art. 83), de 1934 (art. 187) e de 1937 (art. 183) estabeleceram *cláusulas de recepção*, que, tal como as cláusulas de recepção da Constituição de Weimar e da Constituição de Bonn (respectivamente, art. 178, II, e art. 123, I), continham duas disposições: a) assegurava-se, de um lado, a vigência plena do direito pré-constitucional; b) estabelecia-se, de outro, que o direito pré-constitucional *incompatível com a nova* ordem perdia a vigência desde a entrada em vigor da nova Constituição. *(João Barbalho, Constituição Federal Brasileira, Comentários, p. 356; cf., sobre o assunto, no direito alemão: Jörn Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden, 1980, p. 161).*

O Supremo Tribunal Federal admitiu inicialmente a possibilidade de examinar, no processo do controle abstrato de normas, a questão da derrogação do direito pré-constitucional em virtude de colisão entre a Constituição superveniente e o direito pré-constitucional. Nesse caso, julgava-se improcedente a *representação*, mas reconhecia-se expressamente a existência da colisão e, portanto, a incompatibilidade entre o direito ordinário pré-constitucional e a nova Constituição *(Rp nº 946, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, RTJ 82/44; Rp nº 969, Rel. Min. Antônio Neder, RTJ 99/544)*. O Tribunal tratava esse tema como uma questão preliminar, que haveria de ser decidida no processo de controle abstrato de



STF 102.002

normas.

Essa posição foi abandonada, todavia, em favor do entendimento segundo o qual o processo do controle abstrato de normas destina-se, fundamentalmente, à aferição da constitucionalidade de normas pós-constitucionais *(Rp nº 946, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, RTJ 82/44; Rp nº 969, Rel. Min. Antônio Neder, RTJ 99/544)*. Dessa forma, eventual colisão entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição deveria ser simplesmente resolvida segundo os princípios de direito intertemporal *(Rp nº 1.012, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 95/990)*.

Assim, caberia à jurisdição ordinária, tanto quanto ao STF, examinar a vigência do direito pré-constitucional no âmbito do controle incidente de normas, uma vez que, nesse caso, cuidar-se-ia de simples aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*, e não de um exame de constitucionalidade.

Esse problema, que já fora contemplado por Kelsen no famoso *Referat* sobre a natureza e o desenvolvimento da jurisdição constitucional, é tratado de forma diferenciada em cada sistema jurídico *(Kelsen - "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichts-barkeit", VVDStRL 5/64, 1929)*.

A práxis austríaca parte do princípio de que o objeto do controle abstrato de normas, nos termos do art. 140 da Lei Constitucional, não são apenas as leis federais e estaduais, mas também as antigas leis do *Reich* e dos Estados, desde que tenham sido recebidas em conformidade com o preceituado nas "Disposições Constitucionais Transitórias" de 1920 *(Cf., a propósito, L. Adamovich e Hans Spanner, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, 6ª ed., Viena/Nova York, 1971, p. 456)*. A discussão sobre a constitucionalidade dessas leis antigas deve ser examinada, todavia, em face das disposições constitucionais vigentes

à época *(Cf. Adamovich e Spanner,cit., p. 456; BVerfGE 2/124 (130); 2/138, 218; 3/48; 4/339; 6/64; 7/335; 10/58, 127, 131, 159; 11/129; 12/353; 14/65; 15/183; 16/231; 17/162; 18/252. Crítico, a propósito, Ipsen, cit.,p. 164).*

Segundo esse entendimento, a colisão entre o direito pré-constitucional e a Constituição configura questão de direito intertemporal, não estando submetida à competência exclusiva da Corte Constitucional *(Cf. Adamovich e Spanner, cit., p. 456)*. Tal questão pode ser apreciada tanto pelo Tribunal Constitucional como por outros tribunais como uma *questão preliminar (Adamovich e Spanner, idem, ibidem). Adamovich recomendou que se dotasse a Corte Constitucional Austríaca de competência para decidir com eficácia erga omnes as questões de derrogação (cf. Adamovich e Spanner, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, 5ª ed., Viena/Nova York, 1957, p. 398).*

A Corte Constitucional alemã desenvolveu uma espécie de *solução de compromisso*, assentando que tanto as leis pós-constitucionais quanto as pré-constitucionais podem ser objeto do controle abstrato de normas. Estão submetidas, porém, ao processo de controle concreto de normas apenas as leis pós-constitucionais, uma vez que, nesse caso, *a decisão sobre a colisão de normas não ameaça a autoridade do legislador constitucional (BVerfGE 2/124 (130); 2/138, 218; 3/48; 4/339; 6/64; 7/335; 10/58, 127, 131, 159; 11/129; 12/353; 14/65; 15/183; 16/231; 17/162; 18/252. Crítico, a propósito, Ipsen,cit., p. 164).*

A Corte Constitucional italiana já na sua primeira decisão, em 5.6.56, reconheceu competência para examinar a constitucionalidade do direito pré-constitucional *(Paolo Biscaretti di Ruffia, Derecho Constitucional, p. 268; Gustavo Zagrebelsky, La Giustizia Costituzionale, p. 42; Franco Pierandrei, "Corte Costituzionale", in Enciclopedia del Diritto, v. 10, Milão, 1962, p.*

*908. Cf., a propósito: T. Ritterspach, "Probleme der italienischen Verfassungsgerichtsbarkeit: 20 Jahre Corte Costituzionale", AöR 104/137 (1380, 1979; Aldo Sandulli, "Die Verfassungsgerichtbarkeit in Italien", in Mosler, Verfassungsgerichtbarkeit in der Gegenwart, p. 292 (306-307)*, porque tanto o art. 134 da Constituição quanto a Lei Constitucional, de 9.2.48, cuidavam apenas da *constitucionalidade da lei*, e entre a lei ordinária e a Constituição existe uma diferença de hierarquia, sendo, por isso, irrelevante a distinção entre direito pré-constitucional e pós-constitucional *(Acórdão de 5.6.56, n. 1. Cf., a propósito, Gaetano Sciascia, "Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs der Italienischen Republik", JöR, NF 6/1 (6), 1957)*.

A Constituição portuguesa, de 1976, consagrou expressamente a chamada "inconstitucionalidade superveniente" (art. 282, § 4º), *reconhecendo a competência da Corte Constitucional para examinar a* compatibilidade do direito pré-constitucional em face da nova Constituição *(Cf., a propósito, Canotilho, cit., p. 1288)*.

O Tribunal Constitucional Espanhol optou por uma linha intermediária, que lhe permite dividir a competência com a jurisdição ordinária em relação ao direito pré-constitucional, e outorga-lhe em relação ao direito pós-constitucional o monopólio da censura *(Cf. A. Weber, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien", JöR, NF 34/245 (257-258), 1985)*. Configura-se, pois, competência concorrente para apreciar a compatibilidade entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição *(A. Weber, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien", JöR, NF 34/245 (258), 1985)*. A Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol prevê, no art. 33, um prazo de três meses para a instauração do processo de controle abstrato de normas a contar da publicação da lei ou do ato normativo com força de lei. Nos termos do art. 2º das "Disposições Transitórias" dessa lei, aplica-se ao controle abstrato de normas,



STF 102.002

ao recurso constitucional e aos conflitos de competência o prazo previsto de três meses para os atos anteriormente editados, a contar da data de instituição do Tribunal (15.7.80) *(Cf., a propósito, A. Weber, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien", JöR, NF 34/245 (254), 1985).*

É certo, pois, que, com a exceção da Corte Constitucional austríaca, procuram os modernos Tribunais Constitucionais assegurar sua competência para aferir a constitucionalidade das leis pré-constitucionais em face da Constituição vigente. Ressalte-se que essa idéia não se aplica de forma irrestrita para a Corte Constitucional espanhola, uma vez que, após o decurso do prazo fixado, não dispõe mais de competência para conhecer da questão no juízo abstrato. No sistema italiano, que não conhece o controle abstrato de normas, impôs-se, desde o início, a idéia de uma inconstitucionalidade superveniente.

A Constituição brasileira de 1988 não tratou expressamente da questão relativa à constitucionalidade do direito pré-constitucional. A jurisprudência do STF, que se desenvolveu sob a vigência da Constituição de 1967/1969, tratava dessa colisão com base no princípio *lex posterior derogat priori*.

Já sob o império da nova Constituição, teve o STF oportunidade de discutir amplamente a questão na ADIn nº 2, da relatoria do eminente Min. Paulo Brossard. Embora o tema tenha suscitado controvérsia, provocada pela clara manifestação de Sepúlveda Pertence em favor da revisão da jurisprudência consolidada do Tribunal, prevaleceu a tese tradicional, esposada por Paulo Brossard. Em síntese, são os seguintes os argumentos expendidos por Brossard:

"*A idéia nuclear do raciocínio reside na*

*superioridade da lei constitucional em relação às demais leis. A Constituição é superior às leis por ser obra do poder constituinte; ela indica os Poderes do Estado, através dos quais a nação se governa, e ainda marca e delimita as atribuições de cada um deles.*

*Do Legislativo, inclusive. Tendo este a sua existência e a extensão dos seus poderes definidos na Constituição, nesta há de encontrar, com a enumeração de suas atribuições, a extensão delas. E na medida em que as exceder estará praticando atos não autorizados por ela. Procede à semelhança do mandatário que ultrapassa os poderes conferidos no mandato.*

*Assim, uma lei é inconstitucional se e quando o legislador dispõe sobre o que não tinha poder para fazê-lo, ou seja, quando excede os poderes a ele assinados pela Constituição, à qual todos os Poderes estão sujeitos.*

*Disse-se que a Constituição é a Lei Maior, ou a Lei Suprema, ou a Lei Fundamental, e assim se diz porque ela é superior à lei elaborada pelo poder constituído. Não fora assim e a lei a ela contrária, obviamente posterior, revogaria a Constituição sem a observância dos preceitos constitucionais que regulam sua alteração.*

*Decorre daí que a lei só poderá ser inconstitucional se estiver em litígio com a Constituição sob cujo pálio agiu o legislador. A correção do ato legislativo, ou sua incompatibilidade com a lei maior, que o macula, há de ser conferida*



STF 102.002

*com a Constituição que delimita os poderes do Poder Legislativo que elabora a lei, e a cujo império o legislador será sujeito. E em relação a nenhuma outra.*

*O legislador não deve obediência à Constituição antiga, já revogada, pois ela não existe mais. Existiu, deixou de existir. Muito menos à Constituição futura, inexistente, por conseguinte, por não existir ainda. De resto, só por adivinhação poderia obedecê-la, uma vez que futura e, por conseguinte, ainda inexistente.*

*É por esta singelíssima razão que as leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá revogação, dado que, por outro princípio elementar, a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível, e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham." (A Constituição e as leis anteriores, Arquivos do Ministério da Justiça 180/125 (126-127), 1992).*

Sepúlveda Pertence sustentou, por seu turno, a aplicação do princípio da supremacia da Constituição também à lei pré-constitucional. A seguinte passagem contém uma boa síntese dos argumentos expendidos por Sepúlveda Pertence:

*"Indaga, a propósito, o eminente Relator, com a eloqüência que o singulariza, 'como poderia o*



STF 102.002

*legislador observar Constituição inexistente ao tempo em que elaborou a lei, como poderia quebrantar normas constitucionais que só mais tarde viriam a ser promulgadas'.*

*'Mesmo que o legislador fosse vidente' - responde S. Exa - ' e tivesse a antevisão do que iria acontecer, e de antemão soubesse que uma Constituição com tais e quais preceitos viria a ser promulgada, mesmo assim não lhe poderia obedecer, por estar sujeito aos preceitos e termos da Constituição vigente'.*

*Com todas as vênias, não me convenci de que o argumento, de fascinante cintilação retórica, tivesse maior peso jurídico.*

*A inconstitucionalidade é apenas o resultado de um juízo de incompatibilidade entre duas normas, ao qual é de todo alheia qualquer idéia de culpabilidade ou responsabilidade do autor da norma questionada pela ilicitude constitucional.*

*A razão, por isso, cabe a Jorge Miranda (Manual, cit., II/250) quando anota que 'a inconstitucionalidade não é primitiva ou subseqüente, originária ou derivada, inicial ou ulterior. A sua abstrata realidade jurídico-formal não depende do tempo de produção dos preceitos'.*

*Atemporal e impessoal, a inconstitucionalidade repele, pois, o que, embora a outro propósito, Calamandrei ("Ilegitimidade constitucional de las leyes", em Estudios, cit., III/89) chamou de 'concepção, por assim dizer, antropomórfica do que,*



STF 102.002

*na realidade, é somente um conflito objetivo de normas'.*

*Ao contrário, quando se cuida de inconstitucionalidade superveniente - que advém do cotejo de uma norma editada sob uma ordem constitucional com as normas e princípios de um outro ordenamento, futuro - a declaração da invalidade sucessiva da lei pode até significar o reconhecimento da lealdade do seu autor aos valores constitucionais da sua época.*

*Tanto assim é, já antes se observou, que o mesmo conteúdo normativo da regra legal fulminada de inconstitucionalidade superveniente poderá seguir regendo os fatos anteriores à nova Lei Fundamental, se assim o determinarem os cânones do direito intertemporal pertinente." (Cf. ADIn nº 2, Rel. Min. Paulo Brossard, DJU 12.2.92; v., também, José Paulo Sepúlveda Pertence, "Ação direta de inconstitucionalidade e as normas anteriores: as razões dos vencidos", in Arquivos do Ministério da Justiça 180/148 (170), julho-dezembro de 1992).*

As teses acima contrapostas contêm bons argumentos, aptos a legitimar qualquer uma das possíveis conclusões.

Não se deve olvidar, outrossim, tal como enfatizado por Sepúlveda Pertence, *(Ação direta de inconstitucionalidade e as normas anteriores: as razões dos vencidos, in Arquivos do Ministério da Justiça 180/148(170))*, que o debate sobre a *inconstitucionalidade* ou *revogação* do direito pré-constitucional em face do direito constitucional superveniente está imantado por uma opção político-



STF 102.002

constitucional e pragmática, que, diante da inequívoca razoabilidade das orientações, faz prevalecer uma das duas posições ou, ainda, permite desenvolver fórmulas de compromisso, com vistas à preservação de competência da jurisdição ordinária para conhecer de questões nos sistemas de controle concentrado.

É inegável, todavia, que a aplicação do princípio *lex posterior derogat priori* na relação lei/Constituição não é isenta de problemas, uma vez que esse postulado pressupõe idêntica *densidade normativa (Cf., a propósito: Ipsen, cit., p. 163; José de Castro Nunes, Teoria e Prática do Poder Judiciário, pp. 603-604)*. Até porque, como expressamente contemplado no art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, a derrogação do direito antigo não se verifica se a nova lei contiver apenas disposições gerais ou especiais sobre o assunto (*lex generalis* ou *lex specialis*).

Portanto, pode-se afirmar que o princípio *lex posterior derogat priori* pressupõe, fundamentalmente, a existência de *densidade normativa* idêntica ou semelhante *(Cf., a propósito, Ipsen, cit., p. 164)*, estando, primordialmente, orientado para a substituição do direito antigo pelo direito novo *(Cf. Ipsen, cit., p. 165)*. A Constituição não se destina, todavia, a substituir normas do direito ordinário *(Cf. Ipsen, cit., p. 165)*.

Vale registrar, a propósito, o magistério de Ipsen sobre o tema:

> *"As regras de colisão da ordem jurídica não representam juízos lógicos a priori, mas normas que, juntamente com outras regras de interpretação e de aplicação, podem ser designadas como 'direito de aplicação'*

*(Rechtsanwendungsrecht). Sua contingência histórica já foi ressaltada inúmeras vezes. O postulado da lex superior é fruto do moderno pensamento constitucional, enquanto o princípio da lex posterior é conseqüência do pensamento jurídico racional. (...). A lei posterior pode ser, simultaneamente, uma lei geral, o que permite indagar se a lei especial ou a lei posterior há de ter a primazia. Esses problemas de aplicação do Direito não se deixam solver de forma abstrata; (...). Tem-se, assim, que a regra sobre a força derrogatória da lex posterior refere-se a uma constelação totalmente diferente daquela pertinente à supremacia do postulado da lex superior.*

*Questão relativa à aplicação da lex prior ou da lex posterior somente pode surgir no caso de normas de idêntica densidade normativa. Se duas leis, para situações idênticas, determinarem conseqüências diversas, estará o aplicador do Direito diante do problema sobre a aplicação da lei 'A' ou da lei 'B', se o conflito não puder ser solvido mediante interpretação (redução teleológica ou extensão). A decisão não fica ao seu alvedrio, devendo, segundo o postulado da lex posterior, deixar de aplicar a lei anterior e decidir a questão segundo os parâmetros da lei posterior.*

*Outra é a situação quando se tem um conflito entre lei e Constituição. A Constituição estabelece, freqüentemente - seja nos direitos*



STF 102.092

*fundamentais, nos princípios constitucionais ou nas disposições programáticas –, apenas assertivas gerais que reclamam concretização para que possam desenvolver eficácia normativa. Se o juiz ou outro aplicador chegar à conclusão de que a lei contraria a Constituição, não poderá ele aplicar, indiscriminadamente, a Constituição em lugar da lei, uma vez que, a despeito de qualquer esforço, dificilmente se logra extrair da Constituição uma regulação positiva sobre situações específicas. (...). Enquanto a regra de colisão relativa à lex posterior pressupõe duas leis contraditórias de idêntica densidade normativa, surge na contradição entre a lei e a Constituição um déficit normativo: a lex superior não logra colmatar diretamente as lacunas surgidas. (...). Pode-se avançar um passo: Quando se cuidar de colisão de normas de diferente hierarquia, o princípio da lex superior afasta outras regras de colisão. A utilização de uma ou de outra regra de colisão poderia levar ao absurdo de permitir que a lei ordinária – enquanto lei especial ou posterior – afastasse a incidência da Constituição enquanto lei geral ou lex prior" (Ipsen, cit., pp. 162-164).*

Conclusão bastante semelhante foi sustentada por Castro Nunes já nos idos de 1943:

*"Não contesto que a incompatibilidade se resolve*

*numa revogação, o que resulta da anterioridade da norma. Mas perde-se de vista o outro elemento, a diversidade hierárquica das normas.*

*A teoria da ab-rogação das leis supõe normas da mesma autoridade. Quando se diz que a lei posterior revoga, ainda que tacitamente, a anterior, supõem-se no cotejo leis do mesmo nível. Mas se a questão está em saber se uma norma pode continuar a viger em face das regras ou princípios de uma Constituição, a solução negativa só é revogação por efeito daquela anterioridade; mas tem uma designação peculiar a esse desnível das normas, chama-se declaração de inconstitucionalidade." (Teoria e Prática do Poder Judiciário, pp. 602-603).*

Assim, há de se partir do princípio de que, em caso de colisão de normas de diferente hierarquia, o postulado da *lex superior* afasta outras regras de colisão *(Cf. Ipsen, cit., p. 164)*. Do contrário chegar-se-ia ao absurdo, destacado por Ipsen, de que a lei ordinária, enquanto lei especial ou *lex posterior*, pudesse afastar a norma constitucional enquanto *lex generalis* ou *lex prior (Cf., a propósito, Ipsen, cit., p. 164)*.

Um último argumento - não trazido à baila pelos defensores da tese que equipara, sob o prisma conceitual, a incompatibilidade originária ou superveniente da lei com a Constituição - extrai-se das regras disciplinadoras do recurso extraordinário no Direito Brasileiro.

Nos termos do art. 102, III, "a", "b" e "c", da Constituição, o recurso extraordinário somente poderá ser admitido quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta

Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

Embora a doutrina e a jurisprudência não tenham dúvida em afirmar o cabimento de recurso extraordinário, se se assevera a inconstitucionalidade da lei em face de Constituições anteriores, parece inequívoco que o constituinte concebeu esse instituto, fundamentalmente, para a defesa da Constituição atual. Tanto é que nos casos das alíneas "a" e "c" do art. 102, III, estabelece-se, expressamente, que o recurso será cabível quando *a decisão contrariar a Constituição* ou quando *julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição*.

É fácil ver que o constituinte não concebeu a contrariedade a esta Constituição, em qualquer de suas formas, inclusive no que concerne à aplicação de leis pré-constitucionais, como simples questão de direito intertemporal, pois do contrário despiciendo seria o recurso extraordinário. Da mesma forma, afirmar a validade de lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição não parece traduzir juízo de mera compatibilidade entre o direito ordinário e a Constituição, tendo em vista também o postulado da *lex posterior*.

Essa conclusão resulta ainda mais evidente da cláusula contida no art. 102, III, "b", que admite o recurso extraordinário contra decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal. Significa dizer que qualquer juízo sobre a incompatibilidade entre a lei federal ou o tratado pré-constitucional e a Constituição atual levado a efeito pela instância *a quo* é valorado pela Constituição como *declaração de inconstitucionalidade*, dando ensejo, por isso, ao recurso extraordinário.

Tais reflexões permitem afirmar que, para os fins de controle de constitucionalidade *incidenter tantum* no âmbito do recurso extraordinário, não assume qualquer relevância o momento da edição da lei, configurando eventual contrariedade à Constituição atual questão de constitucionalidade, e não de mero conflito de normas a se resolver com aplicação do princípio da *lex posterior*.

Diante de todos esses argumentos e considerando a razoabilidade e o significado para a segurança jurídica da tese que recomenda a extensão do controle abstrato de normas também ao direito pré-constitucional, não se afiguraria despropositado cogitar da revisão da jurisprudência do STF sobre a matéria.

A questão ganhou, porém, novos contornos com a aprovação da Lei nº 9.882, de 1999, que disciplina a argüição de descumprimento de preceito fundamental e estabelece, expressamente, a possibilidade de exame da compatibilidade do direito pré-constitucional com norma da Constituição Federal.

Assim, toda vez que se configurar controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito federal, estadual ou municipal, anteriores à Constituição, em face de preceito fundamental da Constituição, poderá qualquer dos legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade propor argüição de descumprimento.

Também essa solução vem colmatar uma lacuna importante no sistema constitucional brasileiro, permitindo que controvérsias relevantes afetas ao direito pré-constitucional sejam solvidas pelo STF com eficácia geral e efeito vinculante.

No caso presente, cuida-se de norma de direito federal editada em 1940, anterior, portanto, à Constituição de 1988, e que com esta se teria tornado incompatível em virtude da ofensa aos seguintes preceitos fundamentais, conforme apontado pela entidade

requerente: "princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV), um dos fundamentos da República brasileira; a cláusula geral da liberdade, extraída do princípio da legalidade (art. 5º, II), direito fundamental previsto no Capítulo dedicado aos direitos individuais e coletivos; e o direito à saúde (arts. 6º e 196), contemplado no Capítulo dos direitos sociais e reiterado no Título reservado à ordem social."

Considerado fato da norma impugnada ser pré-constitucional, também é evidente, nesse ponto, a admissibilidade da ação.

**Claúsula da subsidiariedade**

O desenvolvimento do instituto da inexistência de outro meio eficaz, ou o princípio da subsidiariedade, dependerá da interpretação que o STF venha a dar à lei. A esse respeito, destaque-se que a Lei nº 9.882, de 1999, impõe que a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º).

À primeira vista poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para afastar a eventual lesão poder-se-ia manejar, de forma útil, a argüição de descumprimento de preceito fundamental. É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no direito alemão (recurso constitucional) e no direito espanhol (recurso de amparo), acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático.

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 preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade - *inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão* -, *contido no* § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882, de 1999, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global.

Nesse sentido, se se considera o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa), meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.

No direito alemão a *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional) está submetida ao dever de exaurimento das instâncias ordinárias. Todavia, a Corte Constitucional pode decidir de imediato um recurso constitucional se se mostrar que a questão é de interesse geral ou se demonstrado que o requerente poderia sofrer grave lesão caso recorresse à via ordinária (Lei Orgânica do Tribunal, § 90, II).

Como se vê, a ressalva constante da parte final do § 90, II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã confere ampla discricionariedade tanto para conhecer das questões fundadas no interesse geral (*allgemeine Bedeutung*), quanto daquelas controvérsias baseadas no perigo iminente de grave lesão (*schwerer Nachteil*).

Assim, tem o Tribunal Constitucional admitido o recurso constitucional, na forma antecipada, em matéria tributária, tendo em vista o reflexo direto da decisão sobre inúmeras situações homogêneas *(Cf. BVerfGE 19/268 (273); BVerfGE 62/338 (342); v.*

*também Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 4ª ed., 1997, p. 162)*. A Corte considerou igualmente relevante a apreciação de controvérsia sobre publicidade oficial, tendo em vista o seu significado para todos os partícipes, ativos e passivos, do processo eleitoral *(Cf. BVerfGE 62/230 (232); BVerfGE 62/117 (144); Schlaich, cit., p. 162)*. No que concerne ao controle de constitucionalidade de normas, a posição da Corte tem-se revelado enfática: *"apresenta-se, regularmente, como de interesse geral a verificação sobre se uma norma legal relevante para uma decisão judicial é inconstitucional" (Cf. BVerfGE 91/93 (106))*.

No direito espanhol explicita-se que cabe o recurso de amparo contra ato judicial desde que *"se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía recursal" (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, art. 44, I)*. Não obstante, a jurisprudência e a doutrina têm entendido que, para os fins da exaustão das instâncias ordinárias, *"não é necessária a interposição de todos os recursos possíveis, senão de todos os recursos razoavelmente úteis" (Cf. José Almagro, Justicia Constitucional, Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 2ª ed., Valência, 1989, p. 324)*.

Nessa linha de entendimento anotou o Tribunal Constitucional Espanhol: *"Al haberse manifestado en este caso la voluntad del órgano jurisdicional sobre el mismo fondo de la cuestión planteada, há de entenderse que la finalidad del requisito exigido en el art. 44, 1, 'a', de la LOTC se há cumplido, pues el recurso hubiera sido en cualquier caso ineficaz para reparar la supuesta vulneración del derecho constitucional conocido" (auto de 11.2.81, n. 19) (Cf. Almagro, Justicia Constitucional, Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, p. 325)*. Anote-se que, na espécie, os recorrentes haviam interposto o recurso fora do prazo.



STF 102.002

Vê-se, assim, que também no direito espanhol tem-se atenuado o significado literal do princípio da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias ordinárias, até porque, em muitos casos, o prosseguimento nas vias ordinárias não teria efeitos úteis para afastar a lesão a direitos fundamentais.

Observe-se, ainda, que a legitimação outorgada ao Ministério Público e ao Defensor do Povo para manejar o recurso de amparo reforça, no sistema espanhol, o caráter objetivo desse processo.

Tendo em vista o direito alemão, Schlaich transcreve observação de antigo Ministro da Justiça da Prússia segundo a qual *"o recurso de nulidade era proposto pelas partes, porém com objetivo de evitar o surgimento ou a aplicação de princípios jurídicos incorretos" (Schlaich, cit., p. 184).* Em relação ao recurso constitucional moderno, movido contra decisões judiciais, anota Schlaich: *"essa deve ser também a tarefa principal da Corte Constitucional com referência aos direitos fundamentais, tendo em vista os numerosos e relevantes recursos constitucionais propostos contra decisões judiciais: contribuir para que outros tribunais logrem uma realização ótima dos direitos fundamentais" (Idem, ibidem).*

Em verdade, o princípio da subsidiariedade, ou do exaurimento das instâncias, atua também nos sistemas que conferem ao indivíduo afetado o direito de impugnar a decisão judicial, como um pressuposto de admissibilidade de índole objetiva, destinado, fundamentalmente, a impedir a banalização da atividade de jurisdição constitucional *(Cf., a propósito, Zuck, Rüdiger, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 2.ed. Munique,1988, pp. 13 e ss.).*

No caso brasileiro o pleito a ser formulado pelos órgãos ou entes legitimados dificilmente versará - pelo menos de forma direta

- sobre a proteção judicial efetiva de posições específicas por eles defendidas. A exceção mais expressiva reside talvez na possibilidade de o Procurador-Geral da República, como previsto expressamente no texto legal, ou qualquer outro ente legitimado, propor a argüição de descumprimento a pedido de terceiro interessado, tendo em vista a proteção de situação específica. Ainda assim o ajuizamento da ação e a sua admissão estarão vinculados, muito provavelmente, ao significado da solução da controvérsia para o ordenamento constitucional objetivo, e não à proteção judicial efetiva de uma situação singular.

Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da argüição 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 argüição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade - 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 argüição 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 revogado 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 argüição de descumprimento.

Também é possível que se apresente argüição de descumprimento com pretensão de ver declarada a constitucionalidade de lei estadual ou municipal que tenha sua legitimidade questionada

nas instâncias inferiores. Tendo em vista o objeto restrito da ação declaratória de constitucionalidade, não se vislumbra aqui meio eficaz para solver, de forma ampla, geral e imediata, eventual controvérsia instaurada.

A própria aplicação do princípio da subsidiariedade está a indicar que a argüição de descumprimento há de ser aceita nos casos que envolvam a aplicação direta da Constituição - alegação de contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre interpretação adotada pelo Judiciário - que não envolva a aplicação de lei ou normativo infraconstitucional.

Da mesma forma, controvérsias concretas fundadas na eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo podem dar ensejo a uma pletora de demandas, insolúveis no âmbito dos processos objetivos.

Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva.

Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a argüição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem, as mais das vezes, capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. A necessidade de interposição de uma pletora de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do STF e das próprias Cortes ordinárias.

A propósito, assinalou Sepúlveda Pertence, na ADC nº 1 *(ADC*

*1/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 1.12.93, DJU 16.6.95)*, que a convivência entre o sistema difuso e o sistema concentrado *"não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos a que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito"*.

A possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes dos pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar uma ameaça a preceito fundamental (pelo menos, ao da segurança jurídica), o que também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da argüição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição imediata da controvérsia mostrar-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria idéia de prestação judicial efetiva.

Ademais, a ausência de definição da controvérsia - ou a própria decisão prolatada pelas instâncias judiciais - poderá ser a concretização da lesão a preceito fundamental. Em um sistema dotado de órgão de cúpula, que tem a missão de guarda da Constituição, a multiplicidade ou a diversidade de soluções pode constituir-se, por si só, em uma ameaça ao princípio constitucional da segurança jurídica e, por conseguinte, em uma autêntica lesão a preceito

fundamental.

Assim, tendo em vista o perfil objetivo da argüição de descumprimento, com legitimação diversa, dificilmente poder-se-á vislumbrar uma autêntica relação de subsidiariedade entre o novel instituto e as formas ordinárias ou convencionais de controle de constitucionalidade do sistema difuso, expressas, fundamentalmente, no uso do recurso extraordinário e de outros meios.

Como se vê, ainda que aparentemente pudesse ser o recurso extraordinário o meio eficaz de superar eventual lesão a preceito fundamental nessas situações, na prática, especialmente nos processos de massa, a utilização desse instituto do sistema difuso de controle de constitucionalidade não se revela plenamente eficaz, em razão do limitado efeito do julgado nele proferido (decisão com efeito entre as partes).

Assim sendo, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais - vias processuais ordinárias - não poderá servir de óbice à formulação da argüição de descumprimento. Ao contrário, tal como explicitado, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, as mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.

Essa leitura compreensiva da cláusula da subsidiariedade contida no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 1999, parece solver, com superioridade, a controvérsia em torno da aplicação do princípio do exaurimento das instâncias.

É fácil ver também que a fórmula da relevância do interesse público para justificar a admissão da argüição de descumprimento (explícita no modelo alemão) está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro, tendo em vista especialmente o caráter

marcadamente objetivo que se conferiu ao instituto.

Assim, o Tribunal poderá conhecer da argüição 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.

Com essas considerações, o julgamento do Plenário na ADPF 33 restou assim ementado:

> "Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF. Medida Cautelar. 2. Ato regulamentar. Autarquia estadual. Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará - IDESP. Remuneração de pessoal. Vinculação do quadro de salários ao salário mínimo. 3. Norma não recepcionada pela Constituição de 1988. Afronta ao princípio federativo e ao direito social fundamental ao salário mínimo digno (arts. 7º, inciso IV, 1º e 18 da Constituição). 4. Medida liminar para impedir o comprometimento da ordem jurídica e das finanças do Estado. 5. Preceito Fundamental: parâmetro de controle a indicar os preceitos fundamentais passíveis de lesão que justifiquem o processo e o julgamento da argüição de descumprimento. Direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas, princípios sensíveis: sua interpretação, vinculação com outros princípios e garantia de eternidade. Densidade normativa ou significado específico dos princípios fundamentais. 6. Direito pré-constitucional. Cláusulas de recepção da Constituição. Derrogação do direito pré-



STF 102.002

constitucional em virtude de colisão entre este e a Constituição superveniente. Direito comparado: desenvolvimento da jurisdição constitucional e tratamento diferenciado em cada sistema jurídico. A Lei nº 9.882, de 1999, e a extensão do controle direto de normas ao direito pré-constitucional. 7. Cláusula da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias. Inexistência de outro meio eficaz para sanar lesão a preceito fundamental de forma ampla, geral e imediata. Caráter objetivo do instituto a revelar como meio eficaz aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante. Compreensão do princípio no contexto da ordem constitucional global. Atenuação do significado literal do princípio da subsidiariedade quando o prosseguimento de ações nas vias ordinárias não se mostra apto para afastar a lesão a preceito fundamental. 8. Plausibilidade da medida cautelar solicitada. 9. Cautelar confirmada."

No caso específico, é patente a relevância e a transcendência da discussão constitucional, que não pode ser transferida às vias processuais ordinárias.

Também não se vislumbra, no caso, outro mecanismo de controle concentrado apto a trazer a discussão a esta Corte.

Penso, portanto, que se faz presente o requisito da subsidiariedade.

Nesses termos, entendo estarem presentes os pressupostos de admissibilidade para que o Supremo Tribunal Federal conheça a presente ADPF.



STF 102.002

**Ainda algumas considerações**

Para os que ainda não se convenceram do cabimento da ADPF na espécie, há de se indagar: como agiria o Supremo Tribunal Federal se se deparasse com um *habeas corpus* em um caso como o presente?

Essa situação já foi colocada perante esta Corte no HC 84.025, da relatoria do Min. Joaquim Barbosa, que, todavia, restou prejudicado, em razão do nascimento seguido de morte do bebê anencéfalo.

Isso só reforça que, ainda que cabível o *habeas corpus* proposto perante o Supremo Tribunal Federal, este não será a via mais adequada, pois até chegar a esta instância, em geral, a gravidez já estará num estágio tão avançado que não será recomendável a sua interrupção.

Mas continuemos a desenvolver o raciocínio!

Caso a criança não tivesse nascido, o Tribunal poderia escusar-se de julgar o *writ*?

Parece-me que não, por ser o *habeas corpus* admissível, no caso, como instrumento de proteção da liberdade individual.

Cabível o *habeas corpus*, teríamos duas situações possíveis: a autorização ou não da interrupção da gravidez.

Se o Tribunal autoriza, que norma permissiva ele estará a invocar para admitir a interrupção da gravidez?

Com certeza, estará reconhecendo, em sede de *habeas corpus*, ainda que não o faça expressamente, uma nova causa excludente da ilicitude implícita ao art. 128, ou a inaplicabilidade à espécie do art. 124, ambos do Código Penal.

Se o Tribunal proíbe a interrupção da gravidez na espécie, há de admitir a constitucionalidade da fórmula legislativa pela não inclusão do aborto de feto anencefálico.

Não teria essa decisão o efeito de generalização do entendimento perante o Poder Judiciário e, eventualmente, a Administração?

A resposta há que ser afirmativa.

Atualmente o Plenário está julgando o HC 82.959, sobre a vedação à progressão de regime nos crimes hediondos, cuja decisão, certamente, ultrapassará os limites daquele caso concreto.

Tal como afirmado no voto do Ministro Carlos Velloso, no HC 76.946, é perfeitamente admissível a argüição de inconstitucionalidade em *habeas corpus*. Naquela assentada apontou o Ministro vários *habeas corpus* em que se discutiu a constitucionalidade de norma legal: HC 71.713, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 04.11.94, HC 72.930, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 15.03.96; HC 69.921, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 147/235; HC 74.761, Rel. Min. Maurício Corrêa, RTJ 162/688; HC 72.582, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 20.10.95 e HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, RTJ 163/1083.

O Plenário está julgando a RCL 2.391, sobre a exigência legal do recolhimento à prisão, cuja decisão igualmente terá efeitos além da situação específica.

Se tal é possível em *habeas corpus*, em reclamação ou em outras ações individuais, por que não o será em ADPF?

Não há, portanto, como negar a possibilidade de, via ADPF, aferir-se a legitimidade ou não da interrupção da gravidez em semelhantes casos.

Aqui pode-se afirmar, com segurança, que a admissibilidade de ações individuais, como o *habeas corpus*, na espécie, torna inquestionável o cabimento da ADPF no caso em apreço.

Com efeito, a própria Lei nº 9.882, de 1999, dispõe, no *caput* do art. 10:

> "Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, **fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental**."

Nesses termos, o meu voto é pelo cabimento da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental.



STF 102.002

27/04/2005 TRIBUNAL PLENO

QUEST. ORD. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL

# VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie – 1. Senhor Presidente, na sessão anterior, de 20.10.04, manifestei-me exclusivamente quanto à manutenção da medida liminar que fora deferida monocraticamente pelo eminente Relator, logo após o encerramento da última sessão que antecedeu as férias forenses de julho de 2004.

Pareceu-me, naquele passo, que não se colocava a urgência autorizadora de um provimento monocrático, pois o objeto da ação são normas velhas de 65 anos confrontadas com princípios de uma Constituição que já completou 16 anos de vigência e também porque a forma processual adotada não se presta ao exame de casos concretos nos quais, aí sim, a entrega da prestação jurisdicional só será útil se manifestada em tempo breve.

Portanto, o controle concentrado de constitucionalidade, sem a premência de um caso concreto, aconselharia o exame detalhado da questão pelo colegiado.

Também entendi que estava ausente a plausibilidade da ação proposta que, à primeira vista, parecia-me inadequada para a veiculação da questão de mérito controvertida. Por isso, sem minimamente tangenciar a questão de fundo, formei com a maioria em oposição ao referendo da liminar.

2. Entendo, Senhor Presidente, que o primeiro exercício - difícil, mas necessário para o deslinde da controvérsia - está em olvidarmos, neste momento da discussão, qual o tema em debate nesta ADPF. É indispensável que se ponha de parte a passionalidade com que são defendidas as posições favoráveis e contrárias ao abortamento para que possamos com clareza refletir sobre a adequação do meio processual utilizado.

É este um momento importantíssimo de conformação do novo instrumento de controle de constitucionalidade que a doutrina tem apontado como "misterioso e esotérico" (RONALDO POLETTI) e para cuja clarificação a recente

regulamentação pela Lei nº 9.882/99 pouco contribuiu (INGO SARLET). Se isso é bom, porque deixa ao Tribunal ampla margem de discricionariedade na construção do instituto, corresponde também a enorme responsabilidade para com o futuro. As diretrizes que traçarmos devem ter a consistência necessária para enfrentarem o teste dos anos vindouros e haverão de servir como parâmetro para as impetrações que se seguirem. O Tribunal haverá, portanto, de agir na construção desse instituto com a cautela e a serenidade que lhe têm assegurado, ao longo das décadas, o respeito e a credibilidade perante a comunidade jurídica e a Nação.

Ora, como disse, a presente impetração nos coloca diante da necessidade de darmos forma e figura à ADPF. Até o presente momento (27.04.2005), segundo verifiquei, 70 dessas medidas já foram ajuizadas, não tendo nenhuma delas alcançado manifestação de mérito. Dentre elas, 38 não foram conhecidas[1]. Das 32 restantes, 7 encontram-se sobrestadas aguardando o julgamento da ADI nº 2.231. Em apenas uma, a liminar foi deferida e referendada pelo Plenário. Trata-se da ADPF nº 33, rel. o Ministro Gilmar Mendes.

Por isso, é fundamental tentar esquematizar o debate reduzindo ao mínimo a ingerência da polêmica que inflama a matéria de fundo para que – neste momento – nossa atenção se concentre exclusivamente na conformação do instituto novo. Antes do controle de constitucionalidade propriamente dito, é preciso que a Corte proceda ao controle de passionalidade e coloque, de forma objetiva, o conteúdo da ação.

3. O que vem ao crivo do Tribunal nesta ação? Uma norma velha de 65 anos que, ao momento da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi recepcionada, como todo o Código Penal. Essa disposição de lei comina com pena privativa de liberdade quem promova o abortamento. Criadas foram duas exceções em que tal prática não será penalizada. O que a ação pretende é fazer inserir, nesse dispositivo, por criação jurisprudencial, uma terceira causa exculpante. Ou seja, que, além do abortamento sentimental (gravidez fruto de violência) e do abortamento terapêutico (risco para a vida da mãe), também seja isento de penalidade o

[1] Argüições de descumprimento de preceito fundamental não conhecidas:
25 por ilegitimidade ativa *ad causam* ou ausência de capacidade postulatória;
9 por existência de outro meio judicial eficaz para alcançar o efeito pretendido;
2 por atacarem projeto de lei ou projeto de emenda constitucional;
1 por inépcia da inicial; e,
1 por perda de objeto.

abortamento de feto diagnosticado como anencefálico. É, sem dúvida, atuação legislativa que se pretende do Tribunal.

A esse propósito, é preciso também registrar que inúmeras são as iniciativas parlamentares tendentes a alargar as excludentes de ilicitude da prática de abortamento. Sete desses projetos[2] encontram-se em tramitação conjunta nas casas legislativas, um deles foi arquivado no Senado em 21.10.04[3] e outro, em regime de tramitação ordinária, aguarda parecer[4].

Por isso, *"não há como deixar de conferir à pretensão da autora o evidente intuito de ver instituído, por meio de decisão judicial, em controle concentrado de constitucionalidade, aquilo que o legislador, até hoje, não concedeu, ao não aprovar projetos de lei, no Congresso Nacional, com objetivo de introduzir, no sistema do Código Penal, a hipótese de não-punição de aborto praticado, quando se comprovarem graves anomalias no feto, em termos a não apresentar condições de sobrevida. (...) Assim sendo, não é de admitir-se que, por meio de interpretação conforme a Constituição, consoante pretende a autora, no bojo de procedimento de controle concentrado de constitucionalidade de normas, as quais explicitamente regulam instituto jurídico penal, com contornos específicos, se venha a instituir hipótese outra de excludente de punição, quando o legislador, de forma inequívoca e estrita, alinha os casos em que o crime em referência não se pune, máxime, na espécie, diante da existência de proposta legislativa em exame no Congresso Nacional."*[5]

4. Entendo não se tratar de matéria que se ajuste às hipóteses de cabimento da ADPF. Li e reli a bem lançada peça inaugural e devo dizer, não sem antes elogiar o engenho com que se houve seu ilustre autor, que nela vislumbro uma tentativa de artificiosa utilização do novo instituto, com um objetivo que nele, porém, não se comporta. O objeto da ação corresponde inegavelmente à tentativa de obter do

---

[2] São eles os:
PL 4304/2004, autor Dep. Eduardo Valverde – PT/RO;
PL 3.744/2004, autor Dep. Coronel Alves – PL/AP;
PL 2.929/1997, autor Dep. Wigberto Tartuce – PPB/DF;
PL 1.956/1996, autora Dep. Marta Suplicy – PT/SP;
PL 1.76/1995, autor Dep. José Genoíno – PT/SP;
PL 3.280/1992, autor Dep. Luiz Moreira – PTB/BA;
PL 1.174/1991, autor Dep. Eduardo Jorge – PT/SP.

[3] Trata-se do PLS 183/2004, autor Sen. Duciomar Costa.
[4] Trata-se do PL 1.135/1991, autor Dep. Eduardo Jorge – PT/SP.
[5] Parecer oferecido pelo Min. José Néri da Silveira e encaminhado pela União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro e de São Paulo, fl. 9.

Supremo Tribunal Federal manifestação jurisdicional que acrescente ao ordenamento penal uma nova hipótese de excludente de ilicitude da prática de abortamento. Ou seja, pede-se ao Tribunal que atue como legislador positivo, preenchendo tal lacuna. A tal prática o Tribunal já se tem recusado nas demais formas de controle. O pedido, consoante depreendo da inicial, talvez melhor se pudesse enquadrar na moldura da antiga interpretação de lei, com eficácia normativa do sistema anterior à Constituição de 1988. Pela Emenda Constitucional nº 7/77, deferiu-se ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar representação do Procurador-Geral da República "*para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual*". A propósito, refere o eminente Ministro José Néri da Silveira, em seu parecer:

> "*Segundo a disciplina regimental expedida pelo Supremo Tribunal Federal, na Emenda Regimental nº 7, de 23/8/78, após o julgamento da representação, o sentido e alcance da lei ou ato normativo federal ou estadual seriam os fixados na interpretação proclamada, implicando sua não observância negativa de vigência do texto interpretado, cumprindo considerar existente, em princípio, violação a literal disposição de lei para os efeitos do art. 485, V, do Código de Processo Civil, ou negativa de vigência da lei, se federal, aos fins do recurso extraordinário, com apoio no art. 119, III, alínea "a", da Emenda Constitucional nº 1/1969, consoante examinei a espécie no trabalho intitulado 'O Supremo Tribunal Federal e a interpretação jurídica com eficácia normativa', inserto em 'Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal', Editora Universidade de Brasília, 1982, págs. 131/153. Cuidava-se aí, de medida adotada, apenas, em situações especiais em que interesse público superior estivesse a justificar, desde logo, o pronunciamento do Alto Tribunal do país, que detinha, então, a competência não só de guardião da Constituição, mas também da unidade do direito federal infraconstitucional e da uniformidade de sua interpretação.*"

Porém, no mesmo texto, ressalta o Ministro José Néri que:

> "*Tal instrumento, que não era de controle de constitucionalidade, veio, todavia, a ser extinto no sistema da Constituição de 1988.*"

5. O objeto da ação é, como já disse antes, o de acrescentar conteúdos à norma vigente. Ora, a jurisdição constitucional é normalmente convocada

para expungir do ordenamento normas que estejam em descompasso com a Constituição, não para oferecer acréscimos ao ordenamento positivo em usurpação à competência dos outros dois poderes. Circunstâncias há, porém, em que as disposições de inconstitucionalidade tornam necessário o preenchimento de lacunas criadas pela própria decisão. Por isso, fala-se em efeitos aditivos que podem ter as sentenças dos Tribunais Constitucionais. São decorrência, são efeitos periféricos ou colaterais de decisões preponderantemente ablativas e que, ao declararem uma inconstitucionalidade, invalidam a situação de segurança jurídica que se baseara na presunção de legitimidade da norma ou ato administrativo, com base nas quais muitas relações se terão desenvolvido. Consciente dessa realidade, o Tribunal Constitucional então adota as medidas necessárias a evitar oneração excessiva a todos quantos de boa-fé regraram sua atuação pelo diploma ou ato viciado. Não conheço, porém, exemplo de jurisdição constitucional em sistema de direito codificado (*Civil Law*) que seja provocada para atitude exclusivamente criadora de direito, como se vê no caso presente. No direito alemão, por exemplo, os efeitos da sentença correspondem a anular a decisão judicial, o ato administrativo ou o ato legislativo que desrespeitou ou deixou de observar um preceito fundamental. Sempre numa atividade de excisão, não de inclusão de regras. Entre nós, mesmo na avaliação da inconstitucionalidade por omissão, este Tribunal tem-se limitado a assinalar ao legislador a falha diagnosticada, não se adiantando a preenchê-la.

Não se ignora que as decisões dos Tribunais Constitucionais possam ter efeitos aditivos, mesmo nos países do sistema do *Civil Law*. Essa possibilidade decorre de um processo de polinização cruzada mediante o qual espécies diferentes de sistemas jurídicos incorporam características um do outro. O movimento convergente dos grandes sistemas jurídicos tem sido assinalado pela doutrina e corresponde a uma das faces virtuosas da globalização. Assim, os efeitos aditivos das sentenças dos Tribunais Constitucionais são objeto de estudo aprofundado. Em palestra proferida nesta capital, durante o ano passado, o ilustre Professor J.J. Gomes Canotilho alinhou uma revisão dos prós e contras de uma posição mais ativista dos diversos Tribunais Constitucionais europeus. De logo, sinalou o fato de que, contrariamente às cortes italiana e alemã, que têm recusado reduzir-se ao modelo do "legislador negativo" kelseniano, nos sistemas português, espanhol e brasileiro, a justiça constitucional exibe um maior *self restraint* quanto a esse papel normador. E, no capítulo em que arrolou objeções às sentenças aditivas, o ilustre autor destacou:

a) Em primeiro lugar, que *"Facultar aos Tribunais Constitucionais a faculdade de produzirem normas não decididas pelo legislador e não derivadas expressa e inequivocamente de uma regra Constitucional será investir os mesmos*

*tribunais em funções legislativas e administrativas, funções essas que os mesmos Tribunais não possuem, incorrendo as referidas decisões normativas em vício de usurpação de poder*";

b) Em segundo lugar, que "*Cometer aos Tribunais Constitucionais a faculdade de preencherem lacunas e emprestar às normas criadas jurisprudencialmente para o efeito força de caso julgado (na fiscalização concreta) será violar a competência atribuída aos tribunais comuns para procederem à integração dessas lacunas*";

c) Como terceira objeção, entende ele que "*Conferir força obrigatória à parte aditiva da sentença será investir a regra criada pelo Tribunal Constitucional numa potência superior à da própria lei, e desviar o fim dos processos de fiscalização de inconstitucionalidade por acção, para o controlo de omissões. Tal seria tanto mais inaceitável, quanto o facto de em muitos ordenamentos não se ter contemplado o instituto da inconstitucionalidade por omissão e naqueles em que se previu (Portugal e Brasil) os efeitos da declaração de omissões são desprovidos de efeitos sancionatórios ou injuntivos, se se tratar de leis. Dar-se-ia, assim, por via de um processo inadequado, o do controlo da validade por acção, efeitos mais intensos à reparação das omissões do que no próprio processo de controlo da inconstitucionalidade por omissão, o que seria ilógico*";

d) Por último, alerta ele para o fato de que "*o alargamento automático de certos benefícios de prestação a categorias que a lei julgada parcialmente inconstitucional excluía ou não contemplava pode violar outras disposições constitucionais, como as das leis-travão que asseguram a estabilidade orçamental*".

Refere como exemplo a seguinte hipótese:

> "*Se uma decisão do Tribunal Constitucional alargar certos subsídios relevantes, a estrangeiros residentes, não incluídos numa previsão legal, a qual os conferia apenas a nacionais, disso resultará um aumento anômalo de despesa, violando-se as regras constitucionais que impedem iniciativas não governamentais que desequilibrem negativamente o orçamento.*"

O exemplo que, entre nós, demonstraria com maior clareza este inconveniente poderia decorrer da fixação judicial de um valor para o salário mínimo, com base nas garantias asseguradas pelo art. 7°, IV, da Constituição Federal.

O ilustre constitucionalista, ao tomar posição sobre o tema, considera como não desconformes com a Constituição as sentenças que descodifiquem algum conceito jurídico indeterminado contido na Constituição. Nesse caso, entende ele que *"se o decisor constitucional renunciou a definir um conceito que se afigura como uma medida de valor de normas jurídicas, é porque decidiu conceder uma delegação implícita ao Tribunal Constitucional para o concretizar por via jurisprudencial"*. A tais sentenças atribui ele um poder e uma abrangência extraordinários, pois consoante expressa: *"embora os critérios de orientação interpretativa não valham como norma constitucional, o facto é que os mesmos, no caso de ganharem estabilidade e permanência, ficarão investidos de uma força persuasiva e de um poder de autoridade criativos de Direito, funcionando como parâmetro de outras decisões jurisdicionais com um valor assimilável ao de uma regra constitucional escrita. Transformam-se, pois, em Direito Constitucional Complementar, de caráter não escrito, operando como parâmetro das decisões de constitucionalidade. A sua substituição apenas poderá operar mediante alteração da orientação jurisprudencial ou através da alteração ou definição em sentido diferente do conceito indeterminado, mediante revisão constitucional."*

No caso brasileiro, exemplo de tais decisões conformadoras de preceitos imprecisos seriam as que definissem a amplitude e a abrangência da expressão "preceito fundamental", inserida no § 1°, III, do art. 102 da Constituição Federal.

6. Mas, é de ver que a própria lei regulamentadora do instituto encontra-se submetida ao juízo de inconstitucionalidade na ADI n° 2.231.

Logo, antes de qualquer outra perquirição é preciso verificar se a ação tem seu trâmite desimpedido ou se depende de definições que estão pendentes de resposta em feitos que lhe sejam cronologicamente anteriores. Parece-me que sim, porém, como os votos que me precederam avançaram no exame da matéria, assim também o farei.

A Constituição Federal é suscinta ao mencionar a argüição de descumprimento de preceito fundamental no § 1° do inciso III, do art. 102. Diz, simplesmente, que *"A argüição de descumprimento de preceito fundamental*

*decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei".*

O que o constituinte instituiu, portanto, sob o *nomen juris* de argüição de descumprimento de preceito fundamental foi nova fórmula para controle da constitucionalidade de atos do Poder Público relativamente apenas a princípios sensíveis da Carta, aqueles que, sem especificação, são denominados "preceitos fundamentais" que será exercitada pelo Supremo Tribunal Federal, em forma a ser definida por legislação ordinária.

O fato de que esta nova fórmula para controle de constitucionalidade não esteja elencada no rol definidor da competência originária da Corte pode causar estranheza, mas pode, também, dar ensejo a que se compreenda que tanto na forma autônoma de ação, quanto na de incidente, possa ser veiculada a pretensão. Este parece ter sido o entendimento da comissão redatora do anteprojeto de que resultou a Lei nº 9.882/99.

A lei regulamentadora distinguiu com clareza duas modalidades de argüição: a preventiva (evitar lesão) e a repressiva (reparar lesão). Alega-se que criou, todavia, – e nesse ponto há debate aberto pendente perante o Plenário[6] – modalidade de argüição de descumprimento de preceito fundamental abstrata ou por equiparação, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.882/99, que estendeu a aplicabilidade do instituto às controvérsias relevantes sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os anteriores à Constituição. Segundo Alexandre de Moraes, em seu "Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional", neste passo a norma regulamentadora *"distanciou-se do texto constitucional"*. Diz ele *"O texto constitucional é muito claro quando autoriza à lei o estabelecimento exclusivamente da forma pela qual o descumprimento de um preceito fundamental poderá ser argüido perante o Supremo Tribunal Federal. Não há qualquer autorização constitucional para uma ampliação das competências do Supremo Tribunal Federal. Controvérsias entre leis ou atos normativos e normas constitucionais, relevantes que sejam, não são hipóteses idênticas ao descumprimento pelo poder público de um preceito fundamental, e devem ser resolvidas em sede de controle de constitucionalidade, tanto difuso quanto concentrado. O legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal, que conforme jurisprudência e doutrina pacíficas, somente podem ser fixadas pelo texto magno. Manobra essa eivada de*

[6] ADI nº 2.231.

*flagrante inconstitucionalidade, pois deveria ser precedida de emenda à Constituição".*

Sérgio Rezende de Barros é ainda mais incisivo. Para ele a Lei nº 9.882/99 *"foi além da forma processual e alterou a forma substancial do instituto, para transformá-lo em ação direta".* Diz o mesmo autor que *"Inegavelmente é inconstitucional atribuir mediante lei ordinária uma tal competência ao Supremo Tribunal Federal, pois é evidente no sistema de controle constituído em 1988 – e já foi fartissimamente apontada pela doutrina e pela jurisprudência constitucionais – a recusa de controlar leis ou atos normativos municipais, bem como leis ou atos normativos anteriores, em relação à Constituição Federal vigente. Trata-se de indisfarçável ampliação de competência, levada a efeito inconstitucionalmente, como parte do objeto (parágrafo único do art. 1º) atribuído à argüição de descumprimento pela Lei nº 9.882/99."*[7]

Nesse tópico, a doutrina só faz eco à jurisprudência da Casa, que tem sido reiterada no sentido preconizado pelo eminente Min. José Carlos Moreira Alves:

> *"... o controle da inconstitucionalidade das leis em tese, ainda quando deferido – como sucede no Brasil – ao Poder Judiciário, não é, ao contrário do que ocorre com o controle incidenter tantum (que, por isso mesmo, foi admitido nos Estados Unidos da América do Norte, independentemente de texto constitucional que o consagrasse expressamente), ínsito à atribuição jurisdicional (aplicar a lei válida e vigente ao caso concreto submetido ao judiciário), mas ato de natureza eminentemente política, uma vez que, por ele, se julga, diretamente e em abstrato, a validade de ato dos outros poderes do Estado (o Legislativo e o Executivo), em face dos preceitos constitucionais a que todos os poderes devem guardar obediência.*
>
> *(...)*
>
> *Por isso mesmo, o controle de constitucionalidade in abstracto (principalmente em países em que, como o nosso, se admite, sem restrições, o incidenter tantum) é de natureza excepcional, e só se permite nos casos expressamente previstos pela própria constituição, como consectário, aliás, do princípio da*

---

[7] Sérgio Resende de Barros, *O Nó Górdio do Sistema Misto*, in *ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL : Análises à luz da Lei nº 9.882/99, São Paulo, Ed. Atlas, 2001, p. 194*

*harmonia e independência dos poderes do Estado."* (RE nº 109.098, rel. Min. Moreira Alves)

Na mesma linha já se manifestaram outros ilustres constitucionalistas. Donde concluir-se que desborda da competência do legislador ordinário a possibilidade de erigir competência nova (Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental ...) onde a Constituição não a deferiu.

Mas, mesmo que admitida a ampliação de competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar a higidez da legislação pré-constitucional em face da Carta de 88, restaria a indagação quanto ao veículo para esse questionamento. Se o caput do art. 1º regula a argüição autônoma ou direta, o par. único cogita de uma modalidade incidental.

O voto do Min. Néri da Silveira, único colhido até agora no julgamento da Medida Liminar na ADI 2.231 (hoje com vista ao Min. Sepúlveda Pertence), acolheu em parte o pedido no que diz respeito ao inciso I, do par. único do artigo 1º da Lei nº 9.882/99, para dar-lhe interpretação conforme. Nos dizeres de S. Exa., na conclusão de seu voto, *"fica excluída de sua aplicação (do art. 1º, par. único, I) controvérsia constitucional concretamente já deduzida em processo judicial em curso, o qual assim fica imune à sua incidência."* No referido voto, longo, de 52 laudas, S. Exa., todavia, não tratou autonomamente da possibilidade, ou não, de serem contrastados, face à Constituição atual, os atos legislativos a ela anteriores, tudo levando a crer que S. Ex.ª admitiria tal hipótese, desde que não colocada no bojo de processo já submetido ao crivo judicial. Ou, em outras palavras, desde que não representasse disfarçada fórmula avocatória de feitos regularmente distribuídos a seu juízo natural.

Mas, penso eu, a interpretação conforme do referido inciso I (único sobrevivente do parágrafo único, desde que vetado o inciso de nº II) leva ao seu total esvaziamento, pois não há como interpretar que "a controvérsia constitucional", em que se faça presente o "relevante fundamento" que justifique a instauração do procedimento incidente, de que trata o dispositivo, possa se manifestar em outra sede que não a jurisdicional. A controvérsia sobre a constitucionalidade de atos do Poder Público (ou, como no caso presente, a inconstitucionalidade por omissão de legislação pré-constitucional) não pode ser compreendida como uma eventual divergência manifestada no seio da comunidade jurídica, ou da sociedade em geral, a respeito do tratamento que de *lege ferenda* deva ser conferido a uma determinada questão. Não é evidentemente a controvérsias acadêmicas que o novo instituto visa dirimir. Aliás,

fosse este o seu objetivo, teríamos algo de monstruoso, do ponto de vista da liberdade de pensamento, dados os efeitos que se atribuem à decisão, aplicável *erga omnes* e com força vinculante.

7. Penso que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade - que já é, sem sombra de dúvida, dados os aportes que incorporou dos dois grandes sistemas do direito comparado, extremamente complexo e completo para não deixar fora de *judicial review* qualquer possibilidade de afronta aos dispositivos constitucionais - não pode, por isso mesmo, afastar-se de algumas balizas lógicas que se construíram ao longo de sua evolução.

Por isso, além do vício formal de criação da nova modalidade de argüição de descumprimento de preceito fundamental por lei ordinária, em matéria que se reserva à atuação de constituinte reformador, verifico, também, que a possibilidade de contraste entre norma pré-constitucional e Constituição vigente está na contramão da lógica vigorante no sistema de controle brasileiro.

O Tribunal tem entendido que é conflito intertemporal aquele que opõe lei pré-constitucional à nova Constituição. Neste sentido, leia-se, na esteira de tantas decisões que compõem a memória desta Corte, a palavra límpida do Min. Paulo Brossard: *"a lei só poderá ser inconstitucional se estiver em litígio com a Constituição sob cujo pálio agiu o legislador. A correção do ato legislativo, ou sua incompatibilidade com a lei maior, que o macula, há de ser conferida com a Constituição que delimita os poderes do Poder Legislativo que elabora a lei, e a cujo império o legislador está sujeito. E em relação a nenhuma outra. O legislador não deve obediência à Constituição antiga, já revogada, pois ela não existe mais. (...) Muito menos à Constituição futura, inexistente, por conseguinte, por não existir ainda. É por essa singelíssima razão que as leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá revogação, dado que a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível, e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham."*[8]

A esse propósito, não resisto a registrar o lúcido ensinamento de Victor Nunes Leal, citado por Paulo Brossard:

> *"Parece-nos mais acertada a corrente que vê na incompatibilidade entre a lei anterior e a Constituição nova um*

[8] Paulo Brossard, *Constituição e Leis a Ela Anteriores,* in Revista Trimestral de Direito Público, 4/1993, p. 16.

*simples caso de revogação e não de inconstitucionalidade. Em primeiro lugar, porque o conflito que aí se abre é tipicamente um conflito de normas no tempo: a norma anterior considera-se revogada pela promulgação da norma posterior com ela incompatível. Pouco importa que, na hipótese, a norma posterior não tenha apenas este caráter de norma posterior, mas seja também uma norma superior do ponto de vista hierárquico. A razão parece clara. O vício de inconstitucionalidade importa nulidade da lei. A lei que ofende a Constituição é como se não existisse, e a sua nulidade resulta da incompetência do órgão que a editou, já que o legislador ordinário não tem poder para emendar a Constituição. Mas, se a norma constitucional, com a qual a norma legal é incompatível, for posterior a esta, então não era incompetente o órgão que promulgou a norma legal, porque ao tempo de sua promulgação o legislador ordinário não exorbitara de sua competência: como a norma questionada não era incompatível com a Constituição vigente na época, não pertencia ela à competência do legislador constituinte, mas justamente à competência do legislador ordinário que a decretou. Nessas condições como é possível considerar que uma lei seja válida até o momento da promulgação do novo texto constitucional e daí por diante se considere nula ou inexistente? Se nulidade houvesse, essa nulidade atingiria a lei desde o seu nascimento, e conseqüentemente deveriam ser desfeitas todas as relações jurídicas constituídas sob a sua égide. Mas tal não acontece. As relações jurídicas que se constituíram ao amparo da norma em questão até o momento de ser promulgado o novo texto constitucional com ela incompatível são plenamente válidas e subsistentes. Desse momento em diante é que a lei deixa de operar, mas não por motivo de nulidade. E sempre que uma lei opere validamente até determinado momento e daí por diante deixe de operar, em virtude da expedição de uma norma nova, o fenômeno jurídico que temos é o da revogação, pouco importando que a norma nova seja de categoria igual ou superior à da norma anterior revogada. O mesmo fenômeno se passa quando uma lei nova é incompatível com uma norma regulamentar anterior, expedida legitimamente nos limites do poder regulamentar. A norma do regulamento, no caso, não se tornou ilegal em virtude da norma legal nova, mas simplesmente foi revogada."*[9]

[9] Idem, p. 21.

Em nosso sistema, portanto, a apreciação destes atos em que se questione a recepção ou não da legislação anterior se comporta na jurisdição concreta e difusa, podendo chegar ao exame do Supremo Tribunal Federal na via do recurso extraordinário.

Mas, como estamos diante de instituto novo, em boa parte influenciado pela experiência constitucional européia, devemos, necessariamente, refletir sobre a realidade do direito comparado. Colho ensinamento de um dos redatores do anteprojeto de que resultou a Lei nº 9.882/99, o eminente colega Min. Gilmar Mendes que leciona: *"A práxis austríaca parte do princípio de que o objeto do controle abstrato de normas, nos termos do art. 140 da Lei Constitucional, não são apenas as leis federais e estaduais, mas também as antigas Leis do Reich e dos Estados, desde que tenham sido recebidas em conformidade com o preceituado nas Disposições Transitórias de 1920.* ***A discussão sobre a constitucionalidade dessas leis antigas deve ser examinada, todavia, em face das disposições constitucionais vigentes à época"***[10].

A conformação do instituto, através da Lei nº 9.882/99, porém, foi muito além de sua matriz no direito comparado, quando admite – ilimitadamente – o questionamento da legislação pré-constitucional em face do texto constitucional vigente: *"A Lei nº 9.882/99 não previu a existência de prazo fatal para o ajuizamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, afastando-se, portanto, dos modelos austríaco e alemão previstos para o recurso constitucional perante os respectivos Tribunais Constitucionais. Na Áustria, o prazo é de seis meses a contar da prática do ato inconstitucional do poder público, enquanto na Alemanha, o recurso constitucional deve ser interposto, em regra, no prazo de um mês da violação dos direitos fundamentais, salvo na hipótese de dirigir-se contra uma lei ou ato especial do poder público contra o qual não se admita o controle judicial, quando então o prazo será de um ano da entrada em vigor da lei ou da emissão do ato, conforme prevê o art. 93 da Lei do Tribunal Constitucional"*[11].

---

[10] Gilmar Ferreira Mendes, Argüição de descumprimento de preceito fundamental: Parâmetro de Controle o Objeto, in *ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL : Análises à luz da Lei nº 9.882/99, São Paulo, Ed. Atlas, 2001, p. 136.*

[11] Alexandre de Moraes, *Comentários à Lei nº 9.882/99 – Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, in *ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL : Análises à luz da Lei nº 9.882/99, São Paulo, Ed. Atlas, 2001, p. 20.*

Em se tratando de legislação pré-constitucional, há de se imaginar que tais prazos sejam contados a partir da entrada em vigor dos novos parâmetros constitucionais com os quais as referidas normas estariam em choque. Assim é, aliás, no direito espanhol, em que a criação do Tribunal Constitucional é recente, *"a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol prevê, no art. 33, um prazo de três meses para a instauração do processo de controle abstrato de normas a contar da publicação da lei ou do ato normativo com força de lei. Nos termos do art. 2º das disposições transitórias dessa Lei, aplica-se ao controle abstrato de normas, ao recurso constitucional e aos conflitos de competência o prazo previsto de três meses para os atos anteriormente editados, a contar da data de instituição do Tribunal."* (15/7/1980)[12].

Faço tais referências para demonstrar o exagerado elastério em admitir o questionamento pela via da ADPF de todo o regramento pré-constitucional, sem qualquer limitação preclusiva. Estaríamos transformando a ordem jurídica do país – que já é um vasto emaranhado de disposições contraditórias, boa parte das quais de natureza provisória – numa sede de absoluta insegurança.

8. Pelas razões expostas, não posso deixar de alinhar com as ponderações do eminente Min. José Néri da Silveira, para quem *"Não é de admitir-se que, por meio de interpretação conforme à Constituição, consoante pretende a autora, no bojo de procedimento de controle concentrado de constitucionalidade de normas, as quais explicitamente regulam instituto jurídico penal, com contornos específicos, se venha a instituir hipótese outra de excludente de punição, quando o legislador, de forma inequívoca e estrita, alinha os casos em que o crime em referência não se pune, máxime, na espécie, diante da existência de proposta legislativa em exame no Congresso Nacional. Não tenho como possível, desse modo, o Poder Judiciário fixar juízo de natureza normativa, antecipando-se à deliberação dos outros Poderes Políticos, a tanto competentes, excluindo em decisão, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, do âmbito de incidência de normas infraconstitucionais anteriores à Constituição vigente, a situação em foco que, de resto, em princípio, está envolta em questões de fato pendentes de comprovação técnica complexa".*[13]

Entendo, Senhor Presidente, que a sociedade brasileira precisa encarar com seriedade e consciência um problema de saúde pública que atinge principalmente as mulheres das classes menos favorecidas. E deve fazê-lo por meio de

---

[12] Gilmar Ferreira Mendes, *op. cit.*, p. 137.

[13] Parecer citado, p. 9

seus legítimos representantes perante o Congresso Nacional, não, ao contrário, por via oblíqua e em foro impróprio, mediante mecanismos artificiosos que, inobstante o brilho com que deduzidos os argumentos na inicial e na sustentação oral pelo eminente Professor Luiz Roberto Barroso, acarretaria uma ruptura de princípios basilares, como o da separação de poderes e a repartição estrita de competências entre eles. Parece-me profundamente antidemocrático pretender obter, por essa via tão tortuosa da ADPF, manifestação a respeito de um tema que, por ser controverso na sociedade brasileira, ainda não logrou apreciação conclusiva do Congresso Nacional, ainda que registradas tantas iniciativas legislativas em ambas as Casas. Não há o Supremo Tribunal Federal de servir como "atalho fácil" para a obtenção de resultado – a legalização da prática do abortamento – que os representantes eleitos do povo brasileiro ainda não se dispuseram a enfrentar.

Além do mais, contrastar, por via da ADPF, um ato normativo anterior com a Constituição atual só pode ter o efeito de concluir pela sua revogação (não recepção) no todo ou em parte, pela ordem constitucional superveniente. Nunca terá o resultado de acrescentar àquela norma anterior à ordem vigente palavras ou conteúdos novos. Este é, aliás, o testemunho trazido por um dos autores do anteprojeto, Prof. Ives Gandra da Silva Martins, quando expressa, *"Jamais imaginamos que o veículo criado para que o Poder Judiciário protegesse, como legislador negativo, e não positivo, preceito fundamental violado pudesse ser utilizado para criar nova hipótese legal, via Poder Judiciário, e não Poder Legislativo."*

9. Por todas estas razões é que **não conheço** da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental.

V O T O

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO:** A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS, invocando o art. 1°, **caput**, da Lei 9.882, de 1999, propõe argüição de descumprimento de preceito fundamental, indicando como preceitos constitucionais fundamentais ofendidos o art. 1°, IV (dignidade da pessoa humana), art. 5°, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e arts. 6°, **caput**, e 196 (direito à saúde), todos da C.F., e, como ato do Poder Público causador da lesão, os arts. 124, 126, **caput**, e 128, I e II, do Código Penal.

Sustenta-se que se tem entendido que os dispositivos do Código Penal indicados proíbem efetuar-se a antecipação terapêutica do parto nas hipóteses de fetos anencéfalos, certo que a anencefalia constitui patologia que torna absolutamente inviável a vida extra-uterina.

II

O pedido principal formulado pela autora é este: que o Supremo Tribunal Federal, procedendo interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, declare inconstitucional, com eficácia **erga omnes** e efeito

vinculante, a interpretação de tais dispositivos legais como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencéfalo, 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. Como **pedido alternativo**, requer a autora que, se for entendido não caber a ADPF, no caso, "*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 do STF relativamente à inadmissibilidade de ADIn em relação a direito pré-constitucional*".

O que se pretende, portanto, nesta ADPF, é que o Supremo Tribunal Federal proceda à interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, declarando inconstitucional a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em caso de gravidez de feto anencéfalo.

III

Dispõem referidos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal:

1) **Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento:**

*"Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:*

*Pena: detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos."*

2) **Aborto provocado por terceiro:**

*"Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:*

*Pena: reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.*

*Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência."*

Nota: a pena do artigo anterior, art. 125, é de reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

3) **Aborto necessário:**

*"Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:*

*I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;"*

4) **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro:**

*"Art. 128. .....*

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

O pedido, conforme acima exposto, é para que o Supremo Tribunal, procedendo interpretação conforme a Constituição dos citados dispositivos penais, declare a inconstitucionalidade da interpretação desses dispositivos como impeditivos do aborto do feto anencéfalo.

IV

A orientação do Supremo Tribunal Federal, no caso de interpretação conforme a Constituição, está exposta na ADI 581/DF, tendo eu concorrido com o meu voto para a tomada dessa orientação. É dizer, admitida como constitucional uma das interpretações possíveis da lei objeto da ação direta, está o Tribunal declarando a inconstitucionalidade das demais interpretações. Tem-se, pois, em tal caso, declaração parcial de inconstitucionalidade da lei, sem redução do texto (RTJ 144/154). Dá-se, então, que a Corte, reconhecendo a constitucionalidade de uma interpretação da norma infraconstitucional, terá como inconstitucional as demais interpretações possíveis. No RE 121.336/CE, o Ministro Moreira Alves anotou que a interpretação conforme "*só se admite quando não altera a* ***mens legis****, certo como é que o Poder Judiciário, no exercício do controle da constitucionalidade da lei, só atua como* ***legislador***

***negativo***, *e não como* ***legislador positivo***, *o que ocorreria se sua interpretação alterasse o sentido da lei."*

Acrescentou o eminente Ministro Moreira Alves: "Como observa Schlach ("Das Bunddesveriassungsgericht", pág. 188, München, 1985), com base nas decisões da Corte Constitucional alemã, não se pode, a título de se interpretar uma lei conforme a Constituição, dar-lhe sentido que falseie ou viole o objetivo legislativo em ponto essencial" (RTJ 139/624, 635).

Posta assim a questão, vejamos se seria possível, no caso, a interpretação conforme a Constituição dos dispositivos legais tidos, pela autora, como ofensivos aos preceitos fundamentais invocados.

V

O Código Penal, nos artigos 124 e 126 — estamos mencionando apenas os dispositivos penais invocados, não estamos mencionando o art. 125 do Código Penal — punem o crime de aborto, ou tipificam como crime o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (Código Penal, art. 124) e o aborto provocado por terceiro (Código Penal, art. 126). No artigo 128, I e II, a lei penal estabelece, expressamente, as exclusões do crime de aborto:

a) o aborto necessário, a fim de salvar a vida da gestante (Código Penal, art. 128, I); e b) o aborto no caso de gravidez resultante de estupro (Código Penal, art. 128, II).

O que se pretende, então, é que o Supremo Tribunal Federal estabeleça, com eficácia **erga omnes** e efeito vinculante, mediante interpretação conforme a Constituição, a inconstitucionalidade da interpretação dos dispositivos penais indicados como impeditivos do aborto do feto anencéfalo. Noutras palavras, que o Supremo Tribunal Federal estabeleça, com eficácia **erga omnes** e efeito vinculante, mais uma causa de exclusão do crime de aborto. A interpretação conforme, no caso, não se limitaria a conferir, simplesmente, num caso de "normas polissêmicas ou plurissignificativas", como registrou o Ministro Celso de Mello, forte no magistério de Gomes Canotilho ("Direito Constitucional", 5ª ed., p. 235, RTJ 144/153), uma das interpretações possíveis, frente à Constituição. No caso, o Supremo Tribunal Federal estaria inovando no mundo jurídico, vale dizer, estaria criando mais uma forma de exclusão do crime de aborto, o que não seria possível em sede de interpretação conforme a Constituição.

VI

Sem dúvida, Sr. Presidente, que a interpretação da lei é o que a vivifica. A interpretação da lei, noutras palavras, é a lei viva. Se "*é certo que podemos interpretar a lei, de modo a arredar a*



STF 102.002

*inconstitucionalidade"*, não é menos certo, entretanto, que assim poderemos proceder *"interpretando e, não, mudando-lhe o texto"*, lecionou, nesta Corte, o saudoso Ministro Luiz Gallotti, no RE 71.758/GB (RTJ 66/165).

No caso, como ficou esclarecido, linhas atrás, pretende-se, mediante interpretação da lei penal conforme a Constituição, instituir uma terceira excludente de criminalidade relativamente ao crime de aborto.

O que se pretende, portanto, é que o Supremo Tribunal Federal inove no mundo jurídico. E inove mediante interpretação. Vale invocar, novamente, a lição do saudoso Ministro Luiz Gallotti: *"podemos interpretar a lei, de modo a arredar a inconstitucionalidade. Mas interpretar interpretando e, não, mudando-lhe o texto"* (RTJ 66/165).

VII

Mas há um outro dado, Sr. Presidente, altamente significativo, a tolher a pretensão da autora. É isto: a interpretação inovadora, ao criar nova causa de exclusão do crime de aborto, não prescindiria de regulamentação legal, tal como ocorre em direito comparado, como, por exemplo, na legislação francesa. O *"Code de La Santé Publique"* disciplina e regulamenta a *"interruption volontaire de grossesse"* no Livro 2. O Capítulo I cuida dos

princípios gerais (artigos 2.211 a 2.211-2), o Capítulo II, da interrupção praticada antes do fim da 12ª semana de gravidez (artigos 2.212-1 a 2.212-11) e o Capítulo III, da interrupção da gravidez praticada por indicação médica (artigos 2.213 a 2.213-3) e o Capítulo IV cuida das disposições comuns (artigos 2.214-1 a 2.214-5).

Interessa-nos, no caso, o capítulo III — interrupção da gravidez praticada por indicação médica, arts. 2.213-1 a 2.213-3.

A lei francesa exige, nessa hipótese, que dois médicos que integram uma equipe *"pluridisciplinaire"* atestem *"après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met em péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probalité que l'enfant à naitre soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable ao moment du diagnostic."* Seguem-se as recomendações seguintes, no que concerne à segunda hipótese, que nos interessa, no caso:

> *"Lorsque l'interruption de grossesse est envisagée au motif qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naitre soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic, l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme est celle d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal. Lorsque l'équipe du centre précité se réunit, un médecin choisi par la femme peut, à la demande de celle-ci, être associé à la concertation.*
>
> *Dans les deux cas, préalablement à la réunion de l'équipe pluridisciplinaire compétente, la femme*

*concernée ou le couple peut, à sa demande, être entendu par tout ou partie des membres de ladite équipe."*

("*Quando a interrupção da gravidez é examinada (pedida) em razão de existir uma forte possibilidade de que a criança que vai nascer seja portadora de uma doença de uma particular gravidade, reconhecida como incurável no momento do diagnóstico, a equipe pluridisciplinar encarregada de examinar o pedido da mulher é aquela de um centro pluridisciplinar de diagnóstico pré-natal. Quando a equipe do centro citado anteriormente se reúne, um médico escolhido pela mulher pode, a pedido desta, estar associado ao Conselho.*

*Nos dois casos, previamente à reunião da equipe pluridisciplinar competente, a mulher em questão ou o casal pode, a seu pedido, ser ouvida por toda ou parte dos membros da dita equipe.*")

Senhor Presidente, esclareça-se que a equipe "***pluridisciplinaire***" compõe-se de três pessoas: um médico ginecologista-obstetra, um médico escolhido pela mulher e uma terceira pessoa que pode ser um assistente social ou um psicólogo.

O psicólogo parece-me de grande importância. É que o aborto, no caso, pode causar trauma psicológico na mãe, no futuro. Ela precisa, então, estar bem consciente de seu ato. O cérebro — a

afirmativa é acaciana, mas vale lembrar — a tudo controla. Um trauma psicológico pode causar danos irreparáveis à mãe.

VIII

Assim posta a questão, admitir uma exclusão do crime de aborto, sem as cautelas de uma regulamentação séria, como, por exemplo, a que é adotada na França, seria temerário, mesmo porque não se pode descartar a possibilidade de clínicas de abortos criminosos se utilizarem da medida. Um dado importante: a regulamentação deveria exigir a necropsia do feto, a fim de se verificar se foi acertado o diagnóstico.

Ora, essa regulamentação, absolutamente necessária, somente poderia ser feita mediante lei. O Supremo Tribunal Federal não poderia, evidentemente, fazê-la, sob pena de substituir-se ao Congresso Nacional.

IX

Se é assim relativamente ao pedido principal, o que significa decidir pelo não-cabimento da argüição, melhor sorte não teria a autora no seu pedido alternativo — o acolhimento da ADPF como ADI. É que os dispositivos da lei penal invocados constituem direito pré-constitucional. A pretensão da autora resultaria, em última análise, na declaração de inconstitucionalidade parcial, sem

redução de texto, de normas infraconstitucionais — as normas penais mencionadas — anteriores à Constituição de 1988. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir do **leading case**, ADI nº 2, não admite ação direta de inconstitucionalidade de direito pré-constitucional.

X

Aliás, o inciso I do parágrafo único do art. 1º da Lei 9.882, de 03.12.99, que admite a ADPF sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, anteriores à Constituição, deve ser visualizado com a maior cautela, por isso que, conforme acima foi dito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite a inconstitucionalidade superveniente, com base na doutrina de Kelsen da não-recepção de normas anteriores à Constituição, com esta incompatíveis.

Tenho dúvida, Sr. Presidente, sobre a legitimidade constitucional do citado dispositivo da Lei 9.882/99.

XI

Do exposto, não conheço da presente Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF.

É como voto, Sr. Presidente.



STF 102.002

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** (Relator)- Não seria o Tribunal de ontem?

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Eminente Ministro, o Tribunal de ontem há de ser o Tribunal de sempre, porque o Tribunal de ontem é o venerando que se fez respeitado pela Nação.

Entendi o que Vossa Excelência quis dizer. O Tribunal é livre para mudar uma jurisprudência.

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** (Relator) - Caminha-se passo a passo para uma ênfase ao macro processo, à solução de inúmeros processos em um único.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Esta decisão foi tomada depois de muita discussão, não foi uma decisão apressada. E tem a alicerçar esta doutrina do Supremo Tribunal Federal a doutrina do maior dos juristas do Século XX, Hans Kelsen.

A doutrina é da recepção e da não recepção das normas anteriores à Constituição nova. Ou esta doutrina não é kelseniana? É.

O Sr. Ministro **GILMAR MENDES** - Gostaria de fazer um curto aparte. Essa questão tem sido tratada menos como uma questão ontológica, em termos de controle de constitucionalidade, e mais como uma questão de conveniência. Penso que no próprio Supremo Tribunal Federal - e isso ficou claro do debate entre os Ministros Sepúlveda Pertence e Paulo Brossard - o tema foi colocado sob esse aspecto, talvez, de uma jurisprudência defensiva que enfatizava a questão na perspectiva de um excesso de número de ações diretas de inconstitucionalidade. Mas estamos a ver que pelo menos a crise numérica do Supremo Tribunal Federal passa pelo excesso de processos de caráter individual: recurso extraordinário, agravo de instrumento, depois, eventualmente, se for esse o caso, **habeas corpus**, mandado de segurança. Se formos olhar em todos os sistemas, por exemplo, no sistema alemão, diz-se que, em princípio, no controle concreto - essa até é uma construção interessante-, examina-se a lei em face da Constituição atual por um argumento de uma certa sofisticação intelectual e de compartilhamento da competência da Corte Constitucional com os demais tribunais. Diz-se o seguinte: nesse caso, a Corte Constitucional só exerce competência - estou falando do controle concreto - se houver uma lei pós-constitucional. Todavia, se essa lei sofrer, no curso do tempo, alguma alteração que envolva a sua absorção como lei pós-constitucional, ela passa a ser examinada como tal.

O Sr. Ministro **SEPÚLVEDA PERTENCE** - Foi assim que decidimos na ADIn 1137.

O Sr. Ministro **GILMAR MENDES** - Acaba por ocorrer com o Código Civil, com o Código Comercial, com essa legislação pós-constitucional.

Por outro lado, no controle abstrato se admite amplamente o controle de constitucionalidade do direito pré-constitucional. Portanto a relação se trava no plano da hierarquia.

De modo que hoje, na doutrina, parece-me que pelo menos isso é mais ou menos unânime e trata-se de uma eleição, de um critério, tendo em vista realidades próprias. A própria Corte Constitucional italiana, ao criar essa chamada *inconstitucionalitá supravenuta*, na verdade, estava diante de um dilema institucional: a mudança de regime. Se ela afirmasse não ter competência para conhecer do Direito pré-constitucional, ela não teria nada a fazer naquele momento, porque todas as leis importantes eram pré-constitucionais.

O Sr. Ministro **NELSON JOBIM** (Presidente) - A legislação fascista.

O Sr. Ministro **GILMAR MENDES** - Sim.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - E Vossa Excelência verifica as circunstâncias, não é? É aquilo que Ortega e Gasseti diziam: o homem é ele e suas circunstâncias. As instituições também. Na Itália, as Cortes constitucionais realmente estavam diante de circunstâncias diversas.

O Sr. Ministro **CARLOS BRITTO** - Eu sou eu e as minhas circunstâncias.

O Sr. Ministro **GILMAR MENDES** - Só para concluir, eu diria, então, que a questão é de uma escolha política, judicial, mas nunca uma escolha que envolva uma eventual opção inconstitucional. Tanto é, que poderíamos até chegar à conclusão, revendo eventualmente aquele entendimento fixado na ADI nº 2, de que poderíamos examinar a questão do direito pré-constitucional, em face da Constituição superveniente. E hoje, sabemos bem, vivemos essa realidade em razão do "mudancismo" constitucional. Temos, no Brasil, as chamadas leis pós-constitucionais, formalmente, mas pré-constitucionais em relação ao parâmetro de controle. Todo dia vivemos essa realidade.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - É claro que os esclarecimentos de Vossa Excelência, um mestre de Direito Constitucional, como sempre derramam luz e esclarecem. Mas penso que a doutrina da não-recepção das normas pré-constitucionais pela Constituição nova, se contrárias à Constituição norma, são adequadas principalmente num sistema como o nosso, que adota o sistema misto de constitucionalidade, quer dizer, controle difuso e controle concentrado. Acredito que essa doutrina, nas nossas circunstâncias, é a melhor em termos científicos, não apenas como eleição ou adoção em termos defensivos - se bem que temos de raciocinar também nesses termos porque amanhã teremos a argüição de inconstitucionalidade do artigo 656 do Código Comercial do Império frente à Constituição de 1988, o que não faria muito sentido.

Assim posta a questão, peço licença ao eminente Ministro Marco Aurélio, Relator, que produziu voto emblemático - como disse o eminente Ministro Carlos Britto -, e àqueles que o acompanharam, para não conhecer da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental por considerá-la incabível, no caso.

27/04/2005 TRIBUNAL PLENO

**QUEST. ORD. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL**

V O T O

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE** - Sr. Presidente, a esta altura tanto já se disse, com sabedoria, de um lado e de outro, que o decano, já sem nada a acrescentar, a rigor tem o dever de gentileza de buscar ser breve. É o que tentarei.

Não lerei o pedido porque já repetidamente recordado. Não tenho dúvidas quanto à legitimação, em tese, e à pertinência temática, no caso, da Confederação requerente.

Apenas registro, com todas as vênias, que não se trata de indagar sobre eventual legitimação extraordinária, a título de substituição processual, a que pudesse aspirar essa Confederação, para isentar os seus filiados de eventual responsabilidade penal.

Permito-me, uma vez mais, repetir - com a teimosia a que a antiguidade dá direito - que esta audaciosa construção restritiva da pertinência temática não pode ser confundida com **legitimatio ad causam**, sequer a ampliada legitimação ativa para as ações coletivas no interesse de categorias sociais.

O que se impõe indagar é do nexo entre as finalidades institucionais da entidade e o âmbito normativo da lei ou ato público questionado. Isso, no caso, é patente.

Tenho por satisfeitos os pressupostos de cabimento da ADPF. São fundamentais - a esse respeito creio não ter havido dissidência - os preceitos constitucionais invocados como padrão para a interpretação conforme pleiteada.

Tem por objeto a ADPF - desnecessário dizer - um ato do Poder Público, disposições legais pré-constitucionais, que a Lei nº 9.882 - neste ponto, **data venia**, sem eiva de inconstitucionalidade, a meu ver - incluiu no âmbito de admissibilidade da ADPF, diferentemente do que entendeu a maioria do Tribunal, há cerca de dez anos, quanto à ação direta de inconstitucionalidade.

Também a regra da subsidiariedade como requisito da ADPF foi demonstrada exaustivamente pelos votos que me precederam.

Não pretendo nem trilhar as linhas - que já se chamaram tortuosas - desta verdadeira esfinge que é a ADPF nem, sem

saber nadar, arriscar-me no mar revolto da discussão gerada pela posição magnificamente defendida pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, de que só o cabimento de um outro processo objetivo obstaria à utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

No entanto, creio indiscutível a pertinência da observação - por exemplo de Carlos Alberto Direito, referido no excelente memorial dos Professores José Afonso da Silva e Clèmerson Clève -, da indagação, no caso, da existência de meio processual capaz de dar eficácia à correção da lesão ocorrida ou a obviar a ameaça identificada.

No caso - de acordo com as temerosas expectativas do dito popular de que "*o parto do aparelho judiciário é sempre mais lento que o parto natural*" - é patente que só uma medida extrema como o julgamento da ADPF com efeitos **erga omnes** e eficácia vinculante será capaz de reparar a lesão ou obviar a ameaça temidas.

Tenho como patente - e acaba de demonstrá-lo com a eloqüência de sempre o Ministro **Celso de Mello** - a relevância da controvérsia constitucional. Neste requisito da relevância está, na verdade, a válvula de defesa do Supremo Tribunal Federal contra o terror anunciado de que, nome de princípios genéricos, como o da dignidade da pessoa humana, estejamos amanhã a enfrentar ADPF sobre

substituição, para frente ou para trás, em matéria de ICMS e coisas que tais.

Não importa também, com as vênias do mestre Cezar Peluso, que se cuide, sim, subjacente à argüição ajuizada, de controvérsia sobre interpretação de disposições legais ordinárias: é que a pretensão deduzida é exatamente de interpretação conforme a Constituição, e o pressuposto do seu cabimento é que a inteligência da norma ordinária envolvida seja susceptível de controvérsia razoável.

Nos votos magníficos proferidos aqui no sentido do não conhecimento da ADPF, colhi a insistente objeção de que a argüição, na verdade, se reduziria a requerer do Tribunal que fizesse incluir uma terceira alínea no artigo 128 do Código Penal e adicionar-se ao aborto terapêutico e ao aborto de gravidez resultante de estupro, mais uma causa de exclusão da punibilidade: o aborto do feto anencéfalo.

Creio que na objeção há uma petição de princípio. Ela parte de que, na antecipação do termo da gravidez do feto anencéfalo, haja aborto. Ora, o que se questiona, a meu ver - li e reli a propósito a petição inicial, o memorial apresentado a respeito da questão de ordem que estamos a decidir e o parecer que o

ilustra -, a pretensão é, na verdade, de declarar, em homenagem aos princípios constitucionais aventados, não a exclusão de punibilidade, a exemplo do que prescreve o artigo 128 do Código Penal, mas, sim, a atipicidade do fato.

Leio a página 13, item 26, da petição inicial:

> *"26. Diante disso, o foco da atenção há de voltar-se para o estado da gestante. O reconhecimento de seus direitos fundamentais, a seguir analisados, não é a causa da 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 esta necessidade. A hipótese" - perdoe-me o Ministro Eros Grau, não sou eu que estou dizendo - "é de não-subsunção da situação fática relevante aos dispositivos do Código Penal."*

Em bom "*criminalês*", não é de exclusão de punibilidade, que pressupõe a tipicidade, mas de exclusão da própria tipicidade.

O mesmo se repete no item 43 da petição inicial.

Claro, põe-se como objeto da interpretação conforme o artigo 128 do Código Penal, mas creio que, na lógica da petição inicial, daí não se segue querer-se aditar-lhe uma nova cláusula de exclusão da punibilidade, que, repito, pressupõe a tipicidade - a

qual, ao contrário, se pretende excluir, para dar prevalência aos valores constitucionais invocados.

Ora, a referência, portanto, ao artigo 128, só pretende evitar que, a título de interpretação **a contrario**, se queira concluir que, como ali não se prevê, para excluir punibilidade, a hipótese da interrupção da gravidez do feto anencéfalo, estaria ele incriminado.

Interpretação conforme é modalidade de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto: portanto, o caso é de sentença ablativa e não aditiva, com as vênias da eminente Ministra **Ellen Gracie.**

**O SENHOR MINISTRO EROS GRAU:** - Ministro Sepúlveda Pertence, Vossa Excelência me permite?

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE** - Ouço com o maior prazer a lição de Vossa Excelência.

**O SENHOR MINISTRO EROS GRAU:** - O raciocínio de Vossa Excelência, como sempre, é encantador. Mas, se é assim, não

precisaríamos ir à Constituição. Tratar-se-ia de mera questão de interpretação.

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE** - Não houvesse a controvérsia, Excelência, e não se propusesse, como padrão de solução dessa controvérsia, princípios constitucionais e não a mera interpretação literal, sistemática ou teleológica do Código Penal.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - Perfeitamente dispensável.

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator):** - É o que tento demonstrar que não. Respeito também a lição de Vossa Excelência.

O eminente Ministro **Carlos Velloso**, citando **Moreira Alves**, adverte que não pode a interpretação conforme alterar o sentido da lei; é certo. Trata-se, como é comum afirmar-se a cada dia, de entre os sentidos possíveis da lei, decidir que um ou vários são constitucionais e um ou vários são contrários à Constituição.

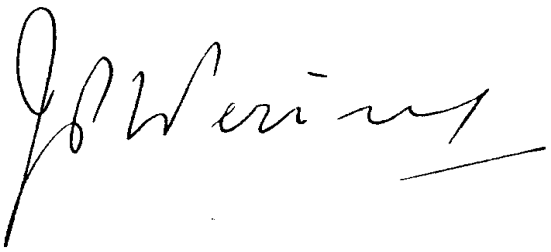
De qualquer modo, essa asserção que o Ministro Carlos Velloso alicerça no mestre Moreira Alves há de ser acolhida **cum grano salis**, se se cuida, como aqui se trata, de texto legal pré-constitucional.

Não sei se reincido na linha de raciocínio que desenvolvi com o honrosíssimo endosso de dois Colegas, à época, na ADIn 02: continuo a entender que uma nova Constituição produz novação no fundamento de validade da legislação ordinária, não apenas para as leis futuras - mas também da legislação anterior - chame-se isso de recepção, de revogação, ou não, de inconstitucionalidade superveniente.

Por isso, é também lição a propósito da qual se poderia invocar um plantel de doutores a interpretação que se há de fazer da lei anterior, ainda que admitida a sua recepção, há de partir das regras e, mais que das regras, a partir dos princípios fundamentais da Constituição superveniente.

Por essa razão, a superveniência da Constituição pode, sim, levar, sobretudo quando se soma - e é o que se sustenta - à mudança dos conhecimentos médicos a respeito da questão, pode levar, sim, a uma inversão do que parecia um límpido, claro e indiscutível sentido da lei anterior, quando ao tempo de sua publicação.

Sr. Presidente, são essas, em síntese, com todo o respeito aos votos dissidentes, as razões pelas quais acompanho o eminente Relator e conheço da argüição.



TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54

VOTO

**O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE)** - Também devo ser breve sobre este tema. Sintetizando, no início, havia me sensibilizado em relação à hipótese de criação de mais uma alínea ao art. 128 do Código Penal. No entanto, após os primeiros momentos, não desta sessão, mas das anteriores, percebi o engano.

Observem bem que o art. 128 e seus incisos pressupõem sempre, tanto no inciso I, "ABORTO NECESSÁRIO", como no inciso II, a vida possível do feto. Então, essa potencialidade de vida do feto do art. 128 nos conduz a examinar o art. 124 para discutir se, sob a égide do art. 124, se inclui um tipo de feto que não tem essa possibilidade. É essa a questão posta. Aí, teríamos de recorrer para examinar se essa interpretação estaria, ou não, compatível - ou qual delas - com o *caput* do art. 5° da Constituição, que se refere à inviolabilidade do direito à vida.

E aí está a controvérsia constitucional posta. E essa controvérsia decorre, também, da insegurança jurídica de tudo que se

põe. Conforme demonstrou o Ministro Carlos Britto, temos decisões contraditórias e controversas.

Creio ser fundamental que o Tribunal coloque, definitivamente, uma solução ao problema para evitar que tenhamos soluções contraditórias em todo o território nacional.

Não me preocupa a questão relativa às formas pelas quais possa ser aferida a existência, ou não, dessa situação do feto, porque há normas de regência do Conselho Federal de Medicina que tornam absolutamente claras as situações a serem determinadas.

Agora, é evidente que remanesce, de tudo isso, uma questão: a de sabermos, com clareza e nitidez, o que se passa, qual a situação efetiva, na perspectiva médica, de um feto anencéfalo. Daí por que acompanho o Relator, nessas linhas.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**QUEST. ORD. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8**
PROCED.: DISTRITO FEDERAL
**RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO**
ARGTE.(S): CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE - CNTS

ADV.(A/S): LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO(A/S)

**Decisão:** O Tribunal, por decisão unânime, deliberou que a apreciação da matéria fosse julgada em definitivo no seu mérito, abrindo-se vista dos autos ao Procurador-Geral da República. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 02.08.2004.

**Decisão:** Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, resolvendo a questão de ordem no sentido de assentar a adequação da ação proposta, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Carlos Britto. Em seguida, o Tribunal, acolhendo proposta do Senhor Ministro Eros Grau, passou a deliberar sobre a revogação da liminar concedida e facultou ao patrono da argüente nova oportunidade de sustentação oral. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, referendou a primeira parte da liminar concedida, no que diz respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, vencido o Senhor Ministro Cezar Peluso. E o Tribunal, também por maioria, revogou a liminar deferida, na segunda parte, em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, vencidos os Senhores Ministros Relator, Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Falaram, pela argüente, o Dr. Luís Roberto Barroso e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Plenário, 20.10.2004.

**Decisão:** Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Carlos Britto, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 09.12.2004.

**Decisão:** Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, entendeu admissível a argüição de descumprimento de preceito fundamental e, ao mesmo tempo, determinou o retorno dos autos ao relator para examinar se é caso ou não da aplicação do

artigo 6º, § 1º da Lei nº 9.882/1999, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Carlos Velloso, que não a admitiam. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Plenário, 27.04.2005.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Luiz Tomimatsu
Secretário