

**EXMO. SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR DA ADPF Nº 54
– SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE – CNTS, nos autos da ação constitucional acima identificada, em cumprimento ao r. despacho de fls., vem apresentar suas **ALEGAÇÕES FINAIS**. A requerente informa a V. Exa. que sua peça encontra-se dividida, para fins de sistematização, em duas partes autônomas, a saber:

a) **Razões finais**, com a apresentação sintética dos fundamentos de fato e de direito do pedido formulado, bem como a demonstração de sua procedência; e

b) **Manifestação acerca dos depoimentos na audiência pública**, junta em anexo, na qual se demonstra, analiticamente, a confirmação de todas as teses de natureza médico-científica que dão suporte à pretensão deduzida na inicial.

RAZÕES FINAIS

I. DA AÇÃO PROPOSTA E SUAS MOTIVAÇÕES

1. Nos últimos anos, milhares de mulheres engravidaram de fetos anencefálicos. Muitas delas, provavelmente a maioria, tinham por opção não levar a gestação a termo. Todavia, à vista do entendimento dominante, essas mulheres não podiam – como, de resto, ainda não podem – tomar essa decisão por seu livre-arbítrio, em conjunto com o médico que lhes dá assistência. Ao contrário, tem-se entendido que a interrupção da gestação, nesse caso, depende de prévia autorização judicial.

2. O procedimento judicial exigível para obtê-la, como é de conhecimento geral, envolve inúmeras complexidades. Em primeiro lugar, notadamente para as mulheres mais humildes, o acesso a um advogado ou mesmo a um defensor público pode ser extremamente difícil, quando não impossível. Em segundo lugar, como é notório, a obtenção da autorização judicial torna-se uma batalha em diferentes instâncias, com decisões que variam de juiz para juiz e de tribunal para tribunal. Sem mencionar que grupos religiosos fomentam a impetração de *habeas corpus* que tornam ainda mais árduo e demorado o processo ¹.

3. Essa triste situação só foi superada nos poucos meses em que vigorou a medida cautelar concedida monocraticamente pelo Relator desta ação. Tal provimento liminar, como se sabe, foi revogado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao entendimento de que qualquer decisão sobre a matéria deveria ter caráter definitivo. Na mesma sessão de julgamento, contudo, a Corte entendeu cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF ajuizada, determinando seu processamento até o julgamento do mérito.

4. Dessa sorte, caberá agora ao Supremo Tribunal Federal pronunciar-se sobre a pretensão formulada, que apontou:

¹ Foi este o caso do HC 84.025-6/RJ, que chegou a ser distribuído ao STF. O parto, no entanto, ocorreu antes que a Corte pudesse ter se manifestado.

a) como preceitos fundamentais violados: o art. 1º, IV (princípio da dignidade da pessoa humana), o art. 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os arts. 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição Federal; e

b) como ato do Poder Público causador da lesão a tais preceitos: o conjunto normativo representado pelos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7.12.1940), que tipificam o crime de aborto, sem contemplarem, expressamente, como exceção à incidência de tais normas, a hipótese de interrupção da gestação de feto anencefálico.

5. O pedido formulado é no sentido da interpretação conforme a Constituição de tais dispositivos do Código Penal, para o fim de declarar que eles não incidem no caso de antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico. Como consequência, deve ser reconhecido o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento, sem a necessidade de prévia obtenção de autorização judicial.

II. FUNDAMENTOS DE FATO DA AÇÃO

6. Em sua petição inicial, a autora assentou um conjunto de premissas fáticas sobre as quais construiu seu argumento. Tais premissas estavam associadas ao diagnóstico da patologia, ao prognóstico no tocante à viabilidade do feto e aos riscos para a gestante, assim como à questão do sofrimento psicológico a que estava sujeita a mulher, dentre outros fatores. Também foram apresentadas distinções relevantes em relação às situações caracterizadas como aborto pela legislação penal.

7. Pois bem: realizadas as audiências públicas, com o depoimento dos representantes das principais entidades médicas e científicas do país, todos os elementos de fato em que se baseou a ADPF foram confirmados. Com efeito, como se pode verificar da peça junta em anexo, com a manifestação

acerca dos depoimentos colhidos nas audiências, restaram demonstradas, de maneira cabal, as seguintes teses:

- I. O diagnóstico de anencefalia é feito com 100% (cem por cento) de certeza, sendo irreversível e letal na totalidade dos casos. A rede pública de saúde tem plenas condições de fazer esse diagnóstico, assim como de realizar o procedimento médico de antecipação do parto, caso seja esta a vontade da gestante²;
- II. A gestação de um feto anencefálico é de maior risco para a mulher, em especial no que diz respeito a hipertensão, acúmulo de líquido amniótico e pré-eclampsia. Além disso, impor à mulher levar a gestação a termo pode ser gravoso à sua saúde mental;
- III. No Brasil não há registro de transplante de órgãos de um anencéfalo para uma criança viva. O feto com anencefalia não é um doador de órgãos potencial, pois apresenta múltiplas malformações associadas que aumentam o índice de rejeição dos órgãos pelo receptor;
- IV. A interrupção da gestação neste caso deve ser tratada como antecipação terapêutica do parto e não como aborto, por inexistir potencialidade de vida. A definição jurídica do final da vida é a morte encefálica. O feto anencéfalo não tem vida encefálica.

² A esse propósito, todas as sociedades científicas presentes, convocadas para a audiência pública, deixaram claro que o caso da menina Marcela de Jesus, que viveu um ano e oito meses, não era de anencefalia, tendo em vista possuir ela resíduos de cérebro.

V. Anencefalia não se confunde com deficiência. Não há crianças ou adultos com anencefalia.

8. Confirmado, assim, o substrato fático do pedido, os fundamentos jurídicos desenvolvidos na petição inicial subsistem íntegros, válidos e eficazes, devendo ser acolhidos pelo Eg. Supremo Tribunal Federal. Confira-se.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO

9. Os argumentos que serviram como causa de pedir, expostos na peça de instauração da ação, podem ser sistematizados em três proposições diversas, cada uma delas suficiente em si para legitimar a interrupção da gestação na situação aqui versada. São eles: (i) atipicidade do fato; (ii) interpretação evolutiva do Código Penal; e (iii) prevalência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à saúde. Veja-se o breve desenvolvimento de cada um deles.

III.1. Antecipação terapêutica do parto não é aborto. Atipicidade da conduta

10. O aborto é descrito pela doutrina especializada como “a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção)”³. Vale dizer: a morte deve ser resultado direto dos meios abortivos, sendo imprescindível tanto a comprovação da relação causal como a potencialidade de vida extrauterina do feto. Não é o que ocorre na antecipação do parto de um feto anencefálico. Com efeito, a morte do feto nesses casos decorre da má-formação congênita, sendo certa e inevitável ainda que decorridos os nove

³ Damásio E. de Jesus, *Código Penal anotado*, 2002, p. 424.

meses normais de gestação. Falta à hipótese o suporte fático exigido pelo tipo penal.

11. Essa linha de entendimento decorre, de maneira inexorável, do próprio conceito jurídico de morte adotado no Direito brasileiro. De fato, a Lei nº 9.347, de 4.02.97, permite a retirada de órgãos destinados a transplante após o diagnóstico de “morte encefálica” do doador⁴. Portanto, o indivíduo é considerado morto quando o seu cérebro deixa de ter atividade. Ora bem: o feto anencefálico sequer chega a ter início de atividade cerebral, pois não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. Tragicamente, não chega a tornar-se um ser vivo, em sentido técnico⁵.

12. A interrupção da gestação, nessa hipótese, é fato atípico. Em nome do princípio geral da legalidade e do princípio específico da reserva penal, não pode ser vedado ou punido.

III.2. Ainda que se considerasse a antecipação terapêutica como aborto, ela não seria punível. Interpretação evolutiva do Código Penal.

13. Como se pretendeu demonstrar acima, a antecipação terapêutica do parto, quando se trate de feto anencefálico, não configura aborto. Todavia, ainda que assim se quisesse qualificá-la, não deveria ser punida, pelas razões a seguir expostas. O Código Penal tipifica o aborto provocado pela gestante ou por terceiro nos arts. 124 a 126⁶. Mas não pune o aborto dito

⁴ Assim prevê a Lei nº 9.347, de 4.02.97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento: “Art. 3º. A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada 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”.

⁵ Esta valoração é estritamente jurídica e não inibe uma compreensão diversa no plano espiritual ou religioso.

⁶ Código Penal: “**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. **Aborto provocado por terceiro.** Art. 125. Provocar aborto, sem o

necessário, se não há outro meio de salvar a vida da gestante, nem tampouco o aborto desejado pela mulher, em caso de gravidez resultante de estupro⁷. Pois bem: a hipótese aqui em exame só não foi expressamente abrigada no art. 128 do Código Penal como excludente de punibilidade porque em 1940, quando editada sua Parte Especial, a tecnologia existente não possibilitava o diagnóstico preciso de anomalias fetais incompatíveis com a vida. Não é difícil demonstrar o ponto.

14. O Código Penal exclui a punibilidade do aborto no caso de gravidez decorrente de estupro. Na sua valoração de fatores como a potencialidade de vida do feto e o sofrimento da mãe, vítima de uma violência, o legislador fez uma ponderação moral e permitiu a cessação da gestação. No caso aqui estudado, a ponderação é mais simples e envolve escolha moral menos drástica: o imenso sofrimento da mãe, de um lado, e a ausência de potencialidade de vida, do outro lado. Parece claro que o Código Penal, havendo autorizado o *mais*, somente não fez referência ao *menos* porque não era possível vislumbrar esta possibilidade no momento em que foi elaborado.

15. Deve-se aplicar aqui, no entanto, uma interpretação evolutiva do Direito. A norma jurídica, uma vez posta em vigor, liberta-se da vontade subjetiva que a criou e passa a ter uma existência objetiva e autônoma. É isso que permite sua adaptação a novas situações, ainda que não antecipadas pelo legislador, mas compreendidas na ordem de valores que o inspirou e nas possibilidades e limites oferecidos pelo texto normativo. Afigura-se fora de dúvida que a antecipação de parto aqui defendida situa-se no âmbito lógico das excludentes de punibilidade criadas pelo Código, por ser muito menos grave do que a que vale para o aborto em caso de estupro.

consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos. Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos”.

⁷ Código Penal: “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”.

III.3. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à saúde paralisam a incidência das normas do Código Penal na hipótese.

16. A dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio que move o processo civilizatório em múltiplas dimensões. Na *religião*, ela se manifesta em um dos postulados da civilização judaico-cristã, que é o respeito ao próximo. Todos são igualmente dignos perante Deus. Na *filosofia*, é a dignidade que informa o *imperativo categórico* kantiano, dando origem às proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima de sua conduta pudesse se transformar em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade.

17. No plano *jurídico*, a dignidade da pessoa humana figura, desde o final da 2ª. Guerra Mundial, em quase todos os documentos internacionais relevantes, a começar pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). No direito constitucional, está referida em Constituições como a italiana (1947), a alemã (1949), a portuguesa (1976) e a espanhola (1978). Na Constituição brasileira de 1988, o princípio está inscrito no art. 1º, III, como um dos fundamentos da República. A dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo essencial de cada um deles, individuais, políticos e sociais.

18. O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. Uma das suas manifestações concretas se dá pela via dos chamados *direitos da personalidade*, que são direitos reconhecidos a todos os seres humanos e oponíveis aos demais indivíduos e ao Estado. Tais direitos se apresentam em dois

grupos: (i) *direitos à integridade física*, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (ii) *direitos à integridade moral e psicológica*, rubrica na qual se inserem os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, dentre outros.

19. Pois bem: obrigar uma mulher a levar até o final a gestação de um feto anencefálico, sem viabilidade de vida extrauterina, viola as duas dimensões da dignidade referidas acima. Do ponto de vista da integridade física, a gestante será obrigada a passar cerca de seis meses – o diagnóstico é feito no terceiro mês – sofrendo as transformações de seu corpo, preparando-se para a chegada do filho que ela não vai ter. No tocante à integridade psicológica, é impossível exagerar o sofrimento de uma pessoa que dorme e acorda, todos os dias, por 180 (cento e oitenta) dias, com a certeza de que o parto, para ela, não será uma celebração da vida, mas um adiado ritual de morte. Ao final de tudo, não haverá um berço, mas um pequeno caixão. Em síntese: impor à mulher o prolongamento de um sofrimento inútil e indesejado viola sua dignidade.

20. No tocante ao direito à saúde, a requerente remete ao documento em anexo, no qual se destaca a posição dos médicos ouvidos pela Corte em audiência pública, no sentido de que a gestação de um feto anencefálico envolve riscos maiores para a gestante, no plano físico. No plano psíquico, também foi realçada, inclusive e notadamente pelo representante da Associação Brasileira de Psiquiatria, Dr. Talvane Moraes, as severas consequências psicológicas adversas de uma gravidez forçada nessas circunstâncias.

IV. DO PEDIDO FORMULADO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

IV.1. Breve nota teórica

21. A teoria jurídica contemporânea sofreu, nos últimos anos, o impacto de um conjunto novo e denso de ideias, identificadas sob o rótulo

genérico de pós-positivismo ou principialismo. Trata-se de um esforço de superação do legalismo estrito, característico do positivismo normativista, sem recorrer às categorias metafísicas do jusnaturalismo. Nele se incluem a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética.

22. Fenômeno contemporâneo, que entre nós iniciou seu curso após a Carta de 1988, foi a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. À supremacia até então meramente formal da Lei Maior, agregou-se uma valia material e axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios⁸. Compreendida como ordem objetiva de valores⁹ e como sistema aberto de princípios e regras¹⁰, a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional. Este importante desenvolvimento metodológico tem sido designado como *constitucionalização do direito*¹¹, uma verdadeira mudança de paradigma que deu novo sentido e alcance a ramos tradicionais e autônomos do Direito, como o civil, administrativo, penal, processual, dentre outros.

23. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se

⁸ V. Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 6. V. tb., Maria Celina B. M. Tepedino, A caminho de um direito civil constitucional, *RDC* 65:21, 1993 e Gustavo Tepedino, O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: Gustavo Tepedino (org.), *Problemas de direito civil-constitucional*, 2001.

⁹ V. Tribunal Constitucional Federal alemão. *Caso Lüth*. Sentença 7, 198. In: Jürgen Schwabe, *Cincuenta años de jurisprudência del Tribunal Constitucional Federal alemán*, 2003.

¹⁰ V. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 1996; e J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2000, p. 1.121 e s..

¹¹ Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2009.

fundar em uma norma constitucional; e indireta, quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais. É a partir desse conjunto de ideias e transformações metodológicas que se pede a interpretação conforme a Constituição do direito infraconstitucional pertinente.

IV.2. Interpretação conforme a Constituição

24. A solução constitucionalmente adequada para o pedido aqui formulado exige a leitura das normas do Código Penal relacionadas ao crime de aborto à luz da Constituição. Como se sabe, o conhecimento convencional é no sentido de que o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, pode atuar como legislador negativo, declarando uma norma inconstitucional, mas não como legislador positivo, criando comando inexistente. Em outras palavras: o Judiciário estaria autorizado a invalidar um ato do Legislativo – agindo como legislador negativo –, mas não a substituí-lo por um ato de vontade própria¹². Essa visão tradicional precisa lidar, nos dias que correm, com inúmeras complexidades e sutilezas, e já não subsiste em sua inteireza. É certo, todavia, que para os fins da presente ação este debate está superado.

25. De fato, na discussão acerca do cabimento desta ADPF, a grande questão teórica que se colocou foi esta: saber se, ao declarar a não-incidência do Código Penal a uma determinada situação, porque isso provocaria um resultado inconstitucional, estaria o STF interpretando a Constituição – que é

¹² Nesse sentido, v. STF, DJ 15.abr.1988, Rp 1417/DF, Rel. Min. Moreira Alves: “Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – 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”. O tipo de preocupação subjacente à terminologia *legislador positivo*, que remonta ao debate entre Kelsen e Carl Schmitt a propósito de quem deveria ser o guardião da Constituição, tem sido amplamente revisitado pela moderna teoria constitucional. V. a propósito, Bianca Stamato Fernandes, *Jurisdição constitucional*, 2004, p. 97.

o seu papel – ou criando uma nova hipótese de não-punibilidade do aborto, em invasão da competência do legislador¹³. Como se sabe, o Tribunal, por maioria, conheceu da ação, reconhecendo tratar-se de uma questão de interpretação constitucional e não de criação de Direito novo.

26. É bem de ver, no entanto, que as modernas técnicas de interpretação constitucional – como é o caso da interpretação conforme a Constituição – continuam vinculadas ao pressuposto de que as decisões judiciais devem ser sempre reconduzidas ao sistema jurídico, a uma norma legal ou constitucional que lhe sirva de fundamento. Mas reconhecem, todavia, que a interpretação jurídica não é uma atividade mecânica e unívoca, seja porque um mesmo enunciado, ao incidir sobre diferentes circunstâncias de fato, pode produzir normas diversas¹⁴, seja porque, mesmo em tese, um enunciado pode admitir várias interpretações, em razão da polissemia de seus termos.

27. A interpretação conforme a Constituição, portanto, pode envolver (i) uma singela determinação de sentido da norma, (ii) sua não incidência a uma determinada situação de fato ou (iii) a exclusão, por inconstitucional, de uma das normas que podem ser extraídas do texto. Em qualquer dos casos, não há declaração de inconstitucionalidade do enunciado normativo, que permanece no ordenamento. No caso específico aqui tratado, a

¹³ STF, DJ 31.ago.2007, ADPF-QO 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio. Por 7 votos a 4, o STF decidiu conhecer da ação e apreciar-lhe o mérito.

¹⁴ Como já foi referido *supra*, a doutrina mais moderna tem traçado uma distinção entre enunciado normativo e norma, baseada na premissa de que não há interpretação em abstrato. *Enunciado normativo* é o texto, o relato contido no dispositivo constitucional ou legal. *Norma*, por sua vez, é o produto da aplicação do enunciado a uma determinada situação, isto é, a concretização do enunciado. De um mesmo enunciado é possível extrair diversas normas. Por exemplo: do enunciado do art. 5º, LXIII da Constituição – o *preso* tem direito de permanecer calado – extraem-se normas diversas, inclusive as que asseguram o direito à não auto-incriminação ao *interrogado* em geral (STF, DJ 14.dez.2001, HC 80949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) e até ao *depoente em CPI* (STF, DJ 16.fev.2001, HC 79812/SP, Rel. Min. Celso de Mello). Sobre o tema, v. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do Direito*, 1969, p. 270 e ss.; Friedrich Müller, Métodos de trabalho do direito constitucional, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Edição especial comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, 1999, p. 45 e ss.; Riccardo Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del Diritto*, 1996, p. 82-3; e Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005, p. 103 e s..

tese defendida é a de que o Tribunal proceda à interpretação conforme a Constituição das normas do Código Penal que cuidam do aborto, pronunciando sua não-incidência à situação em que a gestante de feto anencefálico, por deliberação própria, prefira interromper a gravidez.

V. CONCLUSÃO

28. Antes de encerrar, cabe um registro sobre como a interrupção da gestação, em caso de anencefalia, é tratada pelos demais países do mundo. De acordo com os dados apresentados pelo Presidente da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência durante a audiência pública, estudo feito em 41 países em cinco continentes revelou que a quase totalidade dos países desenvolvidos permitem a interrupção da gestação em casos de anencefalia (*Iwasso*, 2004). A interrupção é permitida na Europa continental, inclusive Portugal, Espanha e Itália, na Europa oriental, Canadá, China, Cuba, Japão, Índia, Estados Unidos, Rússia, Israel e nos países da Ásia. Desde 2003, também a Argentina permite a interrupção da gravidez em casos de fetos com malformações irreversíveis. Proíbem a interrupção os países islâmicos, os africanos (salvo África do Sul) e os da América do Sul (exceto Argentina e Uruguai).

29. Por todo o exposto, pede e espera a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS que o Supremo Tribunal Federal acolha o pedido formulado na inicial. As razões fáticas e jurídicas são as que estão expostas acima. Mas há, também, um fundamento moral que não pode ser deixado de lado. A gestação de um feto anencefálico traz para a mulher um imenso sofrimento, que envolve medo, perda e frustração. A decisão existencial de como lidar com essa dor deve, evidentemente, caber à mulher, e não ao Estado. Imaginar que o Poder Público possa utilizar seu aparato institucional e punitivo contra uma mulher nessa situação violaria todos os limites humanitários e civilizatórios que devem estar presentes uma sociedade plural e democrática.

Brasília, 30 de março de 2009.

LUÍS ROBERTO BARROSO

OAB/RJ N. 37.769

ANEXO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54

Relator: Ministro MARCO AURÉLIO MELLO

Autora: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE – CNTS

DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E DA CONFIRMAÇÃO DAS TESES MÉDICO- CIENTÍFICAS QUE SERVIRAM DE BASE À AÇÃO¹⁵

I. DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

1. As audiências públicas realizadas no período entre 26 de agosto e 16 de setembro de 2008, sob a presidência do Relator, Ministro Marco Aurélio Mello, permitiram a manifestação de representantes de diferentes segmentos da sociedade brasileira. Participaram das sessões professores e profissionais eminentes, bem como as instituições e autoridades identificadas a seguir:

A. *Entidades religiosas*: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB; a Igreja Universal; Associação Nacional Pró-Vida e Pró-

¹⁵ Os comentários técnicos e referências bibliográficas constantes deste texto tiveram a consultoria da Professora Debora Diniz, da Universidade de Brasília – UnB e do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS.

Família; Católicas pelo Direito de Decidir; e Associação Médico-Espírita do Brasil.

B. *Entidades médicas e científicas*: Conselho Federal de Medicina; Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia; Sociedade Brasileira de Medicina Fetal; Sociedade Brasileira de Genética Clínica; Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência; e Associação Brasileira de Psiquiatria.

C. *Entidades da sociedade civil*: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS; Escola de Gente; Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos.

D. *Ministros de Estado*: José Gomes Temporão (Saúde) e Nilcéa Freire (Mulher).

2. Ao final dos trabalhos, com base nos depoimentos prestados pelos representantes das principais entidades científicas e médicas do país, foi possível confirmar os argumentos centrais da ação proposta. De fato, restou demonstrado, em relação à anencefalia, que o diagnóstico é totalmente seguro e que ela é sempre letal; que acarreta uma gravidez de maior risco para a gestante; que no estágio atual não há possibilidade de transplante de órgãos de um feto anencefálico; que a interrupção da gestação, nessa hipótese, não constitui aborto; e que anencefalia não se confunde com deficiência, sendo totalmente impertinente qualquer referência a eugenia.

3. É certo que, ao longo das audiências públicas, alguns poucos participantes manifestaram-se contrariamente a essas constatações. O número reduzido de pessoas que tinham visão divergente não diminui sua legitimidade nem o respeito e consideração que devem merecer. Mas não terá escapado à percepção de qualquer observador atento que tais posições estavam mais ligadas a convicções religiosas ou filosóficas do que a evidências científicas ou médicas. A CNTS considera perfeitamente legítimo que instituições, associações e entidades que professem essas convicções defendam seu ponto de vista. Mas o

Estado, que deve ser laico e plural, nos termos da Constituição, não pode emprestar seu poder nem suas instituições, sobretudo as de natureza penal, para impor uma visão moral única de mundo, notadamente quando ela não tem o amparo da ciência.

II. DAS TESES QUE FORAM COMPROVADAS

4. A requerente enuncia, a seguir, as cinco teses que foram chanceladas pelas autoridades médicas e científicas presentes, fazendo a remissão, em relação a cada uma delas, ao pronunciamento respectivo.

TESE 1

O diagnóstico de anencefalia é feito com 100% (cem por cento) de certeza, sendo irreversível e letal na totalidade dos casos. A rede pública de saúde tem plenas condições de fazer este diagnóstico, assim como de realizar o procedimento médico de antecipação do parto, caso seja esta a vontade da gestante.

5. Todas as associações científicas e médicas presentes à audiência pública confirmaram a tese de que o diagnóstico de anencefalia é seguro, não havendo condições clínicas de tratamento ou cura para a má-formação. Trata-se de patologia letal na totalidade dos casos. Essa posição foi sustentada pela Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, pelo Conselho Federal de Medicina, pela Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, pela Sociedade Brasileira de Medicina Fetal e pela Associação Brasileira de Psiquiatria^{16e17}. A afirmação foi endossada pelo Ministro da Saúde, José Gomes

¹⁶ A Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência congrega 200.000 (duzentos mil) cientistas. O Conselho Federal de Medicina tem 300.000 (trezentos mil) médicos registrados. A Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia representa 22.000 (vinte e dois mil) médicos ginecologistas e obstetras. A Sociedade Brasileira de Medicina Fetal conta com 200 (duzentos) médicos associados. A Sociedade Brasileira de Genética Médica reúne mais de cento e sessenta (160) médicos geneticistas. E, por fim, a Associação Brasileira de Psiquiatria é integrada por 5.700 (cinco mil e setecentos) médicos psiquiatras.

Temporão, com base em posições oficiais da Organização Mundial de Saúde sobre a matéria.

6. Segundo o Presidente da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Heverton Neves Pettersen, o diagnóstico pode ser feito com segurança com o aparelho de ultrassom, recurso disponível em todos os hospitais públicos das capitais brasileiras¹⁸. Foram exibidas por ele imagens demonstrando como foi estabelecida a padronização dos sinais clínicos do feto para a realização do diagnóstico do primeiro trimestre da gestação¹⁹. Nesse domínio, segundo o médico e deputado federal, José Aristodemo Pinotti, há duas certezas diagnósticas: “óbito fetal e anencefalia”. Isso indica o quanto os critérios diagnósticos avançaram na última década com os recursos por imagem²⁰.

TESE 2

A gestação de um feto anencefálico é de maior risco para a mulher, em especial no que diz respeito a hipertensão, acúmulo de líquido amniótico, pré-eclampsia. Além disso, impor à mulher levar a gestação a termo pode ser gravoso à sua saúde mental.

¹⁷ Todas as sociedades científicas presentes, convocadas para a audiência pública, deixaram claro que o caso da menina Marcela de Jesus, que viveu um ano e oito meses, não era de anencefalia, tendo em vista possuir ela resíduos de cérebro.

¹⁸ A informação foi igualmente prestada pelo Ministro da Saúde, que apresentou, ainda, os dados estatísticos e o comentário a seguir reproduzidos. Em 2007, foram realizadas 2.500.000 (dois milhões e quinhentas mil) ecografias na rede pública de saúde, de acordo com dados do DATASUS, em um universo de 2.100.000 (dois milhões e cem mil) partos. Existem 20.000 (vinte mil) equipamentos de ultra-som nos serviços públicos de saúde, o que demonstra que o Brasil possui “um recurso diagnóstico seguro, acessível e com possível cobertura universal pelo sistema público de saúde”.

¹⁹ Esses critérios foram estabelecidos na literatura médica em final dos anos 1990 (Chatzipapas, Whitlow e Economides, 1999; Johnson et al, 1997).

²⁰ Referências Bibliográficas: Brasil. *Indicadores e Dados Básicos do Brasil 2007 (IDB-2007)*. Brasília, 2007; Chatzipapas IK, Whitlow BJ, Economides DL. The 'Mickey Mouse' sign and the diagnosis of anencephaly in early pregnancy. *Ultrasound Obstet Gynecol.* 1999;13:196-9; Johnson SP, Sebire NJ, Snijders RJ, Tunkel S, Nicolaidis KH. Ultrasound screening for anencephaly at 10-14 weeks of gestation *Ultrasound Obstet Gynecol.* 1997;9:14-6.

7. O tema dos agravos à saúde da mulher grávida, no caso de feto anencefálico, foi tratado pelo representante da Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Jorge Andalaft Neto. Ele organizou os agravos em blocos de riscos, de acordo com os dados da Organização Mundial da Saúde: 1. aumento da morbidade; 2. aumento dos riscos durante a gestação; 3. aumento dos riscos obstétricos no parto e pós-parto; 4. consequências psicológicas severas (WHO, 2007). Os dados internacionais foram cotejados aos resultados obtidos em uma pesquisa conduzida pela Universidade Federal de São Paulo com setenta e oito (78) mulheres grávidas de fetos incompatíveis com a vida: variações do líquido amniótico em cinquenta por cento (50%) dos casos; hipertensão e diabetes em nove por cento (9,3%) dos casos; parto prematuro em cinquenta e oito por cento (58%) das mulheres; gravidez prolongada em vinte e dois por cento (22%); deslocamento placentário em sete por cento (7%); óbito uterino em sete por cento (7%); necessidade de as mulheres receberem transfusão sanguínea em quatro por cento (4,8%) dos casos. Somente dois por cento (2,8%) das mulheres não apresentaram intercorrências (Panigassi, 2008).

8. O representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Thomaz Gollop, apresentou estatísticas semelhantes: casos de polihidrânio (aumento do líquido amniótico) ocorre em cinquenta por cento (50%) dos casos; gravidez prolongada em dezoito por cento (18%) dos casos; anomalias na posição do feto que complicam o parto em vinte e cinco por cento (25%) dos casos (Wallenburg & Wladimiroff, 1977; Romero *et al.*, 1995). Outras complicações são ainda: o risco de deslocamento de placenta e rotura prematura da bolsa d'água é três vezes maior que em gestações de fetos sem anencefalia. Diante das morbidades e riscos, a maioria das gestantes opta pela antecipação do parto, mas, segundo o representante da Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Jorge Andalaft Neto, “frente aos obstáculos, muitas desistem de buscar uma autorização judicial”²¹. O próprio Dr. Gollop, assim

²¹ Referências bibliográficas: AP Panigassi, C Simioni, LMM Nardoza, AR Abrahão. Complicações obstétricas em gestações com feto portador de anomalia incompatível com a

como o Dr. Talvane de Moraes, da Associação Brasileira de Psicanálise, afirmaram haver consequências psicológicas adversas em se forçar a mulher a prosseguir a gestação nesse caso.

TESE 3

No Brasil não há registro de transplante de órgãos de um anencéfalo para uma criança viva. O feto com anencefalia não é um doador de órgãos potencial, pois apresenta múltiplas malformações associadas que aumentam o índice de rejeição dos órgãos pelo receptor.

9. Não há registro de doação ou transplante de órgãos de fetos anencefálicos no Brasil. Os órgãos de um feto com anencefalia não são considerados aptos à doação, pois, como regra geral, a anencefalia vem acompanhada de uma série de malformações no feto. Segundo Salmo Raskin, Presidente da Sociedade Brasileira de Genética Médica, um estudo conduzido no Brasil com quatrocentos e cinquenta e um (451) casos de fetos com defeito do tubo neural, dentre eles vários com anencefalia, mostrou que trinta e sete por cento (37,2%) dos fetos apresentam outras malformações associadas (Mizukami *et al.*, 2007). Alguns dos diagnósticos mais comuns são: defeitos costovertebrais, fendas orais, malformações cardíacas, renais e da parede abdominal.

10. A revisão da literatura médica internacional registra que a associação da anencefalia a outras malformações varia de vinte por cento (20%) a quarenta e um por cento (41%) dos casos (Botto *et al.*, 1999; David *et al.*, 1983; David & Nixon, 1976). Em casos como esses, não se recomenda a doação de órgãos, dado o alto índice de rejeição e a má qualidade dos órgãos. Para o

sobrevida neonatal. In: *Anais do XIII Congresso Paulista de Obstetrícia e Ginecologia*. São Paulo, 2008, p. 37; World Health Organization. *Managing complications in pregnancy and childbirth: A guide for midwives and doctors*, 2007; H.C. Wallenburg & J.W. Wladimiroff, The amniotic fluid: polyhydramnios and oligohydramnios. *J Perinat Med*. 5(6):233-43, 1977; Rojas N. Romero *et al.* Anencefalia. *Fronteras med*. 122:31, 1995.

Presidente da Sociedade Brasileira de Genética Médica, “essa é uma questão científica que [parte de uma] questão ética”. Além disso, em razão de a anencefalia também estar associada a síndromes genéticas ou cromossômicas, os fetos vão a óbito rapidamente, impedindo o diagnóstico para a retirada dos órgãos. A anencefalia apresenta uma incidência de 0,3-1 caso para cada 1.000 nascidos vivos e destes, 95% evoluem para óbito na primeira semana após o parto (Casella, 2003). Mesmo em casos raros em que possa haver sobrevida do feto após o parto (em geral duas ou três semanas), os órgãos já estão lesionados pela hipóxia, afirmou o Presidente da Sociedade Brasileira de Genética Médica (Casella, 2003). Por isso, “manter a vida do anencéfalo artificialmente para a retirada dos órgãos é facilmente questionável eticamente”, segundo ele.

11. Os órgãos dos fetos anencefálicos são menores, pois, nas palavras do Presidente da Sociedade Brasileira de Genética Médica, Salmo Rasnik, “cerca de oitenta por cento (80%) dos anencefálicos nascem com retardo de crescimento intrauterino” (Fernandez, 2005). Esse fato impossibilita o uso para doação nos casos excepcionais de sobrevida. Ainda nesses casos, sustenta Rasnik, “os fetos anencefálicos não podem ser doadores de órgãos”, pois há ainda casos de alterações íntimas dos tecidos do corpo que não podem ser detectadas por um diagnóstico imediato após o parto. Por fim, o transplante em recém-nascidos não é realizado antes do sétimo dia de vida e praticamente não há registros médicos internacionais de sobrevida a esse período²².

²² Referências Bibliográficas: Aguiar, Marcos J.B. et al . Defeitos de fechamento do tubo neural e fatores associados em recém-nascidos vivos e natimortos. *J. Pediatr.* (Rio J.), Porto Alegre, v. 79, n. 2, Apr. 2003 . Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-75572003000200007](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-75572003000200007&lng=en&nrm=iso)&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26 Mar. 2009. doi: 10.1590/S0021-75572003000200007; Botto, LD et al. Medical Progress: Neural-Tube Defects. *N Engl J Med.* Nov 11;341(20):1509-19, 1999; Casella, Erasmo. Morte Encefálica e Neonatos como Doadores de Órgãos. *Pediatria.* São Paulo. 2003, 25(4): 184-190; David JT et al. Congenital malformations associated with anencephaly in the Fylde peninsula of Lancashire. *J Med Genet.* 20:338-341, 1983; David, JT & Nixon, A. Congenital malformations associated with anencephaly and iniencephaly. *J Med Genet.* 13:263-265, 1976; Mizukami A, Sakata MT, Cavalcanti DP. Programa de Genética Perinatal, *Depto. de Genética Médica*, FCM, UNICAMP, Campinas, SP, Brasil, 2007; Fernandez, Ricardo Ramires et al . Anencefalia: um estudo epidemiológico de treze anos na cidade de Pelotas. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, mar. 2005 . Disponível em:

TESE 4

A interrupção da gestação neste caso deve ser tratada como antecipação terapêutica do parto e não como aborto, por inexistir potencialidade de vida. A definição jurídica do final da vida é a morte encefálica. O feto anencéfalo não tem vida encefálica.

12. A antecipação terapêutica do parto foi uma categoria médica proposta pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, porém extensamente discutida com associações médicas e científicas sobre sua pertinência e adequação clínica. Em 2004, o Conselho Federal de Medicina propôs uma Resolução sobre transplante de órgãos de fetos com anencefalia, em que adotou a categoria “antecipação terapêutica de parto” para o procedimento médico de interrupção da gestação nesses casos (CFM, 2004). Segundo o médico e deputado federal José Aristodemo Pinotti, “aborto, claramente, é a interrupção de uma potencialidade de vida. Um feto anencéfalo não tem cérebro, não tem potencialidade de vida”.

13. A ausência de potencialidade de vida do feto anencefálico é atestada pelo representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Thomaz Rafael Gollop, onde se comprova a ausência de atividade cortical, pois “ele tem uma linha isoeétrica, o que vemos em morte cerebral. Isso é morte cerebral, rigorosamente igual (Penna, 2005). O anencéfalo é um morto cerebral, que tem batimento cardíaco e respiração”. Essa é exatamente a definição de morte para a lei brasileira de doação e transplante de órgãos (Brasil, 1997). Os sinais de reatividade infraespinal, ou seja, respiração e batimento cardíaco não excluem o diagnóstico de morte cerebral também de acordo com Resolução do Conselho Federal de Medicina sobre essa matéria (CFM, 1997).

14. Para o Presidente da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Heverton Neves Pettersen, o feto anencefálico apresenta uma situação ainda mais rigorosa de morte cerebral, por isso, o mais preciso seria denominá-lo como “natimorto cerebral”, uma categoria médica também adotada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM, 2004). A mesma tese foi apresentada pelo representante da Associação Brasileira de Psiquiatria, Talvane Marins de Moraes, e pelo Ministro da Saúde, José Gomes Temporão que resumiu: “um recém-nascido com anencefalia, que sobreviva ao parto, é detentor de todas as proteções jurídicas cabíveis aos recém-natos no País. Entretanto, por não possuir o córtex cerebral, é considerado um natimorto cerebral” (Cunningham, 2000)²³.

TESE 5

Anencefalia não se confunde com deficiência. Não há crianças ou adultos com anencefalia. Deficiência é uma expressão da diversidade humana em nossa sociedade.

15. O conceito de deficiência proposto pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas, documento ratificado pelo Brasil em 2008 e em vigor pelo Decreto Legislativo nº 186, pressupõe que haja presença de vida para se falar de pessoa com deficiência (Brasil, 2007). Segundo Cláudia Werneck, presidente da associação pelos

²³ Referências bibliográficas: V. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997: dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, e legislação correlata; Resolução nº 1480, de 08 de agosto de 1997, do Conselho Federal de Medicina: “A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias. Revoga-se a Resolução CFM nº 1.346/91”. Resolução nº 1752, de 8 de setembro de 2004, do Conselho Federal de Medicina. Autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais. F. Gary Cunningham *et al.*, *Tratado de Obstetrícia de Williams*, 2000. Maria Lúcia Fernandes Penna, Anencefalia e morte cerebral (neurológica), *Physis* 15, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312005000100006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 26 mar. 2009. doi: 10.1590/S0103-73312005000100006.

direitos das pessoas com deficiência Escola de Gente, “a Convenção se utiliza de palavras e expressões como ‘interação entre pessoas’ e ‘plena e efetiva participação’. Desse modo, para um ser humano poder ser considerado uma pessoa com deficiência é indispensável que desenvolva uma relação com o ambiente”. Esse não é o caso de um feto com anencefalia que não irá sobreviver ao parto. A vida fora do útero exerce uma função mediadora para que alguém seja considerado “pessoa com deficiência” e, conseqüente, pessoa titular de todo e qualquer direito.

16. As pessoas com deficiência reclamam o direito a estar no mundo, ou seja, condições sociais e éticas de inclusão social. A anencefalia não pode ser considerada um caso de deficiência e, segundo a presidente da associação pelos direitos das pessoas com deficiência Escola de Gente, “não pode sequer ser feito o questionamento de que se trata de uma negação do direito à vida e, portanto, não se trata de um caso de discriminação em função de deficiência”. A antecipação terapêutica do parto não é um ato de discriminação com base na deficiência, um argumento também sustentado pela representante da ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, Debora Diniz (Diniz, 2008)²⁴.

III. CONCLUSÃO

17. Além do exame de todas as teses médico-científicas identificadas acima, a audiência pública permitiu, também, que se tomasse o depoimento de mulheres que fizeram a antecipação terapêutica do parto e que se mostraram felizes com a sua escolha; e de mulheres que não interromperam a gestação e que, igualmente, se sentiam felizes com a sua escolha. Essa é a real

²⁴ Referências bibliográficas: Brasil. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência/CORDE, 2007; Diniz, Debora. *O que é deficiência*, 2008.

pretensão nesta ação: assegurar a cada mulher o direito de viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças. Esta posição foi endossada expressamente pela Ministra Nilcéa Freire, Secretária Especial de Políticas para as Mulheres. Em conclusão: a anencefalia causa imenso sofrimento à mulher que desejava ter um filho. A decisão de como lidar com essa dor deve ser da mulher, e não do Estado.

Confiante em que as audiências públicas reforçaram a justiça de sua pretensão, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde pede e espera a procedência do pedido formulado.

Brasília, 30 de março de 2009.

LUÍS ROBERTO BARROSO

OAB/RJ N. 37.769