

Considerações Acerca da Admissibilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

MARCO AURÉLIO MELLO

Ministro do Supremo Tribunal Federal e Membro do Instituto Metropolitano de Altos Estudos – IMAE.

Tema de repercussão social ímpar é objeto de análise na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF. A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS pretende que o Supremo declare, ante direitos fundamentais, a inconstitucionalidade dos arts. 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal, interpretados a ponto de sujeitar ao processo-crime a gestante e todos aqueles que participem da antecipação terapêutica do parto nos casos de fetos anencéfalos. A análise do mérito ainda não foi iniciada. Atuando como relator, proferi voto na sessão plenária de 20 de outubro de 2004, relativamente à questão de ordem suscitada pelo Procurador-Geral da República, que preconizou a inadequação da ação intentada.

Iniciei a abordagem, destacando a importância dos processos objetivos. Neles, o Supremo Tribunal Federal tem oportunidade de enfrentar, de imediato, questões de relevância maior, que interessam à sociedade como um grande todo. Em vez de se aguardar demorada tramitação processual para obter a palavra final da Corte que está no ápice do Poder Judiciário, atua ela 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 – a de guardar a Constituição Federal –, e, com isso, afasta a desinteligência de julgados, decisões que, em última análise, implicam a interpretação errônea 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. Tudo resulta da conveniência de não ficar o Supremo a reboque, a pronunciar-se processo a processo, de modo irracional, visando à prevalência do direito posto, especialmente do direito constitucional. Gradualmente, o Constituinte alargou o âmbito de atuação do Tribunal, começando com a representação interventiva, para contar-se hoje não só com a ação direta de inconstitucionalidade nas duas modalidades – englobado o vício da omissão – e a declaratória de constitucionalidade, mas também com a mais nova irmã dessas ações, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. A instrumentalidade está ao alcance do Tribunal, cumprindo dar concretude ao que previsto na Carta da República. Há de acionar-se, passo a passo, sadia política judiciária, eliminando as perplexidades decorrentes de julgamentos díspares, ainda que idênticos os fatos e o arcabouço normativo.

Salientei acreditar 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, formalizara a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF.

Asseverei que a Corte apreciava a adequação da ação intentada à luz dos parâmetros da inicial, pouco importando a procedência, ou não, do pedido formulado. Disse saltar aos olhos o enquadramento da ação na Lei nº 9.882/1999, de 3 de dezembro de 1999, oportunamente ajuizada para conferir efetividade à norma do art. 102, § 1º, da Carta da República, ao dispor sobre a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar a arguição de descumprimento de preceito fundamental nela contido, na forma da lei.

De um lado, constatei 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, verifiquei 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 trabalham 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. Destaquei ser notório que a problemática não se faria presente se envolvidas pessoas abonadas, no que sempre encontram, com a assepsia desejada, a forma de implementar a interrupção.

A questão, a partir de 1º de julho de 2004, data em que concedida a medida acauteladora no processo, movimentou, como não tinha acontecido jamais com qualquer tema submetido ao Judiciário – salvo, agora, relativamente à possibilidade de pesquisa em células-tronco –, os mais diversos segmentos da sociedade brasileira. Muitos foram os artigos publicados, pró e contra o pedido formulado, variando as opiniões conforme 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. Frisei que os olhos da nação voltavam-se ao Supremo Tribunal Federal – e permanecem voltados – e este há de se pronunciar, quer em um sentido, quer em outro, evitando a insegurança jurídica, a grande perplexidade que advém de teses díspares sobre a matéria. Lembrei que a História é impiedosa, não poupando posturas reveladoras de atos omissivos.

Consignei não haver o óbice da existência de meio eficaz para alcançar-se a preservação da Carta da República. Tomei de empréstimo o que verificado, relativamente, ao *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ, que chegou ao Supremo e

ficou sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. A seqüência de pronunciamentos conflitantes bem estava a evidenciar a premissa da Lei nº 9.882/1999, cumprido o disposto no inciso V do art. 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 citado *habeas corpus* não lograra autorização para interromper a gravidez. Prosseguiu na via-crúcis, na via da angústia e do sofrimento, encontrando na óptica da Desembargadora Gizelda Leitão Teixeira o apoio almejado. Sua Excelência, ao conceder a liminar, proclamou que:

“a vida é um bem a ser preservado a qualquer custo. Mas e quando a vida torna-se inviável, pois é certo que o bebê em gestação não sobreviverá após o parto? [...] Não se pode impor à gestante o insuportável fardo de, ao longo de meses, prosseguir na gravidez já tachada ao insucesso.”

Num outro passo, 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. 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 assentado no campo monocrático. Somente restou à gestante o acesso ao Supremo Tribunal Federal. Na sessão de julgamento, em 4 de março de 2004, chegou a notícia do término da gravidez e, mais do que isso, da morte do feto após alguns minutos.

Ora, se nem mesmo mediante a ação constitucional do *habeas*, sabidamente de tramitação célere, foi possível lograr-se o pronunciamento definitivo do Supremo em tempo hábil, por não parar a gestação no tempo, não ultrapassando nove meses, era 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 da questão de ordem. Sopesei ainda o que consignado pelo Ministro Gilmar Mendes – que tenho como gestor intelectual da Lei nº 9.882/1999 –, ao enfrentar a adequação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33-5/PA, e tomei de empréstimo a 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 pletera 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, cabia concluir que o Supremo, a não ser mediante argüição de descumprimento de preceito fundamental, jamais teria a oportunidade 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*, pode-se ter como viável a atuação da Corte, como tornado evidente, em março de 2004, no *habeas* relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa, cujo desfecho levou nada menos do que três ministros a emitir, mesmo assim, entendimento sobre a matéria, em

demonstração de irresignação ímpar com o prejuízo da impetração – o próprio relator e os Ministros Carlos Ayres Britto e Celso de Mello.

Obstar, àquela altura, a ação, após haver ocorrido, na abertura dos trabalhos judiciais do segundo semestre de 2004, a sinalização do julgamento de fundo, deixando-se de referendar ou cassar a liminar que concedi, para tê-la com plena eficácia, significaria fazer vista grossa ao papel maior reservado ao Supremo, gerando grande decepção ao povo brasileiro, que acompanha com ansiedade e com sentimentos conflitantes, é certo, o desenlace do processo. Destaquei que era de se aguardar a esperada solução, que já se avizinhava, bem comprovada a repercussão que o tema teve no tecido social. Era de se aguardar a instrução do processo, porquanto apta a petição inicial – mesmo porque confeccionada por um dos expoentes da comunidade jurídica constitucional, o Professor Doutor Luís Roberto Barroso –, presente a oportunidade de o Supremo pronunciar-se sobre a matéria de fundo. Era de se aguardar a realização de audiência pública já prevista em decisão da qual constou que seriam ouvidas as entidades que requereram admissão no processo como *amicus curiae*.

Afirmar que descabia o açoitamento. Descabia fulminar, no nascedouro – se é que assim se poderia falar, após a vigência da liminar, com o beneplácito do Plenário por mais de quatro meses –, a ação, a iniciativa salutar da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Nesse sentido, resolvi a questão de ordem assentando a adequação, simples adequação, da ação proposta. Salientei tratar-se, tal como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e o mandado de injunção, de instrumento da maior importância para a concretude, a supremacia da Constituição Federal. Asseverei que as dúvidas surgidas, elucidando-se o teor dos textos constitucionais, haveriam de ser esclarecidas no julgamento de fundo.

Como ressaltei anteriormente, o julgamento, iniciado na sessão plenária de 20 de outubro de 2004, foi interrompido em face do pedido de vista do Ministro Carlos Ayres Britto. Em passo seguinte, na mesma assentada, a Corte mitigou a liminar, mantendo a determinação de sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, vencido o Ministro Cezar Peluso. No entanto, revogou a parte em que reconheci o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencéfalos. Nesse ponto, fiquei vencido na honrosa companhia dos Ministros Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Retomado o julgamento em 27 de abril de 2005, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Carlos Velloso, entendeu admissível a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Já agora, amadurecida a matéria, aguarda o desfecho da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-0/DF, na qual discutida a palpitante pesquisa com células-tronco, para então, quem sabe, sob uma nova inspiração intelectual e humanística, vir-se a definir a questão. Que o amanhã surja promissor.