

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A ANENCEFALIA E O DIREITO DA MÃE DE INTERROMPER A  
GESTAÇÃO**

Heveline Sanchez Marques

Presidente Prudente /SP

2006

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A ANENCEFALIA E O DIREITO DA MÃE DE INTERROMPER A  
GESTAÇÃO**

Heveline Sanchez Marques

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Rufino Eduardo Galindo Campos.

Presidente Prudente /SP  
2006

# **A ANENCEFALIA E O DIREITO DA MÃE DE INTERROMPER A GESTAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado  
como requisito parcial para obtenção do  
Grau de Bacharel em Direito

Rufino Eduardo Galindo Campos

Edílson Carlos de Almeida

Marivaldo Gouveia

Presidente Prudente, 25 de novembro de 2006.

“O direito não exprime a verdade absoluta: a sua verdade é apenas relativa e mede-se pelo seu fim. E assim é que o direito não só pode mas deve mesmo ser infinitamente variado.”

(Rudolf Von Jhering)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, fonte de toda sabedoria.

Agradeço também a atenção de meu orientador Rufino Galindo Campos, por seus esclarecimentos e paciência em acompanhar cada momento de insegurança no desenvolvimento deste trabalho.

A minha família que estes anos todos, esteve ao meu lado me apoiando e dando o alicerce necessário para o meu crescimento.

Aos examinadores pela gentileza, atenção e dedicação de tempo na apreciação deste trabalho.

A minha amiga Carla, sempre me apoiando e ajudando estes cinco anos que passamos juntas na faculdade.

E aos amigos que de alguma forma estiveram torcendo por esta realização.

## Resumo

A autora escolheu o tema por ser polêmico, de interesse da sociedade e trazer problemas atuais ainda não amparados pela legislação Brasileira.

No presente trabalho tratar-se-á do tema “a anencefalia e o direito da mãe em interromper a gestação”.

O direito penal não pode estabelecer limites para a vida em sociedade quando estes não se mostram necessários. A legislação deve sim, se mostrar presente protegendo os cidadãos e evoluindo com a tecnologia e com a medicina, não podendo de forma alguma se mostrar injusta e inadequada. O princípio da dignidade humana deverá ser observado, cabendo a mãe decidir se levará ou não adiante a gravidez, já que com plenitude de certeza o feto não sobreviverá.

A mãe não estará obrigada a interromper a gestação do feto anencéfalo, tomará esta decisão de acordo com sua religião, seus valores morais ou emocionais, não podendo ficar obrigada a carregar durante nove meses um bebê que não terá possibilidade de sobreviver, vendo seu corpo se transformar todo este tempo, podendo até vir a ter problemas de saúde, com tudo isso, sabendo que seu bebê não terá vida.

Desta forma, não há de se falar em aborto, crime contra a vida, uma vez que esta não existirá nem com o nascimento do feto, não existindo, portanto, o bem jurídico tutelado pelo crime.

Quando o ordenamento tipifica as hipóteses de aborto, o faz justamente por proteção a vida. Não havendo assim, o preenchimento da figura típica do crime, quando se realiza a interrupção da gestação do feto, em caso de anencefalia.

**PALAVRAS CHAVES:** Aborto, Interrupção da gestação, Anencefalia.

## **Abstract**

The author chose the subject for being controversial, of interest of the society and bringing current problems still not supported by the Brazilian legislation.

The present work will be about the anencefalia subject and "the right of the mother in interrupting the gestation".

The criminal law cannot establish limits for the life in society when these do not reveal necessary. The legislation must be present to protect the citizens and evolving with the technology and the medicine, not being able of any way to reveal unjust and inadequate. The principle of the human dignity must be observed, giving the mother the power to decide will do or not the pregnancy ahead, since with certainty the embryo will not survive.

The mother will not be obliged to interrupt the gestation of the anencéfalo embryo, will do this in accordance with her religion, her moral or emotional values, not being able to be obliged to load during nine months a baby who will not have possibility to survive, seeing all her body transforming, being also able to have health problems, in spite of knowing that her baby will not have life.

By this way, it cannot call in abortion, crime against the life, since this will not exist nor with the birth of the embryo, not existing, therefore, the interests legally protected for the crime.

When the abortion hypotheses are done, exactly makes it for protection the life. Thus not having, the fulfilling of the typical figure of the crime, when the interruption of the gestation of the embryo is become fulfilled, in anencefalia case.

**KEY WORDS:** Abortion, Interruption of the gestation, Anencefalia.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	08
<b>1 INÍCIO DA VIDA</b> .....	10
1.1 Vida.....	10
1.1.1 Critérios biológicos do início da vida .....	10
1.1.2 Aspecto filosófico .....	11
1.1.3 Início da vida no Código Civil Brasileiro .....	12
1.2 Início da vida.....	13
1.2.1 Teorias do início da vida .....	15
1.2.1 Teorias do início da vida sob a ótica religiosa.....	17
1.3 Breve considerações da vida na Cosntituição Federal e o Pacto de San José da Costa rica .....	18
1.4 Fim da vida.....	19
<b>2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS</b> .	24
2.1 Classificação dos Direitos Humanos Fundamentais .....	27
2.1.1 Direitos de Primeira dimensão .....	29
2.1.2 Direitos de Segunda dimensão .....	29
2.1.3 Direitos de Terceira dimensão .....	30
2.1.4 Direitos de Quarta dimensão.....	30
2.2 Direitos Humanos Fundamentais na Constituição Federal .....	32
2.3 Direito à Vida.....	32
2.4 Princípio da Dignidade da Pessoa humana .....	34
<b>3 ABORTO</b> .....	37
3.1 Origem histórica do aborto.....	37
3.2 Argumentos favoráveis e desfavoráveis ao aborto .....	38
3.2.1 Argumentos favoráveis ao aborto .....	39
3.2.2 Argumentos desfavoráveis ao aborto.....	40
3.3 Espécies de aborto e as hipóteses de justificação.....	42
<b>4 ANENCEFALIA</b> .....	46
4.1 Considerações médicas .....	47
4.2 Aspectos jurídicos .....	48
4.3 A influência da igreja católica na interrupção da gestação do anencéfalo .	49
4.4 Ausência de crime por atipicidade .....	51
4.5 O direito da gestante de interromper a gestação .....	52
4.6 Doação de órgãos do anencéfalo .....	54
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	58
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	61
<b>ANEXOS</b> .....	63
Anexo I.....	63
Anexo II.....	64



## Introdução

A anencefalia é uma má formação incompatível com a vida. O diagnóstico é preciso e não existe tratamento disponível. Esta é a forma mais grave dos chamados defeitos de fechamento do tubo neural. A incidência de anencefalia é em torno de 1 para cada 1000 bebês nascidos vivos.

Quando o defeito ocorre na extremidade distal do tubo neural, tem-se a anencefalia, levando a ausência completa ou parcial do cérebro e do crânio. O defeito, na maioria das vezes, é recoberto por uma membrana espessa de estroma angiomaso, mas nunca por osso ou pele normal.

Os avanços tecnológicos levaram a um conhecimento mais amplo da vida intra-uterina, permitindo o diagnóstico de anormalidades no desenvolvimento do feto enquanto a gravidez ainda está em curso, podendo observar desta forma a anencefalia do feto com apenas 3 meses de gestação, devendo a paciente ser orientada pela equipe médica, fornecendo as informações necessárias para esclarecer eventuais dúvidas da gestante e de seus familiares, sem, contudo, induzi-la à interrupção ou à manutenção da gestação. Cabe apenas a mãe decidir se levará ou não a gravidez adiante, tendo em vista seus valores morais, emocionais ou religiosos, não pode ficar obrigada a ter um bebê sem possibilidade alguma de vida, somente a vida vegetativa

A grande discussão acerca deste tema tornou a questão penal apenas um detalhe em meio a tantos argumentos de outras ordens, atrapalhando desta forma uma apreciação técnica e adequada da matéria

Há ainda, a questão da doação de órgãos do feto anencéfalo que poderia salvar a vida de outros bebês, no entanto, a doação torna-se extremamente complexa, pois há entendimento de que o anencéfalo apesar da má formação e de sua baixa expectativa de vida, dispõe de órgãos viáveis e em funcionamento.

Esse entendimento tem dificultado muito a doação de órgãos, pois, comprovada a anencefalia, o feto não tem e nem terá vida. Dados demonstram que nenhum bebê anencéfalo sobreviveu ou seu quadro foi revertido, o feto não

tem nenhuma perspectiva de vida, é um bebê morto, desta forma, poderia ser doados os órgãos do feto, cabendo aos pais esta decisão.

Outra polêmica acerca do tema, é de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo é considerada aborto. Sendo o feto anencéfalo, não há que se falar em aborto, pois o aborto é crime contra a vida e se o feto já estava morto não é lesado o interesse protegido pela lei penal. Não existe portanto o bem jurídico tutelado pelo crime de aborto, qual seja, a vida.

Em meio a toda essa discussão quem mais sofre são os pais do bebê. A questão, não é se a mãe deve ou não realizar a interrupção da gestação no caso do anencéfalo, mas sim de garantir a ela o direito de escolha, não podemos admitir que o estado intervenha em tal escolha para impedir um ato que não é e nem poderia ser ilegal.

Em termos de abordagem, utilizou o método lógico e sistemático.

Com relação à técnica desenvolvida, empregou-se a pesquisa bibliográfica de livros, revistas, Internet, códigos, monografias, buscando desenvolver e atingir os objetivos propostos.

# 1. INÍCIO E FIM DA VIDA

## 1.1 Vida

A palavra vida tem muitos significados, conceitos e interpretações, neste estudo, o que enfocaremos é a vida da pessoa humana, o nascimento com vida e qual o início da vida.

Segundo o autor Pietro de Jésus (2004 p.24), o vocábulo *vida* aponta para sua derivação do grego *bios* ou da origem latina *vita*. Ao que parece a locução foi disseminada na antiguidade pelos povos da Europa Ocidental, usando-se para identificar aquilo que possuía movimento, hoje em dia, o termo apresenta uma grande riqueza significativa, é utilizado em diversos sentidos, todos eles de imensa validade e utilidade, em dependência do âmbito de trabalho do pesquisador ou do intérprete.

O início da vida ainda é bastante discutido nos dias de hoje. Muitas são as teorias, podendo ser utilizado para seu esclarecimento conceitos biológicos, legais ou mesmo filosóficos

### 1.1.1 .Critérios biológicos do início da vida

No critério biológico, são estudadas as propriedades anatômicas e fisiológicas do ser humano. Como elucida Pietro de Jésus (2004, p.38) trazendo a diferença entre os seres humanos e os outros mamíferos superiores:

(...) há fatores que o distinguem, sinais que lhe são próprios, por exemplo, a postura, com os pés e mãos diferenciadas( postura bípede, maior desenvolvimento manual, as mãos com os polegares opostos ao outro dedo), o volume no cérebro (note-se no processo evolutivo do homem um aumento da sua capacidade craniana) o uso da linguagem articulada, o desenvolvimento da inteligência(...) o ser humano, dentre todos os seres da diversidade biológica, é a espécie de animal que apresenta o maior grau de complexidade na escala da evolução

Nesse sentido, o ser humano é diferenciado dos demais, seja pelo aspecto anatômico ou fisiológico, seu comportamento, inteligência, sua estrutura e até mesmo sua forma de reprodução e a maneira de socializar-se em grupos, assim é caracterizado o aspecto biológico.

### **1.1.2 Aspecto Filosófico**

Além do critério biológico, a vida também, foi considerada em seus aspectos filosófico, pois de nada adiantaria uma “vida Humana” sem ter o seu devido valor, sendo o humano, um “ser racional”, diferentemente dos animais, assim foi explicado historicamente pela filosofia, que analisa a identificação do lugar que o ser humano ocupa na natureza, assim como, a sua origem e reprodução.

De acordo com Limongi França (1968) apud Chinelato e Almeida (2000, p. 99), com o apoio na Doutrina aristotélico-tomista, filosoficamente o nascituro é pessoa, porque já trás em si o germe de todas as características do ser racional. Sua imaturidade não é essencialmente diversa da dos recém-nascidos. O nascituro está para a criança como esta está para o adulto.

O ser humano, há muito, é estudado por filósofos e estudiosos. Os Primeiros foram os médicos, interessados em determinar a origem da vida, que localizaram no calor, dando como sede o fígado (Empédocles) ou o

coração (Anaxágoras e Aristóteles). Além da procura pelo impulso vital. Aristóteles classificou os seres vivos em gêneros e espécies. (Alarcón, 2004, p. 39)

[...] o conceito aristotélico de vida, apontando que o filósofo grego definia a vida como *'aquello por lo cual un ser se nutre, cresce e perece por si mismo'*, [...] a segunda consideração, concede uma peculiar importância à idéia de um interior e um exterior, o que não pode ficar despercebido, visto que, sendo a vida algo que passa e torna a passar, entre a alma e um corpo, isto sugere, então, a noção de, pelo menos duas dimensões vitais, uma material e outra imaterial, no caso fortemente ligadas uma a outra.

Neste contexto, até os dias atuais, o ser humano ainda é objeto de estudo da filosofia, e nunca deixará de ser, pois a cada dia surgem novas dúvidas e problemas, em decorrência de sua complexidade.

### **1.1.3 Início da vida no Código Civil Brasileiro**

O código Civil Brasileiro (2003), diz que partir da concepção, o ser humano deve ser tratado como sujeito de direitos, pois uma nova vida está surgindo, cabendo a sociedade, aos pais e ao Estado tutelar esta vida. Propondo assim, em seu art.2º: *“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”*.

Nesse sentido Nery e Andrade Nery:

A personalidade civil tem início com o nascimento com vida e termina com a morte. “o Nascimento com vida caracteriza-se pelo ato de respirar, a personalidade é inerente do homem, é o que faz sua figura viva distinguir-se dos outros seres inanimados. É o que, no direito, atribui ao homem a condição de sujeito de direitos e de deveres e obrigações.” (Nery e Andrade Nery, 2002)

Assim, se o feto respirar ao nascer, mesmo que não haja nenhuma possibilidade de vida, o mesmo já é sujeito de direitos, até mesmo para o direito sucessório.

## 1.2 Início da vida

A embriologia demonstra que a vida tem início no momento da fecundação, onde ocorre a fusão dos gametas (espermatozóide e óvulo), formando um novo ser, o embrião. A partir daí surge uma sucessão de fatos para o desenvolvimento do “novo ser” cessando somente com a sua morte.

Nesse sentido o autor Almeida (2000) :

*Os óvulos são produzidos por dois ovários, localizados na cavidade pélvica, um de cada lado do útero. Por ocasião da ovulação, o óvulo é liberado do ovário e passa por dentro de um dos tubos uterinos em forma de trompa. Esses tubos abrem-se nos cantos superiores do útero. (Almeida, 2000,p.109)*

*Os espermatozóides são produzidos nos testículos, duas glândulas localizadas no escroto. Cada testículo consiste em muitos túbulos seminíferos que produzem os espermatozóides. (Almeida, 2000,p.109)*

O embrião ficará no útero, onde será alimentado, até seu nascimento.

Desde o início da vida, o embrião já tem determinada todas as suas características pessoais, como a cor da pele e dos olhos, o sexo e até mesmo doenças genéticas.

Destarte, o autor Darnival da Silva Brandão:

*“A vida humana biologicamente é o seu corpo, e esse é inicialmente formado na fusão dos gametas. O genoma<sup>1</sup> é a estrutura fundamental, permanente e necessária para o desenvolvimento rigorosamente orientado do novo ser. O zigoto, portador desse genoma, é o sujeito do seu próprio desenvolvimento, é o detentor e o executor do seu programa genético através de uma realização coordenada, contínua e gradual” (Brandão et al., 1999)*

Com a fusão dos gametas, dá-se origem a uma unidade denominada *zigoto ou embrião unicelular*, o zigoto possui todas as informações genéticas que ditará seu desenvolvimento e suas características como dito acima.

Após esta fase, de acordo com o autor Nalini (1999, p.271), os genes começam a expressar suas informações sintetizando RNA<sup>2</sup> mensageiro a partir do DNA<sup>3</sup>, logo após a fertilização. A ativação de genes no embrião ocorre antes da primeira divisão celular, que se dá de 15 a 20 horas após a fertilização. O zigoto, portanto, começa a existir e a operar como uma unidade desde o momento da fecundação.

É a expressão de seus genes que controlará todos os aspectos da embriogênese, seu desenvolvimento, crescimento e metabolismo. Cada embrião possui uma combinação genética singular. Nunca ocorreu nem ocorrerá outro genoma igual.

Muitos desses seres humanos morrem nos primeiros dias por não conseguir se fixar na parede do útero, sendo expelido naturalmente pelo corpo. Por esta razão, uma das teorias da vida diz que a vida Humana se origina na gastrulação<sup>4</sup>, nesta fase o embrião é menor que a cabeça de um alfinete e não pode mais se dividir dando origem a outros indivíduos. É denominada teoria da *nidação*, que ocorre quando o óvulo fecundado fixa-se no endométrio, parede interna do útero.

---

<sup>1</sup> O genoma (conjunto de genes de uma espécie) está contido na área da ciência denominada genética, que é responsável pelo estudo da reprodução, herança, variação e de aspectos relacionados à descendência.

<sup>2</sup> RNA (ácido ribonucléico)

<sup>3</sup> DNA (ácido desoxirribonucléico)

<sup>4</sup> Fase que ocorre na segunda semana de gravidez, quando o embrião se fixa ao útero da mãe.

De acordo com esta teoria, muitos médicos defendem a pílula do dia seguinte, pois esta dificulta a fecundação, causando uma descamação na parede do útero.

Embasando-se neste argumento muitos países despenalizam o aborto praticado nesta época e o uso de contraceptivos de emergência, já que o mesmo é usado até 72 horas após a relação sexual e nesta fase não podemos dizer com certeza que há uma vida sendo gerada, mas apenas “*uma mera expectativa de vida*”

Outra teoria acredita que a mesma regra usada para morte pode se aplicar para o início da vida, sendo levado em conta se o embrião possui ou não, atividade cerebral, o que podemos denotar desde a oitava semana, embora outra teoria defenda que apenas na vigésima semana, pois é nessa fase que se origina a vida, o feto apresenta sinais sensoriais.

De acordo com esta última teoria, os bebês retirados até a oitava semana, o que é mais freqüente, não pode ser considerado aborto. Por esse e muitos motivos como já expomos, muitas são as terias de início da vida. Em muitas religiões, por exemplo, alguns consideram que a vida é a partir da fecundação, não diferenciando um zigoto de três dias e um feto de nove meses.

Desde a concepção, o embrião passa por várias fases, sendo estas contínuas, não pode ser supridas qualquer uma delas. Para facilitar este entendimento, José Roberto Goldim apresentou uma tabela com alguns dos critérios para estabelecer o início da vida de um ser humano. (Ver tabela I: anexo A)

### **1.2.1 Teorias do início da vida**

Vamos ver então as teorias da vida, conforme reportagem da revista super interessante (2005, p.58 e 59):



De acordo com a Visão genética, a vida humana tem início na fertilização, quando espermatozóide e óvulo se encontram e combinam seus genes para formar um indivíduo com um conjunto genético único. Assim é criado um novo indivíduo, um ser humano com direitos iguais de qualquer outro. É também opinião da igreja Católica.

Para a visão Embriológica a vida começa na 3ª semana de gravidez, quando é estabelecida a individualidade humana. Isso porque até 12 dias após a fecundação o embrião ainda é capaz de se dividir e dar origem a duas ou mais pessoas. É essa idéia que justifica o uso da pílula do dia seguinte e contraceptivos administrados nas duas primeiras semanas de gravidez.

Na visão Neurológica, o mesmo princípio da morte vale para a vida, ou seja, se a vida termina quando cessa a atividade elétrica do cérebro, ela começa quando o feto apresenta atividade cerebral igual à de uma pessoa. O problema é que essa data não é consensual. Alguns cientistas dizem haver esses sinais cerebrais já na oitava semana de gravidez e outros dizem ser na vigésima semana.

A visão Ecológica, diz que, a capacidade de sobreviver fora do útero é que faz do feto um ser independente e determina o início da vida. Médicos consideram que um bebê prematuro só se mantém vivo se tiver os pulmões prontos, o que acontece na vigésima e vigésima quarta semana de gravidez. Este foi o critério adotado pela Suprema Corte dos Estados Unidos (EUA) na decisão que autorizou o direito de aborto.

E por fim, a visão Metabólica, afirmando que a discussão sobre o começo da vida é irrelevante, uma vez que não existe um momento único no qual a vida tem início. Para esta corrente, espermatozóides e óvulos são tão vivos quanto qualquer pessoa. Além disso, o desenvolvimento de uma criança é um processo contínuo e não deve ter um marco inaugural.

Essas são algumas visões sobre as teorias do início da vida, não que sejam as mais corretas ou absolutas, são apenas formas de ver o início da vida.

### 1.2.2 Teorias de início da vida sob a ótica religiosa

Ainda, temos os pontos de vista das religiões sobre a vida, conforme a reportagem da revista Super Interessante (2005, p.61):

No Catolicismo a vida começa na concepção, quando o óvulo é fertilizado formando um ser pleno e não um ser humano em potencial. Por mais de uma vez o Papa Bento XVI reafirmou a posição da igreja católica contra o aborto e a manipulação de embriões. Segundo o Papa, o ato de “negar o dom da vida, de suprimir ou manipular a vida que nasce é contrário ao amor humano”

No Judaísmo “a vida começa apenas no 40º dia, quando acreditamos que o feto começa a adquirir forma humana” diz o Rabino Shama de São Paulo. “antes disso, o aborto não é considerado homicídio. Dessa forma, o judaísmo permite a pesquisa de células tronco e o aborto quando a gravidez envolve risco para a mãe ou resulta de estupro.

No Islamismo, o início da vida acontece quando a alma é soprada por Alá no feto, cerca de 120 dias após a fecundação. Mas há estudiosos que acreditam que a vida tem início na concepção. Os Muçulmanos condenam o aborto, mas muitos aceitam a prática principalmente quando há risco para a vida da mãe. E tendem a apoiar o estudo com células tronco embrionárias.

No Budismo, a vida é um processo contínuo e ininterrupto. Não começa na união de óvulo e espermatozóide, mas está presente em tudo o que existe – nossos pais, nossos avós, as plantas, os animais e até a água. No Budismo, os seres humanos são apenas uma forma de vida que depende de várias outras. Entre as correntes Budistas, não há consenso sobre o aborto e pesquisas com embriões.

No hinduísmo, a alma e a matéria se encontram na fecundação e é aí que começa a vida. E como o embrião possui uma alma, deve ser tratado como humano. Na questão do aborto, hindus escolhem a ação menos prejudicial a todos os envolvidos, a mãe, o pai, o feto e a sociedade. Assim, em geral, se

opõem a interrupção da gravidez, menos em casos que colocam em risco a vida da mãe.

### **1.3 Breve considerações da vida na Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica**

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 avançou em relação aos textos constitucionais anteriores. O caput do art. 5º garante o direito à vida, dentre outros Direitos Humanos Fundamentais.

A vida que a Constituição se preocupa em tutelar, não é somente a vida digna, mas qualquer vida humana, mesmo com imperfeições e anomalias. Por isso o Código Civil Brasileiro, consoante com a nossa Carta Maior, tutela a vida e o nascituro desde a sua concepção.

A Constituição Brasileira ratificou no ano de 1992 o *Pacto de San José da Costa Rica*, estando assim de acordo com as normas Internacionais a que se referem o Pacto. Esse preceito foi ratificado por força do parágrafo segundo do art. 5º da Constituição:

*“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.*

A ratificação do Pacto de *San José da Costa Rica* colocou fim às discussões sobre o direito à vida e o aborto. Já não se enfatiza mais no Direito Humano o princípio da igualdade e sim dos mais fracos, pois nem todos são iguais, devendo assim serem tratados diferentemente de acordo com a sua situação.

O *Pacto de San José da Costa Rica* foi ratificado pela nossa Constituição, pondo fim as discussões acerca da vida e possibilidade de aborto.

*O art. 4º, inciso I da Convenção Interamericana de Direitos Humanos Subscrita pelo Brasil em 22 de novembro de 1969 e ratificada em 25 de setembro de 1992, dispõe: Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. (nalini, 1999)*

Mesmo com toda proteção ao nascituro, no Brasil há hipóteses onde o aborto é legalizado, são elas a do aborto necessário, onde não há outro meio de salvar a vida da mãe e se a gravidez resulta de estupro, estudaremos com mais profundidade no capítulo III, onde trataremos do tema aborto.

## **1.4 Fim da vida**

A vida cessa com a morte, todos nós sabemos que um dia morreremos, mas ainda apresentamos muita dificuldade de lidar com esta situação, seja pelo sentimento, pela incerteza do que acontece após este fato ou até mesmo para comprovar se ocorreu ou não a morte.

A Revista super interessante (2005 p. 48) traz uma reportagem sobre a história da morte, onde começaram as dúvidas sobre a morte no século XVIII, quando pessoas enterradas vivas assustavam a Europa. Em 1740, o anatomista, Jacques Bénigne Winslow publicou artigo levantando dúvidas sobre como comprovar que alguém estava morto. Em 1785, o médico Britânico Willan Tossach provou que um homem afogado (e dito morto) poderia ser ressuscitado ao encher seus pulmões de ar.

Nesse período foram inventados os mais bizarros métodos para verificar o óbito. A técnica do médico francês Jean Baptiste Vincent Laborde consistia em

puxar a língua do defunto por 3 horas. Mais tarde, ele inventaria uma máquina à manivela que executava a tarefa. Para a elite da época, o medo de ser enterrado vivo justificaria qualquer esforço.

A maioria dos médicos da época, mantinham-se fiel à antiga técnica da putrefação. Na Alemanha, cidades construía câmaras mortuárias onde os cadáveres eram vigiados e mantidos até começarem a apodrecer. Apenas em 1846, começaram a ser estabelecidos os critérios para determinar o fim da vida. Naquele ano, o francês Eugene Bouchut ganhou um prêmio da 'Acadêmia de Ciências de Paris pelo "melhor trabalho sobre os sinais da morte e a forma de prevenir sepultamentos prematuros". Sua proposta: observar durante 10 minutos 3 sinais de morte – ausência de respiração, dos batimentos cardíacos e da circulação. "Essa ficou conhecida como a tríade de Bouchut e passou a ser adotada pela medicina de um modo geral", diz Marcos de Almeida, professor de medicina legal e bioética da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp). Foi assim que o coração ganhou status de órgão principal da vida e sua parada, uma indicação definitiva da morte.

Mas no final do século XIV, o legista Paul Brouardel, verificou que o coração de pessoas decapitadas continuava a bater por até uma hora. Concluiu, então, que a morte não era uma questão de coração e pulmão, mas de sistema nervoso central. Ou seja, é impossível que um indivíduo sobreviva sem cabeça, ainda que seu coração funcione.

A observação de dano ao sistema nervoso central foi somada à tríade: se, sob um forte feixe de luz, a pupila estiver dilatada, quer dizer que as funções neurológicas não existem mais. É sinal de morte.

Com o avanço da medicina, há formas de prolongar a vida mantendo os órgãos em pleno funcionamento, reduzindo o número de mortos, como no uso de respiradores artificiais, ou ainda, mantendo os órgãos de uma pessoa para serem transplantados.

As pesquisas de células troncos e o aborto também tem causado polêmica sobre quando um indivíduo pode ser considerado morto. Os juristas têm

enfrentado problemas para definir o momento da morte, em nossa legislação é adotada lei de transplantes (lei 9.434/97, alterada pela lei 10.211/01), adotando o critério da morte encefálica.

[...] como os programas de transplantes exigem órgãos íntegros, viáveis, hígidos, perfundidos e funcionando por ocasião da morte encefálica para o seu sucesso, fez-se necessária uma uniformização de conceitos, no sentido de saber-se em que momento pode considere-se legítimo extrair os órgãos de uma pessoa aparentemente morta, com certeza que suas funções vitais hajam cessado total e permanentemente, garantindo aos doadores de órgãos *post mortem* a segurança de que o diagnóstico de morte não será abreviado ou confundido com o coma. (Bandeira, 2001, p.95)

O Código de Processo Penal (2005), em seu artigo 162, diz que a autópsia deve ser feita pelo menos seis horas depois do óbito, não definindo o conceito de morte ou quando ocorre. Da mesma forma o Código Civil (2003) dispõe em seu artigo 6º, apenas, que a existência da pessoa natural termina com a morte. A Lei de transplantes (anexo 1) define como critério a morte encefálica, estabelecendo que o conselho Federal de Medicina é quem determinará quais são os critérios para a caracterização da morte, conforme o art. 3º:

“ A retirada *pos mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico 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”

Desde 1968, do comitê da Escola de Medicina de Harvard, o coração deixou de ser órgão central da vida e a falta de batimentos cardíacos, a representação da morte. Elegeu-se em substituição, o cérebro, de forma que a morte passou a ser definida como a abolição total da função cerebral, “o que importa a perda da função integradora do organismo como um todo, por parte do

sistema nervoso central e inclui o comprometimento de todo o encéfalo, do tronco encefálico e de outras funções neocorticais”. (RT ,2005, p.404)

O estado vegetativo permanente (EVP), resulta lesões graves no córtex<sup>5</sup> cerebral, assim uma parte do cérebro não funciona (córtex) podendo, no entanto, manter os sinais vitais do paciente, como circulação, respiração, o qual, continua a ter reflexos neurológicos.

John Rodrigues, presidente da empresa de Crionica Trás Time Inc, trouxe em seu artigo “a erosão da morte” (2006) que, logo depois da proposta padrão de morte cerebral, formaram-se grupos para discutir quanto o cérebro precisava estar destruído para que um paciente fosse considerado morto. Veatch (1975) abriu a discussão dizendo que seres humanos deveriam ser declarados mortos quando tiverem perdido a capacidade de interagir significativamente com os outros humanos. Veatch recebeu o apoio de um grupo de “neocorticalistas<sup>6</sup>”. Esses afirmaram que o limite legal da morte deveria ser o estado de inconsciência permanente, que marca a morte da pessoa.

A teoria da morte neocortical, traz casos que a situação do indivíduo não se acomoda neurologicamente, o estado torna-se imutável , não terá mais condições de interagir com o mundo exterior, tornando-se um ser vegetativo apenas. Assim ocorre no Estado Vegetativo Permanente, a pessoa fica totalmente inconsciente, sendo um estado irreversível, e é nesta irreversibilidade que se baseia esta teoria.

A morte neocortical, é aceita em muitos países, no Brasil este conceito de morte é ainda recente mas, está sendo acatado por muitos autores e médicos. Apoiando-se em doentes que estão em Estado vegetativo Permanente. Nesses casos, faltam as funções nobres dos homens, como por exemplo, interagir com o mundo exterior. Por não funcionar parte do cérebro, estes doentes são levados a um estado irreversível, diferentemente do coma, com o qual não podemos confundir.

---

<sup>5</sup> O córtex cerebral corresponde à camada mais externa do cérebro, sendo rico em neurônios e o local do processamento neuronal mais sofisticado.

<sup>6</sup> Grupo de médicos que apóiam a teoria da morte neocortical.

O coma, segundo o Professor Doutor Luiz Alcides Manreza (2006), representa uma insuficiência cerebral, com falência dos mecanismos da manutenção da consciência.

O comprometimento da consciência, reduzido ou abolido, implica acentuada disfunção cerebral e exigirá atenção médica urgente, o tecido nervoso é extremamente vulnerável a danos físicos e metabólicos, evoluindo a lesões irreversíveis com facilidade. Várias condições podem prejudicar o cérebro resultando em diminuição progressiva do nível de consciência até o coma.

O coma seria então definido como um estado patológico de rebaixamento do nível de consciência, do qual não é possível o indivíduo ser tirado, nem mesmo com estímulos dolorosos. É chamado de patológico porque não faz parte da vida normal, sendo consequência de alguma doença ou alteração no cérebro da pessoa, mas na maioria das vezes, um estado reversível.



## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A evolução histórica dos Direitos Humanos fundamentais foi trazida pelo artigo da Sociedade Catarinense de Direitos Humanos (Direitos Humanos, 2005) de uma forma sucinta e clara que veremos a seguir:

Os direitos traduzem com fidelidade o seu tempo. As inquietações daquele exato momento histórico são, portanto, resultado de um dado momento na evolução da mentalidade dos seres humanos, podendo, por vezes, parecer eventualmente absurdos, excessivamente dogmáticos, rígidos ou lúcidos e liberais, mas em seu permanente movimento, serão sempre a tradução mais autêntica de um povo.

Segundo Rudolf Von Jhering, em A evolução do Direito:

“Um problema insolúvel o de indagar o que é que constitui o conteúdo do direito, porque ele é eternamente variável.”

“O direito não exprime a verdade absoluta: a sua verdade é apenas relativa e mede-se pelo seu fim. E assim é que o direito não só pode mas deve mesmo ser infinitamente variado.” (Rudolf Von Jhering – A Evolução do Direito)

Até a produção dos primeiros códigos, os governantes exerciam seu poder despoticamente, sem qualquer limitação, variando as suas decisões - e mesmo alguns princípios e leis esparsas existentes - de acordo com a vontade e o humor do momento.

Deste modo, os súditos não contavam com qualquer referência comportamental que lhes garantisse os direitos mais fundamentais. Nesse aspecto, a obediência através do temor exigia ser absoluta, sem qualquer restrição ou hesitação.

A lei de Talião, antiga pena proveniente do chamado direito vindicativo - que constituía em infligir ao condenado mal completamente idêntico ao praticado - colaborou com todas as primitivas ordenações jurídicas através do princípio: “olho por olho, dente por dente, braço por braço, vida por vida.”

Tal princípio foi absorvido tanto pela legislação mosaico (Êxodo - XXI, 22-25) quanto pelo Alcorão

Em sua maioria inspirados pelos deuses, os déspotas oniscientes ordenaram a confecção de leis e códigos que foram espelhos de suas épocas, até porque a lei é, invariavelmente, a expressão do poder de quem a faz.

O próprio “Código de Hamurabi” (1690 a.C.) exhibe a figura de Schamasch, o deus Sol, confiando à capacidade do imperador a garantia do toque divino ao ordenamento jurídico então imposto.

Em seu livro, A origem dos direitos dos povos, o autor Jayme de Altavila diz:

“O direito começava a viver entre os homens, procedente dos deuses, por dádivas divinas, através dos profetas-estadistas e dos soberanos tocados da luz dos primeiros esclarecimentos jurídicos.”

Mesmo os legisladores da Revolução Francesa invocaram os auspícios divinos para inspirar suas pretensões.

“Para fundar os direitos do homem, Paine oferece uma justificação - e não podia então ser de outro modo - religiosa. Segundo ele, para encontrar o fundamento dos direitos do homem, é preciso não permanecer na história, como fizera Burke, mas transcender a história e chegar ao momento da origem, quando o homem surgiu das mãos do Criador.”

A influência filosófico-religiosa se manifestou identicamente no Oriente com a mensagem de Buda (500 A.C), fundamentada na igualdade entre todos os homens.

A civilização oriental e o Islã ajudam a compor o panorama de uma civilização global.

Desde que sentiram a necessidade da existência do direito, os homens começaram a converter em leis as necessidades sociais, deixando para trás a era da prevalência da força física e da esperteza com as quais se defenderam desde as cavernas.

A afirmação do direito se dá com sua projeção em todas as partes do mundo antigo através das religiões que facilitam sua identificação com os princípios morais estabelecidos, bem como sua assimilação e seguimento.

Nessa linha de argumentação, surge um novo paradoxo, desta feita, verificado a partir da confrontação do dogma religioso, de conteúdo sagrado e estático, com a lei profana, de características dinâmicas e evolutivas. Inversamente, pode-se perceber a existência de um outro paradoxo: os Direitos Humanos representam uma imperatividade absoluta, e a ética e a moral se traduzem pela relatividade e pela adaptação às circunstâncias temporais e espaciais.

Do ponto de vista teórico, os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

A partir de um determinado momento a palavra oral já não mais bastava para justificar e garantir os seus atos, surgindo daí a produção da lei escrita manifestada inicialmente através de inscrições no barro e em papiros, bem como gravadas em ossos de animais.

A partir do século XVI, mas principalmente nos séculos XVII e XVIII. A doutrina jusnaturalista, de modo especial por meio das doutrinas contratualistas,

chega a seu ponto culminante de desenvolvimento. Paralelamente, ocorre um processo de laicização<sup>7</sup> do direito natural, que atinge seu apogeu no iluminismo, de inspiração jusnaturalista. Cumpre referir, neste contexto, os teólogos espanhóis do século XVI (Vitória Y lãs Casas, Vázquez de Menchaca, Francisco Suarez e Gabriel Vázquez), que pugnaram pelo reconhecimento de direitos naturais dos indivíduos, deduzidos do direito natural e tidos como expressão da liberdade e dignidade da pessoa humana.

Para Kant, todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade encontrando-se limitados apenas pela liberdade coexistente nos demais homens.

## **2.1 - Classificação Dos Direitos Humanos Fundamentais**

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II (MORAES, 2004, p. 61) os direitos e garantias fundamentais, dividindo-se em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

Modernamente, podemos apresentar a classificação dos direitos humanos fundamentais de Primeira dimensão (geração), Segunda dimensão, Terceira dimensão e alguns doutrinadores já trazem a Quarta, Quinta e até Sexta Geração.

A expressão "geração de direitos" tem sofrido muitas críticas da doutrina nacional e estrangeira. É que o uso do termo "geração" pode dar a falsa impressão da substituição de uma geração por outra, o que não é verdade, já que, os direitos não substituem uns aos outros e muito menos desaparecem com o surgimento de uma nova dimensão de direitos. O processo é de acumulação e não de sucessão.

---

<sup>7</sup> Este termo, foi usado para a redução do clero ao estado laical, tem sido entendido sobretudo como atuação inspirada pelo laicismo ou a ele conducente.

Outra idéia é a de que uma nova geração só possa surgir quando a outra já estiver em plena eficácia, em plena aplicação, dificultando, assim, o reconhecimento de novos direitos, sobretudo nos países subdesenvolvidos, onde alguns nem mesmo conseguiram atingir direitos de Primeira Dimensão, mas já possuem tecnologia suficiente para apresentar a Quarta Dimensão.

Não importa em qual dimensão os países se encontram, alguns por sua cultura, outros por serem subdesenvolvidos ainda não evoluíram em certas dimensões, entretanto, isso não impede os mesmos de passarem para outras dimensões sem que tenha atingido um nível satisfatório na anterior.

Até em países desenvolvidos, como nos Estados Unidos, ainda não se aceita pacificamente a idéia de que os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais, apesar de inúmeras Constituições de Estados-membros consagrarem em seus textos direitos dessa espécie. (DIREITOS, 2004)

Dessa forma, há países que ainda não atingiram sequer os direitos de primeira geração e já podemos notar, direitos de terceira geração, sendo assim alguns doutrinadores adotaram o termo “dimensão” no lugar de “geração”.

As gerações foram reconhecidas através de muitas lutas políticas, essa classificação é útil tendo em vista a evolução e progressão dos direitos humanos fundamentais.

É importante, entretanto, notar que da classificação em gerações não deve ser deduzido nem que uma geração surge naturalmente do desenvolvimento da anterior, como nos seres vivos, nem que o surgimento de uma nova geração torna a anterior obsoleta. Ao contrário, a Assembleia Geral da ONU já reiteradamente afirmou a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. No mesmo diapasão, a mais atual literatura a respeito ressalta, com base nos princípios da expansão e melhoria em grau e extensão da proteção conferida pelos direitos humanos e da aplicação da norma mais favorável ao protegido, a complementaridade e a necessidade de uma interpretação harmonizante entre as diversas gerações, assim como entre os diversos instrumentos normativos (TRINDADE, p. 971).

### **2.1.1 – Direitos de primeira dimensão**

Primeira dimensão (geração), teve início com a Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade, são os direitos civis e políticos, compreendem as liberdades Clássicas, negativas ou formais, enfatizam o princípio da Liberdade. Refletindo o individualismo liberal-burguês emergente dos séculos XVII e XVIII, os direitos que a compõem tendem a impor obrigações negativas, ou seja, abstenções, ao invés de intervenções ao Estado e têm mais um sentido de “liberdade de” que de “direito a”. São direitos de titularidade individual, embora alguns sejam exercidos em conjuntos de indivíduos.

Essa geração inclui os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo face a perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições.

### **2.1.2 – Direitos de Segunda Dimensão**

Direitos de Segunda dimensão são os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas, acentuam o direito da igualdade estes direitos decorrem de aspirações igualitárias historicamente vinculadas a movimentos socialistas e comunistas do século XIX e início do XX.

Têm por objetivo garantir aos indivíduos condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para o pleno gozo dos direitos de primeira geração e, por isso, tendem a exigir do Estado intervenções na ordem social

segundo critérios de justiça distributiva. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

### **2.1.3- Direitos de Terceira Dimensão**

Direitos de Terceira dimensão, são chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, interligando e reformulando os valores defendidos pelas gerações anteriores englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz e a outros direitos difusos. Por isso mesmo, são considerados direitos coletivos por excelência, sua concretização depende de um esforço coordenado em nível mundial sem precedentes e ainda por ser realizado. Três deles refletem a emergência do Terceiro Mundo no cenário político mundial: o direito à auto-determinação política, econômica, social e cultural dos povos; ao desenvolvimento econômico e social; à participação nos benefícios da herança comum da humanidade (recursos compartilhados terrestres e extra-terrestres; informações e progresso científico e tecnológico; e tradições, sítios e monumentos culturais). Os outros três derivam justamente da atual percepção da insuficiência e impotência dos Estados face às atuais ameaças mundiais: direito à paz, ao socorro humanitário em casos de desastres e a um meio ambiente sadio (Bonavides, 1997, : p 523).

### **2.1.4 – Direitos de Quarta Dimensão**

Há doutrinadores que já trazem os direitos de quarta dimensão, no entanto, ainda se aguarda a consagração dessa dimensão na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas.

A quarta dimensão diz respeito a globalização dos direitos fundamentais, é composta pelos direitos à democracia direta (Direito à informação, à democracia direta e ao pluralismo). Já se fala ainda em direitos de quinta, sexta e até sétima gerações, surgidas com os avanços tecnológicos (cibernética) e com as descobertas da genética (bioética).

Segundo posicionamento de Bonavides, apud Sarlet (1991, p. 55) há a existência de uma quarta dimensão, sustentando que esta é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, na sua opinião à derradeira fase de institucionalização do Estado Social (Direitos a Informação e democracia Direta).

[...] Contudo esta democracia esta longe de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno e internacional 'compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política.' (SARLET, 1991,p. 55)

Destarte, ainda está muito longe de ocorrer a globalização política, a luta pelo poder é muito grande nos países, muitas guerras ainda ocorrem e até mesmo dentro dos países, não existe a globalização política.

O direito à informação, nos dias atuais, é bem maior que no passado, hoje através da internet podemos acessar jornais e ver notícias de todos os países, ficando mais fácil, rápido e acessível, ter informações sobre os mais variados assuntos.

A quarta dimensão de Direitos Humanos Fundamentais, não se trata apenas de um tipo de informação específica, mas sim uma globalização de informações onde países estejam interligados uns com os outros, mas sem que isto cause mortes e guerras, tendo o povo um futuro de cidadania e liberdade.



## **2.2 Direitos Humanos Fundamentais na Constituição Federal**

Podemos compreender que os direitos humanos fundamentais estão tutelados em nossa carta maior, nesta temos os direitos e garantias individuais. Segundo Canotilho, apud Moraes (2004, p.64), as garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção de seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais para esta finalidade. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens.

Assim sendo, não podemos fazer nenhum tipo de distinção entre as pessoas, pois, a Constituição Federal em seu art. 5º afirma que todos são iguais perante a lei, garantindo desta forma, aos brasileiros, estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, a igualdade, à segurança e à propriedade. Visa salientar que estes direitos não são absolutos e que em alguns casos pode até um direito se sobrepor ao outro, por exemplo, nos casos de estupro, a mãe pode abortar, no crime, pode ter a liberdade restringida, a propriedade por interesse público pode ser desapropriada.

### **2.3 Direito à Vida**

O direito a vida é reconhecido pela doutrina como Direito Humano Fundamental de primeira dimensão, sendo ele o maior e mais importante dentre todos.

Este direito nem sempre foi tutelado, ou mesmo sendo pelas constituições passadas não era dado o valor que a vida tem hoje, a Constituição Federal de 1988, trouxe um diferencial em seu art. 5º:

*“ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à **vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (grifo nosso)*

Segundo Nalini (*et al* 1999, p.267), o direito à vida é garantido, e não se qualifica esta vida, como se pretendeu nas discussões pré-constituintes. O Estado brasileiro garante não só a vida digna, mas qualquer vida humana. Ainda que imperfeita, ainda que submetida a limitações, a vida de qualquer criatura humana está protegida pela ordem fundante. Vida sem qualitativos.

Desta feita, desde a concepção ,a vida é protegida em todos seus aspetos pela nossa carta Maior, não dando a ninguém o direito de tirar uma vida, este é um direito inviolável e indisponível, ou seja, não podemos dispor deste direito, condenando assim o aborto, o homicídio e a eutanásia.

Para usufruir dos direitos humanos fundamentais é necessário a vida, por isto esta é protegida integralmente, uma proteção plena, onde até mesmo os abortos legais, são tidos por inconstitucionais, porém em alguns casos, o princípio da dignidade humana se sobrepõe ao da vida, como veremos adiante.

O direito de nascer de uma criança encontra-se amparado pelo artigo 227 da Constituição Federal, onde, “é assegurado a criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

Não podendo assim, violar estes direitos. As crianças desde o seu nascimento deverão ser acompanhadas pela sociedade e pelo Estado como forma de garantir desenvolvimento e sua qualidade de vida.

Nossa Magna Carta, não deixa margem de dúvidas sobre a proteção à vida, foi ratificado o *Pacto de São José da Costa Rica*. O artigo 4º inciso I, da convenção Interamericana de Direitos Humanos, dispõe que: “toda pessoa tem direito que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em regra, desde o momento da concepção, ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”.

De acordo com José Renato Nalini( 1991, p. 268), ao ratificar o *Pacto de São José da Costa Rica*, avança-se qualitativamente no alinhamento Brasileiro ao sistema internacional de direitos humanos. Sistema de maior abrangência em reação ao clássico Direito Internacional Público. Já não vigora entre os direitos humanos, o princípio da igualdade entre os sujeitos, o ser desprotegido, indefeso, apenas concebido está a merecer tal proteção jurídica. Assim como as vítimas do infanticídio, da eutanásia, da tortura, dos maus tratos e de quantas outras lesões à vida e a incolumidade das pessoas se puder imaginar.

## **2.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

A dignidade da pessoa humana é um direito inviolável. Tudo que existe no mundo deve ser usado em proveito da humanidade e nunca para rebaixar-la ou diminuir a sua dignidade.

Na verdade não há consenso sobre a dignidade da pessoa humana, podemos observar que até mesmo a vida e a morte podem ser vista sobre vários aspectos e pontos de vistas. Assim também é com a dignidade da pessoa humana, onde deve ser analisado sempre o caso real.

Podemos dar como exemplo, o aborto em caso de estupro que pode ser realizado mesmo o feto não tendo culpa, sendo um “ser” perfeito. Ainda assim, pode ser realizado o aborto, como veremos mais detalhadamente em seu capítulo específico.

Neste caso acima, prevalece o princípio da dignidade da pessoa humana, para que a mãe não veja o feto e lembre do que lhe ocorreu, seja também por qualquer outro motivo de foro íntimo que leve a mãe a prática de tal ato, podendo ela agir desta forma, pois esta tutelada pela legislação Brasileira.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p 101), todos os direitos humanos fundamentais carecem do Princípio da dignidade da pessoa humana, pois todos eles tem elementos comuns com este. A Constituição Federal, em seu art. 2º inciso III, traz o Princípio da Dignidade Humana, que não foi previsto em Constituições anteriores a esta.

A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é relativamente recente, ainda mais em se considerando as origens remotas a que pode ser reconduzido. [...] tão somente a partir da Segunda Guerra Mundial, o valor fundamental da dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecido expressamente nas constituições, de modo especial após ter sido reconhecido pela declaração universal da ONU de 1948. (SARLET, 2001 p. 105)

Mesmo assim, muitos Estados integrantes da comunidade internacional não chegaram a inserir o princípio da dignidade da pessoa humana em seus textos constitucionais.

Ainda de acordo com o autor acima citado (2001, p 104), no âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, destacou-se neste período os nomes de Samuel Pufendorf, para quem mesmo o monarca, deveria respeitar a dignidade da pessoa humana, considerada como a liberdade do ser humano em optar de acordo com sua razão e de agir conforme seu entendimento e sua opção, bem como Emmanuel Kant, cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta, (a autonomia), como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o homem (o indivíduo) não pode ser tratado – nem por ele próprio como mero objeto.

Embora haja a tentativa de conceituar a dignidade da pessoa humana, não há uma definição exata. Podemos tratar este princípio de forma vaga para que

seja aplicada em casos que ocorrem no dia a dia e mesmo distante da conceituação é clara e evidente a existência deste princípio e a violação constante a ele. Tanto é que se não fosse preciso ele não estaria tipificado em nossa Carta Maior.

A dignidade da pessoa humana é inerente a pessoa e assim como outros princípios é irrenunciável e inalienável, é uma característica intrínseca do ser humano. Ivo Wolfgang, ao tratar do assunto, diz que:

[...] é algo que se reconhece, respeita e protege, mas que não possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. Não é, portanto, sem razão que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica de dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida de valor próprio, da natureza do ser humano. (SARLET, 2001 p. 106)

Podemos também apontar a dignidade da pessoa humana como algo inerente a natureza do homem, de acordo com a sua cultura, seus costumes e sendo assim, é dever do Estado assegurar esta dignidade.

Não podemos deixar que uma pessoa sofra imposições feitas pelo Estado, por qualquer outro particular, ou por ele mesmo, que fira sua dignidade.

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana é um princípio difícil de conceituar por ser abstrato, mas fácil de ser constatado no caso concreto, como por exemplo, protegendo a integridade física, moral e psíquica, proibindo a pena de morte, qualquer tipo de tortura, a eutanásia, e qualquer outro ato que traga o sofrimento a pessoa e/ou a leve a ser tratada como mero objeto.

### **3.Aborto**

#### **3.1- Origem Histórica do aborto**

A prática abortiva era comum entre os povos antigos, segundo Nelson Hungria (1958) apud Nogueira (1995, p. 03), o aborto entre os Hebreus só foi punido muito depois da lei mosaica, onde a interrupção da gravidez era considerada ilícita, até então só era punido o aborto ocasionado, ainda que involuntariamente, mediante violência. Entre os gregos o aborto não era punido. Enquanto Licurgo e Sólon e Hipócrates o proibiam, Aristóteles e Platão o consentiam, para o primeiro, o aborto poderia ocorrer desde que o feto ainda não tivesse alma, para o segundo a mulher poderia abortar desde que concebesse depois dos quarenta anos.

Na antiguidade haviam controvérsias sobre o aborto. Permitiam o aborto quando o feto não tivesse vida. Atualmente não há mais controvérsias pois com os avanços científicos pode se constatar a vida ou não do feto, e ainda, não existe distinção de idade para mulher ter filhos, mesmo com uma idade mais avançada ela poderá engravidar.

O direito Romano, de início, não estabelecia qualquer punição ao aborto. Somente depois, com o cristianismo é que o império romano, com a força religiosa passou a punir a prática do aborto.

É clara a influência que a igreja católica trouxe na punição do aborto desde os tempos antigos até os dias atuais.

Segundo Bitencourt (2003, p. 156) nosso Código Penal do Império (1830) previa a criminalização apenas do aborto praticado por terceiro e não do auto-aborto. Nota-se que o interesse da gestante estava em primeiro lugar, que o

direito a liberdade se sobrepunha ao direito à vida, considerando a prática delituosa apenas o aborto praticado por terceiros.

A punição do auto-aborto aparece pela primeira vez no Código Penal de 1940, cuja parte especial vige até os dias de hoje, estabelecendo causas de exclusão de antijuridicidade.

### **3.2 – Argumentos favoráveis e desfavoráveis ao aborto**

A discussão sobre a prática ilegal do aborto continua provocando controvérsias, muitas campanhas, movimentos feministas e até os meios de comunicação têm se manifestado em favor do aborto. Em muitos países o aborto não é criminalizado.

Como salienta o professor Paulo José da Costa Jr. (1998) apud nogueira (1995, p. 03)

nas legislações atuais, há três tendências. Uma bastante restritiva, como se faz notar no código Penal vigente. Outra mais permissiva que consente o aborto num maior número de casos (prole numerosa, idade avançada da mulher, morte ou incapacidade do pai, mulher não casada, possível deformação do feto, incapacidade física ou psíquica da mulher). Um terceiro grupo de leis, bastante liberais, confia a decisão à mulher e permite que o médico decida quanto ao aborto. É o critério adotado por países como Japão, Suécia, a Hungria, e a Rússia onde o índice de natalidade é baixo e as taxas de abortos legais são muito grandes.

Nos Estados Unidos é permitido o aborto nos três primeiros meses de gestação, mas essa discussão sempre vem a tona com argumentos favoráveis e desfavoráveis, em alguns Estados permitem o aborto e em outros não. No Brasil apesar de proibido o aborto, estima-se que o número de abortos clandestinos anuais, seja em média de três milhões.

### 3.2.1 Argumentos favoráveis ao aborto

Segundo Nogueira (2003, p.04-09), aqueles que se apegam ao aborto se apegam aos seguintes argumentos:

1- A mulher tem o direito de dispor de parte do seu corpo, e o ser em gestação nada mais é do que simples ovo ou embrião eliminável nos primeiros meses.

2- Em nosso país a milhões de menores marginalizados, entregues a à própria sorte[...], Ora, por que permitir que outras dessas crianças nasçam, quando isso poderia ser evitado?

3- Se querem punir o aborto, deveriam também punir a esterilização e os outros meio anticoncepcionais, que tem sido usado com freqüência sem qualquer punição.

4- A liberação do aborto acabaria com os abortos clandestinos[...]:

5- A ameaça penal é ineficaz. São poucos os praticantes de aborto que chegaram a ser punidos, são raros os processos criminais julgamentos desse crime.

6- O aborto limitaria a natalidade, o que evitaria o excesso populacional no mundo. [...]

7- Se a mulher quer abortar e não pode , o filho indesejado já nasceria enjeitado e traumatizado, o que contribuiria para seu abandono e futura marginalização [...].

8- O aborto contribui para evitar um mal maior, que seria a futura marginalização do menor.

Agora vejamos os argumentos desfavoráveis.



### 3.2.2- Argumentos desfavoráveis ao aborto

1- O ovo, embrião ou feto é um ser humano em formação no ventre da mãe e não um simples apêndice ou parte da mãe.

2- Não podemos justificar como meio preventivo o aborto, tendo em vista milhões de menores marginalizados. Tal argumento não tem fundamento quando dispomos das maiores reservas naturais e de uma extensão territorial imensa.

3- A proibição do uso de anticoncepcionais e a esterilização e o aborto são assuntos bem diferentes. O aborto é crime contra a vida. A esterilização e os meio anticoncepcionais visam impedir a concepção de um ser e, portanto devem ser incentivados

4- A liberação do aborto não acabaria com os abortos clandestinos. Países que toleram, admitem ou regulamentam o aborto têm demonstrado que os abortos clandestinos continuam sendo feitos

5- A ameaça penal é ineficaz. Temos de reconhecer que o argumento não deixa de ser verdadeiro, mas não será pela falta de punição que iremos regulamentar os crimes que não são apurados pois isso seria um absurdo.

6- O aborto limitaria a natalidade e ajudaria a diminuição da população, mas mais eficazes que o aborto são a esterilização e os meios anticoncepcionais.

7- O filho indesejado não nasceria enfeitado e traumatizado. Nada mais falso que este argumento, pois se trata de um filho gerado espontaneamente.

8- O aborto contribui para evitar um mal maior, que seja a futura marginalização do menor. O que seria resolvido com uma política séria capaz de

consertar a vida de menores abandonados já existentes, tornando-os úteis e produtivos, fortes e capazes, e não de o punir com o aborto, que visa a supressão de um futuro ser, ainda não nascido, desprovido de consciência e personalidade.

Analisando os argumentos favoráveis e desfavoráveis ao aborto chegamos a conclusão que não podemos generalizar o tema, temos que ver de forma medida e com cautela. A vida é dos maiores bens, não podemos deixar que a sociedade lance mão desse bem.

O Estado deveria amparar melhor as pessoas, investir na educação e orientação sexual, distribuir melhor os preservativos.

Ainda temos a visão da igreja católica que só admitem os contraceptivos naturais, que nem sempre são eficazes, não permitem o uso de preservativos que evita gravidez e doenças, e sempre estão criticando, mas não ajudam a sociedade recolhendo e monitorando os menores abandonados que dormem as margens da catedrais.

É também contra a interrupção da gestação do anencéfalo, mesmo sabendo que estes não terão vida, e ainda, a mãe pode vir a ter problemas de saúde com sua gestação. A opinião da igreja é muito importante do ponto de vista político, pois exerce uma grande influencia sobre a população, em sua grande maioria católica.

O aborto não pode se apresentar como a solução dos problemas sociais, pois geraria uma grande violência. Deve-se investir mais no âmbito social, através de educação sexual para que a gravidez possa ser evitada, sem a retirada brusca do feto do útero da mãe.

No caso da anencefalia, não há que se falar em aborto, pois o aborto é a morte do feto causada pela interrupção da gravidez. Se o feto já estava morto não é lesado o interesse protegido pela lei penal. Não existe portanto o bem jurídico tutelado pelo crime de aborto, qual seja, a vida.

Portanto, o feto, desde sua concepção até o momento em que se constatou clinicamente a anencefalia, era merecedor de tutela penal, pelo pressuposto da

existência de vida. Mas, a partir do momento em que se comprovou a morte encefálica, deixou de ser amparado pelo art. 124 do Código Penal brasileiro.

### **3.3 – Espécies de aborto e as Hipóteses de Justificação**

O aborto sempre foi um tema muito discutido, pois trata de uma questão muito importante, a vida, tutelada pela nossa Carta Magna que no art. 5º, caput, trazendo este como o primeiro dos direitos individuais, estabelecendo que todos são iguais perante a lei, conforme tratado no capítulo I desta obra.

A vida humana sempre mereceu a tutela legal, pois trata-se do único bem que o ser humano realmente tem e do qual derivam todos os demais. O Estado deve tutelar a vida, como faz nossa lei civil e penal, protegendo o nascituro desde a concepção, para que não haja desta forma qualquer atentado contra a vida do feto.

Segundo Mirabete apud Nogueira (1995, p. 01), o aborto pode ser espontâneo ou natural (problemas de saúde da gestante), acidental (queda, atropelamento, etc) ou provocado (aborto criminoso)

O Código Penal Brasileiro estabelece a criminalização do aborto no capítulo dos crimes contra a vida, nos arts. 124 a 128. “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque” (Art. 124), a conduta típica é de provocar o aborto, interrompendo a gravidez com a morte do feto, que pode ocorrer dentro do útero ou fora dele.

O legislador excluiu a punição em duas hipóteses, o aborto necessário e o aborto emocional, regulados no art. 128 do Código Penal:

*“Não se pune o aborto praticado por médico:*

**Aborto necessário**

I -Se não há outro meio de salvar a 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”.(grifo nosso)

O aborto necessário estaria justificado para salvar a vida da mãe, segundo a doutrina caracteriza-se espécie de estado de necessidade, em que dispõe da vida do feto para salvar a vida da mãe, é a prática lícita e irrenunciável frente a incompatibilidade entre a vida materna e embrionária.

Segundo Júlio Fabbrini Mirabete (2000, p.98) a doutrina classifica este aborto no caso de estado de necessidade. Para evitar qualquer dificuldade, deixou o legislador consignada expressamente a possibilidade de o médico provocar o aborto se verificar ser esse o único meio de salvar a vida da gestante. No caso, não é necessário que o perigo seja atual, bastando a certeza de que o desenvolvimento da gravidez poderá provocar a morte da gestante. O risco de vida pode ocorrer de anemias profundas, diabetes, cardiopatias, tuberculose pulmonar, câncer uterino, má formação da mulher, etc.

Afirma Adriano Marrey, apud Mirabete (200, p.99):

“depende o aborto necessário do consentimento da gestante, pois não se equipara à intervenção cirúrgica, que pode ser levada a efeito contra a vontade do paciente” mas na verdade o médico não necessita do consentimento para intervir, já que a este somente se refere o inciso II. Cabe ao médico decidir sobre a necessidade do aborto a fim de ser preservado o bem jurídico que a lei considera mais importante (a vida da mãe) em prejuízo do bem menor (a vida intra-uterina)

O aborto emocional (sentimental) é autorizado quando a gravidez resulta de estupro, neste caso deve haver o consentimento da gestante ou de seu representante legal, este aborto é permitido, pois, a mulher não deve ser obrigada a gerar um feto, resultante de uma violência. A jurisprudência tem admitido também, por analogia *in bonam partem*, para se estender a autorização legal de aborto em caso de estupro quando resultar a gravidez de atentado violento ao pudor. Neste caso de aborto a mulher não pode ser duplamente infelicitada, primeiro por que foi violentada e depois, grávida, fruto do produto de um crime.

De acordo com Júlio Fabbrini Mirabete, (2000, p.99):

O aborto sentimental é aquele que pode ser praticado por ter gravidez resultado de estupro. Tem-se entendido que, no caso, há, também, estado de necessidade ou causa de não-exigibilidade de outra conduta. Justifica-se a norma permissiva porque a mulher não deve cuidar de um filho resultante de coito violento, não desejado. Além disso, freqüentemente o autor do estupro é uma pessoa degenerada, anormal, podendo ocorrer problemas ligados à hereditariedade,

O aborto eugênico ou eugenésico, é aquele praticado ante a suspeita que feto nascerá com anomalias. Condena o nascimento de bebês com heranças hereditárias de doenças e deformidades, estas não justificam o aborto, pois fere o principio do direito a vida, não poderá interromper um gestação, retirar o feto, por uma anomalia. Fetos com tais problemas devem ser tratados e não eliminados.

A igreja católica continua a se manifestar contra o aborto eugênico em cartas pastorais de bispos, com observações de que “a situação atual dos conhecimentos científicos ainda não permite com absoluta certeza no diagnostico de deformidades” e o motivo eugênico: o medo de dar ao mundo um filho anormal... é um motivo novo mas tende a acentuar-se, e que “mais inquietante ainda é a ameaça que pesa sobre os excepcionais. A respeito deles, o projeto de lei prevê a interrupção da gravidez” (NOGUEIRA, 1995, p.15)

Entre o aborto Eugênico e a interrupção da gestação do feto anencéfalo há uma grande diferença, o primeiro condena o feto que tiver serias anomalias e isso pode gerar grandes problemas para os juristas, pois estaria condenando crianças anormais e esse problema deve ser visto de forma moderada, pois como ficaria a situação de crianças aleijadas? e ainda crianças excepcionais? Ou com deformações? A lei não deve conter nenhum tipo de discriminação, é dessa forma que se difere do segundo, este autoriza a interrupção da gestação, apenas em caso de anencefalia, que estiver cientificamente comprovado<sup>8</sup> que o feto não viverá senão de forma vegetativa.

---

<sup>8</sup> DEMOSTRADO NO CAPÍTULO IV

## 4. ANENCEFALIA

Os avanços tecnológicos levaram a um conhecimento mais amplo da vida intra-uterina, permitindo, o diagnóstico de anormalidades no desenvolvimento do feto enquanto a gravidez ainda está em curso.

O debate acerca da anencefalia veio a tona com o avanço da tecnologia e da medicina, antes, esta anomalia só podia ser verificada com o nascimento do feto ou na interrupção espontânea da gravidez, atualmente, pode ser detectada na 12<sup>a</sup> semana de gestação.

Este avanço gerou muita polêmica e dúvidas na sociedade e doutrinadores, alguns dizendo ser a interrupção da gestação do anencéfalo aborto, e outros tratando do caso como fato atípico.

O direito evolui com a sociedade, sendo assim, deve haver uma limitação do Estado em intervir em determinadas condutas dos cidadãos ou obrigar a pratica de outras. O direito Penal que representa a forma mais brutal de intervenção estatal na vida das pessoas, só pode ser utilizado quando há real necessidade, não podendo de forma alguma se mostrar injusto e inadequado.

Os direitos humanos fundamentais, deve sempre ser observado e respeitado, sobretudo como já demonstrado<sup>9</sup>, o direito a vida e o Princípio da dignidade da pessoa humana.

Enfocaremos o tema “anencefalia” sob os diversos pontos de vista, em especial sob os aspectos jurídicos.

---

<sup>9</sup> Capítulo I – Direitos Humanos Fundamentais

## 4.1 Considerações médicas

A anencefalia é uma malformação congênita, apresentada em 8.6 bebês de cada 10 mil que nascem, nestes casos a apreciação pela medicina não apresenta erros, podendo ser detectada a anencefalia através de ultrasonografia até o final do terceiro mês de gestação.

Tal anomalia é demonstrada pela ausência simétrica dos ossos da calota, inicia-se por volta do décimo oitavo dia de gestação a constituição do sistema nervoso com a formação da placa neural. A superfície do ectoderma<sup>10</sup> se espessa e começa a enterrar-se e dobrar-se em si mesma perto da junção do futuro cérebro e da medula espinhal no meio do embrião.

O tubo neural pode fechar-se por volta do vigésimo quarto dia, quando o embrião já possui um tamanho de 4,5mm. Se o fechamento não ocorrer é apresentado a anencefalia. (RT, 2005, p. 402)

Dessa forma a anencefalia caracteriza-se por ausência de cérebro no todo ou em parte, e apesar da carência de estruturas cerebrais (hemisférios e córtex), o anencéfalo em razão do tronco cerebral, preserva funções vegetativas, como chorar, respirar,(ainda que com ajuda de aparelhos) e até mamar.

Mesmo que o feto possua tais funções, estas são apenas vegetativas, pois há incompatibilidade do feto com a vida extra-uterina e até mesmo dentro do útero da mãe, já que 50% dos fetos portadores de anencefalia morrem durante a gestação, sendo assim, não há possibilidade alguma de vida do anencéfalo, este poderá morrer ainda no útero de mãe ou depois de nascer viverá de forma vegetativa por minutos, horas e raramente por semanas.

Não se sabe ao certo o que provoca a anomalia. Estudos apontam uma relação da ocorrência com a carência do ácido fólico (uma vitamina de complexo B), mas ainda está em investigação.

---

<sup>10</sup> A ectoderme é a camada exterior do embrião em desenvolvimento.



Outros fatores como a predisposição genética, carência nutricional e o uso de drogas e alguns medicamentos também contribuem. ((isto é, 2004, p. 75)

Segundo o artigo “Anencefalia” retirado da Internet:

Inexiste tratamento para a anencefalia, havendo apenas tratamento preventivo, que consiste em administração de ácido fólico às mulheres com histórico relacionado ao problema, ainda antes de engravidar. (ANENCEFALIA, 2005, p. 11)

A gestação pode causar além de problemas psicológicos à gestante, problemas de saúde, como hipertensão e excesso de líquido amniótico

## 4.2 Aspectos jurídicos

No dia 02 de agosto de 2004, foi concedida uma liminar pelo ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), autorizando a interrupção da gestação de fetos com anencefalia. Esta decisão do ministro foi submetida à discussão do plenário do STF, e a liminar foi cassada.

O Procurador Geral da República suscitou questão de ordem sobre a inadequabilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para a finalidade objetivada pela confederação nacional dos trabalhadores na saúde. No julgamento dessa questão de ordem, o ministro Marco Aurélio de Mello manifestou-se pela admissibilidade da referida ação, mas o julgamento foi interrompido em virtude de pedido de vista do Ministro Carlos Brito. Na oportunidade, a liminar concedida foi objeto de discussão e o pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu confirmá-la, por seu primeiro fundamento (sobrestamento de processos e decisões não transitadas em julgado) e revogá-la, com efeito *ex nunc* em relação ao seu segundo fundamento, ou seja, ao direito da mulher de optar pela interrupção da gestação do feto anencéfalo. (RT, 2005, p.400)

Desde então, as gestantes ficam a critério dos juizes que podem autorizar ou não a interrupção da gestação do anencéfalo, colocando, em risco à saúde da grávida, sem falar no abalo psicológico a que estará submetida se não interromper a gestação.

A juíza Zilmene Gomide da Silva, da 2ª Vara Criminal de Goiânia, concedeu autorização para que uma grávida de 16 semanas interrompesse a gravidez de um feto sem cérebro. A juíza considerou que esses casos devem ser decididos “com imparcialidade, sem se deixar levar pelas mais íntimas convicções como ser humano, quer sejam de ordem ética, moral ou religiosa”. Sendo assim:

A juíza esclareceu que embora a Constituição Federal garanta o direito à vida, “esse elementar direito não se apresenta absoluto, admitindo exceções conforme prescreve o artigo 128, e seus incisos do Código Penal”.(Consultor Jurídico, 2005)

Como a juíza Zilmene Gomide da Silva, muitos juizes vem acatando a vontade da mãe em interromper a gravidez, assim como há alguns que não autorizam.

### **4.3 A influência da igreja católica na interrupção da gestação do anencéfalo.**

A não normatização da interrupção da gestação do feto anencéfalo vem causando conflitos já que o tema ainda não foi unificado. , Ainda há muitos doutrinadores posicionando-se de diferentes formas, causando assim, muita aflição as partes. A gestante que não sabe se sua decisão será acatada ou não, os juizes que não encontram uma legislação e principalmente aos médicos que ficam indecisos sobre que decisão tomar.

Na verdade o que vem causando mais dúvidas e obstando uma normatização do fato, é a influência que a igreja católica exerce, que considera a legalização da interrupção da gestação do anencéfalo uma brecha perigosa para permissões semelhantes.

Conforme nota oficial, a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) afirmou que 'a igreja é a favor da vida e da dignidade do ser humano, não importando o estágio do seu desenvolvimento, ou a condição na qual ele se encontre. A vida é um dom de Deus e deve ser respeitada desde o início até o seu final natural' **(ISTO É, 2004, p.76)**

Sobretudo os preceitos religiosos não são os únicos a ser utilizados como fator determinante para autorização ou não da gestação do anencéfalo. Para o ginecologista Thomaz Golop, diretor do Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana, de São Paulo, é importante que haja uma separação entre a fé e a razão. 'nenhuma doutrina pode determinar o que é melhor para a sociedade', vivemos em um estado laico. Mesmo os católicos optam por interromper a gestação. **(ISTO É, 2004 p. 75)**

Para Luiz Flávio Gomes, dogma é dogma e direito é direito. O processo de secularização do direito (separação entre o direito e religião) deve ser concluído o mais pronto possível. Resquícios da confusão entre eles devem ser eliminados. **(CONSULEX, 2004 p. 37)**

No mesmo sentido a Doutora em direito das relações sociais Tereza Rodrigues Vieira:

Nossos julgadores não podem basear suas decisões em conceitos superados ou suas crenças. Não podem os juizes reeditar o direito consuetudinário. **Esta matéria é de competência da área de saúde e os médicos já haviam atestado a certeza da incompatibilidade da vida extra-uterina.** Com a interrupção da gravidez por anomalia fetal, as mulheres não estão renunciando a sua fé em Deus. estão reafirmando sua crença na autonomia e na capacidade para escolher o rumo de suas vidas, sem limitações ao exercício de seus direitos e liberdades fundamentais. O judiciário deveria ser solidário a elas**(grifo nosso)** **(CONSULEX, 2005 –p37)**

Enfocamos a opinião da igreja católica, pois esta exerce maior influência em nosso país, outras religiões como o espiritismo, budismo, islamismo e hinduismo também não são favoráveis a liberação da interrupção da gestação do anencéfalo.

Praticamente, todos os países desenvolvidos já autorizam a interrupção da gestação (Suíça, Bélgica, Áustria, Itália, França, etc) Somente os países em desenvolvimento é que o proibem (Paraguai, Venezuela, Argentina, Chile, Equador)

#### **4.4 Ausência de crime por atipicidade**

A grande discussão acerca da anencefalia tornou a questão penal apenas um detalhe em meio a tantos argumentos de outras ordens, atrapalhando desta forma uma apreciação técnica e adequada da matéria.

O direito penal visa exclusivamente a proteção de bens jurídicos, Luiz Flávio Gomes diz que, 'o direito Penal não serve para a tutela da moral, de funções governamentais, de uma ideologia, de uma religião etc; sua missão é tutelar os bens jurídicos mais relevantes (vida, integridade física, patrimônio, liberdade individual, liberdade sexual, etc.' (RDPPP, 2004, p.108)

Sendo assim, nos casos de aborto, o bem jurídico tutelado é a vida e na anencefalia não há vida a se proteger já que o feto é gerado sem o encéfalo, a interrupção desta gestação não expõe perigo ao bem jurídico "vida", pois esta não existe e nem existirá com o nascimento.

Para ser considerado crime, o fato tem que ser típico, antijurídico e para alguns doutrinadores, culpável. Segundo Mirabete (2000, p.101), para que se possa afirmar que o fato concreto tem tipicidade, é necessário que contenha perfeitamente na descrição legal, ou seja, que haja perfeita adequação do fato concreto ao tipo penal. Deve-se, por isso, verificar de que se compõe o fato típico.

São elementos do fato típico: Conduta (ação ou omissão), resultado, a relação de causalidade e a tipicidade.

O aborto está tipificado na lei conforme vimos no capítulo anterior. A conduta deste crime é de retirar o feto, crime contra a vida. E o resultado? O resultado no crime de aborto ocorreria com a morte do feto. Em sendo assim, nos casos de anencefalia o fato “abortar” torna-se atípico, posto que, não poderíamos dizer “aborto”, na anencefalia, já que não há vida, sendo um ser vegetativo.

Essa interrupção da gestação do anencéfalo deverá ser permitida somente com sérios diagnósticos onde demonstrará a anencefalia do feto, não havendo assim a possibilidade de vida.

Não cabe aos legisladores a verificação da anencefalia, esta deverá ser realizada por médicos, cabe aos legisladores tutelar e amparar os cidadãos para que estes não venham a sofrer abusos.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na saúde (CNTS), justamente pelo acima exposto, sustenta que a interrupção da gestação não caracteriza o crime de aborto, pois não há a vida.

#### **4.5 O direito da gestante interromper a gestação**

O princípio da dignidade humana pode ser visto sob vários aspectos. Não encontramos na doutrina uma forma unânime de interpretação, o que devemos fazer é uma interpretação de casos reais, como dito anteriormente, nenhum dos princípios fundamentais é absoluto, nem mesmo o direito à vida, mais importante deles.

Várias são as teorias e discussões sobre o início da vida, pois viver não significa apenas em estar vivo vegetativamente e sim ter potencial para seguir o ciclo da vida, o que não ocorre no caso dos anencéfalos.

Nestes casos, a pessoa mais prejudicada é a gestante que deverá carregar durante 9 meses (se não houver o parto prematuro ou o feto “morrer” ainda dentro do útero) um feto que não terá a possibilidade de vida. Como obrigar uma mãe a ter um bebê, sem que esta não poderá ao menos comprar suas roupinhas, arrumar seu quarto, sabendo que seu bebê nem ao menos sairá do hospital? Como pensar em seu futuro ou fazer planos?

Poderíamos pensar também sobre outro aspecto, o da mãe que mesmo sabendo que seu filho não terá vida, o espera, somente para ver seu rosto e aconchegá-lo mesmo que apenas por minutos, mesmo que por motivos morais ou religiosos também decida por não interromper a gravidez.

Muitas gestantes, mesmo sabendo que o feto é anencéfalo, optam por deixá-los nascerem mesmo sem a possibilidade de vida extra-uterina.

A interrupção da gestação do feto anencéfalo sendo tutelada pela legislação Brasileira, não visa obrigar a mãe a interromper a gestação, mas assegura o direito de opção dos pais e protege os profissionais da saúde que também estarão amparados.

Segundo Luiz Roberto Barroso, ‘ Obrigar uma mulher a conservar em seu ventre, por longos meses, o filho que não poderá ter, impõe a ela sofrimento inútil e cruel. Adiar o parto, que não será uma celebração de vida, mas um ritual de morte, viola a integridade física e psicológica da gestante’ (RDPPP,2004, p 39)

A gravidez não modifica apenas o corpo da mulher como também o seu estado psicológico, sendo que, o direito deve acompanhar a sociedade, seus avanços científicos e culturais, de modo que não seria justo obrigar uma gestante a carregar o feto sem a menos perspectiva de vida futura, assim verificada a impossibilidade de vida, poderia a lei autorizar a interrupção da gestação, pois são meses onde a mulher acompanha os avanços de sua gestação, o amor e o apego ao bebê fica a cada momento maior, a gravidez aguça sua sensibilidade, assim é uma gravidez normal, o que se transforma em uma grande dor quando a mulher toma ciência da condição de seu bebê.

Ainda as gestações de fetos anencéfalos causam, com muita frequência, patologias maternas como hipertensão e hidrânio (excesso de líquido amniótico).

As gestantes podem percorrer uma gravidez com risco elevado como dificuldade respiratória, hipotensão em decúbito dorsal, ruptura uterina, embolia de líquido amniótico, desligamento de normoplacentário, atonia uterina pós parto e outros. (RT, 2005, p.406)

Visa salientar que o importante é deixar o direito de escolha de interromper ou não a gestação aos pais, estes por seus motivos, seja religiosos, morais, pessoais, possam fazer a sua escolha já que não há a possibilidade de vida do feto.

#### **4.6 Doação de órgãos do feto anencéfalo**

No Brasil é adotado o critério da morte cerebral, para designar a morte de um indivíduo, conforme visto anteriormente.<sup>11</sup>, Essas definições sobre a morte podem mudar e evolui com o tempo, devendo ser racionais e prudentes.

Desta forma, com a nova definição de morte, facilitou muito o transplante de órgãos, porém a morte cerebral adotada, depois de alguns anos não possuía o nível de segurança desejado, visto que poderia manter pacientes com sinais vitais como circulação, respiração, etc, o que ocorre no estado vegetativo permanente (EVP), onde os pacientes tem uma sobrevida ampla, diferentemente do anencéfalo que não possui uma sobrevida longa, não havendo possibilidade de

---

<sup>11</sup> Capítulo I - início e fim da vida .

vida extra-uterina, a anencefalia pode ser diagnosticada com precisão, sem gerar margem de dúvidas.

O problema é que diferente do EVP, na anencefalia não pode ser detectada a morte cerebral, pois o anencéfalo encontra-se com a ausência de cérebro, não se pode adotar o critério da morte cerebral.

A situação do anencéfalo não se acomoda, neurofisiologicamente, o que requer a busca de um critério mais adequado para que possa identificar a morte. Dá-se então, suporte a teoria da morte neocortical que abandona completamente o sentido biológico da vida e prioriza em seu lugar aspectos vinculados a existência da consciência, afetividade e comunicação. (RT, 2005, p. – 410)

Assim não podemos considerar o anencéfalo um ser dotado de capacidade e seria impossível detectar a morte cerebral, já que o mesmo não possui cérebro. Mesmo desprovido de vida para designar a morte do anencéfalo a solução compatível que encontramos é a morte neocortical.

Verificada a morte do anencéfalo podemos explicar sobre a doação de órgãos, porém devido ao conflito acima exposto há muitas divergências sobre quando ocorre a morte e quando pode se retirar os órgãos do anencéfalo, deixando assim os profissionais da saúde sem amparo para realizar os transplantes.

Os critérios adotados pelo Conselho Federal de Medicina, é a morte encefálica para a utilização de órgãos e tecidos humanos para transplantes.

O problema, segundo Genival Veloso de França (DOAÇÃO, 2000) é Saber se as condições neurofisiológicas de uma criança que nasce sem parte do cérebro são as mesmas dos critérios apontados pela Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM), a qual é clara no que diz respeito á morte ou à falência absoluta e irreversível do tronco cerebral, para ele Diagnosticar a morte não é apenas comprovar a morte de um órgão, mesmo sendo ele importante para



a vida. É muito mais, comprovar a ausência de funções vitais que evidenciar danos estruturais ou orgânicos.

No dia 14/01/2006, foi negado um mandado de injunção sobre a doação de órgãos do anencéfalo. O, então, Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ministro Edson Vidigal, negou seguimento a mandado de injunção ajuizado pelo Instituto Ponto de Equilíbrio – Elo Social Brasil para a complementação da Lei de Doação de Órgãos (Lei nº 9.434, de 1997). O instituto pretendia acrescentar à lei um parágrafo único no qual fosse determinado que "a criança que nascer sem cérebro e seus familiares quiserem doar seus órgãos, terra (sic) o laudo que ateste a falta de cérebro como substituto do laudo que atestaria morte cerebral".

A instituição justificou a sua pretensão alegando que toda a população teve oportunidade de acompanhar matéria veiculada na televisão noticiando a deficiência da lei de doação no que se refere a crianças que nascem sem cérebro, pois não permitiria atestar a morte cerebral como exige a lei de doação.

Em sua decisão, o ministro Vidigal destacou ser o mandado de injunção uma garantia constitucional que visa suprir a omissão do Poder Público que dificulte ou inviabilize o exercício de um direito ou das liberdades constitucionais. Assim, é incabível esse remédio legal para alterar lei ou ato normativo já existente, ainda que sob a alegação de ser incompatível com a Constituição Federal. (NEGADO, 2006)

Enquanto ocorrem debates sobre critérios de morte adotados, muitos pais tentam doar os órgãos de seus filhos, outros tentam receber para salvar a vida dos bebês e enquanto não houver uma posição de nossos legisladores, os médicos não podem realizar o transplante e o fazem apenas com autorização judicial, que pode ser morosa e não valer mais para salvar uma vida como ocorreu na reportagem do dia 22-01-2006 apresentada pelo fantástico :

Estava tudo pronto para o transplante, mas faltava um doador. Arthur precisava urgentemente de um coração, ele nasceu com uma doença cardíaca chamada hipoplasia das cavidades esquerdas. A doença de Arthur

levantou uma discussão nacional. O doador ideal seria um bebê anencéfalo, que nasce sem cérebro e vive poucos dias. Mas o Ministério da Saúde não autorizava que bebês anencéfalos fossem doadores.

Os pais de Arthur tiveram de fazer uma campanha nacional e até criar uma ONG, "DoeAção", para que o ministério permitisse que bebês anencéfalos fossem doadores.

O bebê anencéfalo doador era muito pequeno e dificilmente um coração de recém-nascido funcionaria bem numa criança com mais de dois meses", esclareceu o cirurgião Miguel Barbero, do Instituto do Coração (Incor) em São Paulo.

Agora, o doador ideal para Arthur é um bebê com morte encefálica, isto é, cerebral, que tenha entre quatro e oito quilos. "Este é o peso que permitiria obter um coração com força suficiente para manter a circulação adequada na criança, mas é muito difícil encontrar".

Sendo assim a cada dia que passa e com toda a burocracia fica difícil conseguir o transplante, pois o bebê cresce e cada vez mais fica incompatível com os órgãos do anencéfalo. (FANTÁSTICO, 2006))

## CONCLUSÃO

O início da vida ainda é muito discutido, muitas são as teorias e argumentos para conceituar o início da vida. O mais utilizado é a fusão dos gametas (espermatozóide e óvulo), formando o embrião. A partir deste momento há uma nova vida humana, que possuirá todas as informações genéticas que ditará seu desenvolvimento, cessando-se somente com a morte.

No Brasil, a definição de morte é trazida pela Lei de Transplantes, adotando o critério da morte encefálica. Uma nova corrente adota a teoria morte neocortical, esta, assenta-se em situações onde o indivíduo se acomoda neurologicamente, não tendo mais condições de interagir com o mundo exterior, encontrando-se em um estado de inconsciência permanente e irreversível, e é nesta irreversibilidade que se baseia esta teoria.

O direito à vida está tutelado pela nossa Carta Maior, sendo ele considerado o maior e mais importante dentre todos, desta forma, desde a concepção a vida é protegida, não dando a ninguém o direito de tirar uma vida. Este é um direito inviolável e indisponível, sendo condenado o aborto. Porém, este direito não é absoluto, podendo um direito se sobrepor ao outro.

A dignidade da pessoa humana é um direito inviolável, irrenunciável e inalienável, é uma característica intrínseca do ser humano. Este princípio é de difícil conceituação, mas podemos vê-lo com clareza se analisá-lo nos casos reais, como no aborto, em caso de estupro e em casos de anencefalia, assim podemos ver o princípio da dignidade se sobrepondo ao da vida, pois como uma gestante pode carregar um filho fruto de uma violência? Ou até mesmo esperando nove meses por um bebê que ao nascer, não terá possibilidade alguma de vida?

Não podemos banalizar o aborto, este é permitido no Brasil em apenas dois casos: o primeiro ocorre quando não há outro meio de salvar a vida da gestante e o outro quando a gravidez resulta de estupro. Muitos juristas tratam também do aborto eugênico, onde condenam o nascimento de bebês que nascem

com anomalias, heranças hereditárias e outros tipos de deformidades, o que é considerado uma verdadeira crueldade.

Muitos confundem o aborto eugênico com a interrupção da gestação do feto anencéfalo. Todavia, enquanto o primeiro condena os fetos que tenham sérias anomalias, gerando assim um grave problema, pois gera um grande preconceito com indivíduos aleijados ou mesmo excepcionais, o que deve ser proibido. O segundo, autoriza a interrupção da gestação, apenas em caso de anencefalia, onde estiver cientificamente comprovado que o feto não viverá senão de forma vegetativa.

A anencefalia não pode ser considerada aborto, pois este é crime contra a vida e nestes casos há somente a vida vegetativa. A dificuldade dos médicos e juristas está na questão de definir a morte do anencéfalo, muitos afirmando ser a morte cerebral, mas como detectar a morte cerebral de um feto que não possui cérebro? Ou possui apenas uma parte deste toda danificada? Assim, a teoria de morte mais adequada será a teoria da morte neocortical, esta não verificará o quanto o cérebro foi danificado ou a ausência de cérebro, esta se preocupa com a capacidade de interação com o mundo exterior.

Se a morte do anencéfalo fosse diagnosticada com mais rapidez, não necessitando de autorização do juiz, apenas com o laudo médico, facilitaria a doação de órgãos, ocorre que, por causa desta morosidade, muitas vidas estão deixando de ser salvas, mesmo as mães consentindo na doação, quando esta é permitida, na maioria das vezes os órgãos já não podem ser doados por ser incompatível com os bebês “normais” pois o anencéfalo nasce um pouco menor.

O que se defende com o presente trabalho é que seja concedido a gestante a opção de interromper a gravidez, de ser uma escolha sua, uma vez que, durante os nove meses ela carregará o feto, sabendo que este não terá a possibilidade de vida, tratando-se ainda de uma gravidez que traz risco a sua saúde. Não podemos obrigar uma mãe a ter um bebê, impossibilitado de vida extra-uterina.

Muitas gestantes optam por ter seus bebês. Visa salientar que o importante é deixar o direito de escolha aos pais. Devendo haver uma limitação do poder do Estado em intervir em determinadas condutas ou obrigar a prática de outras.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Patrimônio Genético Humano. São Paulo: ed Método:, 2004.
- ALMEIDA, Silmara J.<sup>a</sup> Chinelato. Tutela Civil do Nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BANDEIRA, Ana Cláudia, Pirajá: Consentimento no transplante de órgãos. Curitiba: Juará Editora. 2001
- BRANDÃO, Dernival da silva, et al. A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- BRASIL, Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil: promulgada em: 5 de Outubro de 1988. Organização do texto por Luiz Flavio Gomes. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- COUTINHO, Luiz Augusto. Anencefalia: novos Rumos para a ciência jurídica. RDPPP. Dez-Jan/2005.
- DIREITOS HUMANOS, Sociedade Catarinense de direitos humanos. Disponível em: <[www.sociedadecatarinense.org.br](http://www.sociedadecatarinense.org.br)> Acesso em: 22/06/2006.
- GOLDIM, José Roberto. Início da vida de uma pessoa humana. Disponível em: <[www.ufrgs.br](http://www.ufrgs.br)>. Acesso em: 16/07/2006.
- GOMES, Luiz Flavio. Anencefalia. RDPPP, n° 27. Ago-Out/2004.
- GOMES, Luiz Flávio. Código Penal, Código de Processo Penal e Constituição Federal. 3<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GOMES, Luiz Flavio. Nem todo aborto é criminoso. Revista jurídica Consulex. Ano VIII, n°191. Dez/2004.
- MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 15<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. Novo Código Civil e Legislação extravagantes anotados. Revista dos Tribunais, 2002.
- NARLOCH, Leandro e MUTO, Eliza. Uma nova morte. Isto É. Dez.2005.
- NARLOCH, Leandro e MUTO, Eliza. O primeiro instante. Isto É. Dez.2005.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Em defesa da vida. São Paulo: saraiva, 1995.

RODRIGUES, John. Futuro da morte. Disponível em: <[www.trashumanism.org](http://www.trashumanism.org)>. Acesso em: 14/08/2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: ed. Livraria do advogado, 2001.

TASSE, Adel El. Aborto de feto com anencefalia: Ausência de crime por atipicidade. RDPPP. Ago-Set/2005.

## Anexo I

A seguir são apresentados alguns dos critérios utilizados para estabelecer o início da vida de um ser humano.

<b>Tempo decorrido</b>	<b>Característica</b>	<b>Critério</b>
<b>0min</b>	<b>Fecundação fusão de gametas</b>	<b>Celular</b>
<b>12 a 24 horas</b>	<b>Fecundação fusão dos pró-núcleos</b>	<b>Genotípico estrutural</b>
<b>2 dias</b>	<b>Primeira divisão celular</b>	<b>Divisional</b>
<b>3 a 6 dias</b>	<b>Expressão do novo genótipo</b>	<b>Genotípico funcional</b>
<b>6 a 7 dias</b>	<b>Implantação uterina</b>	<b>Suporte materno</b>
<b>14 dias</b>	<b>Células do indivíduo diferenciadas das células dos anexos</b>	<b>Individualização</b>
<b>20 dias</b>	<b>Notocorda maciça</b>	<b>Neural</b>
<b>3 a 4 semanas</b>	<b>Início dos batimentos cardíacos</b>	<b>Cardíaco</b>
<b>6 semanas</b>	<b>Aparência humana e rudimento de todos os órgãos</b>	<b>Fenotípico</b>
<b>7 semanas</b>	<b>Respostas reflexas à dor e à pressão</b>	<b>Senciência</b>
<b>8 semanas</b>	<b>Registro de ondas eletroencefalográficas (tronco cerebral)</b>	<b>Encefálico</b>
<b>10 semanas</b>	<b>Movimentos espontâneos</b>	<b>Atividade</b>
<b>12 semanas</b>	<b>Estrutura cerebral completa</b>	<b>Neocortical</b>
<b>12 a 16 semanas</b>	<b>Movimentos do feto percebidos pela mãe</b>	<b>Animação</b>
<b>20 semanas</b>	<b>Probabilidade de 10% para sobrevida fora do útero</b>	<b>Viabilidade extra-uterina</b>
<b>24 a 28 semanas</b>	<b>Viabilidade pulmonar</b>	<b>Respiratório</b>
<b>28 semanas</b>	<b>Padrão sono-vigília</b>	<b>Autoconsciência</b>
<b>28 a 30 semanas</b>	<b>Reabertura dos olhos</b>	<b>Perceptivo visual</b>
<b>40 semanas</b>	<b>Gestação a termo ou parto em outro período</b>	<b>Nascimento</b>
<b>2 anos após o nascimento</b>	<b>“Ser moral”</b>	<b>Linguagem para comunicar vontades</b>



**ANEXO II****LEI Nº 10.211, DE 23 DE MARÇO DE 2001**

Altera dispositivos da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que "dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento".

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os dispositivos adiante indicados, da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 2º .....

"Parágrafo único. A realização de transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos e partes do corpo humano só poderá ser autorizada após a realização, no doador, de todos os testes de triagem para diagnóstico de infecção e infestação exigidos em normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Saúde." (NR)

"Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte." (NR)

"Parágrafo único. (VETADO)"

"Art. 8º Após a retirada de tecidos, órgãos e partes, o cadáver será imediatamente necropsiado, se verificada a hipótese do parágrafo único do art. 7º , e, em qualquer caso, condignamente recomposto para ser entregue, em seguida, aos parentes do morto ou seus responsáveis legais para sepultamento." (NR)

"Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

....." (NR)

"Art. 10. O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, assim inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento." (NR)

"§ 1º Nos casos em que o receptor seja juridicamente incapaz ou cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida da sua vontade, o consentimento de que trata este artigo será dado por um de seus pais ou responsáveis legais." (NR)

"§ 2º A inscrição em lista única de espera não confere ao pretense receptor ou à sua família direito subjetivo a indenização, se o transplante não se realizar em decorrência de alteração do estado de órgãos, tecidos e partes, que lhe seriam destinados, provocado por acidente ou incidente em seu transporte." (NR)

Art. 2º As manifestações de vontade relativas à retirada "post mortem" de tecidos, órgãos e partes, constantes da Carteira de Identidade Civil e da Carteira Nacional de Habilitação, perdem sua validade a partir de 22 de dezembro de 2000.

Art. 3º Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 2.083-32, de 22 de fevereiro de 2001.

Art. 4º Ficam revogados os §§ 1º a 5º do art. 4º da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 23 de março de 2001; 180º da Independência e 113º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Gregori

José Serra

**LEI Nº 9.434, DE 04 DE FEVEREIRO DE 1997**

Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

**CAPÍTULO I****DAS DISPOSIÇÕES GERAIS**

Art. 1o. A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo.

Art. 2o. A realização de transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano só poderá ser realizada por estabelecimento de saúde, público ou privado, e por equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde.

Parágrafo único. A realização de transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano só poderá ser autorizada após a realização, no doador, de todos os testes de triagem para diagnóstico de infecção e infestação exigidos para a triagem de sangue para doação, segundo dispõem a Lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988, e regulamentos do Poder Executivo.

**CAPÍTULO II****DA DISPOSIÇÃO POST MORTEM DE TECIDOS, ÓRGÃOS E PARTES DO CORPO HUMANO PARA FINS DE TRANSPLANTE**

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 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.

§ 1º Os prontuários médicos, contendo os resultados ou os laudos dos exames referentes aos diagnósticos de morte encefálica e cópias dos documentos de que tratam os arts. 2º, Parágrafo único; 4º e seus parágrafos; 5º; 7º, 9º, §§ 2º, 4º, 6º e 8º; e 10º, quando couber, e detalhando os atos cirúrgicos relativos aos transplantes e enxertos, serão mantidos nos arquivos das instituições referidas no art. 2º por um período mínimo de cinco anos.

§ 2o. As instituições referidas no art. 2º enviarão anualmente um relatório contendo os nomes dos pacientes receptores ao órgão gestor estadual do Sistema Único de Saúde.

§ 3º Será admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato da comprovação e atestação da morte encefálica.

Art. 4º Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica post mortem.

§ 1º A expressão "não-doador de órgãos e tecidos" deverá ser gravada, de forma indelével e inviolável na Carteira de identidade Civil e na Carteira Nacional de Habilitação da pessoa que optar por essa condição.

§ 2º A gravação de que trata este artigo será obrigatória em todo o território nacional a todos os órgãos de identificação civil e departamentos de trânsito, decorridos trinta dias da publicação desta Lei.

§ 3º O portador de Carteira de Identidade Civil ou de Carteira Nacional de Habilitação emitidas até a data a que se refere o parágrafo anterior poderá manifestar sua vontade de não doador de tecidos, órgãos ou partes do corpo após a morte, comparecendo ao órgão oficial de identificação civil ou departamento de trânsito e procedendo à gravação da expressão "não-doador de órgãos e tecidos".

§ 4º A manifestação de vontade feita na Carteira de Identidade Civil ou na Carteira Nacional de Habilitação poderá ser reformulada a qualquer momento, registrando-se, no documento, a nova declaração de vontade.

§ 5º No caso de dois ou mais documentos legalmente válidos com opções diferentes, quanto à condição de doador ou não, do morto, prevalecerá aquele cuja emissão for mais recente.

Art. 5º A remoção post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa juridicamente incapaz poderá ser feita desde que permitida expressamente por ambos os pais ou por seus responsáveis legais

Art. 6º É vedada a remoção post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas não identificadas.

7º (VETADO)

Parágrafo único. No caso de morte sem assistência médica, de óbito em decorrência de causa mal definida ou de outras situações nas quais houver indicação de verificação da causa médica da morte, a remoção de tecidos, órgãos ou partes de cadáver para fins de transplante ou terapêutica somente poderá ser realizada após a autorização do patologista do serviço de verificação de óbito responsável pela investigação e citada em relatório de necropsia.

Art. 8º Após a retirada de partes do corpo, o cadáver será condignamente recomposto e entregue aos parentes do morto ou seus responsáveis legais Para sepultamento.

### CAPÍTULO III

#### DA DISPOSIÇÃO DE TECIDOS, ÓRGÃOS E PARTES DO CORPO HUMANO VIVO PARA FINS DE TRANSPLANTE OU TRATAMENTO

Art. 9º. É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo vivo para fins de transplante ou terapêuticos.

§ 1º - (VETADO)

§ 2º - (VETADO)

§ 3º Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação

ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

§ 4º O doador deverá autorizar, Preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada.

§ 5º A doação poderá ser revogada Pelo doador ou pelos responsáveis legais a qualquer momento antes de sua concretização.

§ 6º O indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco para a sua saúde.

§ 7º É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto.

§ 8º O auto transplante depende apenas do consentimento do próprio indivíduo, registrado em seu prontuário médico ou, se ele for juridicamente incapaz, de um de seus pais ou responsáveis legais.

#### CAPÍTULO IV

##### DAS DISPOSIÇÕES COMPLEMENTARES

Art.- 10. O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.

Parágrafo único. Nos casos em que o receptor seja juridicamente incapaz ou cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida de sua vontade, o consentimento de que trata este artigo será dado por um de seus pais ou responsáveis legais.

Art. 11. É proibida a veiculação, através de qualquer meio de comunicação social de anúncio que configure:

- a) publicidade de estabelecimentos autorizados a realizar transplantes e enxertos, relativa a estas atividades;
- b) apelo público no sentido da doação de tecido, órgão ou parte do corpo humano para pessoa determinada, identificada ou não, ressalvado o disposto no parágrafo único;
- c) apelo público para a arrecadação de fundos para o financiamento de transplante ou enxerto em benefício de particulares.

Parágrafo único. Os órgãos de gestão nacional, regional e local do Sistema Único de Saúde realizarão periodicamente, através dos meios adequados de comunicação social campanhas de esclarecimento público dos benefícios esperados a partir da vigência desta Lei e de estímulo à doação de órgãos.

Art. 12. (VETADO)

Art. 13. É obrigatório, para todos os estabelecimentos de saúde, notificar, às centrais de notificação, captação e distribuição de órgãos da unidade federada onde ocorrer, o diagnóstico de morte encefálica feito em pacientes por eles atendidos.

## CAPÍTULO V

### DAS SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS

#### Seção I

##### Dos Crimes

Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa de 100 a 360 dias-multa.

§ 1º Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 100 a 150 dias-multa.

§ 2º Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido:

I - incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - perigo de vida,

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - aceleração de parto:

Pena - reclusão, de três a dez anos, e multa de 100 a 200 dias-multa.

§ 3º Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido:

I - incapacidade permanente para o trabalho;

II - Enfermidade incurável;

III - perda ou inutilização de membro, sentido ou função;

IV - deformidade permanente;

V - aborto:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos, e multa de 150 a 300 dias-multa.

§ 4º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta morte:

Pena - reclusão, de oito a vinte anos, e multa de 200 a 360 dias-multa.

Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

Pena- reclusão, de três a oito anos, e multa de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.

Art. 16. Realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei.

Pena-reclusão, de um a seis anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

Art. 17. Recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena - reclusão, de seis meses a dois anos, e multa, de 100 a 250 dias-multa.

Art. 18. Realizar transplante ou enxerto em desacordo com o disposto no art. 10 desta Lei e seu parágrafo único:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Art. 19. Deixar de recompor cadáver, devolvendo-lhe aspecto condigno, para sepultamento ou deixar de entregar ou retardar sua entrega aos familiares ou interessados:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Art. 20. Publicar anúncio ou apelo público em desacordo com o disposto no art. 11:

Pena - multa, de 100 a 200 dias-multa.

## Seção II

### Das Sanções Administrativas

Art. 21. No caso dos crimes previstos nos arts. 14, 15, 16 e 17, o estabelecimento de saúde e as equipes médico cirúrgicas envolvidas poderão ser desautorizadas temporária ou permanentemente pelas autoridades competentes.

§ 1º Se a instituição é particular, a autoridade competente poderá multá-la em 200 a 360 dias-multa e, em caso de reincidência, poderá ter suas atividades suspensas temporária ou definitivamente, sem direito a qualquer indenização ou compensação por investimentos realizados.

§ 2º Se a instituição é particular, é proibida de estabelecer contratos ou convênios com entidades públicas bem como se beneficiar de créditos oriundos de instituições governamentais ou daquelas em que o Estado é acionista, pelo prazo de cinco anos.

Art. 22. As instituições que deixarem de manter em arquivo relatórios dos transplantes realizados, conforme o disposto no art. 3º, § 1º, ou que não enviarem os relatórios mencionados no art. 3º, § 2º, ao órgão de gestão estadual do Sistema Único de Saúde, estão sujeitas a multas de 100 a 200 dias multa.

§ 1º Incorre na mesma pena o estabelecimento de saúde que deixar de fazer as notificações previstas no art. 13.

§ 2º Em caso de reincidência, além de multa, o órgão de gestão estadual do Sistema Único de Saúde poderá determinar a desautorização temporária ou permanente da instituição.

Art. 23. Sujeita-se às penas do art. 59 da Lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962, a empresa de comunicação social que veicular anúncio em desacordo com o disposto no art. 11.

## CAPÍTULO VI

### DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 24. (VETADO)

Art. 25. Revogam-se as disposições em contrário, particularmente a Lei n.º 8.489, de 18 de novembro de 1992, e o Decreto n.º 879, de 22 de julho de 1993.

Brasília, 4 de fevereiro de 1997; 176º da Independência 109º da República.

Fernando Henrique Cardoso

Nelson A. Jobim

Carlos César de Albuquerque