



**XVII CONGRESSO NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

Salvador 2007

26 a 29 de setembro
Centro de Convenções da Bahia

"Os Novos Desafios do Ministério Público"

TESE

**O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DA PREVALÊNCIA DO DIREITO
FUNDAMENTAL À VIDA DO NASCITURO.**



TESISTA : IERTES MEYRE GONDIM PINHEIRO
Promotora de Justiça no Estado do Ceará

**Título: O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DA PREVALÊNCIA DO DIREITO
FUNDAMENTAL À VIDA DO NASCITURO.**

**Autora: IERTES MEYRE GONDIM PINHEIRO, Promotora de Justiça no Estado
do Ceará.**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Princípios Fundamentais e Humanitários do Direito; 2.1. O Direito à Vida: sob o ponto de vista jurídico-científico; 2.2. Limites ao direito de liberdade: supressão da autonomia da vontade privada; 3. Impedimento de acesso aos direitos da personalidade e a não exigência da forma humana e da viabilidade do nascido; 4. O princípio da hierarquia das normas; 5- Conclusão; 6- Bibliografia, 7- Notas.

SÍNTESE DOGMÁTICA

A reflexão sobre o **Direito Fundamental à Vida do Nascituro** encontra-se atualmente em discussão no Supremo Tribunal Federal – STF, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 54, ajuizada pela Confederação Nacional Dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, que em síntese pretende obter autorização para que gestantes possam submeter-se à operação terapêutica de parto(aborto) de fetos com má formação, com maior incidência, os anencefálicos. O assunto de natureza complexa, polêmica, atual e recorrente, nos motivou a um estudo mais aprofundado. Devemos lembrar, não obstante a prerrogativa do livre convencimento do membro do Ministério Público, a necessária fundamentação do pronunciamento ministerial, sob a ótica da interpretação sistemática das normas, examinando-se a prevalência do direito posto à apreciação da atividade jurisdicional, ante a aplicação do princípio da hierarquia das normas, sem descurar-se do exame da matéria em atenção aos fins sociais a que se destina, e às exigências do bem comum, inteligência do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil . A busca do conhecimento aprofundado da matéria pelo membro do Ministério Público é imperioso, seja no aspecto científico seja no jurídico, em face do disposto no art. 127 da Carta Magna. A matéria versa sobre **direito indisponível**, o primeiro de todos os direitos, a espinha dorsal donde se ramificam todos os demais direitos assegurados como fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil.

FUNDAMENTAÇÃO

1. INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido sobre o direito de se facultar à mulher decidir o que fazer com seu corpo; ou de forma mais clara, se quer ou não abortar; ou se quer ou não interromper uma gravidez indesejada, seja de feto normal ou com má formação; ao ponto de ser acionada a atividade judiciária, para dirimir tais questões. Basta analisar que, no Brasil, embora haja vedação expressa, quer pela Carta Magna de 1988, artigo 5º, *caput*, quer pelo Código Penal, artigos 124 ao 127, quer pela simetria que guarda a legislação pátria com as regras internacionais de prevalência da vida e controle de natalidade¹, o número de abortos provocados cresce assustadoramente, em grande parte, autorizados pelo próprio judiciário, muitas vezes com parecer favorável do Ministério Público. Segundo dados extra-oficiais levantados por pesquisadores do assunto¹, somente na década de 90 foram concedidos mais de 350 (trezentos e cinquenta) alvarás autorizando a prática da chamada *Interrupção Seletiva de Gravidez*, representada pela sigla *ISG*, também chamada de aborto eugênico. A estimativa atual é a de que mais de 2.000 (dois mil) processos estejam tramitando nos tribunais nacionais visando o mesmo objetivo. No Congresso Nacional há vários projetos legislativos com o propósito legalista do aborto, sendo o PL nº 20/91, o mais questionado. Constatam-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a divergência de julgados, a partir de idênticos fatos e normas, que resultam decisões discrepantes, causam perplexidade, geram insegurança jurídica, descrédito no Judiciário e, o que é pior, com angústia e

sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional, posto versar sobre os patrimônios jurídicos humanos mais importantes, “Direito à Vida”, e, “Direito a Liberdade”, implicando necessariamente estudo mais aprofundado sob pena de gerar lesividade de natureza irreversível. Atualmente o Egrégio Supremo Tribunal Federal, tem sua inteligência desafiada ao examinar a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 54, instituto jurídico utilizado quando não há cumprimento de algum preceito fundamental. A alegativa feita pela autora da ação foi a de que a proibição de aborto nos casos de bebês anencefálicos labora contra preceitos fundamentais como a dignidade humana, liberdade e autonomia. O tema é de suma importância, porque revigora o debate nacional sobre o aborto, dantes adormecido, e perpassa a fronteira do direito atingindo matizes científicos, filosóficos, religiosos, ou mesmo sociológicos, ensejando divergências interpretativas ao lume de matérias, no caso da citada ação, dissociada da essência funcional daquela Egrégia Corte, de há muito esculpida no artigo 102 da atual Carta Política, com a agravante do reflexo da súmula vinculante. Não é contemporânea, nem territorial, a polêmica sobre a legalização do aborto. Há tempos, movimentos sociais prós e contras, debatem acirradamente os seus argumentos quanto à possibilidade jurídica ou não da interrupção da gestação. Destarte, a decisão judicial da ADPF, embora ainda não sufragada pelo colegiado, e sob a alegativa de que não obriga a mulher gestante, que se encontra nessa situação, a provocar o aborto (apenas transmite-lhe o poder de decisão sobre o futuro de seu filho e da disposição de seu corpo), exige pronunciamento do Ministério Público na medida em que além de versar sobre matéria de interesse público, abre grave precedente a outros mecanismos antijurídicos ligados à morte, como a eutanásia, a própria pena de morte e o extermínio de raças consideradas impuras, além de afrontar o direito positivo brasileiro.

2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E HUMANITÁRIOS DO DIREITO.

Fundamentais são todos os direitos tidos como inerentes ao ser humano. Na realidade, os direitos fundamentais são princípios constitucionais fundamentais, pois guardam os valores basilares da Ordem Jurídica e de um Estado Democrático de Direito. Paulo Bonavides² os classifica em quatro gerações (dimensões); Norberto Bobbio³ os atrela à democracia; J. J. Gomes Canotilho⁴, aos direitos da personalidade; e Celso Antônio Bandeira de Melo⁵ os chama de mandamento nuclear de um sistema. Neste caso, o que se tem em pauta é o mais estrutural dos direitos fundamentais: o direito à vida. Alexandre de Moraes⁶, a propósito, afirma que: *"O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos"*. Partindo da premissa de que o legislador nada escreve por acaso, inarredável reconhecer a sua segura intenção de inaugurar o rol dos princípios fundamentais listados no art. 5º da CF, com o direito à vida.

E quando começa a vida? A ciência jurídica silencia a respeito, inclusive em sede constitucional, inexistindo definição legal do que seja o marco do início da vida. **EIS UMA QUESTÃO PARA A BIOÉTICA⁷ E PARA O BIODIREITO⁸ vez que tais questões estão relacionadas às ciências da vida.**

Para a biologia não há consenso científico, a doutora Anna Giuli⁹, Bióloga molecular defende que: ***Um novo indivíduo biológico humano, original em relação a todos os exemplares de sua espécie, inicia seu ciclo vital no momento da penetração do espermatozóide no ovócito. A fusão dos gametas masculino e feminino (chamada também «singamia») marca o primeiro «passo geracional», isto é, a transição entre os gametas – que podem considerar-se «uma ponte» entre as gerações – e o organismo humano não-formado. A fusão***

dos gametas representam um evento «crítico» de «descontinuidade» porque marca a constituição de uma nova individualidade biológica, qualitativamente diferente dos gametas que a geraram.

O Cientista Jérôme Lejeune, professor da Universidade René Descartes, em Paris, que dedicou toda a sua vida ao estudo da genética fundamental, descobridor da Síndrome de Darwn (popularmente conhecida por mongolismo), nos diz: **“Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o NOVO ser humano estão presentes. A fecundação é o marco do início da vida. Daí pra frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato”.**

A análise da questão é bastante complexa na medida em que as opiniões são pautadas em **aspectos éticos, jurídicos, morais, religiosos, e até interesses financeiros¹⁰ estão envolvidos.**

2.1. Direito à vida: sob o ponto de vista jurídico-científico.

Do ponto de vista jurídico, o direito à vida está inserido como princípio fundamental na CF/88 logo no *caput* do artigo 5º, que preconiza, *in verbis*: **“Todos são iguais perante a lei, (...) 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, nos termos seguintes.”** (grifamos). Também na mesma carta, define o artigo 227, *in verbis*: **“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com *absoluta prioridade, 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, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.** (grifamos). A garantia constitucional incidente sobre a vida humana é reflexo de um Estado que prima pela ampla liberdade e igualdade de direitos, em contrapartida aos que primam por outros valores sociais menos caros, historicamente atrelados às sociedades descompromissadas com os direitos humanos. Paulo Bonavides¹¹ afirma que os direitos fundamentais, mormente os de primeira geração, têm por titular o indivíduo, sendo oponíveis ao Estado numa política de liberalismo e de não intervenção, traduzindo-se como faculdades ou atributos da pessoa: **“são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.**

As correntes jus-naturalistas já definiam certas categorias de direitos como sendo inerentes à própria existência humana. A vida é consagradamente um direito inato ao homem, um direito natural e universal, independentemente de credo, convicção política ou filosófica. Ives Gandra Martins¹², ao tratar do tema, leciona: **“O direito à vida é o primeiro dos direitos naturais que o direito positivo pode simplesmente reconhecer, mas que não tem a condição de criar”.**

E quando aborda o dever do Estado em privilegiar a vida, sobretudo a dos mais indefesos, continua o jurista: **“O direito à vida, talvez mais do que qualquer outro impõe o reconhecimento do Estado para que seja protegido e, principalmente o direito à vida do insuficiente. Como os pais protegem a vida de seus filhos logo após o nascimento, pois estes não teriam condições de viver sem tal proteção, dada sua fraqueza, e assim agem por imperativo natural, o Estado deve proteger o direito à vida do mais fraco, a partir da ‘teoria do suprimento’. Por esta razão, o aborto e a eutanásia são violações ao direito natural à vida, principalmente porque exercidas contra insuficientes”.** (grifos)

Ora, ao se decidir pela autorização do aborto, ainda que em casos de má formação, como a Anencefalia por exemplo, afronta-se, além de um direito natural, um princípio fundamental, vez que, se traduz na intervenção do Estado na esfera jurídica do

indivíduo pela limitação do direito à vida, quando o próprio Estado edita normas de proteção à vida. Sob nenhum aspecto, como iremos verificar, é justificável tal impropério jurídico. Nas palavras do Dr. Rodolfo Acatauassú Nunes¹³, **Os bebês anencéfalos, embora não tenham cérebro, ou boa parte dele, têm o tronco cerebral funcionando.** Explicando cientificamente a anencefalia ele afirma que:

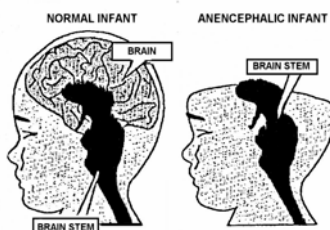
- O nome mais apropriado é Meroanencefalia (meros - parte)
- É uma afecção congênita em que há ausência de
- parte do encéfalo, ossos do crânio e couro cabeludo.



NORMAL

ANENCEFALICO

Ultrasonografia na Anencefalia



1- Os hemisférios cerebrais são ausentes ou extremamente rudimentares.

2-A área cerebrovasculosa contém vasos e massas irregulares de tecido cerebral.

3-O tronco encefálico e o diencefalo podem estar presentes em proporções variáveis.

4- O cerebelo pode ser normal ou mal-formado: Quanto maior a ausência óssea menos tecido nervoso é achado na base do crânio.

Defeito dos tubos neurais – Patogênese

- A Anencefalia corresponde a um defeito de fechamento da porção anterior do tubo neural e a espinha bífida na porção posterior, ocorridos aproximadamente nos 25º e 27º dias, respectivamente.

Descortinando-se a carga semântica depositada na expressão "direito à vida" se inferem duas situações: 1º - o direito de permanecer vivo, que já pressupõe a existência do indivíduo e; 2º - o direito de nascer vivo, que antecede ao surgimento do indivíduo no mundo exterior. Se analisada sob o ponto de vista da primeira situação, abre-se perigoso espaço para o debate da "pena de morte"; pelo prisma da segunda situação, trata-se inegavelmente do aborto. Essas duas vertentes são, precisamente, fortalecedoras do argumento utilizado pelos defensores da tese abortista. É que a teoria adotada é a de que o "direito à vida", preconizado na legislação, refere-se somente ao indivíduo que já se tornou pessoa, inclusive com atributos da personalidade, e aí sim, consubstanciaria crime qualquer atentado contra si. No caso do nascituro, como não teria se tornado pessoa, não constituiria ato ilícito a sua abortagem. Ledo engano! O nascituro é pessoa! E ainda que não seja assim considerado por alguns, bastaria estar vivo dentro do útero, pois o crime é contra a vida do ser, não contra a denominação biológica que se queira dar ao feto. Trata-se de um ser humano, e assim o é, porque descende da espécie humana. Não se pode dar tratamento "coisificado" ao feto, considerando-o como um ser inanimado (salvo se já estiver morto) ou como um animal de outra espécie (porque biologicamente impossível). Continua o Dr. Rodolfo Acatauassú Nunes em suas explicações:

Características do Nascido Vivo:



- *Apresenta movimentos e reflexos*
- *Chora*
- *Respira espontaneamente*
- *Tem batimentos cardíacos e pulso arterial*
- *Não pode ser feita necropsia ou ser sepultado*

Características do Natimorto:

- *Não tem movimentos espontâneos ou reflexos*
- *Não tem movimentos respiratórios*
- *Não tem batimentos cardíacos ou pulso arterial*
- *Pode ser feita a necrópsia e/ou sepultado*



A tese que, via de regra, fundamenta decisões favoráveis à interrupção de gravidez em casos de má formação do feto, trilha a mesma corrente adotada pelo eminente julgador Ministro Marco Aurélio, quando concedeu liminar nos autos da ADPF 54, na qual o Ministro não aceita que o feto anencefálico seja possuidor de vida. Disse o Ministro, *verbis*: "(...) **a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar (...)**" – grifamos.

Os fatos não só ousam, mas, efetivamente contestam!



MARCELA: O FATO QUE FAZ CALAR O ARGUMENTO¹⁴.

Tanto os argumentos de natureza jurídica como os científicos caem por terra. No dia 20 de novembro de 2006, nasceu na cidade de Patrocínio Paulista(SP), Marcela de Jesus Ferreira, uma menina anencéfala, filha de Cacilda Galante Ferreira (36 anos) e Dionísio Justino Ferreira (46 anos). Aos quatro meses de gestação, a Sra. Cacilda soube que seu bebê era anencéfalo e recebeu a sugestão de "interromper a gravidez" ou "antecipar o parto". **A gestante rejeitou totalmente a idéia**

do aborto, e, a criança que segundo o Ministro "...nunca poderia se tornar um ser vivo...", contrariando **os prognósticos, científico-jurídicos, completou 09(nove) meses de idade no dia 20 de agosto de 2007**. Assim, em nosso sentir, esse discurso teratológico de que o ser intra-uterino não tem vida, ou se a tem, não pode ser considerado como pessoa (e neste caso, não haveria crime de morte se fosse praticado o aborto), é mais aberrante do que o próprio ato.

Por outro lado, do ponto de vista científico, o que parece estar em jogo é a incerteza do que seja "vida", ou do que seja "vida viável". Neste aspecto é inarredável esclarecer que a vida não pode ser confundida com condições necessárias, ou viabilidade de existência. É, outrossim, o resultado indissociável da geração biológica do ser, independentemente do seu desenvolvimento ou da forma que assumirá.

Obtém-se a vida com a fertilização do óvulo e a formação do zigoto¹⁵ e não quando o embrião se torna feto. Este momento crucial marca não só o início da vida, mas também assegura os direitos, ou, ao menos, as expectativas de direito do nascituro. Engana-se quem desconsidera este momento inicial como marco científico de relevância para o direito, pois é justamente neste limiar que confluem a vida e o direito, resultando na chamada vida intra-uterina. William A. Liley¹⁶, considerado o

pai da medicina fetal, descreve a importância que tem o ser em formação: "O novo indivíduo comanda o seu ambiente e o seu destino com tenacidade de propósito, implanta-se na parede esponjosa do útero e numa demonstração de vigor fisiológico interrompe a menstruação da mãe. Tal é, pois, o feto que nós conhecemos e que nós próprios fomos um dia. É o feto de que cuidamos na obstetrícia moderna, que vem a ser o mesmo bebê do qual cuidamos antes e depois do nascimento, o qual pode ficar doente antes e depois de nascer, exigindo diagnóstico e tratamento como qualquer outro paciente."

Esta importância que a ciência dá ao feto é a prova clara de que o homem já se convenceu que a vida criada é totalmente distinta da criadora, embora interligadas. Aliás, em frase secular, Jérôme Lejeune¹⁷, descobridor da Síndrome de Down, proferiu o seguinte raciocínio: "Aceitar o fato de que, depois da fertilização, um novo ser humano começou a existir não é uma questão de gosto ou de opinião. A natureza humana do ser humano, desde a sua concepção até sua velhice não é uma disputa metafísica. É uma simples evidência experimental".

Neste sentido, por reconhecer o nascituro como possuidor de vida independente, é que a moderna medicina fetal trata o ser intra-uterino como paciente, chegando a submetê-lo, quando necessário, a tratamento médico, inclusive cirúrgico. **Assim, qualquer manipulação do nascituro no útero materno, com o fim de levá-lo à expulsão forçada é, sem dúvida, um eufemismo para a "pena de morte".**

O argumento que pretende justificar o direito de interromper a gravidez quando uma mulher apresenta ou supõe apresentar uma má-formação de um filho que vai nascer, é o mesmo que poderia garantir a outra gestante que não pôde ou não teve oportunidade de realizar exames pré-natais, o direito de ser contemplada mais adiante com uma legislação que permitisse praticar impunemente o infanticídio ou a eutanásia neo-natal.

Outra justificativa utilizada na decisão interlocutória na ADPF 54, que conflita com o direito moderno, ainda remonta aos idos tempos do direito medieval. Diz a temerária decisão: "(...) diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia a dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar". Mas qual é o prejuízo que pode causar ao direito um ser deformado? Nenhum! É carecedor dos mesmos benefícios jurídicos dos seres normais! O direito brasileiro não discerne seres perfeitos e imperfeitos! Recorra-se agora à lição de Washington de Barros Monteiro¹⁸: "Perante o nosso Código, qualquer criatura que provenha da mulher é ente humano, sejam quais forem as anomalias e deformidades que apresente, como o monstrum vel prodigium do direito romano." O avanço da medicina tem por objetivo salvar vidas e não ceifá-las, eis que de acordo com a ética médica não se pode negar nenhum tipo de assistência à alguém que vai morrer.

2.2. Limites ao direito de liberdade: supressão da autonomia da vontade privada;

No viés da questão está um direito não menos fundamental: o da liberdade, também garantido constitucionalmente. A decisão monocrática do Ministro Relator Marco Aurélio de Mello na ADPF 54 traz, em seu bojo, sua preocupação quanto ao exercício deste direito, bem como o da autonomia da vontade privada, *in verbis*: "Consoante o sustentado, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante (...) cerceio à liberdade e autonomia da vontade"

Não se discute ser a liberdade um sagrado direito, consagrado que está em nossa Carta Política. Também é plenamente reconhecível a autonomia da vontade privada

de um indivíduo, porque, aliás, intrinsecamente ligados; se há direito de liberdade, há o de autonomia da vontade. **O que se pergunta é: pode a mulher, alegando tais direitos, dispor de seu corpo como bem lhe aprouver, nem que isto signifique por fim a vida de um ser intra-uterino? Pode o tribunal constitucional interpretar distinções na dimensão de princípios fundamentais desta magnitude?**

Ora, como dantes demonstrado, cientificamente, a gestação de uma vida faz dela totalmente individualizada da outra, embora dependentes biologicamente entre si. Ao gerar o filho, a mulher perde completamente o domínio desta parte de seu corpo, que cresce involuntariamente, dependendo, é claro, dos inevitáveis suprimentos que aquela fornecerá. Noutros termos, o feto gerado não é mais considerado como mera víscera da mulher, como propagava Ulpiano¹⁹. Física e biologicamente falando, a mulher tem a função de criar um ambiente interno para o desenvolvimento do novo ser que se avizinha e disso cuida a natureza com toda sua "tecnologia de ponta", que não conta com uma interrupção abrupta para atender egos e vontades psíquicas manifestadas, quando mais acobertadas pelo manto da justiça.

O corpo humano não é um contrato e o aborto não pode ser objeto de negócio jurídico para que se albergue a pretensa argumentação da autonomia da vontade privada. A liberdade deve ser tangível sob certos limites, de tal modo que as pessoas possam dela desfrutar com a livre consciência de que não poderão invadir a esfera jurídica de terceiros, sob pena de afrontar princípios básicos inseridos no próprio propósito de liberdade. Aliás, Montesquieu²⁰, fazendo alusão à liberdade nas democracias, certa vez disse: "*É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer; mas a liberdade política não consiste nisso (...) A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo que elas proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder*".

E no Brasil não há, via de regra, permissão para o aborto. Desta forma, não faz sentido invocar o princípio fundamental da liberdade, em defesa da mãe e em favor do ato, pois a nova camada de direitos gerada com a vida que se inicia está tutelada juridicamente (ao passo que o outro não) e desautoriza qualquer eventual direito de liberdade da mãe sobre o seu corpo, por não ser mais seu em plenitude.

Algumas correntes argumentam que uma criança com três meses de concebida não é pessoa, pois sua vida depende inteiramente da mãe. Apesar de já ter todos os seus órgãos formados desde o segundo mês (inclusive com impressões digitais), apesar de seu cérebro já estar produzindo ondas desde as 6 semanas (um mês e meio), apesar de seu coração funcionar desde 21 dias (menos de um mês de vida), para os defensores de tal tese a criança de três meses de vida intra-uterina não é pessoa. O argumento dessa tese é simples ou simplista: "se esta criança for retirada do útero materno, morrerá inevitavelmente; logo, ela não é pessoa".²¹

É verdade que a criança por nascer depende da mãe para sobreviver. Mas tal dependência é puramente **extrínseca**. Desde a fusão do óvulo com o espermatozóide, forma-se um novo indivíduo que comanda o seu próprio crescimento e desenvolvimento. Seu código genético é distinto da mãe. Seus aparelhos e sistemas são totalmente outros. Não é o organismo da mãe que vai construindo a criança. É a criança que constrói a si mesma, usando do alimento e do oxigênio fornecidos pela mãe. É o bebê, e não a mãe, que produz o famoso hormônio HCG, habitualmente usado nos testes de gravidez. É o bebê quem, por conta própria, suprime o período menstrual da mãe e constrói para si uma placenta e um envoltório protetor com líquido amniótico. E finalmente é o bebê quem determina o dia em que vai nascer, pois está fora de dúvida, segundo Dr. William A. Lilley²² (o "pai da fetologia") que o início do parto é uma decisão unilateral do nascituro (cf. A criança não depende da mãe intrinsecamente, como o braço depende do restante do

organismo. Sua dependência, puramente extrínseca, reduz-se ao lugar para hospedar-se, à alimentação e à respiração. Mas tal dependência permanece depois do nascimento. Pois, se depois de nascer, a mãe não a nutre com seu leite nem a acolhe em sua casa, a criança morrerá inevitavelmente. Para ser coerente os adeptos da tese deveriam dizer que o recém-nascido também não é pessoa, e, portanto não tem personalidade, uma vez que continuará a depender totalmente da mãe.

A liberdade concedida à gestante será sempre prévia ao ato da concepção, ou seja, decidir ou não pela gravidez, pois o momento posterior é reservado a outro direito fundamental: o da vida, e, este último, como visto, é idêntico para mãe e filho. Os constitucionalistas costumam discutir sobre a relação de aplicabilidade de direitos fundamentais quando há uma aparente colisão entre si. Abre-se aqui um parêntese (pequeno, para não se tornar enfadonha a discussão, mas suficiente para clarear nossa posição), para abordarmos a verticalidade e a horizontalidade, mediatidade e imediatidade de tais direitos perante os indivíduos sociais.

Merece registro que nos casos ora tratados não há risco de morte para a gestante. Este mesmo reconhecimento científico da dissociabilidade dos seres, genitor e gerido, é que forçou o Direito a reconhecer que o nascituro, embora não se tenha constituído de personalidade possa ser ao menos merecedor de proteção jurídica, registrando-se entretanto a existência de correntes que defendem o direito a personalidade civil desde a concepção.

3. IMPEDIMENTO DE ACESSO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A NÃO EXIGÊNCIA DA FORMA HUMANA E DA VIABILIDADE DO NASCIDO.

Inevitável a abordagem aos Direitos da Personalidade, dantes tocados, *en passant*, e que fazem referência direta ao ser humano que nasce com vida, o que já constitui, *de per se*, outro grave cerceamento de direito conseqüente de decisões do Poder Judiciário favoráveis à pretensão de natureza abortista. Pode até surgir a pergunta: *mas por que tratar dos direitos da personalidade, quando o direito em pauta é o da vida, uma vez que, sem esta, tudo mais perde o sentido?* A resposta é que a conjuntura é propícia, pois o intuito é provar o efeito em cadeia que decisões de natureza abortistas, à semelhança de liminares concedidas, provocarão em breve, deflagrada a ordem de "aborto vinculante"²³. **Mas, para que se tenha uma mínima idéia de quão devastadora a alteração provocada na cadeia de direitos com o ato decisório, peguemos o exemplo citado por Carlos Roberto Gonçalves²⁴ que se encaixa perfeitamente ao caso do aborto anencefálico: "Se, por exemplo, o genitor, recém-casado pelo regime da separação de bens, veio a falecer, estando vivos os seus pais. Se o infante chegou a respirar, recebeu, ex vi legis, nos poucos segundos de vida, todo o patrimônio deixado pelo falecido pai, a título de herança, e a transmitiu, em seguida, por sua morte, à sua herdeira, que era sua genitora. Se no entanto, nasceu morto, não adquiriu personalidade jurídica e, portanto, não chegou a receber, nem transmitir a herança deixada por seu pai, ficando esta com os avós paternos."** Grifamos.

O impedimento de nascer que o Estado opôs ao nascituro, exterminando qualquer possibilidade de adquirir sua personalidade jurídica e, conseqüentemente, os direitos aos quais se referem, é mais uma ininteligência inquietante. O Estado não pode ser opositor da convivência humana nem predador do bem-estar social. Ao Estado cumpre, sobretudo, a defesa dos interesses sociais, transindividuais, coletivos, difusos e individuais homogêneos, além de seus interesses em manter a pacificação social. Se há garantias pétreas de direitos como à vida, à personalidade, por que desrespeitá-las? Por que o Estado se lança em busca de uma involução jurídica, quando séculos foram trespassados em busca da evolução, do progresso? Os

direitos de personalidade são inatos ao ser humano, têm relação direta com a existência humana e somente a ela se referem. O que pretende o Estado tornando inacessíveis tais direitos a certas pessoas?

Diz o Novo Código Civil brasileiro, *verbis*: "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". *grifos*

Caio Mário da Silva Pereira²⁵ esclarece que o início da personalidade jurídica do indivíduo, para o atual direito brasileiro, tem um momento certo, um marco zero que é quando a criança é separada biologicamente do ventre materno, desfazendo a unidade biológica, constituindo, mãe e filho, dois corpos, com vida orgânica própria. Carlos Roberto Gonçalves, completando o raciocínio, lembra que é indiferente que o cordão umbilical tenha sido rompido, contrariando o entendimento de *Washington de Barros Monteiro e Pacchioni*²⁶. É assim o momento do nascimento com vida coincidente ao do início da personalidade, não sendo coincidentes quando se tratar de expulsão provocada por meios abortivos, pelo que não se tem mais a figura do nascituro, e, sim, a do natimorto, do qual não cuida o direito.²⁷

A imposição do nascimento com vida reflete uma obviedade: a de que só aos vivos interessa a tutela jurídica do Estado. A vida aqui será comprovada pela respiração do bebê, medida de qualquer forma, hoje mais modernamente, através de aparelhos ou da experiência clínica dos médicos, pois nem sempre foi assim²⁸. O choro da criança normal, que antigamente era o resultado natural do nascimento com vida, não será ouvido com o ser anencefálico. Questão importante para o caso em estudo é a observância de que, para o direito nacional, não interessa quanto tempo sobreviveu a criança, pois basta a primeira respiração para que se componha o surgimento do ser e da personalidade jurídica. Novamente recorremos às lições de Carlos Roberto Gonçalves²⁹: "*Muitas vezes torna-se de suma importância saber se o feto, que morreu durante o parto, respirou e viveu, ainda que por alguns segundos (...) Essa constatação se faz, tradicionalmente, pelo exame clínico denominado docimasia de Galeno*³⁰. Baseia-se essa prova no princípio de que o feto tendo respirado, inflou de ar os pulmões. Extraídos do corpo do que morreu durante o parto e imersos em água, eles sobrenadam. Os pulmões que não respiram, ao contrário, estando vazios e com as paredes alveolares encostadas, afundam. A medicina tem hoje recursos modernos e eficazes, inclusive pelo exame de outros órgãos do corpo, para apurar se houve ou não ar circulando no corpo do nascituro."

Desta forma, fadada ao insucesso qualquer argumentação de que não adiantaria permitir o nascimento de anencefálico pois não duraria mais do que algumas horas. Lembremos o que disse o ministro: "a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência de, no máximo, algumas horas após o parto".

De fundamental importância lembrar até mesmo para efeitos de direitos sucessórios, que mesmo acompanhando a temerária tese acima, inarredável reconhecer que mesmo minutos de vida são suficientes para conceber ao nascituro anencefálico, por exemplo, os direitos à personalidade civil, que origina outros direitos que se incorporam ao seu patrimônio jurídico.

Mais um exemplo que pode ser citado é a ação ajuizada pelo defensor público da **Vara da Infância e Juventude de São Bernardo do Campo no final de junho do ano passado**, que após agravar de instrumento decisão judicial monocrática, conseguiu reformá-la, garantindo ao feto o direito de figurar no pólo ativo, para assegurar atendimento pré-natal e pós-parto adequado às grávidas e parturientes, tudo com fundamento nos arts. 7º, 8º e 9º, da Lei Nº 80969/90 – Estatuto da

Criança e do Adolescente (ECA), que aduz que em razão do Estatuto da Criança e do Adolescente o feto é, sim, sujeito de direitos, em razão do princípio da proteção integral que inspira o citado diploma legal. Diz trecho do acórdão relatado pelo desembargador José Cardinale, em que também participaram os desembargadores Canguçu de Almeida (presidente) e Sidnei Beneti: *"Eleito o nascituro para integrar o pólo ativo da ação, não poderia o juiz determinar a emenda da inicial por entender impossível a figuração do feto como autor em qualquer espécie de demanda. Isso porque, segundo a jurisprudência, pode o feto, devidamente representado, desde o momento da concepção, ainda que desprovido de personalidade jurídica, pleitear judicialmente seus direitos"*

A decisão é positiva. A sábia decisão repercute inclusive para os casos de investigação de paternidade de uma criança, uma vez que a decisão pode fortalecer o exercício dos direitos do nascituro, que em muitos casos necessitam de cuidados especiais durante a gestação, inclusive nos caso de gestantes de anencéfalos que se submetendo a tratamento prévio de ácido fólico evitaria ou minimizaria o risco de gerar feto com a citada má formação. No entanto sabe-se que muitos são os pais que se esquivam da responsabilidade de cuidar dos filhos nascido vivos, quanto mais os intra-uterinos.

Embora o referido artigo da Lei Suprema refira-se apenas à criança, o "caput" do artigo 5º garante o direito à vida, e o art. 4º do Pacto de São José, Tratado Internacional sobre direitos fundamentais do qual o Brasil é signatário, declara que a vida começa na concepção.

O Código Civil preconiza o termo: *"Toda pessoa"* para aludir quem são sujeitos de direitos e obrigações, sem, entretanto, fazer qualquer exigência quanto à forma que possuem. O nascido vivo é "pessoa natural" suplantada que está a antiga terminologia discriminatória de "pessoa física" que causava a falsa impressão de que a pessoa nascida tinha que apresentar a forma física de um ser humano e também por desprezar as qualidades morais e espirituais do homem³¹. Assim, não importa o fato de que o nascituro seja fisicamente deformado. As garantias jurídicas da personalidade lhe serão atribuídas normalmente.

4. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS NORMAS

À guisa do que comentamos no item 2.2, a liberdade é direito fundamental, assim como a vida, mas que no cenário jurídico montado, não se afrontam. A questão é saber se existe qualquer relação de subordinação entre os direitos aqui elencados: vida, liberdade e autonomia de vontade, assim como hierarquia entre as normas que traçam tais direitos. Inicialmente constata-se no rol dos princípios elencados a partir do art. 5º da Carta Magna, como principio inaugural, o direito à vida, seguido dos demais, sem no entanto existir relação de subordinação, mas sim de valoração do núcleo essencial do direito fundamental, que por sua importância encontra maior tutela normativa, no caso, o direito fundamental à vida, o mais fundamental de todos os direitos, donde se ramificam todos os demais direitos fundamentais subsequentes. A Convenção de Viena de 1969, sobre os Direitos dos Tratados, em seu art. 60 prescreve que é proibido invocar o direito interno, para se descumprir um Tratado aderido, e, muito menos a própria Constituição pode contradizer a normativa de um Documento de Direito Público Internacional, pois a violação de um Tratado pode acarretar sua suspensão, ou extinção. Celso Antônio Bandeira de Mello³², em lição lapidar, aduz que: "Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do

sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (...) Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra". O princípio da hierarquia das normas compõe a estrutura do ordenamento jurídico, As leis ordinárias, por sua inferioridade em relação à legislação humanitária internacional aderida, quando da existência de manifesta contraposição, automaticamente de maneira tácita e/ou com declaração expressa resulta inconstitucional. Os direitos e garantias fundamentais não têm caráter absoluto, quando o exercício de um direito fundamental de um titular impede ou embaraça o exercício de outro direito fundamental de outro titular. Se não hierarquização entre os direitos fundamentais como resolver essa colisão ou concorrência de direitos fundamentais? Decidir pela norma constitucional de maior importância; buscando o núcleo essencial do direito fundamental. No dia 06.11.1992, foi promulgado o Dec 678, por meio do qual o Brasil passou a ser signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (conhecida como Pacto de São José da Costa Rica), que estabelece *in verbis*: "**Artigo 4º - Direito à vida: 1. Toda pessoa tem 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.**" – grifos. O Supremo Tribunal Federal já decidiu, na hipótese de conflito entre lei(ordinária) e Tratado, este prevalece. Descumprir um documento de Direitos Humanos, seja ele bilateral ou multilateral, configura flagrante atentado à *lex fundamentalis*, à soberania nacional e à ordem jurídica internacional, por ser o tratado, na expressão de Clóvis Beviláqua, **um acordo de maior importância.**

Normas protetivas do direito fundamental à vida: CF :PREÂMBULO/ Dos Princípios Fundamentais, Art. 1º ...

III - a dignidade da pessoa humana; Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I ... IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: ... II - prevalência dos direitos humanos; ... VII - solução pacífica dos conflitos; Art. 5º. – Direitos e garantias fundamentais - inviolabilidade do direito à vida... Parágrafos 2º. e 3º. – Tratados e Convenções internacionais sobre direitos humanos; Art. 227 CF; Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica - Brasil é signatário - Decreto nº 678/92: "Artigo 4º - Direito à vida: 1. Toda pessoa tem 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." "Toda criança necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após o seu nascimento". (Preâmbulo e o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos da Criança): "Toda criança necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após o seu nascimento". Por seu turno, o novo Código Civil brasileiro, a exemplo do anterior, preconiza de forma mais objetiva: "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." ECA: Lei Nº. 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente... Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde ... Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação,

exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. O invocado princípio da dignidade da mulher para abortar não pode depender estritamente de poder decidir pelo aborto, posto que radiografa sua fragilidade em se comparando com o exaustivo amparo normativo ao direito fundamental à vida. Há sim a necessidade de se atentar para valorizar a necessidade do cuidado com a saúde física e psicológica dessa gestante.

Fere de morte o ordenamento jurídico superior, a **Resolução 1.752/04 do Conselho Federal de Medicina**³³, que **autoriza eticamente os médicos a usarem órgãos e/ou tecidos de anencéfalos, para transplante**, independentemente da condição dos recém-nascidos nascerem e permanecerem vivos ou não, condicionando o “assassinato” tão somente ao “prévio consentimento dos pais”, não obstante a incerteza do período de sobrevivência do nascido vivo. Aos pais a informação repassada é a tese que fundamenta a referida Resolução em seu mérito, ou seja, que não existe qualquer possibilidade do nascituro sobreviver; o que é uma inverdade. Negar o direito fundamental à vida ao ser vivo, mesmo que nasça com má formação, mas que apresenta sinais vitais, respira, chora, se alimenta, com perspectiva de sobrevivência por período incerto, como de toda forma incerta é a sobrevivência dos considerados “normais”, é trilhar a mentalidade nazista, abrindo um grave e escancarado precedente para o eugenismo.

Ademais, há de se atentar para o fato de que a Lei de Transplantes³⁴ (Lei 9434/1997) prevê como criminosa a conduta de quem remove órgãos e tecidos de pessoa viva, o que de forma aberrativa é “eticamente” autorizado pelo Conselho Federal de Medicina. Nas palavras do Dr. Dornival da Silva Brandão (CRM 52 00471.1), **essa resolução afirmando que "os anencéfalos são natimortos cerebrais, é uma "excrecência"**. Grifos.

À guisa de conhecimento, trazemos a colação que pelo menos 50 (cinquenta) médicos, a maioria professores universitários especializados no assunto, no ano 2006, encaminharam ao Conselho Federal de Medicina, um documento intitulado: **Pedido de Reconsideração da Resolução CFM nº 1.752/04**, contendo 49 laudas, para salvaguardar que o médico venha, por imprudência, a cometer o erro de considerar morto um paciente que está vivo, pedido este indeferido pelo colegiado, pelo que se verificou de sua resposta à ofício encaminhado pelo Ministério Público Federal por provocação do Ministério Público do Estado do Ceará.

5. CONCLUSÃO

O exame da matéria contextualizado no ordenamento jurídico brasileiro aplicando-se a interpretação sistemática das normas, onde não obstante inexista hierarquia entre as normas fundamentais constitucionais, há sim a necessidade de se considerar o grau de importância que traduz cada direito fundamental, no caso, o direito fundamental à vida do nascituro, uma vez que tal direito fundamental é considerado o mais fundamental de todos os direitos, pois é a partir do direito à vida, que se ramificam todos os demais direitos. Direitos fundamentais constitucionais estão no mesmo “nível hierárquico”, mas trazem em seu âmago, valoração e importância indicativos de que alguns direitos fundamentais possuem uma importância maior que outros, assumindo papel de nítido destaque no sistema normativo, e, assim, outro não pode ser o pronunciamento do Ministério Público, que há de laborar sempre na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, tutelando em especial o direito fundamental à vida dos hipossuficientes, uma vez que estando o direito à vida associado aos fundamentos

de um Estado Democrático de Direito, não se pode erigir contra ele qualquer ação, porque contrariaria a logicidade do sistema normativo. Transcrevemos a guisa de conclusão o entendimento do Dr. Dernival Silva Brandão, médico ginecologista, a quem recorreremos por diversas vezes no feitio deste trabalho para fundamentar nossa tese e, com o qual, mais uma vez concordamos: "***Não se pode desconhecer a situação angustiante de uma gestante portadora de uma intercorrência grave, e a de um médico que tenha em suas mãos um problema de tal magnitude. Não se pode ser insensível e indiferente diante deste tipo de sofrimento, mas a morte direta de um ser humano como meio para este fim não é lícito; não se justifica matar deliberadamente um ser humano inocente, mesmo que a finalidade seja boa***". Assim, sem mais acrescentar, fica a lição: Os fins não justificam os meios. Sem a pretensão de esgotar o debate sobre o relevante tema, entendemos que ninguém, jamais pode negar o desejo de que todas as crianças nasçam saudáveis e perfeitas. Ninguém pode também menosprezar a aflição e as dificuldades dos pais de crianças malformadas. No entanto, isso por mais pungente que seja não autoriza ninguém, em especial, ao Ministério Público, a quem compete dentre muitas atribuições, a tutela dos hiposuficientes é dado esse poder, isto é, o poder de determinar até quando alguém vai viver. Nosso poder, é poder-dever limitado à observância do ordenamento jurídico hierárquico, pois também estamos submetidos a ordem jurídica em vigor. **Registramos ainda que o ser humano não pode ser julgado, na avaliação de sua existência, pela plenitude de vida e independência sócio-econômica, nem muito menos pelo fulgor de uma inteligência privilegiada ou pela formosura de seus traços físicos, porque ele não foi proposto para torneios e disputas, mas para realizar o destino da criatura humana, merecendo pois respeito em especial face ao princípio da dignidade da pessoa humana.**

BIBLIOGRAFIA:

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 12^a edição, Ed. Malheiros, 2000;
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, parte especial, vol. 2, . Ed. Saraiva, 2003;
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, 10^a edição, Ed. Campus, 1992;
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 14^a edição, Ed. Malheiros, 2004;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Estudos sobre direitos fundamentais, 5^a edição, Ed. Coimbra, 2001;
- ESPÍNOLA, Eduardo. Tratado de Direito Civil Brasileiro, vol. 10, Ed. Freitas Bastos, 1941;
- FIÚZA, César. Direito Civil curso completo, 6^a edição, Ed. Del Rey, 2003;
- FIÚZA, Ricardo. Novo Código Civil Comentado, 1^a edição, 2^a tiragem, Ed. Saraiva, 2002;
- GOLLOP, Thomaz Rafael. O descompasso entre o avanço da ciência e a lei. Revista USP nº 24, 1995;
- GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, 18^a edição, Ed. Forense, 2001;
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol. I, Ed. Saraiva, 2003;
- HOUAISS, Antônio. Enciclopédia e Dicionário ilustrado. Ed. Delta, 2000;
- JOSERRAND, Louis. Direito Civil, Tomo I, vol. I, Ed. Bosch, 1950;
- LILEY, William A. O Aborto. Ed. Paulinas, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Revista jurídica Jus Navigandi, a. 8, nº 378, 2004. Disponível em: . Acesso em: 20 jul. 2004.

MARTINS, Ives Gandra. O Direito constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana. Artigo publicado em colaboração *in*: A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica. Ed. Fabris, 1999;

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 13ª edição, Ed. Atlas, 2003;

PAGE, Henri de. Traitê Élémentaire de Droit Civil Belge, Bruxelas, 1948;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Vol I, Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, parte geral, 34ª edição, Ed. Saraiva, 2003;

RUGGIERO, Roberto de. Instituições de Direito Civil, vol. 1, 1ª edição, Ed. Bookseller, 1999;

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15.ª edição Ed. Malheiros, 1998;

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. Ed. Saraiva, 2002;

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil, vol. 1, 4ª edição. Ed. Atlas, 2004.

www.providaanapolis.org.br

www.juristas.com.br

Revista Consultor Jurídico, 8 de janeiro de 2007

7. NOTAS:

¹ Gollop T. *in*: O descompasso entre o avanço da ciência e a lei. Revista USP 1995 nº 24 pgs.54-59

² Direito à liberdade, direitos sociais, direitos comuns e solidários e direitos à democracia, informação e ao pluralismo. Conferir Curso de Direito Constitucional, pgs. 516 a 525.

³ Bobbio atesta que sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. *In*: A Era dos Direitos, 10 ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 34.

⁴ *In*: Estudos sobre direitos fundamentais. Ed. Coimbra, pg. 34.

⁵ Curso de Direito Administrativo, 12ª edição, Malheiros, 2000, pp. 747.

⁶ Curso de Direito Constitucional, Ed. Atlas, 13ª edição pg. 63.

⁷ Bioética é o estudo interdisciplinar entre biologia, medicina e filosofia (dessa, especialmente as disciplina da ética, da moral e da metafísica), que investiga todas as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana (em geral) e da pessoa (em particular). Considera, portanto, a responsabilidade moral de cientistas em suas pesquisas, bem como de suas aplicações. São temas dessa área, questões delicadas como a fertilização in vitro, o aborto, a clonagem, a eutanásia e os transgênicos.

⁸ ... *no âmbito bioético, legitimam um uso responsável da expressão biodireito, para identificara maneira mais igualitária de entender e empregar o jurídico. Se o direito existe para a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, e se todo indivíduo humano é pessoa, conforme as diretrizes bioéticas assinaladas, inadmissível é o uso da expressão biodireito senão para a tutela integral da vida, desde a concepção...* Acta Bioethica 2002; Año VIII, Nº 2 Bioética E Biodireito: As Implicações De Um Reencontro.

⁹ Giuli Anna, Bióloga molecular, Professora de Bioética na Faculdade de Medicina da Universidade Católica do Sagrado Coração (Roma), publicou um livro com o título «Início da vida humana individual. Bases biológicas e implicações bioéticas.

¹⁰ Aquino, Professor Felipe, Livro Aborto?... Nunca!...

¹¹ *Idem*, *ibidem*.

¹² O Direito constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana. Artigo publicado em colaboração *in*: A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica. Ed. Fabris, 127 - 144. Pg. 128 à 134.

¹³ Livre docente em cirurgia torácica pela UFERJ, em aula magna ministrada por ocasião do II Seminário de Bioética Regional Sul 1.

¹⁴ www.providaanapolis.org.br

¹⁵ Alexandre de Moraes. *Idem*, *ibidem*

¹⁶ News Exchange of "The World Federation of Doctors who respect the Human Life". Vol.8, nº12. Set./Out. 1982, *apud* Dernival da Silva Brandão. Artigo publicado em colaboração *in*: A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica. Ed. Fabris, 15 - 58. pg. 25.

¹⁷ News Exchange of "The World Federation of Doctors who respect the Human Life". Vol.8, nº12. Set./Out. 1982, *apud* Dernival da Silva Brandão. Artigo publicado em colaboração *in*: A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica. Ed. Fabris, 15 - 58. pg. 25.

¹⁸ Op. Cit. Pg. 60

¹⁹ *In: fr.1, § 1 D. 25. 4: "Partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum".*

²⁰ *Idem*, pg. 135.

²² News Exchange of "The World Federation of Doctors who respect the Human Life". Vol.8, nº12. Set./Out. 1982, *apud* Dernival da Silva Brandão. Artigo publicado em colaboração *in: A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica*. Ed. Fabris, 15 - 58. pg. 25.

²³ *In: fr.1, § 1 D. 25. 4: "Partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum"*

²⁴ *In: De l'Esprit des Loix, 1748, livro primeiro, capítulos I e III. Tradução Martins Fontes, 1996.*

²⁵ *Idem*, pg. 135.

²⁶ Revista jurídica Jus Navigandi a. 8, n. 372, 14 jul. 2004. Disponível em: <http://www.jus.com.br>

²⁷ Resolução 1.752/04 do Conselho Federal de Medicina (Publicada no D.O.U. 13.09.04, seção I, p. 140). Autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais: **RESOLVE: Art. 1º Uma vez autorizado formalmente pelos pais, o médico poderá realizar o transplante de órgãos e/ou tecidos do anencéfalo, após o seu nascimento**.

²⁸ Lei de Transplantes (Lei 9434/1997) impõe sanções para a remoção de órgãos e tecidos em desacordo com essa lei. Vejamos a gravidade da pena imposta para o caso: *Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei: [...] § 4.º 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.*

²⁹ Interessante expressão utilizada pelo Pe. Luiz Carlos Lodi da Cruz, presidente do movimento *Pró-vida de Anápolis*, em seu vociferante artigo, sob o mesmo título, publicado na Revista jurídica Jus Navigandi a. 8, n. 372, 14 jul. 2004. Disponível em: <http://www.jus.com.br>

³⁰ *In: Instituições de Direito Civil, vol. 1, pg. 79*

³¹ *In: Curso de Direito Civil, vol. 1, pg. 79.*

³² Orlando Gomes observa que: "São de grande importância as regras atinentes à determinação do começo da personalidade, especialmente para fins de sucessão 'mortis causa' e de qualificação da nacionalidade. (...) Não basta o nascimento é preciso que o concebido nasça vivo, O natimorto não adquire personalidade." *Op. Cit.* Pg. 144.

³³ Roberto de Ruggiero, lecionava sobre o tema, expondo: " Não há presunções legais de vida, nem vigoram já hoje os antigos critérios dos Romanos que, exigindo o vagido ou tornando como suficiente qualquer outra manifestação exterior da vida, fundavam esta sobre indícios: na dúvida, o requisito comprova-se com os meios da ciência médico-legal e a prova da vida, havendo tais dúvidas, deve ser feita por quem tenha interesse." *Op. Cit.* Pg. 440.

³⁴ *Idem*, *ibidem*.

³⁵ Docimasia hidrostática de Galeno. Do grego, dokimasia, francês docimasia, experiência, prova. Medida pericial, de caráter médico-legal, destinada a verificar se uma criança nasceu viva ou morta, vale dizer, se chegou a respirar. Depois de haver respirado, o feto tem os pulmões cheios de ar; colocados na água, estes flutuam, o que não ocorre com os pulmões que não respiram. Se não afundarem, portanto, houve respiração, vida. Daí, a denominação docimasia pulmonar hidrostática de Galeno. A docimasia apresenta imensa utilidade para o direito, na determinação do momento da morte, pois a demonstração de que a pessoa tenha vindo à luz já morta ou que tenha nascido viva acarreta conseqüências jurídicas. Se um homem vem a falecer, deixando sua mulher grávida, e a criança vêm à luz morta, o patrimônio do *de cujus* transmitir-se-á aos herdeiros deste, que poderão ser seus genitores; mas se a criança vier à luz viva, morrendo no momento subsequente ao do nascimento, o patrimônio do pai passará aos herdeiros da criança, no caso, sua mãe. obs.dji: Perícias Sobre Cadáveres. Medicina Legal - Corpo de Delito - Identificação Médico-Legal - Documentos Médicos-Legais - Morte Jurídica - Exame do corpo de delito e perícias em geral.

³⁶ Norbim, Luciano Dalvim, O direito do nascituro à personalidade civil, P. 56

³⁷ (Dr. & Mrs. J.C. Wilke. *Handbook on Abortion*. Cincinnati (OH), Hayes Publishing Co., 1975, pp. 24-25).

²¹ www.providaanapolis.org.br

³⁹ (Dr. & Mrs. J.C. Wilke. *Handbook on Abortion*. Cincinnati (OH), Hayes Publishing Co., 1975, pp. 24-25).

⁴⁰ A. William Liley, MD, *A Case Against Abortion*, Liberal Studies, Whitcombe & Tomb Ltd, 1971). *Op.Cit.* Pg. 60.

⁴¹ Maria Helena Diniz, Sílvio de Salvo Venosa, Washington de Barros Monteiro, Carlos Roberto Gonçalves, dentre outros.

⁴² "A nomenclatura 'pessoa natural' revela-se, assim, a mais adequada, como reconhece a doutrina em geral, por designar o ser humano tal como ele é, com todos os predicados que integram a sua individualidade". Maria Helena Diniz *in: Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 1, pg. 137.*

⁴³ *In: Droit Civil, tomo I, vol. 1, pg.172.*

⁴⁴ *In: Traité Élémentaire de Droit Civil Belge, 10ª edição, Tomo I, pg. 294, nota 236.*

RESTANTE DA NOTA 27

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e CONSIDERANDO que **os anencéfalos são natimortos cerebrais** (por não possuírem os hemisférios cerebrais) **que têm parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas pós-parto, quando muitos órgãos e tecidos podem ter sofrido franca hipoxemia, tornando-os inviáveis para transplantes;** CONSIDERANDO que **para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica;** CONSIDERANDO que os anencéfalos podem dispor de órgãos e tecidos viáveis para transplantes, principalmente em crianças; CONSIDERANDO que as crianças devem preferencialmente receber órgãos com dimensões compatíveis; CONSIDERANDO que a Resolução CFM nº 1.480/97, em seu artigo 3º, cita que a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida, sendo **o anencéfalo o resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevida, por não possuir a parte vital do cérebro;** CONSIDERANDO que os pais demonstram o mais elevado sentimento de solidariedade quando, ao invés de solicitar uma antecipação terapêutica do parto, optam por gestar um ente que sabem que jamais viverá, doando seus órgãos e tecidos possíveis de serem transplantados;...**RESOLVE: Art. 1º Uma vez autorizado formalmente pelos pais, o médico poderá realizar o transplante de órgãos e/ou tecidos do anencéfalo, após o seu nascimento.** Art. 2º... Art. 4º Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação. Brasília-DF, 8 de setembro de 2004. Edson De Oliveira Andrade Rubens Dos Santos Silva - Presidente Secretário-Geral.