



# SENADO FEDERAL

## PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 312, DE 2004

Altera a redação do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1.940, Código Penal, para acrescentar o inciso III ao artigo 128, incluindo entre as suas excludentes de antijuridicidade, hipótese permissiva de interrupção de gravidez.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O art. 128, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigor acrescido do inciso III seguinte:

"Artigo 128. Não se punir o aborto praticado por médico:

.....  
III – quando, mediante consentimento da gestante ou, se incapaz, de seu representante legal, for atestada a ausência de vida no feto, diagnosticada na forma do artigo 39, da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação."

### Justificação

Objetiva a presente proposição regular tema polêmico, qual seja, permitir, independentemente de autorização judicial, a interrupção de gravidezes geradoras de portadores de doenças, assim entendidas quaisquer desvios do estado normal de saúde, que por incontornáveis, levem fatalmente à morte o feto ou, ainda, logo após o parto, o nascituro.

A hipótese que atualmente tem suscitado maior clamor público é a dos fetos anencefálicos, aqueles privados de encéfalo, destituídos de atividade cerebral, que gozam de vida (vegetativa) intrauterina que

os permite, por vezes, evoluir, chegar a termo e nascer, mas, logo após, fatalmente morrem clinicamente, o que se dá por completa e irreversível parada cardiorrespiratória.

Em casos tais, estaria permitido o procedimento do "aborto", aqui nominado impropriamente, haja vista que o aborto é descrito pela doutrina especializada como uma interrupção da gravidez com a consequente morte do feto (produto da concepção). Vale dizer: a morte deve ser resultado direto dos meios abortivos, sendo imprescindível tanto a comprovação da relação causal, como a potencialidade de vida extra-uterina do feto.

Não é o que ocorre na antecipação do parto de um feto anencefálico. A "morte" do feto – ou seria a falta de vida? – decorre da má formação congênita, sendo certa e inevitável ainda que decorridos os nove meses normais de gestação. Ou seja, falta à hipótese o suporte fático exigido pelo tipo penal. Não há objeto jurídico a tutelar (preservação da "vida" humana), in existe sujeito passivo (feto com "vida") e mostra-se impossível a sua consumação (o evento "morte"). Assim, nessa hipótese em específico, de fetos desprovvidos de atividade cerebral, cabe até cogitar se a interrupção da gravidez incidiria nas condutas vedadas pela lei penal.

Com efeito, procedendo a uma análise histórica da evolução do que legalmente se concebe como "vida", com total abstração aos conceitos filosóficos e/ou religiosos, e fazendo uma analogia com a legislação que trata da doação de órgãos, por sua inquestionável identificação com o tema em exame, mormente a retrada, post mortem, de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento, independente de autorização judicial, é possível conceber

que a cessação de gravidezes de fetos desprovvidos de cérebro – ou em que ele não apresente atividade elétrica – não tipifique uma conduta punível.

Como é de conhecimento geral, há dois conceitos técnicos de "morte", a encefálica e a clínica. Cada qual exige uma série de procedimentos para que se dê a sua constatação. A primeira constitui-se da ausência de atividade elétrica no cérebro, enquanto a segunda decorre da ausência irreversível de batimentos cardíacos.

Inicialmente, o diagnóstico da morte só era admitido depois do estabelecimento sucessivo da putrefação, do estado de rigidez e do resfriamento cadavéricos, bem como da cessação da respiração, como sinais primários da mortatognose, se encarando o coração como o órgão principal da vida e sua parada como indicação definitiva da morte.

Com o desenvolvimento de meios mecânicos extraordinários, artificiais, substitutivos da diade funcional coração-pulmão, para a manutenção da atividade cardiorrespiratória, e a possibilidade de reanimar um coração parado através de massagens, drogas e estímulos elétricos, a parada cardíaca teve a sua posição fortemente abalada.

Quando, em 3-12-1967, o médico sul-africano Christiaan Barnard, na época com 48 anos, surpreendeu o mundo, realizando o primeiro transplante cardíaco em seres humanos, precipitou de maneira inevitável os acontecimentos e o fato, já aceito pela classe médica, da precedência em nível de importância funcional, do encéfalo sobre o coração.

A partir de então os critérios para a determinação da morte – e por conseguinte da existência de vida – passaram por profundas alterações legislativas, até culminar, entre nós, com a vigente Lei nº 9.434/97, adotando a ausência de atividade cerebral como bastante para determinar a ausência de vida, na seguinte forma:

"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."

Essa disposição acabou sendo completamente reiterada pelo Decreto nº 2.268/97, que a regulamentou, nos seguintes termos:

"Da Comprovação da Morte

Art 16. A retirada de tecidos, órgãos e partes poderá ser efetuada no corpo de pessoas com morte encefálica."

É bem provável que essa evolução legislativa decorra da crescente demanda por órgãos, desencadeada, em parte, pelo aperfeiçoamento das técnicas de transplante. De qualquer forma, restou assentado que a ausência de atividade cerebral é determinante do óbito e, por conseguinte, da ausência de vida.

Logo, conceder que a cessação da gravidez de um feto anencefálico, ou sem atividade cerebral, possa constituir crime, valendo lembrar que essa gestação, não raro, acaba por colocar em risco a vida da gestante, importa em impedir que a gestante retire um feto morto.

A essa ideia não se opõem os adeptos da teoria conceptionista, alegando que a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a sua concepção (art. 2º, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2.002 – Código Civil, art. 4º do Código de 1916), mas na principal hipótese que se busca regular pela presente proposição – a dos fetos sem atividade elétrica cerebral – não há que se falar em possibilidade de nascituro, de nascimento com vida, pelo menos não como hoje assentado pela lei o conceito de "vida".

Neste ponto, em razão da total pertinência com a esta proposição, impõe-se transcrever a percutiente análise procedida pelo Ministro Marco Aurélio, do Excelso Poder, quando da concessão de liminar para interrupção de uma gestação de feto anencefálico, nos autos da Medica Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8/DF:

"Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se classificar uma pessoa usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da

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

Por conta desse imbróglio, ocorre que muitas “mães”, principalmente aquelas mais pobres, impossibilitadas de buscar uma remediação por meios próprios, são condenadas a carregar, quicá durante toda a gestação, não mais que um cadáver, relegadas, assim, à condição de sepulturas ambulantes, por força de um formalismo míope, a cujas mudanças opõem-se preconceitos de toda ordem.

Nesse ponto, convém salientar que a lei já autoriza o aborto nos casos de gravidezes decorrentes do crime de estupro (art. 128, II, do Código Penal) ainda que os fetos perfeitos, sadios.

Dessa forma, então, a subsistir a reticência em legalizar a interrupção da gravidez de um gestado com “vida”, com mais razão impor-se-á, por coerên-

cia, a revogação do preto dispositivo legal (art. 128, II, do CP), obrigando à mãe o dever de criar o filho indesejado.

Assim, por acreditar que esta proposição irá atender aos clamores da sociedade, pacificando uma questão controvérsia que tem alcançado as grandes Cortes do nosso País sem, contudo, encontrar uma resposta apaziguadora, é que se espera contar com o seu acolhimento pelos nobres senadores para mais esse necessário aperfeiçoamento da nossa legislação penal.

Sata das Sessões, 4 de novembro de 2004. – Senador Marcelo Crivella.

#### LEGISLAÇÃO CITADA

##### **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**

###### **Código Penal.**

#### **PARTE ESPECIAL**

##### **TÍTULO I Dos Crimes Contra a Pessoa**

###### **CAPÍTULO I Dos Crimes Contra a Vida**

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

###### **Aborto necessário**

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

###### **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**

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

##### **DECRETO Nº 2.268, DE 30 DE JUNHO DE 1997**

Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fim de transplante e tratamento, e dá outras providências.

O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997,

Decreta:

**CAPÍTULO IV**  
**Da Retirada de Partes**

**SEÇÃO I**  
**Da Comprovação da Morte**

**Art. 1º.** A retirada de tecidos, órgãos e partes poderá ser efetuada no corpo de pessoas com morte encefálica.

**LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**

Institui o Código Civil.

**PARTE GERAL**

**LIVRO I**  
**Das Pessoas**

**TÍTULO I**  
**Das Pessoas Naturais**

**CAPÍTULO I**  
**Da Personalidade e da Capacidade**

**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.

**LEI Nº 9.434, DE 4 DE FEVEREIRO DE 1997**

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

**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.

**(À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – decisão terminativa.)**

Publicado no Diário do Senado Federal de 05 - 11 - 2004