

CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS ACERCA DA PROBLEMÁTICA DA ANENCEFALIA

Francisco Davi Fernandes Peixoto*

RESUMO

O presente trabalho trata de uma abordagem jurídica acerca da problemática da anencefalia, se a conduta de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos pode ou não ser encarada como lícita do tendo por base a legislação pátria. Para tanto, faremos algumas considerações sobre os critérios de vida e morte que existam na legislação nacional e se o feto anencefalo pode ou não ser encarado como um ser humano vivo e digno de proteção jurídica. Trataremos também uma interpretação evolutiva do código penal brasileiro no atual contexto do constitucional, se o mesmo atende ou não a atual problemática dos fetos anencefálicos. Além disso, abordaremos os argumentos constitucionais contrários e a favor da antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos num possível conflito de interesses entre o feto e a gestante.

PALAVRAS CHAVE

ANENCEFALIA; INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA; ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO; DIREITOS FUNDAMENTAIS.

ABSTRACT

The present work deals with a legal boarding concerning the problematic of the anencephaly, if the therapeutical behavior of anticipation of the childbirth of anencephalyc fetus can or can't be faced as lawful having for base the native legislation. For that, we will do some considerations about the criteria of life and death that exist in the national legislation and if the anencephalyc fetus can or can't be faced as an alive and worthy of legal protection human being. We will also deal with an evolutionary interpretation of the brazilian criminal code in the current constitutionalcontext, if it takes care or not of the current problematic of the anencephalyc fetus. Moreover, we

* Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Bolsista CAPES.

will approach the contrary and favor constitutional arguments of the therapeutical anticipation of the childbirth of the anencephalic fetus in a possible conflict of interests between the fetus and the pregnant woman.

KEY WORDS

ANENCEPHALY; EVOLUTIONARY INTERPRETATION; THERAPEUTICAL ANTICIPATION OF THE CHILDBIRTH; FUNDAMENTAL RIGHTS.

INTRODUÇÃO

Os avanços biomédicos do século XX foram significativos para a prevenção e cura de doenças que até então assolavam a humanidade. Da aliança da medicina a outras ciências resultou o surgimento de novos aparelhos e técnicas biomédicas, permitindo diagnosticar cada vez mais cedo diversas patologias que até então eram indetectáveis para as ciências biomédicas, como, por exemplo, a anencefalia¹.

Porém, o descobrimento por parte do homem deste poder contido na tecnológica quando aplicado à área das ciências da saúde trouxe novas e delicadas questões acerca da existência e necessidade de se imporem limites à pesquisa científica, principalmente quando se lidam com assuntos como saber quando se inicia a vida ou o seu término, enfim dos limites da manipulação da vida.²

O historiador Eric Hobsbawm destacou essa mudança do paradigma hodierno que vivemos citando Claude Lévi-Strauss:

Você acha que há lugar para a filosofia no mundo de hoje?
Claro, mas só se for baseada no atual estado de conhecimento e realização científicos [...] Os filósofos não podem isolar-se contra a ciência. Ela não

¹ “Graças aos avanços alcançados pela medicina, hoje é possível fazer exames pré-natais para diagnosticar alguma anomalia, exames como a ultra-sonografia e a amniocentese dão a possibilidade dos pais escolherem se desejam levar a gravidez até o fim.” ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2000, p. 144.

² “A questão da manipulação da vida pode ser contemplada a partir de variados ângulos: biotecnológico, político, econômico, social, jurídico, moral. Em respeito à liberdade (individual e coletiva) conquistada pela humanidade através dos tempos, a pluralidade constatada neste final de século XX requer que o estudo bioético do assunto contemplado – na medida do possível e de forma multidisciplinar – abranja todas estas possibilidades.” GARRAFA, Volnei. “Direito, ciência e bioética: avanços, responsabilidade e respeito à dignidade humana.” In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. **Anais da I conferência Internacional de Direitos Humanos**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1997, p. 128.

apenas ampliou enormemente nossa visão da vida e do universo: também revolucionou as regras segundo as quais opera o intelecto.³

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da liberdade de pesquisa ou liberdade científica como direito fundamental. Todavia, é mister destacar que tal princípio não é de forma alguma absoluto. Existem limites ao mesmo que são impostos pelo próprio direito⁴, além da necessidade de harmonização interna daquele princípio com os demais princípios positivados implícita ou explicitamente na Constituição Federal de 1988⁵.

O avanço científico inevitavelmente gera repercussões sociais variáveis, especialmente quando levam em considerações questões polêmicas como a dos fetos anencefálicos. O judiciário brasileiro vê-se cada vez mais abarrotado com demandas para antecipação da gestação de tais fetos que seriam totalmente incompatíveis com a vida.

A questão é tão atual que recentemente bateu as portas do Supremo tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 interposta pela CNTS – Confederação Nacional dos Trabalhadores e Saúde. A dita ADPF nº 54, formulada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde – CNTS, trata justamente da questão da anencefalia, da possibilidade legítima ou não da antecipação terapêutica do parto, questionando especificamente os arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal Brasileiro em face dos seguintes preceitos fundamentais expressos na Carta Magna: a Dignidade da Pessoa Humana (Art 1º, III), a Legalidade, em seu conceito mais amplo, da Liberdade e da Autonomia da Vontade (art. 5º, II) e também os diretamente relacionados à Saúde (Art. 6º *caput*, e Art .196).

³ HOBBSBAWN, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 504.

⁴ “O interesse científico não pode desconhecer, menosprezar ou violar direitos fundamentais do ser humano, ainda que a finalidade da investigação seja a mais legítima em termos de possibilidade de aproveitamento e melhoria para as pessoas. Limita-se, portanto, o direito de experimentar livremente para proteger o cabedal de direitos daquele que se propõe a ser sujeito da experiência e para proteger a dignidade humana em sua expressão social mais ampla.” ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. “Vida Digna: Direito, ética e Ciência.” In. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 94-95.

⁵ “A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a consequente destruição da tendencial unidade axio-lógico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de *tensão* ou *antagonismo* entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma «lógica do tudo ou nada», antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu «peso» e as circunstâncias do caso.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 190.

Apesar de a jurisprudência pátria já vir lidando com o assunto a mais de 15 anos o tema encontra-se cada vez mais presente em meio a sociedade, como no caso de Marcela de Jesus Galante Ferreira, anencéfala que de 9 meses, que foi retratado na revista *Veja*⁶, motivo pelo qual se justifica o interesse pelo tema.

1 DA CONCEITUAÇÃO DA ANENCEFALIA

O professor Luís Roberto Barroso, autor da Petição Inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 54, define anencefalia como má formação fetal congênita por defeito no fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico.⁷

Destarte, o embrião, feto ou recém-nascido anencéfálicos possuem uma chamada malformação congênita. O termo “malformação” é auto-explicativo, constituindo formações irregulares do feto, não sendo necessário tecermos informações para defini-lo. Todavia o termo congênito carece de algumas considerações.

Congênito significa que o defeito está presente no feto antes, durante e depois de sua concepção. É uma patologia determinada por diversos fatores chamados teratogênicos ou teratógenos, que atuam diretamente sobre o ser em formação, ampliando a probabilidade de tais patologias. Como exemplos destes fatores, podemos citar as diversas radiações, vírus, drogas e doenças maternas existentes⁸.

Todavia, comprovadamente os fatores teratogênicos não são as únicas causas que incidem e concorrem para que ocorra a anencefalia, outros fatores como descendência e etnia também o fazem.

Senão, vejamos a tabela abaixo:

| |
|---|
| Distribuição de fatores de risco diante do percentual de casos de anencefalia e de gestações normais |
|---|

⁶ “A menina nunca ouviu um único som e não sabe o que é sentir dor física ou emocional. Desconhece o cheiro e o sabor de qualquer alimento. Sobrevive no mais absoluto vazio.” *VEJA. A menina sem estrela*. São Paulo: Editora Abril p. 122-123. Edição 2021, ano 40, nº 32 de 15 de agosto de 2007.

⁷ A Petição inicial da ADPF nº 54 pode ser encontrada em: <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=ADPF&s1=54&u=http://www.stf.gov.br/Processos/adi/default.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESE&Sect3=PLURON&Sect6=ADPFN&p=1&r=2&f=G&n=&l=20>. Acesso em 01 de dezembro de 2005. O Professor Luís Roberto Barroso reitera esta definição da anencefalia em: BARROSO, Luís Roberto. “Gestação de fetos anencéfálicos e pesquisas com células-tronco: Dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição.” In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Direito Constitucional: Leituras Complementares**. Salvador: Jus PODIVM, 2006, p. 88.

⁸ Nesse sentido: FERNÁNDEZ, Ricardo Ramiro. Et al. Anencefalia: um estudo epidemiológico de três anos na cidade de Pelotas. **Ciências & Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro: Abrasco, 2005. p. 185-190.

| controladas pelos pesquisadores. | | |
|---|-----------------------|----------------------------|
| Fator de Risco | Casos (nº: 49) | Controles (nº: 201) |
| Gemelaridade | | |
| Com gemelaridade | 45 (91,8%) | 195 (97%) |
| Sem gemelaridade | 4 (8,2%) | 3 (1,5%) |
| Peso do Recém-Nascido | | |
| Muito abaixo do peso | 16 (32,7%) | 1 (0,5%) |
| Baixo peso | 13 (26,5%) | 17 (8,5%) |
| Peso normal | 9 (18,4%) | 178 (88,6%) |
| Numero de Natimortos nas Gestações | | |
| Sem natimortos | 21 (42,9%) | 181 (90%) |
| Com natimortos | 19 (38,8%) | 8 (4%) |
| Números de Abortos Espontâneos | | |
| Sem abortos espontâneos | 31 (63,3%) | 161 (80,1%) |
| Um ou mais abortos espontâneos | 7 (14,3%) | 15 (7,5%) |
| Idade Paterna | | |
| 10 a 19 anos | 3 (6,1%) | 11 (5,5%) |
| 20 a 40 anos | 30 (61,2%) | 163 (81,1%) |
| 41 a 54 anos | 9 (18,4%) | 15 (7,5%) |
| Malformados na Família | | |
| Com malformados | 16 (32,7%) | 25 (12,4%) |
| Sem malformados | 30 (61,2%) | 166 (82,6%) |
| Consangüineidade Familiar | | |
| Com consangüineidade | 6 (12,2%) | 9 (4,5%) |
| Sem consangüineidade | 36 (73,5%) | 180 (89,6%) |
| Antepassados | | |
| Caucasóides | 36 (73%) | 118 (58,7%) |
| Negróides | 1 (2%) | 21 (10,4%) |
| Zona | | |
| Rural | 10 (73,4%) | 15 (7,5%) |
| Urbana | 39 (79,6%) | 182 (90,5%) |

Tabela retirada do artigo: FERNÁNDEZ, op. cit. p. 185-190.

Nenhum anencéfalo sobreviveu mais que um tempo irrisório quando fora do corpo da mãe. Cerca de 75% (setenta e cinco por cento) dos anencéfalos nascem mortos e os 25% (vinte cinco por cento) restantes só sobrevivem poucas horas, dias e, em casos raríssimos, semanas.

Em verdade, mais da metade, cerca de 65% (sessenta e cinco por cento) sequer chega a nascer, vindo a falecer ainda durante a gestação. Destarte, conclui-se que ocorre total incompatibilidade com a vida extra-uterina⁹. “Em 65 % (sessenta e cinco por cento) dos fetos anencefálicos ocorrerá a morte cardiorespiratória intra-útero,[...]”¹⁰

É de suma importância compreendermos que, no caso da anencefalia, as ciências médicas e biológicas atuam com um grau de certeza absoluto, ou seja, de 100%

⁹ “Como é intuitivo, a anencefalia é incompatível com a vida extrauterina sendo fatal em 100% dos casos. Não há controvérsia sobre o tema na literatura científica ou na experiência médica.” BARROSO, op. cit., p. 88-89.

¹⁰ LÔBO, Cecília Érika D’Almeida. **A interrupção da gestação de fetos anencefálicos em face da dignidade da pessoa humana**. Fortaleza, 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005, p. 110.

(cem por cento). Das diversas malformações fetais que podem acontecer durante o desenvolvimento embrionário, a anencefalia é a mais grave.

Apesar de manter algumas funções vegetativas, relacionadas ao sistema respiratório e circulatório, dependentes da medula espinhal, o anencéfalo nunca terá consciência. Carecerá de todas as funções relacionadas ao sistema nervoso central, tais como a cognição, a vida de relação, a comunicação, a afetividade e a emotividade. O anencéfalo tem aparência grotesca, hedionda e bizarra.

“A anencefalia caracteriza-se pela ausência de uma grande parte do cérebro, pela ausência da pele que teria que cobrir o crânio na zona do cérebro anterior, pela ausência dos hemisférios cerebrais e pela exposição do tecido nervoso hemorrágico e fibrótico.”¹¹

Apesar de em alguns casos os olhos do anencéfalo parecerem normais, o nervo ótico, comprovadamente, não se estende até o cérebro. Possui a aparência de uma rã, com ausência de calota craniana com protusão dos olhos. Não é a toa que, para a ciência médica, a descrição da anencefalia é “monstruosidade caracterizada pela ausência de cérebro e da medula.”¹²

Ademais, a gestação de fetos anencefálicos apresenta geralmente 30-50% (trinta a cinquenta por cento) dos casos complicações na gravidez. Pode ocorrer macrossomia fetal (fetos grandes e desproporcionais), dificuldade respiratória para a gestante, ruptura uterina, embolia de líquido amniótico, atonia uterina pós-parto e outras complicações. Destarte, acaba por colocar a própria vida da gestante em risco.

[...]cerca de 15 – 33% (quinze a trinta e três por cento) dos anencéfalos apresentam outras malformações congênitas graves, incluindo defeitos cardíacos, como hipoplasia de ventrículo esquerdo, coarctação da aorta, persistência do canal arterial, atresia pulmonar e ventrículo único.¹³

2 DIREITO À VIDA E O FETO ANENCÉFALO

Hoje, na atual sociedade pluralista do Estado Democrático de Direito em que vivemos dificilmente poderíamos chegar num conceito filosófico de quando se daria o início da vida. O professor José Afonso da Silva define a vida da seguinte forma:

Vida no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. [...] É

¹¹ SEBASTIANI, Mário. **Análisis ético bajo el concepto Del feto como paciente em los casos de anencefalia**. LexisNexis - Jurisprudência Argentina. Fascículo 4. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 23 de julho de 2003, p. 71.

¹² GARNIER, Marcelo e DELAMARE Valery. **Dicionário de termos técnicos de medicina**. 20ª ed. São Paulo: Andrei Editora, 1984, p. 71.

¹³ LÔBO, op. cit., p. 39.

um processo que se instaura com a concepção [...], transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.¹⁴

Muitos são os doutrinadores que defendem a sacralidade e inviolabilidade do direito à vida, admitindo-o como um direito e valor moral absoluto¹⁵. Todavia, a nosso ver tais opiniões nada mais são do que reflexos de concepções pessoais. É dever do pesquisador num trabalho científico não só defender suas concepções pessoais e suas idéias, mas antes de tudo, manter um compromisso que transborde aquele que mantém consigo mesmo, qual seja um compromisso com a objetividade e imparcialidade científica.

Destarte, não iremos aqui caminhar pela mesma vereda na qual o fez o Supremo Tribunal Federal que, ao reunir recentemente 22 especialistas em áreas de genética, bioquímica, neurociência e biomedicina na primeira audiência pública¹⁶ realizada em sua história, tinha por objetivo justamente oferecer uma resposta a uma pergunta que, a nosso ver, pelo menos na atual fase do conhecimento filosófico e biomédico, é irrespondível: Quando se dá o início da vida?

Melhor seria buscar uma resposta ao seguinte questionamento: Quando e em que condições deve a vida ser protegida?¹⁷

¹⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 196.

¹⁵ Esse é o posicionamento de Maria Helena Diniz, para a qual “A vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada tara sentido. Consequentemente, o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro, seja ele o de liberdade religiosa, de integridade física ou mental etc.” DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3ª ed. Aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 28. Contrariamente destacamos a posição de José Roque Junges para quem “A possibilidade de a vida ser um valor moral absoluto só se daria se a vida nunca entrasse em conflito com outros bens e valores e superasse sempre em valor todo bem ou conjunto de bens que conflitassem com ela. Ora, isto não acontece. Ocorre antes o contrário.” JUNGES, José Roque. **Bioética: Perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1995, p. 117.

¹⁶ A imprensa nacional deu grande destaque a essa iniciativa do Supremo e de modo algum discordamos dos bons motivos que levaram o mesmo a realizá-la, apenas achamos que se trata de uma pergunta irrespondível no momento atual da evolução da humanidade. Conforme destacou Roberto Romano, professor de ética da Universidade de Campinas: “O Supremo está numa posição desconfortável e estranha. Terá que adentrar um árido debate filosófico e moral que nem mesmo os grandes pensadores da humanidade conseguiram chegar perto de resolver.” VEJA. **Quando começa a vida**. São Paulo: Editora Abril, p. 55. Edição 2005, ano 40, nº 16 de 25 de abril de 2007.

¹⁷ “Ao que tudo indica, o debate gerará muitas controvérsias, e não só devido à divergência de opiniões mencionadas, mas, principalmente, porque, a meu ver, tanto o Ministério Público Federal quanto o STF insistem em situar a discussão em terreno equivocado, negligenciando o verdadeiro ponto central da polêmica: o importante não é determinar quando começa a vida, mas sim quando a vida humana deve ser protegida.” CARVALHO, Gisele Mendes. **Quando deve ter início a proteção da vida humana? (A verdadeira questão inerente ao julgamento da ADIN 3.510 pelo STF)**. Boletim IBCCRIM. Ano 15. Nº 176, Julho de 2007, p. 15.

Vida e morte nada mais são do que um processo¹⁸. Se nasce não apenas para a vida mas também, e aliás irremediavelmente, para a morte. Cabe à tanatologia o estudo acerca dos critérios para saber se determinado ser está vivo ou morto. A morte não é um fenômeno pontual e instantâneo¹⁹, mas sim um processo que passa por diversas etapas, sendo que, atualmente, o conceito de morte encefálica²⁰, isto é de parada total e irreversível da atividade encefálica, é o que atualmente predomina no mundo, em detrimento do antigo critério de morte circulatória, que se referia à ausência de atividade no coração e, conseqüentemente, do sistema circulatório.

Nossa legislação, não obstante conter diversos dispositivos que consagram e protegem o direito à vida²¹, não estabelece peremptoriamente o momento em que este começa ou termina, de modo que, a melhor forma de estabelecer quando começa ou cessa a proteção jurídica à vida é justamente pelo conceito que lhe é excludente, qual seja, o conceito de morte do ponto de vista jurídico, isto é da legislação nacional vigente.

No Brasil, a Lei de Transplante de Órgãos e Tecidos (Lei nº 9.434/97) e a Resolução nº 1.480 de 8 de agosto de 1997²² do Conselho Federal de Medicina tratam dos critérios para a constatação da morte. A morte é constatada de acordo com o período de tempo no qual o indivíduo permanece em coma aperceptivo, com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia, variando entre a faixa etária de cada paciente.

Senão, vejamos o art. 6º da Resolução nº 1.480/97:

Art. 6º. Os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização de morte encefálica serão definidos por faixa etária, conforme abaixo especificado:

¹⁸ Nesse sentido: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais**. São Paulo: Ícone Editora, 1998, p. 152

¹⁹ “A morte, como fenômeno definidor do fim da pessoa, não pode ser explicada pela parada ou falência de um único órgão, por mais hierarquizado e indispensável que ele seja. É na extinção do complexo pessoal, representado por um conjunto, que não era constituído só de estruturas e funções, mas de uma representação inteira.” FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 6ª ed. Rio de Janeiro, Editora Guanabara Koogan S.A., 2001, p. 309. “Agora a única certeza é que tudo é uma incerteza na vida. Antes sói era certa a morte. Agora, como acentuei nem a morte é certa. Deixou de ser um ato (ou um desato ou desatino). Passou a ser um processo. Tal qual a vida.” ROCHA, op.cit., p. 13.

²⁰ Nesse sentido: SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 44.

²¹ Maria Helena Diniz destaca que além da tutela constitucional ao direito à vida pelo art. 5º da Constituição Federal de 1988, existem instrumentos da lei civil e penal que igualmente tutelam referido direito. DINIZ, op. cit., p. 27.

²² Para ter acesso à esta Resolução vide o seguinte endereço eletrônico: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm. Acesso em 16 de junho de 2007.

- a) de 7 dias a 2 meses incompletos – 48 horas
- b) de 2 meses a 1 ano incompleto – 24 horas
- c) de 1 ano a 2 anos incompletos – 12 horas
- d) acima de 2 anos – 6 horas

É vital também que a morte encefálica seja consequência de um processo irreversível e de causa conhecida.

Tecnicamente, é mais seguro e plausível afirmar que um paciente está morto de acordo com os critérios da Resolução nº 1.480/97 do conselho. Tais critérios são simples, objetivos, universais e transparentes, não deixando margem para dúvida acerca de sua liceidade. Maria de Fátima Freire de Sá, baseando-se na legislação nacional estabelece três critérios para a constatação da morte cerebral:

I) Em primeiro lugar, verifica-se a história de doença catastrófica – doença estrutural conhecida, ou seja, tumores, infecções, acidentes vasculares cerebrais, ou causa metabólica sistêmica irreversível, como a hipoglicemia, uremia, coma hepático, etc.

II) Seis horas de observação da ausência de função cerebral são suficientes em caso de causa estrutural conhecida, quando nenhuma droga ou álcool estejam envolvidos na etiologia do tratamento. Caso contrário, 12 horas, mais investigação negativa de drogas, são necessárias.

III) Ausência de função cerebral e do tronco encefálico: nenhuma resposta comportamental ou reflexa a estímulos nocivos na localidade entre a coluna e o crânio; pupilas fixas; ausência de resposta oculovestibular ao teste térmico com água gelada, que é procedido injetando-a no ouvido para a verificação de movimentos oculares; apnéia, que significa a falta de resposta respiratória durante oxigenação por dez minutos.²³

Carmem Lúcia Antunes Rocha²⁴ destaca que para que se constate a morte encefálica deve-se obedecer a dois princípios básicos, a saber: a perda da função cerebral e a irreversibilidade deste estado, citando a autora os dispositivos normativos taxativos do conceito de morte cerebral acima mencionados.

Destarte, é palmar reconhecer que o feto cuja anencefalia foi diagnosticada não está vivo, pois “[...] sequer chega a ter início de atividade cerebral, pois não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico.”²⁵ Assim, antecipar o parto de um feto que padece de anencefalia não chega a ser crime de aborto, e sim um mero tratamento terapêutico lícito.

Para que houvesse crime de aborto necessariamente o fato deveria ser típico, antijurídico e culpável, porém, no caso do anencéfalo o feto não é considerado vivo pelos critérios legais existentes na atualidade, é natimorto, de modo que se este não é ser vivo. Por conseguinte não há qualquer afronta ao bem jurídico da vida que protegido

²³ Sá, op. cit., p. 45-46.

²⁴ ROCHA, op.cit., p. 135.

²⁵ BARROSO, op. cit., p. 95.

pelos tipos penais que regulam a conduta do abortamento. Em suma: o fato é atípico pela ausência do bem jurídico protegido pelos tipos penais em questão qual seja a vida do feto.

3 PÓS-POSITIVISMO E INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DO CÓDIGO PENAL

Segundo o atual Código Penal brasileiro em seu art. 128 incisos I e II apenas em duas ocasiões o aborto pode ser considerado legal, quais sejam a hipótese do aborto necessário e a hipótese do aborto sentimental. Pela presença do elemento do tipo “não se pune” no caput do dispositivo supracitado, ocorre expressamente hipótese de exclusão da antijuridicidade ou da ilicitude do fato, pois “Fato impunível em matéria penal é fato lícito.”²⁶ Assim, em quaisquer das duas hipóteses, não há de se falar em crime, pois está presente essa cláusula legal de exclusão da antijuridicidade do fato.

Todavia, é mister ressaltar que o Código Penal brasileiro data da época de 1940, na qual não havia quaisquer exames que detectassem com precisão a existência de uma anomalia como a anencefalia. Destarte, não obstante o código fosse suficiente para aquela época, atendendo aos anseios sociais que eram então vigentes, a evolução das ciências biomédicas e da própria sociedade fez com que novas e delicadas situações como a anencefalia surgissem, causando celeumas enormes aos aplicadores da lei.

Já citamos aqui que vários juízes têm concedido alvarás judiciais para que possam ser feitas as antecipações terapêuticas dos partos de fetos anencefálicos. Isto se dá devido ao contexto atual do constitucionalismo com a superação do legalismo positivista. Mas não mediante um retorno à fase metafísica jusnaturalista dos princípios na qual estes eram vistos como meras abstrações.

Vivenciamos uma fase histórica de reaproximação do direito e da ética, um momento no qual os princípios não mais são vistos de forma meramente programática, mas como verdadeiros postulados de eficácia normativa reconhecida, sendo constitucionalmente positivados. A esta fase de hegemonia axiológica dos princípios e de uma nova hermenêutica constitucional denominamos pós-positivismo²⁷.

²⁶ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal. Parte geral.** V. 1. 24. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 128.

²⁷ Nesse sentido Paulo Bonavides destaca que “Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 17ª ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 07.2005, p. 288.

Ocorre a chamada constitucionalização do direito infraconstitucional, pois este passa a ser revisto sob um novo prisma interpretativo mediante os princípios positivados explícita ou implicitamente na Constituição. As normas infraconstitucionais sofrem assim uma verdadeira filtragem constitucional²⁸.

Deve-se, portanto, interpretar-se o Código Penal à luz dos preceitos expostos na Constituição, buscando adapta-lo a presente realidade²⁹, ou seja, deve-se buscar uma interpretação evolutiva do mesmo, não ficando atado à busca pela vontade original do legislador, pois a partir do momento em que é editada a norma passa a ter uma vocação e vontade evolutiva e autônoma própria.³⁰

Verificamos que o Código Penal brasileiro permite o chamado aborto sentimental no qual estão em conflito a vida potencial do feto e o sofrimento da gestante em vista da concepção ser fruto de estupro. Ora, no caso da anencefalia há drama ainda maior, pois a mulher estaria obrigada pelo Estado a suportar uma gravidez que sabidamente seria inviável, pois não há qualquer viabilidade de vida extra-uterina.

Só não o fez o legislador penal em vista de que, conforme aludimos acima, à época não haverem exames que detectassem referida anomalia. Urge portanto interpretar o Código Penal evolutivamente à luz da Constituição, tendo em vista em especial a dignidade da pessoa humana e outros postulados normativos constitucionais que trataremos no tópico seguinte³¹.

Conforme bem destacou Henry Lévy-bruhl:

Não se poderá censurar os juristas quando desvirtuam o sentido primitivo de um texto, como acontece com freqüência, para permitir que se dê ao problema a eles submetido uma solução mais equitativa. [...] Para o sociólogo, o verdadeiro autor da norma jurídica é menos o seu redator que o grupo social cujas aspirações este último traduz, formulando-as. Se assim for – desculpo-me por voltar ao assunto, mas ele é de extrema importância - , a norma jurídica separa-se rapidamente de seu autor aparente, de seu redator, para ter uma vida de certo modo autônoma.³²

²⁸ O termo filtragem constitucional é empregado por Luís Roberto Barroso. Vide: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos da Dogmática Constitucional Transformadora**. 6ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 339-343

²⁹ “Com efeito, na medida em que a sociedade permanece em constante movimento e transformação, os direitos de seus integrantes devem acompanhar as eventuais mudanças, sob o risco de se tornarem apenas palavras impressas esvaziadas de significação real.” LOPES, Ana Maria D’Ávila. **Democracia hoje, para uma leitura crítica dos direitos fundamentais**. Passo Fundo: UPF, 2001, p. 55.

³⁰ Nesse sentido: BARROSO, op. cit., p. 145-146.

³¹ Nesse sentido: BARROSO, op.cit., p. 96.

³² LÉVY-BRUHL, Henry. **Sociologia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 113-114

4 ARGUMENTOS CONSTITUCIONAIS EM FAVOR DA INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DE FETOS ANENCEFÁLICOS

Vimos acima que, se analisarmos a questão da anencefalia do ponto de vista da legislação nacional, seja mediante a já existente (Lei nº 9.434/97 e Resolução nº 1.480/97 do CFM), seja mediante uma interpretação evolutiva do Código Penal, chegaríamos à conclusão de que o anencéfalo carece de proteção jurídica por parte do ordenamento pátrio.

Todavia, não podemos deixar de reconhecer que parte significativa da doutrina nacional³³ se posiciona em sentido contrário, qual seja no de que o início da vida se daria já com a concepção e, sendo esta um direito supostamente absoluto e inviolável, deveria o anencéfalo gozar de proteção mesmo em face de colidir aquele com outros direitos da mãe.

Segundo o pensamento de Jürgen Habermas sobre o aborto:

Nessa controvérsia, fracassa toda tentativa de alcançar uma descrição ideologicamente neutra e, portanto, sem prejulgamentos, do *status* moral da vida humana prematura, que seja aceitável para todos os cidadãos de uma sociedade secular. [...] Somente as posições ideologicamente neutras daquilo que é bom para todos podem ter a pretensão de ser aceitáveis para todos por boas razões.³⁴

Destarte, consoante o pensamento de Habermas buscaremos então aqui expor alguns argumentos constitucionais a favor da interrupção da gestação de fetos anencefálicos com o máximo de neutralidade ideológica possível, buscando uma análise com o máximo de objetividade e imparcialidade científica.

Assim, vamos admitir então que realmente houvesse uma antinomia real³⁵ e não meramente aparente³⁶, no caso em questão, qual seja do conflito do direito à vida

³³ Nesse sentido: DINIZ, op.cit., p. 49-52; SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo: LTr, 2002, p. 91-100.

³⁴ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho da eugenia liberal?** São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 44-46.

³⁵ Importante destacar que a doutrina atual sequer é pacífica acerca da possibilidade de existência ou não de antinomias na Carta Magna. Luís Roberto Barroso só admite a existência de antinomias aparentes na Constituição. BARROSO, op. cit., p. 212. Já para Francisco Meton Marques de Lima as antinomias constitucionais podem também ser reais, porém em caráter excepcional. MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. **O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como <<ser-moralmente-melhor>>**. Fortaleza: ABC Editora, 2001, p. 214. Raquel Denise Stumm, por sua vez, classifica de antinomias o choque entre regras, ao passo que as colisões ou conflitos se dariam entre direitos ou entre direitos e valores elencados estes por princípios, justamente em face do pluralismo de idéias típico das constituições. STUMM, Raquel Denise. **Princípio da proporcionalidade: no Direito Constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 76. Jane Reis Gonçalves Pereira estabelece que existem conflitos entre direitos fundamentais, e, valendo-se da clássica classificação de Alf Ross, estabelece que são do tipo parcial-parcial e só ocorrem no caso concreto, nunca em abstrato. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves.

do feto com uma série de direitos da mãe. Qual seria a melhor técnica e a melhor solução para este conflito entre direitos fundamentais?

A melhor técnica, a nosso ver, para solucionar tal resposta seria a do princípio do balanceamento (balancing)³⁷ que, em sentido estrito, opera com os interesses em concreto e não em abstrato, buscando a coerência entre diversos princípios e normas que são potencialmente contraditórios.

Inicialmente, cumpre destacar que a suposta vida que se pretende proteger como direito de feto aqui, conforme já comprovamos é inviável do ponto de vista extra-uterino. Não há margem de erro médico e não há quaisquer chances de sobrevivência. É incurável e qualquer técnica ou operação médica seria de todo inócua para auxiliar o tratamento. Vê-se logo de início que o tipo de “vida” que aqui se busca proteger é em muito questionável. Além disso, lembremo-nos que a vida não é um direito ou princípio absoluto, aliás, tais direitos ou princípios, conforme diversos doutrinadores não existem³⁸.

Por sua vez, a gestante cujo feto padece de anencefalia tem um amplo rol de direitos fundamentais constitucionalmente positivados em seu favor contrários ao do feto. Começemos por aquele que a nosso ver é o que mais importa, a dignidade da pessoa humana, exposto no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988.

De início cumpre destacar que o próprio conceito de dignidade da pessoa humana é controverso. Segundo Miguel Reale a justiça “[...]não é senão a expressão unitária e integrante dos valores todos de convivência, pressupõe o valor transcendental da pessoa humana, e representa, por sua vez, o pressuposto de toda a ordem jurídica.”(grifo nosso)³⁹

Ingo Wolfgang Sarlet a destaca como

Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudos das restrições de direitos fundamentais na teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 221-229.

³⁶ Esse é o posicionamento de Maíra Costa Fernandes no caso específico da anencefalia. Vide: FERNANDES, Maíra Costa. “Interrupção de gravidez de feto anencefálico: Uma análise constitucional.” In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Org.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 133-137.

³⁷ Sobre o princípio ou técnica do balanceamento (balancing) ou ponderação de interesses vide: GARCÍA, Enrique Alonso. **La interpretación de la Constitución.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 413-448; PEREIRA, op.cit., p. 253-295; MARQUES DE LIMA, op.cit., p. 218-222.

³⁸ Nesse sentido: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 105-109.

³⁹ REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 272.

[...]a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano o que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres que assegurem a pessoa tanto como todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁴⁰

Luís Roberto Barroso⁴¹ destaca que a imposição do Estado de brigar uma mulher a levar a termo uma gravidez comprovadamente inviável violaria a dignidade da pessoa humana tanto em sua vertente da integridade física no que condiz ao direito da mulher ao próprio corpo quanto na sua integridade moral (Art. 5º, X da Constituição Federal de 1988), qual seja o direito à vida privada, à liberdade, à intimidade, à imagem.

Acaba o Estado por infligir verdadeira tortura psicológica à mesma, violando sua integridade física, moral e psíquica e, conseqüentemente, o princípio da dignidade da pessoa humana, verdadeiro centro e fundamento básico de todo preceito constitucional relativo à direitos fundamentais,⁴² o valor-fonte fundamental do direito.⁴³ Lembremo-nos que o legislador constituinte foi expresso em vedar toda e qualquer forma de tortura (art. 5º, III da Constituição Federal de 1988).

Também o direito fundamental à saúde exposto no art. 6º da Constituição Federal de 1988 acaba por ser violado com a imposição Estatal de fazer com que a mulher leve a termo a gravidez do feto anencefálico. Após a criação da Organização Mundial de Saúde – OMS em 1946, o conceito de saúde passou a ser o completo estado de bem estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade.

Para Cíntia Lucena⁴⁴ o direito a saúde teria as qualificações de direito subjetivo, individual (de primeira geração), fundamental, social (de segunda geração), transindividual (de terceira geração), de quarta e de quinta gerações. Já vimos que as

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 60. Fladimir Jerônimo Belinati Martins após destacar uma série de conceitos do princípio da dignidade da pessoa humana chega a mesma conclusão em favor da definição de Ingo Wolfgang Sarlet como a mais completa. Vide: MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 110-120

⁴¹ BARROSO, op. cit., p. 98. Nesse mesmo sentido: FERNANDES, op. cit., p. 137-138 e 142-143.

⁴² Nesse sentido: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. “Dignidade da Pessoa Humana: o princípio dos princípios.” In: SARMENTO, Daniel & GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Editora Renovar, 2006, p. 133-173.

⁴³ O professor Miguel Reale se refere a dignidade da pessoa humana desta forma em: REALE, Miguel. “A Pessoa, valor-fonte fundamental do Direito” In: REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 59-69.

⁴⁴ Conforme: LUCENA, Cíntia. “Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo.” In: ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 245-247.

graves seqüelas, tanto físicas quanto psicológicas, que uma gravidez cujo feto padece de anencefalia pode trazer a mulher.

Porém, cumpre aqui relatar que o fato da proibição Estatal à antecipação terapêutica do parto no caso em questão acaba por obrigar as gestantes (ao menos aquelas que podem arcar com os custos) a recorrerem a meios clandestinos para a prática do aborto, o que compromete ainda mais o seu direito fundamental à saúde⁴⁵.

Um argumento que frequentemente se levanta a favor da proibição da gestação de fetos anencefálicos é o de que os mesmos, apesar de inviáveis do ponto de vista extra-uterino poderiam fornecer órgãos para transplantes⁴⁶, porém tal prática violaria a dignidade da pessoa humana da gestante, pois coisificaria o seu corpo transformando o mesmo num mero depósito de órgãos frescos.⁴⁷

Tal argumento vai de encontro ao princípio kantiano de que a dignidade da pessoa humana reside justamente na autonomia ética, qual seja, a autonomia da pessoa de se autodeterminar e agir conforme sua autodeterminação. Segundo Kant o ser humano não possui valor relativo e sim absoluto, é fim em si mesmo devendo ser respeitado, não podendo ser meio para a adequação a um fim.

Vale ressaltar ainda que os argumentos que advogam contrariamente à interrupção da gestação de fetos anencefálicos são geralmente baseados no ponto de vista religioso. Com a devida vênia, não é de nossa intenção atacar quaisquer religiões ou credos neste trabalho, mas apenas lembrar que o Brasil é uma república laica, tendo expressamente estabelecido a liberdade religiosa como direito fundamental (art. 5º, VI da Constituição Federal de 1988) e a laicidade do estado como princípio constitucional (at. 19, I da Constituição Federal de 1988).

⁴⁵ Segundo o Ministro da Saúde José Gomes Temporão “Estima-se em 1,1 milhão o número de abortos clandestinos por ano no Brasil. Recentemente, aconteceram mortes em consequência de abortos mal-sucedidos no Rio e em Belém. E, como as classes de menor renda não tem acesso à informação e aos métodos anticoncepcionais, são as mulheres pobres que realizam o aborto em condições inseguras. Para as mulheres ricas, o aborto é questão que não se coloca. Elas fazem. Em condições seguras. Pagam R\$ 2.000, R\$ 5.000. As mulheres pobres não.” SUPERINTERESSANTE. **Superpapo: A vida não começa na fecundação.** São Paulo: Editora Abril, edição 240 de jun/2007, p. 25. Também nesse sentido vide: REDE FEMINISTA DE SAÚDE. **Dossiê Aborto – Mortes preveníveis e evitáveis: dossiê.** Belo Horizonte: rede Feminista de Saúde, 2005, p. 15-33.

⁴⁶ O Conselho Federal de Medicina segundo a Resolução 1.752/94 autoriza expressamente médicos a fazerem transplantes de órgãos de fetos que padeçam de anencefalia mediante autorização expressa dos pais dada, no mínimo, 15 dias antes da data do provável nascimento. Vide: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752_2004.htm. Acesso em 16 de junho 2007.

⁴⁷ Esse é o pensamento de Luigi Ferrajoli: “Penalizá-la com a manutenção da gravidez, para a finalidade exclusiva do transplante de órgãos do anencéfalo significa uma lesão à autonomia da mulher, em relação a seu corpo e à sua dignidade como pessoa” FERRAJOLI, Luigi. **A questão do embrião entre direito e moral.** Revista do Ministério Público, Lisboa, nº 94, abril/junho 2003, p. 22.

O Estado não deve atuar e legislar em matérias que dizem respeito à autonomia dos indivíduos, a sua individualidade e subjetividade, como, por exemplo, o direito à liberdade religiosa. Não deve ultrapassar suas fronteiras e atuar nas áreas da moralidade e individualidade, pois estaria atuando como meio de imposição tirânica de determinados grupos sociais sobre outros, o que viola os postulados básicos dos regimes democráticos.

Cabe ao Estado garantir a igualdade, segurança e o mínimo vital aos seus cidadãos, atuando de forma neutra nos campos da moral, ideologia e cultura, não invadindo a vida privada das pessoas a não ser para coibir condutas que prejudiquem terceiros. Deveras, em uma sociedade pluralista o Estado deve “[...]respeitar e proteger tanto os que crêem (seja qual for a crença) quanto os que, simplesmente, não crêem.”⁴⁸

Ademais, verifica-se também que na questão da anencefalia, haveria flagrante violação ao princípio da liberdade e da legalidade (art. 5º, II da Constituição Federal de 1988) impor a estas mulheres que, por um infortúnio vieram a sofrer com a sina de terem fetos anencefálicos em seu ventre, obrigatoriamente levassem essa gravidez até o final, que, conforme já vimos, só pode ser um a morte do anencéfalo.

O princípio da legalidade ou da reserva legal é correlato do princípio da liberdade, tendo sua origem no “Bill of Rights” das colônias inglesas da América do Norte e na “Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen” da Revolução Francesa. Uma faceta do princípio da legalidade se encontra na chamada expressão latina criada originalmente por Feuerbach “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”.

Constitui verdadeira limitação ao *jus puniendi* estatal, de modo que a lei deve definir de modo preciso e cristalino as condutas delituosas, definindo o crime e sua sanção, de modo a confinar o poder punitivo do Estado, e impedir que este se valha daquele poder de forma arbitrária ou excessiva.

A interrupção terapêutica da gestação de fetos anencefálicos, de fato, é moralmente reprovável por parte de alguns setores da sociedade, porém apenas isto não é motivo suficiente para que seja justificada a sanção penal a esta conduta. Ademais, as condutas meramente imorais não merecem a tutela do direito penal, quanto mais aquelas imorais apenas sob a ótica de um ramo da sociedade. “A moralidade, enfim, é condição

⁴⁸ FERNANDES, op. cit., p. 131.

de relação social, não uma estrutura a ser protegida em si mesma, e jamais emprestaria licença política para intervenção do Estado em procedimentos pessoais”⁴⁹

Vistos os referidos argumentos constitucionais à favor e contra a antecipação terapêutica do parto do anencéfalo, realizemos agora a ponderação ou balanceamento de interesses em concreto. De um lado, conforme vimos está o (suposto) direito à vida do feto anencéfalo, que, nos moldes da legislação nacional não tem qualquer guarida, ao passo que do outro temos os interesses da gestante personificados no princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da legalidade, no direito à saúde, sendo também favorável a mesma a questão da laicidade estatal e do pluralismo democrático.

A nosso ver, a resposta torna-se óbvia: Deve-se se assim for do desejo da gestante ser permitida a antecipação da gestação terapêutica do parto, pois feito o balanceamento, os interesses desta em muito sobrepõem os interesses que o anencéfalo (supostamente) possui.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a feitura deste trabalho podemos chegar a algumas conclusões básicas acerca da problemática da anencefalia, se afinal é ou não possível a antecipação terapêutica do parto nos casos de gravidez de fetos que porventura padeçam desta moléstia.

Conforme vimos, dificilmente se chegará a um resultado conclusivo e definitivo de quando começa à vida, de modo que a questão deve ser posta em outros termos, qual seja de quando deve o direito impor seu manto protetor à vida, ou seja, quando deve haver proteção jurídica ao fenômeno vida.

Tanto a vida quanto a morte são encaradas como partes de um processo que a ciência ainda não definiu e conseguiu delimitar todas as suas particularidades, porém nosso ordenamento adota o critério da chamada “morte cerebral”.

Destarte, o feto que padece de anencefalia não poderia de modo algum ser considerado, nos moldes da legislação nacional, como ser vivo, possuindo na verdade uma não vida. É o anencéfalo, na definição do Conselho Federal de Medicina, um verdadeiro natimorto cerebral.

⁴⁹ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos mínimos da tutela penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 36.

Ademais, cumpre destacar que nosso Código Penal data da época de 1940, anterior ao chamado pós-positivismo e ao conceito de filtragem constitucional e interpretação evolutiva, de modo que cumpre interpreta-lo de acordo com as exigências atuais da sociedade. O legislador não inseriu a conduta da antecipação da gestação de fetos anencefálicos no rol das causas do aborto legal (art. 128 do Código Penal) apenas porque àquela época não existiam exames que permitiam identificar com precisão se determinado feto padecia ou não desta moléstia.

Ora, sequer haveria então motivo para haver conflitos de direito ou interesses fundamentais constitucionalmente protegidos e positivados, pois o anencéfalo careceria dos mesmos. Todavia, vimos que mesmo que se admitia tal conflito, o rol de direitos da gestante quando conflitante com os (supostos) direitos do anencéfalo em muito os supera, autorizando constitucionalmente a conduta da antecipação terapêutica do parto.

Destarte, cumpre que os juristas e legisladores atentem para o caso, que realmente se disponham a pôr o dedo na ferida e atuem não de forma parcial, mas de forma imparcial em vista do ideal da laicidade e do pluralismo, princípios básicos do Estado Democrático de Direito, a fim de garantir às gestantes a sua dignidade enquanto mulheres e pessoas humanas.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993;
- ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2000;
- BARROSO, Luís Roberto. “Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: Dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição.” In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Direito Constitucional: Leituras Complementares**. Salvador: Jus PODIVM, 2006;
- _____. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos da Dogmática Constitucional Transformadora**. 6ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004;
- BIANCHINI, Alice. **Pressupostos matérias mínimos da tutela penal**. São Paulo: RT, 2002;

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17ª ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 07.2005;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1993;

CARVALHO, Gisele Mendes. **Quando deve ter início a proteção da vida humana? (A verdadeira questão inerente ao julgamento da ADIN 3.510 pelo STF)**. Boletim IBCCRIM. Ano 15. Nº 176, Julho de 2007;

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. “Dignidade da Pessoa Humana: o princípio dos princípios.” In: SARMENTO, Daniel & GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Editora Renovar, 2006;

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3ª ed. Aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006;

FERRAJOLI, Luigi. **A questão do embrião entre direito e moral**. Revista do Ministério Público, Lisboa, nº 94, abril/junho 2003;

FERNANDES, Maíra Costa. “Interrupção de gravidez de feto anencefálico: Uma análise constitucional.” In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Org.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007;

FERNÁNDEZ, Ricardo Ramiro. Et al. Anencefalia: um estudo epidemiológico de três anos na cidade de Pelotas. **Ciências & Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro: Abrasco, 2005;

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 6ª ed. Rio de Janeiro, Editora Guanabara Koogan S.A., 2001;

GARCÍA, Enrique Alonso. **La interpretación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984;

GARRAFA, Volnei. “Direito, ciência e bioética: avanços, responsabilidade e respeito à dignidade humana.” In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. **Anais da I conferência Internacional de Direitos Humanos**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1997;

GARNIER, Marcelo e DELAMARE Valery. **Dicionário de termos técnicos de medicina**. 20ª ed. São Paulo:Andrei Editora, 1984;

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho da eugenia liberal?** São Paulo: Martins Fontes, 2004;

HOBSBAWN, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995;

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal. Parte geral**. V. 1. 24. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001;

JUNGES, José Roque. **Bioética: Perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1995;

LÉVY-BRUHL, Henry. **Sociologia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997;

LÔBO, Cecília Érika D’Almeida. **A interrupção da gestação de fetos anencefálicos em face da dignidade da pessoa humana**. Fortaleza, 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005;

LOPES, Ana Maria D’Ávila. **Democracia hoje, para uma leitura crítica dos direitos fundamentais**. Passo Fundo: UPF, 2001;

LUCENA, Cíntia. “Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo.” In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. “Vida Digna: Direito, ética e Ciência.” In. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004;

MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. **O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como <<ser-moralmente-melhor>>**. Fortaleza: ABC Editora, 2001;

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003;

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudos das restrições de direitos fundamentais na teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

REALE, Miguel. “A Pessoa, valor-fonte fundamental do Direito” In: REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990;

_____. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999;

REDE FEMINISTA DE SAÚDE. **Dossiê Aborto – Mortes preveníveis e evitáveis: dossiê**. Belo Horizonte: rede Feminista de Saúde, 2005;

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. “Vida Digna: Direito, ética e Ciência.” In. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004;

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005;

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais**. São Paulo: Ícone Editora, 1998;

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006;

SEBASTIANI, Mário. **Analisis ético bajo el concepto Del feto como paciente em los casos de anencefalia**. LexisNexis - Jurisprudência Argentina. Fascículo 4. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 23 de julho de 2003;

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003;

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade: no Direito Constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995;

SUPERINTERESSANTE. **Superpapo: A vida não começa na fecundação**. São Paulo: Editora Abril, edição 240 de jun/2007;

VEJA. **A menina sem estrela**. São Paulo: Editora Abril p. 122-123. Edição 2021, ano 40, nº 32 de 15 de agosto de 2007;

VEJA. **Quando começa a vida**. São Paulo: Editora Abril, p. 55. Edição 2005, ano 40, nº 16 de 25 de abril de 2007.