

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA INTERRUÇÃO TERAPÊUTICA DE GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS¹

THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF DISCONTINUED THERAPY PREGNANCY FOR FETAL ANENCEPHALY

Marina Alice Souza Santos²

Sumário: 1 Introdução; 2 Do Direito à Vida; 2.1 Conceito de vida humana; 2.2 Teorias explicativas do início da vida humana; 2.2.1 Teoria Conceptualista; 2.2.2 Teoria da nidação; 2.2.3 Teoria do início da atividade cerebral; 2.2.4 Teoria do nascimento com vida; 2.3 A tutela constitucional da vida; 2.3.1 A tutela do direito à vida tendo por base o seu fim; 3 Anencefalia; 3.1 Conceito de Anencefalia; 3.2 O anencéfalo e a personalidade; 3.2.1 Breves considerações do que seja Personalidade Civil; 3.2.2 A situação do anencéfalo frente a aquisição da personalidade; 4 Do Direito à Dignidade da Pessoa Humana e do Direito à Saúde Física E Psíquica; 4.1 O princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento do Direito; 4.2 A saúde como um direito fundamental; 4.3 A dignidade e a saúde física e psíquica da gestante de fetos anencéfalos; 5 A Anencefalia e o Conflito entre Direitos Fundamentais; 5.1 Sucinta consideração inicial; 5.2 Ponderação de Direitos Fundamentais em conflito; 5.2.1 O Princípio da Proporcionalidade; 5.2.2 O Princípio da Razoabilidade; 5.2.3 A colisão e a ponderação de interesses; 5.3 O direito à vida do feto anencéfalo versus o direito à dignidade e à saúde da gestante: a necessidade de se proceder a uma ponderação; 6 Considerações Finais; 7 Referências Bibliográficas; 8 Referências Eletrônicas.

RESUMO

As concepções de quando ocorre o início da vida são variadas. As correntes, ao apontarem suas concepções para o marco do início vital, indicam que é a partir daquele momento que o direito à vida deve ser resguardado juridicamente, como garante a Constituição Federal de 1988. No meio deste impasse, de início da vida e de proteção jurídica da mesma, encontramos um problema ainda maior, até então sem uma resposta positivada no Direito: os fetos anencéfalos. Daí surge o impasse: se existe vida neste caso, ela deve ser protegida pelo Direito ainda que represente prejuízo aos direitos à saúde e dignidade da mãe? Identificado o conflito entre direitos fundamentais, a ponderação se impõe através dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A problemática descrita, então, pode ser solucionada ao se considerar que dar opção à

¹ Artigo recebido em: 14/11/2009. Aceito para publicação em: 20/12/2009.

² Mestranda em Direito Privado pela PUC/MINAS; Especialista em Direito Privado pela Universidade Cândido Mendes; Professora assistente de Direito Civil na Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira, no curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas de Itabira FUNCESI/FACHI, em Itabira/MG. E-mail: marinaalices@hotmail.com.

gestante de manter ou não a gestação, tendo em vista a inviabilidade dos mesmos, está em conformidade com o ordenamento jurídico, ou seja, é medida perfeitamente constitucional.

PALAVRAS-CHAVE

Anencefalia – interrupção de gestação – constitucionalidade.

ABSTRACT

The concepts of when it occurs early in life are varied. Currents, when they state their views to the beginning of March vital, indicate that from that moment that the right to life should be protected in law, as guaranteed by the Constitution of 1988. In the midst of this impasse, in early life and legal protection of the same, we find an even bigger problem, so far without an answer positively valued in the law: the anencephalic fetus. From this arises the dilemma: whether life exists in this case, it should be protected by law even if it is affecting the rights to health and dignity of the mother? Identified the conflict between fundamental rights, the balance is required by the principles of proportionality and reasonableness. The problems described can then be resolved by considering that option for pregnant women to maintain or not the pregnancy, in view of the impossibility of them, is in accordance with the law, that is, as perfectly constitutional.

KEYWORDS

Anencephaly - the interruption of pregnancy – constitutionality.

1 INTRODUÇÃO

Com os avanços da Medicina, conceitos antes considerados óbvios como a vida e a morte, tomaram novos contornos e se transformaram muitas vezes em incógnitas, principalmente no campo jurídico. Por consequência, surgiu uma multiplicidade de definições do que seja e de quando inicia e cessa a vida, e, ainda, quando esta passa a ter relevância para o direito. Assim, esbarra-se em um problema que diz respeito à gestação de fetos anencefálicos.

A anencefalia é uma má-formação fetal, onde não é formada a calota craniana por estar também ausente o cérebro. Desta forma, não tendo cérebro, que é o órgão que comanda nossos sentidos e nos possibilita relacionar e desenvolver nossa capacidade cognitiva, este feto, quando nasce, respira apenas por algumas horas, isto quando não se apresenta natimorto. A Medicina ainda afirma que praticamente na totalidade dos casos a anencefalia é fatal, restando no feto apenas as atividades vegetativas quando este nasce, as quais, porém, cessam em alguns instantes após o parto.

Diante disso, algumas perguntas advêm: Em que consiste o direito à vida? Tem vida o feto anencéfalo e, pois, o respectivo direito?

O direito à vida é consagrado como um direito essencialíssimo por ser dele que advêm todos os demais. Mas deve-se garantir tal direito ao anencéfalo, sendo que o mesmo não poderá dele desfrutar após o nascimento?

Podem ser apontadas cerca de quatro teorias que tentam explicar quando a vida inicia e merece ser tutelada.

A primeira é a teoria conceptualista, que acredita que a vida deve ser tutelada desde a concepção. Se for esta a teoria adotada, o feto anencéfalo terá direito à vida e não se poderá falar em interrupção gestacional em nenhuma hipótese.

A segunda teoria apontada é a da nidação, que é marcada como o início da gestação, quando o óvulo fecundado aloja-se no útero e começa a se desenvolver. Sendo esta a teoria adotada, também deverá ser garantido ao feto o direito à vida.

A terceira teoria aponta como marco inicial da vida o começo da atividade cerebral. Adotada tal teoria, o anencéfalo, por falta do órgão responsável por referida atividade não será titular de qualquer direito, pois não poderá ser considerado um ser dotado de vida. Desta forma, sem bem jurídico à tutelar, a interrupção da gestação poderá ocorrer, não sendo considerada um ilícito penal.

A quarta e última teoria é a do nascimento com vida. Para esta, se nasceu e respirou a criança é considerada viva e, então, tem todos os direitos resguardados, mesmo que estes instantes de vida sejam mínimos e se saiba de plano que não durará muito tempo.

Por outro lado, não se pode desmerecer a situação da mulher-gestante que provavelmente criou diversas expectativas para a chegada deste novo ser, mas que devido ao diagnóstico da má-formação, torna esta espera em um momento de aguardar a chegada da morte?

A gestante tem o direito de optar pela interrupção desta gestação ou, mesmo sabendo que seu filho está fadado a não ter vida, deve levar até o fim esta gestação? É justo obrigar a mulher levar a termo a gestação de um feto potencialmente sem vida, pondo em risco sua saúde e agredindo sua dignidade?

Assim, mesmo considerando o caráter essencial do direito à vida, a saúde e a dignidade também são direitos fundamentais e devem ser resguardados. Poder-se-ia então utilizar a ponderação dos direitos fundamentais conflitantes, ou seja, colocar na balança os direitos em conflito e assim constatar qual prepondera, já que não é possível garantir uma proteção irrestrita para todos estes direitos ao mesmo tempo.

Assim, buscaremos demonstrar se há algum respaldo constitucional que possibilite ou vede a interrupção da gestação de fetos anencéfalos, em função dos direitos fundamentais que se encontram em conflito, buscando-se uma conclusão que pareça justa e condizente com a realidade do fato.

Vale apontar que a inspiração para o desenvolvimento deste trabalho advém do fato de que no ano de 2004, este assunto tornou-se discussão nacional devido à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, impetrada no Supremo Tribunal Federal (STF), pela Confederação Nacional de Trabalhadores na

Saúde (CNTS), patrocinada pelo advogado Luiz Roberto Barroso, buscando daquele órgão um parecer quanto ao assunto debatido, devido à insegurança jurídica na qual se encontram os médicos e demais serventuários da saúde, diante dos diversos entendimentos manifestados pelos magistrados em âmbito nacional. Afinal, a questão não conta com respaldo legal expresso como ocorre com os abortos necessário e humanitário ou sentimental.

Até então, todas as gestantes de fetos anencéfalos, que queiram interromper a gravidez, necessitam recorrer ao Poder Judiciário para obter respectiva autorização. Diante, porém, dessas opiniões divergentes, não têm qualquer garantia de êxito da sua escolha, o que as coloca à mercê das opiniões e paixões de juízes e promotores de justiça.

Até o presente momento, não há uma decisão definitiva quanto ao mérito da questão. Na época da impetração da ação, apenas a decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, em sede liminar, tornou permissiva a interrupção da gestação nesses casos. Todavia, quatro meses após foi cassada pelo próprio STF, voltando a discussão à estaca zero.

Deste modo, temos como objetivo procurar auxiliar na interpretação das normas existentes, buscando uma solução laica e eficaz ao problema analisado, tendo em vista a falta de unanimidade nos entendimentos, o que leva a uma grande insegurança jurídica.

Antes de iniciarmos nosso trabalho, porém, precisamos esclarecer duas opções terminológicas feitas.

A primeira delas diz respeito ao uso da expressão interrupção terapêutica de gestação, ao invés do termo aborto. Assim se justifica porque o termo aborto define um crime e essa nem sempre nos parece ser a real natureza da opção e conduta materna na situação de anencefalia fetal (apesar de alguma doutrina defini-la como um tipo de aborto³). Interrupção terapêutica de gestação abrange os casos de intervenções ocorridas em homenagem à saúde materna, isto é, quando o que se visa resguardar é o bem estar da gestante, sua saúde física e psíquica, sua vida.

³ Manuel Sabino Pontes (2005, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538>) indica ainda mais três tipos de aborto quais sejam: “a) Interrupção eugenésica da gestação (IEG): são os casos de abortos ocorridos em nome em nome da eugenia, isto é, situações em que se interrompe a gestação por valores racistas, sexistas, étnicos, etc. Comumente, apontam-se os atos praticados pela medicina nazista como exemplo de aborto eugenésico, quando as mulheres foram obrigadas a abortar por serem judias, ciganas ou negras. Regra geral, o aborto eugenésico se processa contra a vontade da gestante, sendo esta obrigada a abortar; (...) c) Interrupção seletiva da gestação (ISG): são os casos de abortos ocorridos em virtude de anomalias fetais, isto é, situações em que se interrompe a gestação pela constatação de lesões fetais. Em geral, os casos que motivam as solicitações de aborto seletivo são de patologias incompatíveis com a vida extra-uterina, sendo exemplo clássico o da anencefalia; d) Interrupção voluntária da gestação (IVG): são os casos de abortos ocorridos em nome da autonomia reprodutiva da gestante ou do casal, ou seja, onde a gestação é interrompida porque a mulher ou o casal não deseja a gravidez, seja por ser ela fruto de um estupro ou de uma relação consensual. Geralmente, a legislação que admite esta modalidade de aborto impõe limite cronológico à prática.”

A segunda opção terminológica atine ao termo feto para se referir às diferentes fases da formação humana intra-uterina. Isto é, feto será palavra usada para aludirmos ao ser concebido, em gestação, independente do período em que esta se encontre.

2 DO DIREITO À VIDA

2.1 Conceito de Vida Humana

Várias são as definições apresentadas para a palavra vida. No dicionário Aurélio (FERREIRA, 2000, p. 710) podemos vislumbrar diversas definições diferentes:

vida *sf.* **1.** Conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas se mantêm em contínua atividade; existência. **2.** A vida humana. **3.** O espaço de tempo que vai do nascimento à morte; existência. **4.** Um dado período da vida. **5.** Biografia. **6.** Modo de viver. **7.** Força, vitalidade. (grifo no original)

Paralelo às diversificações de conceituação do que seja vida, está o impasse sobre quando ela começa, e assim, a partir de quando ela é tutelada e protegida pelo Direito.

Inicialmente, antes de adentrarmos nas diversas definições de qual é o marco inicial da vida, partiremos do pressuposto geral do que ela é trazido por Luigino Coletti (2003, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3781>). Segundo o autor a vida é um processo biológico, isto é, uma sucessão de fases entre a fecundação dos gametas masculino e feminino e a morte do indivíduo.

Jose Afonso da Silva (2003, p. 196), reforça a ideia:

Vida, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerado apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar a matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. (...) É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. (grifo no original)

Especificamente, podemos citar cerca de quatro correntes (que se confundem com o que denominamos fases da vida) que tentam definir o início da vida humana, as quais serão analisadas no próximo tópico.

2.2 Teorias Explicativas do Início da Vida Humana

2.2.1 Teoria Conceptualista

Para a teoria conceptualista a vida inicia-se com a fecundação. Esta é a visão que no meio científico é denominada genética (MUTO, 2005, p. 59), que assegura haver vida desde a concepção, isto é,

(...) quando os pró-núcleos maternos e paternos se aproximam, perdem as suas membranas e se fundem, compondo o complemento diplóide ou $2n$ (46 cromossomos) do zigoto, é o que se deve falar da concepção de um novo ser humano (...) sendo este zigoto considerado o primórdio de uma nova vida humana, que manifesta desde então seus próprios desdobramentos vitais. (Reinaldo Pereira e Silva, *apud* OLIVEIRA)

Porém, para muitos, tal teoria sofre um abalo quando se leva em consideração que após a fecundação numa das trompas, o embrião precisa chegar ao útero e lá se fixar. “Estima-se que mais de 50% dos óvulos fertilizados não tenham sucesso nessa missão e sejam abortados espontaneamente, expelidos com a menstruação” (MUTO, 2005, p. 59).

2.2.2 Teoria da Nidação

Segundo Wilson Roberto Paulino (*apud*, OLIVEIRA, disponível em: <http://www.odireito.com/default.asp?SecaoID=2&SubSecao=1&ConteudoID=000374&SubSecaoID=2>) nidação é o momento da implantação do embrião no útero materno, sendo este o momento em que se inicia a gestação, que se finda com o nascimento. Somente ao se implantar no útero o embrião poderá se desenvolver. Somente neste momento é, pois, merecedor de tutela jurídica.

Para muitos, como Camila Vasconcelos de Oliveira (disponível em: <http://www.odireito.com/default.asp?SecaoID=2&SubSecao=1&ConteudoID=000374&SubSecaoID=2>),

A influência desta noção jurídica quanto ao momento da nidação para apreciação da existência vital se dá principalmente no campo do Direito Penal que, ao tratar dos crimes contra a vida, atribui à interferência na gestação que venha a interrompê-la o crime de aborto, sem fazer qualquer alusão ao marco inicial da proteção da vida, deixando implícita sua intenção de proteger o feto desde sua condição embrionária quando utiliza o termo “gestação”, que é o lapso temporal entre a nidação e o nascimento.

É amparado nesta teoria que diversos ativistas e médicos defendem o uso da chamada “pílula do dia seguinte” ou “contraceptivo de emergência”, pois ela pode evitar a fecundação (se administrada antes de 24 horas após a relação sexual, período no

qual poderia ocorrer a concepção), ou, ainda que ocorrendo a fecundação, impedir a nidação (que ocorre após cerca de duas semanas).

Sendo assim, tal medicamento não poderia ser considerado ilícito por não ofender a vida humana, nesta fase ainda inexistente.

2.2.3 Teoria Do Início da Atividade Cerebral

De acordo com a também chamada visão neurológica, seguindo o mesmo parâmetro de quando aconteceria morte, que é quando cessa a atividade elétrica no cérebro⁴, a vida inicia-se quando o feto apresenta atividade cerebral. As divergências nesta teoria encontram-se no marco inicial destas atividades, o que para uns ocorre na 8ª (oitava) semana de gravidez, quando se forma o tubo neural que é a base do sistema nervoso; e para outros ocorre apenas na 20ª (vigésima) semana, que é quando a mãe consegue sentir os movimentos do feto, pois é nesta fase que o tálamo, a central de distribuição de sinais sensoriais do cérebro, está pronto. (MUTO, 2005, p.59-61)

Apesar da discordância em relação ao momento exato do início da vida humana, os defensores da visão neurológica querem dizer a mesma coisa: somente quando as primeiras conexões neurais são estabelecidas no córtex cerebral do feto ele se torna um ser humano. Depois, a formação dessas vias neurais resultará na aquisição da “humanidade”. (MUTO, 2005, p. 61)

De acordo com Joseph Fletcher (*apud*, João BATISTIOLE, in MUTO, 2005, p. 61), teólogo cristão, “para se falar em ser humano, é preciso se falar em critérios de humanidade, como autoconsciência, comunicação, expressão da subjetividade e racionalidade”.

Podemos concordar em parte com esta terceira corrente citada. Parece-nos sensato quando ela diz que é a partir da formação das terminações neurais que se tem uma vida, que mais adiante denominaremos de viável, pois é a partir daí que poderemos constatar se este ser, que está sendo gerado, terá possibilidade de ter uma sobre vida, uma vida extra-uterina. Na mesma medida, não nos parece correto afirmar que é por estas conexões neurais que o ser gerado passa a ser considerado humano. Entendemos que, este ser já é humano desde a concepção, visto que se formou a partir dos gametas de outros seres humanos. Daí, por mais anômalo que venha ser o ser em formação, seu caráter de humano nunca poderá ser negado.

2.2.4 Teoria do Nascimento com Vida

Os defensores desta corrente, como expõe Luigino Coletti (2003, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3781>), tomando por base o Código Civil,

⁴ Apontado juridicamente pela Lei de Transplantes (Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997) a morte se dá ao cessar as atividades cerebrais.

art. 2º, afirmam que a vida humana inicia-se com o nascimento com vida, sendo esta a soma da autonomia corporal com a atividade respiratória. Ao sair do ventre da mãe, se a criança respirou, mesmo que por alguns poucos segundos, esta é considerada nascida viva, independente de qualquer anomalia que apresente, e desta forma adquire todos os direitos inerentes ao homem.⁵

Luigino Coletti (2003, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3781>), afirma ainda que

(...) na doutrina jurídica o fator determinante do início da vida é o nascer vivo conforme constatado no diploma legal citado acima. Se analisarmos o indivíduo como um ser determinado pela lei veremos que ele só passa a existir no mundo, para aquela, através da Declaração de Nascido Vivo a qual é o primeiro documento no qual se embasa o Cartório de Registro Civil para emitir a certidão de Nascimento, base para obtenção de todos os outros necessários à vida do cidadão.

Para esta corrente, o nascer com vida como início vital, coincide com a aquisição da personalidade, pois o que interessa para a ordem jurídica é a vida extra-uterina, e é a partir dela que se passa a ter aptidão a adquirir direitos e contrair deveres (que é a personalidade, em seu sentido jurídico, da qual falaremos mais adiante, no próximo capítulo).

2.3 A Tutela Constitucional da Vida

“O primeiro direito do homem consiste no direito à vida, condicionador de todos demais”.(CARVALHO, 1994 *apud* SILVA, 2006, p. 42).

Desta forma, é uma norma de excelência no nosso sistema jurídico, sendo a base e o fundamento para as demais, por isso trata-se de um direito fundamental. Fundamentais são todos os direitos inerentes ao ser humano.

Sobre o direito à vida, a Constituição Federal expressa em seu art. 5º que

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguinte: (...) (grifo nosso)

Como se vê, o direito a vida é um dos direitos fundamentais consagrados pela Carta Magna, contudo, como afirma Alexandre de Moraes (2002, p. 63), não representa

⁵ Esta conceituação do nascer vivo levando-se em consideração o ato de respirar, mesmo que por uma única vez, é também adotado pela Medicina Legal, que utiliza do método da Docimásia Hidrostática Pulmonar de Galeno para averiguar se houve nascimento com vida. Este método consiste em mergulhar os órgãos respiratórios do bebê morto num recipiente com água. Ao se constatar a formação de bolhas ou se os mesmos flutuarem, conclui-se que o mesmo nasceu vivo devido a entrada de ar nos pulmões. Como veremos mais adiante, este opinião é divergente do entendimento apresentado pelo Conselho Federal de Medicina.

apenas mais um direito fundamental, mas “é o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui um pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.”

Reforçando a ideia, José Afonso da Silva (2003, p. 197) defende que

de nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos, (pois é ela que) constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos.

O direito à vida refere-se ao direito de permanecer vivo. Assim, o conceito de direito à vida faz derivar diversos outros, como o direito à privacidade, à integridade física e moral e o direito a existência.

Neste sentido, a vida protegida na Carta Magna, refere-se a manutenção de uma perspectiva de vida, toda vez em que esta existir. Nas palavras de Alexandre de Moraes (*apud* ORLANDI, http://www.direitonet.com.br/textos/x/17/03/1703/DN_a_i_legalidade_do_aborto_por_anomalia_fetal.doc), a Constituição

protege a vida de forma geral, inclusive a uterina, pois a gestante gera um *tertium* com existência distinta da mãe, apesar de alojado em seu ventre. Esse *tertium* possui vida humana que iniciou-se com a gestação, no curso da qual as sucessivas transformações e evoluções biológicas vão figurando a forma final do ser humano.

A penalização do aborto (CP, art. 124) corresponde à proteção à vida do nascituro em momento anterior ao seu nascimento. **A Constituição Federal, ao prever como direito fundamental a proteção à vida, abrange não só a vida extra-uterina, mas também a intra-uterina, pois qualifica-se como a verdadeira expectativa de vida exterior.** Sem o resguardo legal do direito à vida intra-uterina, a garantia constitucional não seria ampla e plena, pois a vida poderia ser obstaculizada em seu momento inicial, logo após a concepção. (grifo nosso)

2.3.1 A Tutela do Direito à Vida Tendo por Base o Seu Fim⁶

A vida termina com a morte. Parece uma afirmativa óbvia e assim realmente seria se não houvesse tantos impasses quanto ao que seja vida e, pois, quanto ao que seja morte. A doutrina não se aprofunda no assunto, restringindo-se, muitas vezes, a repetir o dispositivo legal segundo o qual a personalidade da pessoa termina com morte (art. 6º do Código Civil, na sua primeira parte)⁷

No entanto, com o avanço da Medicina, e talvez as dúvidas tenham surgido a partir desta, o conceito de morte passou por diversas evoluções.

⁶ Assunto desenvolvido de acordo com os estudos de Marília Andrade dos Santos, intitulado A aquisição de direitos pelo anencéfalo e a morte encefálica. (2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>>.)

⁷ **Art. 6º** A existência da pessoa natural termina com a morte; (...)

O primeiro critério utilizado foi o da respiração: parada a respiração, constatada através da utilização de espelhos e penas próximos às narinas e boca que, se não embaçasse ou movimentasse, respectivamente, representava a morte.

O critério foi, posteriormente, considerado falho, já que a respiração poderia ser tão imperceptível que não se confirmava pelos métodos usados. Também com a evolução da ciência médica aparelhos respiratórios foram criados, o que adiava a morte do indivíduo.

Abandonado tal critério respiratório, passou-se ao critério cardíaco: considerava-se morto aquele cujo coração cessasse os batimentos.

Apesar de apresentar menores riscos de falha em relação ao critério respiratório, devido ao avanço da Medicina, técnicas cardíacas foram se desenvolvendo, e possibilitando a reanimação de diversos indivíduos que poderiam ser dados como mortos cardíacos passou a ser possível.

Porém, apesar de terem seus corações batendo, muitos pacientes, por falta de oxigenação do cérebro, devido à parada cardiorrespiratória ou outras deficiências, sofriam danos cerebrais, o que os resumia ao estado vegetativo permanente até que o coração não mais batesse.

Por outro lado, novas técnicas permitiram, então, a realização de transplantes de órgãos, inclusive de coração, garantindo sobrevida aos transplantados. Mas, para tanto, os órgãos, antes de retirados do doador, deveriam estar funcionando. Daí questionou-se o critério cardíaco para constatar a morte, pois parada a circulação, falecem todos os órgãos, não permitindo o transplante.

Então, um Comitê da Universidade de Harvard em 1968 definiu um novo parâmetro para a morte: a constatação da morte encefálica, ou morte cerebral como é mais conhecida, verificada com a falência do encéfalo, ainda que mantidos os demais órgãos em funcionamento, permite declarar morto o indivíduo e, assim propiciar a retirada de seus órgãos para a realização do transplante.

O encéfalo é um componente do Sistema Nervoso Central que se localiza dentro no crânio e é constituído do tronco cerebral, cerebelo e cérebro. O tronco cerebral, que fica em contato com a medula espinhal, é responsável pelas funções básicas do ser humano, como respiração e batimento cardíaco. O cerebelo, que envolve o tronco cerebral se responsabiliza pelos movimentos do indivíduo. E o cérebro, que ocupa quase a totalidade de espaço da caixa craniana é responsável pela coordenação dos movimentos e sentidos, pelo raciocínio, pelas emoções e desenvolvimento intelectual. Uma parte do cérebro, o córtex cerebral é quem desenvolve as capacidades cognitivas do ser.

Percebe-se então, que é o encéfalo que comanda a vida do ser humano. Assim, o critério morte encefálica foi eleito, por meio da Lei de Transplantes (Lei 9434/97) que em seu art. 3º, *caput*, reza

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. (grifo nosso)

A resolução mencionada no artigo supracitado é a de nº 1.480/1997 do Conselho Federal de Medicina que determina em seu art. 3º que a morte encefálica só poderá ser verificada se resultar de um processo irreversível e de causa conhecida. O processo irreversível é indicado no art. 4º da resolução constatado por parâmetros clínicos: aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apneia, além de exames complementares, como circulação sanguínea craniana, atividade metabólica cerebral ou atividade elétrica cerebral.

Assim, está morto “aquele ser que perde, definitiva e irreversivelmente, as funções de todo o encéfalo, comprometendo irreversivelmente a vida de relação e a coordenação da vida vegetativa” (SANTOS, 2006, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>).

Deste modo, pelo todo exposto neste tópico, se a lei considera morto aquele que não mais apresenta atividade cerebral, perdendo assim sua personalidade civil e, assim, seus direitos de personalidade, o que dizer de um ser que nunca teve atividade cerebral?

Este é o assunto do próximo capítulo: Anencefalia.

3 ANENCEFALIA

3.1 Conceito de Anencefalia

Nas palavras dos médicos Carlos Gherardi e Isabel Kurlat, (*apud* PONTES, 2005, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/textoasp?id=7538>)

A anencefalia é uma alteração na formação cerebral resultante de falha no início do desenvolvimento embrionário do mecanismo de fechamento do tubo neural e que se caracteriza pela falta dos ossos cranianos (frontal, occipital e parietal), hemisférios e do córtex cerebral. O tronco cerebral e a medula espinhal estão conservados, embora, em muitos casos, a anencefalia se acompanhe de defeitos no fechamento da coluna vertebral.

É a partir da formação do tubo neural que se desenvolve todo o sistema nervoso central. O defeito no fechamento desta estrutura ocorre por volta do 24º (vigésimo quarto) dia após a concepção.

Os especialistas não sabem dizer ao certo a causa da má formação, mas apresentam diversos fatores, dentre eles a deficiência de ácido fólico, vitamina do complexo B. Assim, para evitar má formações no tubo neural, médicos prescrevem às gestantes o uso de ácido fólico nos três meses posteriores à concepção. Também ligam os motivos da má formação ao uso de álcool, tabaco, antiepiléticos e demais drogas lícitas ou ilícitas, alterações genéticas, pré-disposição na família e exposição a altas

temperaturas. (SANTOS, 2006, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>).

Este defeito no tubo neural causa a não formação do cérebro, ou de qualquer outro tecido cerebral ou, se possuindo, este não tem forma definida e encontra-se solto no líquido amniótico, ou é bastante rudimentar. Não há córtex ou hemisférios cerebrais, porém, ainda que raramente, o tronco pode não apresentar defeitos, o que possibilita o feto respirar sem ajuda mecânica (SANTOS, 2006, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>).

A partir do terceiro mês de gestação pode-se diagnosticar a anencefalia pelo exame de ultrassonografia, isso porque, como já dito, é característica dos fetos anencéfalos não possuir ossos cranianos, pois a partir da parte superior da sobrelanceira não há osso algum, razão pela qual a cabeça não é arredondada. Há também o exame biológico, que consiste numa análise dos níveis de alfa-fetoproteína no soro materno e líquido amniótico, que ficam aumentados entre a 11^a (décima primeira) e a 16^a (décima sexta) semana de gravidez quando o feto é anencéfalo. O diagnóstico é inequívoco. (SANTOS, 2006, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>).

Como ressalta Marília Andrade dos Santos,

(...)É por este motivo que comumente o feto portador desta anomalia é chamado de feto-rã. No local (e apenas em alguns casos) há somente o couro cabeludo cobrindo a porção não fechada por ossos.

Visualmente, além da abertura que existe em sua cabeça, o anencéfalo possui os olhos saltados em suas órbitas, justamente porque estas não ficaram formadas em razão da inexistência dos ossos do crânio. Outrossim, seu pescoço é mais curto do que o pescoço de um feto normal. (2006, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>).



FIGURA 1 – Bebê anencéfalo - Acrania (anencefalia). Ausência de calota; pela abertura craniana sobressai massa cérebro-vascular. Protrusão de globos oculares (por insuficiente desenvolvimento das órbitas)

Fonte: Escuela de Medicina – Pontificia Universidad Católica de Chile. Disponível em:

<http://escuela.med.puc.cl/publ/patgeneral/Fichas/243.html>



FIGURA 2 – Bebê anencéfalo – posição de perfil. Neste caso nota-se o pescoço curto e má-formação das orelhas.

Fonte: Escuela de Medicina – Pontificia Universidad Católica de Chile Disponível em: <http://escuela.med.puc.cl/publ/patgeneral/Fichas/243.html>.

Desta forma, a anencefalia é uma deformação congênita, em que o feto não apresenta atividade cerebral, assim como ocorre

com o morto encefálico. Porém, diferente do que ocorre com este, naquele a ausência de atividade cerebral decorre do fato do cérebro não chegar a se formar.

Não possuindo cérebro, as funções cognitivas deste feto ficam prejudicadas, ou melhor, não existem. Neste sentido, Santos expressa que

Aproximadamente 75% dos fetos afetados morrem dentro do útero, enquanto que, dos 25% que chegam a nascer, a imensa maioria morre dentro de 24 horas e o resto dentro da primeira semana.

Na anencefalia, a inexistência das estruturas cerebrais (hemisférios e córtex) provoca a ausência de todas as funções superiores do sistema nervoso central. Estas funções têm a ver com a existência da consciência e implicam na cognição, percepção, comunicação, afetividade e emotividade, ou seja, aquelas características que são a expressão da identidade humana. Há apenas uma efêmera preservação de funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e as dependentes da medula espinhal (...). (2006, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>).

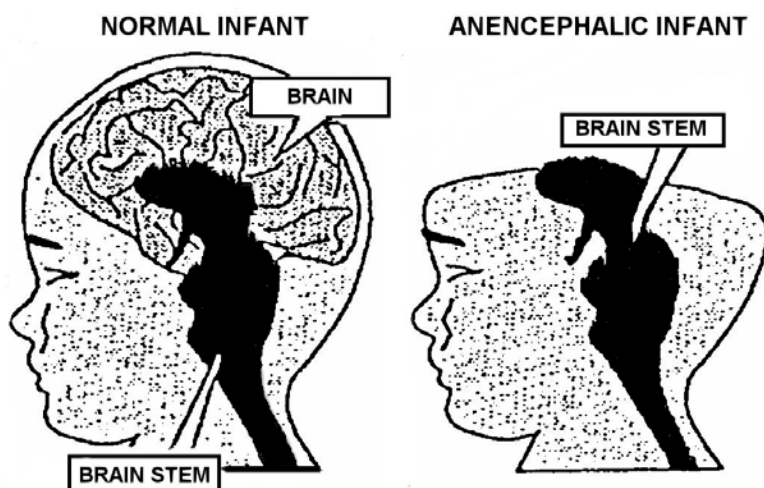


FIGURA 3 – À esquerda representação do que seria o sistema nervoso central de uma pessoa normal. À direita a representação do que ocorre com um anencéfalo, onde se pode observar a ausência do cérebro⁸.

Fonte: Anencefalia – Informação. 2000-2006. Disponível em: www.anencephalie-info.org/sp/preguntas.htm.

Tanta é esta certeza da fatalidade da anencefalia que, de acordo com a Resolução 1.752/04 do Conselho Federal de Medicina, os fetos anencéfalos são denominados natimortos cerebrais.

⁸ Tradução livre: *normal infant*: criança normal; *anencephalic infant*: criança anencefálica; *brain*: cérebro; *brain stem*: tronco-cerebral.

3.2 O Anencéfalo e a Personalidade⁹

3.2.1 Breves Considerações do que seja Personalidade Civil

O art. 1º do Código Civil de 2002 diz que toda pessoa é capaz de direitos e de deveres. Pessoa, para o Direito, é o ser ao qual se atribui a aptidão para adquirir direitos e obrigações, isto é, personalidade (VENOSA, 2003, v. 1, p. 147). Este conceito de pessoa refere-se tanto à pessoa natural ou física, quanto à pessoa jurídica. Todavia, o que nos interessa é a primeira.

Ao conceito de pessoa, se integra o de capacidade. No Direito Civil a capacidade pode ser traduzida como potencialidade de exercício da personalidade.

Ambos, personalidade e capacidade, embora intimamente ligados, não se confundem. Capacidade é exercício da personalidade.

A capacidade referida no art. 1º do Código Civil só ocorre quando adquirida a personalidade civil. Personalidade pode ser conceituada como um conjunto de poderes (direitos e deveres) conferidos ao indivíduo para figurar nas relações jurídicas (VENOSA, 2003, v. 1, p. 148).

Dispõe o art. 2º do Código Civil que: “A personalidade civil da pessoa começa no nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

O ordenamento jurídico, como se percebe, adotou a teoria natalista para definir a partir de qual momento há personalidade e, pois, sujeito de direito. Quanto à situação do nascituro¹⁰, porém, há dúvidas. Na tentativa de solucioná-los, podemos identificar na doutrina três correntes (MONTEIRO, 2003, p. 64).

Primeiramente a Teoria Natalista, para a qual o indivíduo somente adquire a personalidade no momento do nascimento. Nega direitos ao nascituro.

Segundo a Teoria da Personalidade Condicional, o nascimento com vida é condição suspensiva para a aquisição da personalidade. Assim, o nascituro possui, desde a concepção, mera expectativa de direitos, sendo a aquisição plena condicionada (suspensivamente) ao nascimento com vida.

Uma terceira corrente, a Teoria Concepcionista Plena, defende que os direitos são adquiridos pelo nascituro desde a concepção, independentemente do nascimento com ou sem vida, ou seja, tem personalidade desde a concepção.

Como Sílvio de Salvo Venosa, “grande parte da doutrina brasileira entende ser a Teoria da Personalidade Condicional a teoria adotada por nosso ordenamento jurídico”

⁹ Base principal do assunto extraída dos estudos de Marília Andrade dos Santos, extraídos do trabalho intitulado. A aquisição de direitos pelo anencéfalo e a morte encefálica (2006, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>).

¹⁰ Entende-se por nascituro o ente já concebido, mas que ainda não nasceu.

(SANTOS, 2006, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>). Assim prescreve o autor:

O fato de o nascituro ter proteção legal não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade tal como a concebe o ordenamento. O fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribua personalidade. Embora haja quem sufrague o contrário, trata-se de uma situação que somente se aproxima da personalidade. Esta só advém do nascimento com vida. Trata-se de uma expectativa de direito. (2003, p. 161-162)

No entanto, para a aquisição da personalidade, nosso sistema jurídico requer apenas o nascimento com vida. Mas, mesmo erigindo o nascimento com vida como requisito indispensável à aquisição da personalidade, o ordenamento jurídico pôs a salvo os direitos do nascituro desde a concepção.

No mesmo sentido, Néilson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (*apud* SANTOS, 2006, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>):

(...) Mesmo não havendo nascido com vida, ou seja, não tendo adquirido personalidade jurídica, o natimorto tem humanidade e por isso recebe proteção jurídica do sistema de direito privado, pois a proteção da norma ora comentada a esse se estende, relativamente aos direitos de personalidade (nome, imagem, sepultura etc.)

Também Orlando Gomes (*apud* SANTOS, 2006, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>)

A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida. Não basta o nascimento. É preciso que o concebido nasça vivo. O natimorto não adquire personalidade (...).

Como visto, desde a *concepção* asseguram-se direitos ao nascituro equiparado que é à pessoa, no seu interesse. (grifos do original).

No entanto, a Teoria da Personalidade Condicional não é absoluta, pois conforme Marília Andrade dos Santos (2006, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>) pode-se dividir os direitos da pessoa em duas vertentes: os direitos de humanidade e os direitos de relação.

Os direitos de humanidade são aqueles direitos próprios do indivíduo, inatos, decorrentes de sua natureza humana, que são oponíveis *erga omnes* e que geram o dever de exigir um comportamento negativo dos outros.

Nesta categoria, podem ser enquadrados todos os direitos ligados à dignidade da pessoa humana, todos os direitos garantidos constitucionalmente e que protegem o homem como ser humano. Dentre eles, podemos citar o direito à vida, à saúde, à integridade física, moral e intelectual, à imagem, à liberdade e à filiação.

É importante que seja frisado: tais direitos são adquiridos plenamente desde a concepção e admitir o contrário seria falta de observação da realidade jurídica em que vivemos.

Ora, tomando como exemplo o direito à vida, parece no mínimo contraditório dizer que o nascituro tenha expectativa deste direito, vindo somente a adquiri-lo após o nascimento com vida. Se assim fosse, não seria punível o abortamento. E isso, justamente porque um feto abortado nunca poderia nascer com vida para concretizar seu direito a esta vida. Assim, que direito teria sido violado pelo agente ativo do delito? Mostra-se descabida interpretação neste sentido.

Pelo que foi exposto, afigura-se inviável a alegação de que estes direitos somente seriam adquiridos pelo feto com o nascimento com vida, estando apenas resguardados pelo ordenamento jurídico desde a concepção.

Diferente é o caso dos direitos de relação. “Estes direitos são relativos ao indivíduo quando relacionado com outros indivíduos e demonstram seu favorecimento ou vantagem em face destes outros indivíduos” (SANTOS, 2006, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>). Assim, este relacionamento só poderá ser possível após o seu nascimento, pois se trata de direitos patrimoniais e obrigacionais.

No mesmo sentido é a manifestação de Maria Helena Diniz (2000, p. 180)

Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intra uterina tem o nascituro (...) *personalidade jurídica formal*, no que atina aos direitos personalíssimos, ou melhor, aos direitos da personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção (...), passando a ter *personalidade jurídica material*, alcançando os direitos patrimoniais (RT, 593:258) e obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida (CC, art. 1.800, §3º). Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer nenhum direito patrimonial terá. (grifos no original).

Enfim, seguindo esta linha de raciocínio, processualmente, os direitos de humanidade podem ser objeto de pedidos judiciais pleiteando seu respeito desde a concepção, já que são adquiridos plena e incondicionalmente desde este instante. Quanto aos direitos de relacionamento, é possível que o nascituro pleiteie a garantia dos mesmos desde a concepção, mas o provimento judicial final ficará suspenso até que ocorra o nascimento.

3.2.2 A Situação do Anencéfalo Frente à Aquisição da Personalidade

No segundo tópico do nosso trabalho (Do Direito à Vida), foi exposto que várias são as correntes que determinam quando inicia a vida. Desde o início, porém, afirmamos que, indiferente o termo inicial eleito, consideramos a vida como um processo biológico, e o direito à vida, portanto, como proteção a este processo.

Agora nos atemos a analisar a titularidade ou não de direitos dos anencéfalos.

Diversas são as manifestações da doutrina quanto a este tema. Apesar da maior parte da discussão se firmar no campo penal, essas discussões interessam ao nosso tema.

Como menciona Marília Andrade dos Santos (2006, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>), podem ser identificadas duas

correntes que discutem tal assunto: uma admitindo que os fetos anencéfalos são detentores de todos os direitos civis inerentes a qualquer pessoa; e outra afirmando que os mesmos não podem ser sujeitos de direito, ramificando-se, esta corrente em diversos entendimentos, proporcionalmente às variadas razões invocadas. Note-se que enquanto a primeira reconhece ao anencéfalo a qualidade de nascituro, a segunda nega.

Os que afirmam que os fetos anencéfalos são sujeito de direitos argumentam que os mesmos adquirem os chamados “direitos de humanidade” desde a concepção e, em caso de respiração após o parto (que consideram identificador de nascimento com vida), adquirem os “direitos de relação”. Resumindo, o anencéfalo seria uma pessoa viva e, assim, regularmente titular de todos os direitos. Por este pensamento é que os defensores argumentam que o aborto seria punido nesta hipótese e, se de alguma forma legalizado, abriria possibilidade para o aborto eugênico¹¹.

Esta também é a posição de religiosos, como Dom Odilo Pedro Scherer, Bispo auxiliar de São Paulo e Secretário Geral da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB (in: ANIS, 2004, p. 45), que afirma:

A condição em que se encontra o ser humano não importa: se ele está doente, se está em fim de vida, se gostamos dele, se sua existência nos faz sofrer, tudo isso é secundário em relação ao direito primário a vida. Fetos e bebês anencéfalos são seres vivos, são seres humanos: e esta convicção tem inquestionável base científica. Portanto, devem ser respeitados como seres humanos.

Já os defensores da posição de que o anencéfalo não pode ser titular de direitos, dividem seus argumentos entre os que não o consideram como um ser humano; os que argumentam que o mesmo é um ser humano, porém morto e ou os que usam o termo não vivo.

A primeira baseia-se no Direito Romano, no qual não era humano o ser que não correspondesse à forma humana perfeita. Entendem, que não pode ser humano o anencéfalo, devido à falta da cabeça, o que leva à falta de racionalidade, característica humana peculiar, pois não existe o órgão responsável por tal função, o córtex cerebral.

Assim, estes entendem que não sendo considerado o feto anencéfalo um ser humano, não seria ele titular de direitos, não recebendo proteção Estatal. Rossevelt

¹¹ Eugenia é se intitula como a ciência que estuda as condições mais propícias à reprodução e melhoramento genético da espécie humana. Porém, é melhor conceituada como “ideologia opressora e autoritária baseada em pressupostos racistas, sexistas e discriminatórios. A expressão máxima da ideologia eugênica foi o nazismo, em que profissionais da Medicina e da Enfermagem esterilizaram mulheres, impedindo-as de exercer sua autonomia reprodutiva” (ANIS, 2004, p. 96). Assim, o aborto eugênico ou eugenésico é a interrupção involuntária de uma gestação. A mulher é obrigada a abortar por razões discriminatórias, sexistas ou racistas. O aborto eugênico foi uma exigência da medicina nazista às mulheres judias, por exemplo. (ANIS, 2004, p. 90). Muitos usam o termo aborto eugenésico para indicar qualquer tipo de interrupção gestacional que se refere à má-formação do feto, não levando em consideração às particularidades do caso concreto, como a inviabilidade do ser, e a situação da mãe; além de também não considerarem que o aborto eugênico é involuntário, e a interrupção terapêutica não.

Arraes, (apud SANTOS, 2006, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>), chega a afirmar que o anencéfalo é um “ser vivo disponível”. No entanto, quanto aos direitos, afirma que este ser teria sim os direitos de humanidade, porém somente até que diagnosticada seja a má-formação.

No entanto, Marília Andrade dos Santos afirma que

No entendimento jurídico (...), esta posição apresenta contradições e não pode ser aplicada. Em primeiro lugar porque, como já dito anteriormente, é ente humano todo aquele ser que provém da união de gametas humanos, do homem e da mulher, todo aquele ser cuja origem é um zigoto humano. Este ser tem origem idêntica à de qualquer outro ser humano e não se assemelha a nenhum outro exemplar de alguma espécie de ser irracional animado, pelo que não pode pertencer a qualquer outra categoria de seres.

Outrossim, mostra-se conflitante o fato de que um ser seja considerado pessoa pelo Direito e, a partir da *verificação* de certa hipótese, deixe de sê-lo e perca (ao que parece, de forma retroativa), assim, todos os direitos que antes lhe eram garantidos justamente por pertencer à raça humana. Ainda, ressalte-se que este posicionamento leva em conta não o momento da ocorrência da má-formação, mas sim o momento de seu diagnóstico, para fixar o termo final dos direitos de humanidade. Nestes termos, chegar-se-ia à hipótese absurda de que, após a existência da má-formação e antes de seu diagnóstico, poder-se-ia falar em aborto do feto *já* portador de anencefalia, mas, tão logo feito o diagnóstico, a conduta, sobre o *mesmo feto* portador de anencefalia fosse considerada lícita, por representar a livre disposição materna sobre seu próprio corpo e sobre uma coisa que lhe pertence. (grifo no original). (2006, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>).

A segunda faceta desta corrente que nega ao anencéfalo a titularidade de direitos afirmando ser o mesmo um ser morto, representa grande parte das opiniões.

Samantha Buglione, (apud SANTOS, 2006, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>) expõe que

(...) para se ter direito à vida é preciso estar vivo; somente é possível proteger a vida havendo vida (...). Um feto anencefálico é um feto vivo? O direito, através da Lei de Transplantes, na qual define que morte é morte cerebral, diz que não. O que temos no caso do feto anencefálico é um organismo que vive. Da mesma forma que um coração que está sendo transplantado vive. Então a pergunta: o direito à vida também existe para fetos que jurídica e tecnicamente estão mortos? Fora do útero um feto nestas condições vive tanto quanto alguém em morte cerebral vive sem os aparelhos.

Apesar dos defensores desta corrente concordarem que o anencéfalo não está vivo por não apresentar atividade cerebral, eles divergem quanto aos fundamentos. Para uns o feto anencéfalo está morto no mesmo sentido aplicado à morte encefálica. Para outros, esta situação é apenas análoga à morte encefálica, não sendo o anencéfalo um morto encefálico, e sim um não vivo.

Quanto à primeira ideia podemos apontar alguns equívocos, visto que o conceito de morte encefálica não cabe aos anencéfalos. Isto porque

(...) interessante perceber que a morte encefálica pressupõe a existência anterior de uma vida encefálica, pois que com os exames a serem realizados se perquiri a *cessação* das funções que antes eram realizadas de forma automática pelo encéfalo e que, em virtude de uma causa conhecida, deixaram de ser realizadas definitiva e irremediavelmente pelo encéfalo. (SANTOS, 2006, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>).

No entanto, um feto anencéfalo não teve a chance de sequer ter uma vida encefálica completa devido a ausência de formação dos órgãos necessários para tanto. É neste caminho que os que afirmam ser a anencefalia uma situação análoga à de morte encefálica falham. Se a legislação brasileira afirma que declarada a morte encefálica faz-se possível a retirada de órgão para fins de transplantes, é porque consideram a morte encefálica o momento da morte do indivíduo. E só podendo ser morto o que já foi vivo, o que dizer de um ser que nunca possuiu atividade encefálica, como é o caso do anencéfalo?

Como já falamos, as possíveis atividades orgânicas do anencéfalo, se existentes, são devido ao fato de que, em diversos casos, este é afetado apenas parcialmente (principalmente no cérebro), mantendo-se a atividade infra-espinhal. Porém, sem o cérebro e, por consequência, o córtex cerebral, o feto não identifica os estímulos, não passando os reflexos de meras atividades vegetativas.

Porém, apesar da anencefalia ser diferente de morte encefálica, seus efeitos práticos são semelhantes. Deste modo, não parece cabível ao feto anencéfalo a qualidade de morto, mas de um ser não vivo. Assim, não lhe cabe, a mesma proteção jurídica concedida a um feto vivo.

Em suma, segundo a primeira ideia o anencéfalo é sujeito de direito até que não venha se formar devidamente seu tubo neural (SANTOS, 2006, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>). Pelo fato, porém, de parecer tal raciocínio bastante desarrazoado pelas razões já invocadas, soa mais plausível a segunda ideia de que, na verdade, seria o anencéfalo um feto não vivo. Em última instância, assim sendo considerado não caberia falar de titularidade de direitos em geral e do direito à vida em particular.

4 DO DIREITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO DIREITO À SAÚDE FÍSICA E PSÍQUICA

4.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana Como Fundamento do Direito

Preliminarmente, embora não pretendamos aprofundar no problema de significação do princípio em comento, proporcionalmente à necessidade para o desenvolvimento do nosso trabalho, vamos desenvolver apenas os pontos relevantes.

A Constituição Federal de 1988 consagra em seu art. 1º, III do Título I dentre os Princípios Fundamentais, que

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana.

A consagração da dignidade humana implica em considerar o homem, com exclusão dos demais seres, como o centro do universo jurídico. Conforme Alexandre de Moraes (2002, p. 50), a dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Assim, a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental que rege e embasa todo o sistema jurídico, fazendo reverência à igualdade entre os homens, como entes dotados de personalidade; impedindo o tratamento do ser humano como objeto, meio, e sim como pessoa, fim, garantindo-lhe um patamar existencial mínimo.

Desta forma, a dignidade, inserida em primazia no sistema jurídico, sustenta e legitima todos os direitos e garantias pessoais.

4.2 A Saúde Como um Direito Fundamental

O direito à saúde já foi entendido como mera ausência de enfermidades, hoje, porém há dois entendimentos complementares a seu respeito. Saúde está relacionada às condições de vida do homem e o meio ambiente e também à ausência de doenças. Assim definiu a Organização Mundial de Saúde – OMS:

o completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doenças ou agravos, bem como, reconhecida como um dos direitos fundamentais de todo ser humano, seja qual sua condição social ou econômica e sua crença religiosa ou política. Diante disso, pode-se dizer que a saúde é uma incessante busca pelo equilíbrio entre as influências ambientais, modos de vida e vários componentes.(grifo nosso) (HUMENHUK, 2004, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>)

Não sendo a saúde, portanto, apenas a devida ordem fisiológica do ser humano, mas um algo mais, Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá (*apud* ALMEIDA, 2005, p. 120) dizem que

Não se pode privilegiar apenas a dimensão biológica da vida humana, negligenciando a qualidade de vida do indivíduo (...) O ser humano tem outras dimensões que não apenas a biológica de forma que aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não só da vida, mas também da pessoa.

Desta forma, a saúde está ligada diretamente à qualidade de vida e, nesta medida, não se resume à seara física, mas abrange também, quiçá principalmente, a seara psíquica. Como define Bolzan de Moraes, (*apud* HUMENHUK, 2004, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>)

O conceito de saúde é, também, uma questão do cidadão ter uma vida saudável, levando a construção de uma qualidade de vida que deve objetivar a democracia, igualdade, respeito ecológico e o desenvolvimento tecnológico, tudo isso procurando livrar o homem de seus males e proporcionando-lhe benefícios.

Podemos dizer, diante de tudo isso, que a saúde é “um bem extraordinariamente relevante à vida humana (...) elevado a condição de direito fundamental do homem”(SILVA, 2003, p. 307). Esta importância da saúde para o homem, básica para o exercício de sua cidadania, é também de grande relevância a toda sociedade, pois diz respeito à qualidade de vida, necessária para o exercício dos direitos inerentes a todo cidadão (HUMENHUK, 2004, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>).

Como todo direito fundamental, a saúde é tutelada pela Carta Magna de 1988 em diversos artigos. No artigo 6º, *caput*¹², a saúde é apresentada como um direito social, isto é, um “direito que exige do Estado prestações positivas no sentido de garantia/efetividade da saúde” (HUMENHUK, 2004, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>), tendente a conceder recursos aos indivíduos para buscarem o conforto físico, mental e social (ALMEIDA, 2005, p. 123-124). O artigo 196 da Constituição apresenta como o Estado assegurara tal direito

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

¹² Art. 6. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.¹³ As informações trazidas neste tópico foram retiradas da entrevista, intitulada “Doutor, eu não sabia”, fornecida pelo médico Dr. Jorge Andalfé Neto, Professor titular de Ginecologia e Obstetrícia da Universidade de Santo Amaro/SP, Presidente da Comissão Nacional de violência sexual e interrupção de gestação prevista por lei da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRAGO e Coordenador do programa Aborto Legal do Hospital Municipal Arthur Ribeiro de Sabóia, Jabaquara, São Paulo/SP, gravada em formato CD-ROM, como peça complementar da obra ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. Anencefalia: O pensamento brasileiro em sua pluralidade. Brasília: Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, 2004.

Assim, perante a Constituição Federal o direito à saúde deve ser entendido como um direito social fundamental, necessário à preservação da vida e ao respeito à dignidade humana.

4.3 A DIGNIDADE E A SAÚDE FÍSICA E PSÍQUICA DA GESTANTE DE FETOS ANENCÉFALOS¹³

A programação e a vivência de uma gravidez é um estado natural e psíquico da mulher, cercado de toda uma especialidade. Desde que é tomada a decisão de ter uma criança, muitas mudanças na vida das pessoas envolvidas no processo podem acontecer de forma significativa.

Nas famílias, a chegada de um novo membro, normalmente, é um momento de felicidade, preparado e esperado com todas as boas expectativas possíveis, principalmente para a nova mãe.

Devido à especialidade do estado físico vivido pela mulher, esta necessita de cuidados e acompanhamentos médicos especiais. Mesmo numa gestação normal, em que não são detectadas quaisquer anomalias no processo, esta necessita ser acompanhada por um especialista até o fim deste período, pois “toda gravidez tem um componente de risco à saúde da mulher” (ANIS, 2004, p. 86) devido às mudanças bruscas em seu corpo.

De acordo com o médico Dr. Jorge Andalf Neto, mais especial ainda é a gestação de fetos anencéfalos. Conforme explica o profissional, desde o diagnóstico da anomalia no ser que está sendo gerado, a mulher e sua família podem vir a ser acometidos de uma enorme angústia, isto porque a medicina afirma que, na totalidade dos casos, a anencefalia é fatal e irreversível. A partir do diagnóstico, que pode ocorrer logo no segundo trimestre de gravidez, por meio do exame ultra-som, a gestante já tem conhecimento de que seu bebê não possui a calota craniana, e em consequência o cérebro e que não sobreviverá após o parto.

Além das revelações prévias, o pré-natal desta mãe segue um rito especial devido às peculiaridades do caso, onde os riscos de complicações são significativamente aumentados. Estima-se um aumento de 50% (cinquenta por cento) de possibilidade de ocorrência de polidramnia, ou seja, “excesso de líquido amniótico, que causa distensão do útero” (GOLLOP, in: ANIS, 2004, p. 27), provocado pela falta da calota craniana no feto, e que pode causar falta de ar na gestante. Nestes casos, pode ocorrer a necessidade de “esvaziamento do excesso de líquido amniótico”, o que pode causar um “deslocamento prematuro de placenta, que é um acidente obstétrico de relativa gravidade”. (GOLLOP, in: ANIS, 2004, p. 27).

A somar, há cerca de 25% (vinte cinco por cento) mais chances de serem desenvolvidas doenças hipertensivas na gravidez, que elevam a pressão arterial podendo levar à eclampsia ou pré-eclampsia, além de desmaios e convulsões.

Devido a esta alta taxa de possibilidade de hipertensão na gravidez, o acompanhamento médico, que normalmente ocorre em intervalos de 30 (trinta) dias, na gravidez de anencéfalo é recomendado que ocorra há cada 15 (quinze) dias.

Um dos momentos de grande sofrimento da gestante é o parto, que tem o risco aumentado na ordem de 22% (vinte e dois por cento). A começar pelo tempo estimado de trabalho de parto, este pode chegar, na gestação de feto anencéfalo, entre 14 (quatorze) e 18 (dezoito) horas, o que em uma gravidez normal dura entre seis e oito horas. Tal extensão de tempo explica-se pela própria deformidade do feto pois, devido à ausência dos ossos da cabeça (caixa craniana), ele não se encaixa corretamente para o parto (ANDALAFT NETO, in ANIS, 2004, p. 31). Assim, sem a calota craniana, que é o que empurra o colo do útero e dilata a área para o nascimento de forma natural, tal fase pode ser bastante penosa à gestante. Penosa principalmente pela grande dor física que a gestante sente, necessitando na maioria das vezes ser anestesiada, além da aplicação de muitos analgésicos durante o parto.

Além disso, os fetos anencefálos, por não terem o polo cefálico, podem iniciar a expulsão antes da dilatação completa do colo do útero e ter o que nós chamamos de distócia de ombro, porque nesses fetos, com frequência, o ombro é grande ou maior que a média e pode haver um acidente obstétrico na expulsão na parto de ombro, o que pode acarretar dificuldades muito grandes no ponto de vista obstétrico. (...) A distócia de ombro acontece em 5% dos casos(...) (GOLLOP, in ANIS, 2004, p. 27-28).

Após o parto, devido às várias horas de sua duração e as contrações, o útero pode chegar a dilatar de tal forma que não se contraia novamente restabelecendo a forma normal, o que pode levar a uma atonia uterina. A atonia uterina é uma hemorragia grave que pode chegar a ser incontrolável, e ocorre em certa de 15% (quinze por cento) dos casos de gravidez de anencéfalo. Em cerca de 2,5% (dois vírgula cinco por cento) destes casos há a necessidade de se proceder a esterectomia, que é a retirada do útero da gestante.

Quando do nascimento da criança, esta tem cessada as atividades orgânicas, na maioria das vezes, em questão de horas. Nascerdo com mais de 500 g (quinhentos gramas), o que certamente ocorre em gestações que chegam aos nove meses, o bebê deve ser enterrado. Deve-se lavar o atestado de óbito, que pode ser o único documento da criança natimorta.

Com o atestado de óbito em mãos é que a família deve providenciar o enterro do bebê, que muitas vezes não poderá ser acompanhado pela mãe por esta ainda encontrar-se internada.

A agravar ainda mais o sofrimento, sendo esta mãe dependente da assistência pública de saúde (SUS – Sistema Único de Saúde), ela provavelmente ficará internada numa enfermaria, junto de outras mulheres que tiveram seus bebês. Talvez seja este um dos momentos mais sofridos da mulher: ser obrigada a conviver com outras mulheres, felizes por terem o que ela não teve: seu filho. Dr. Jorge Andalaft Neto diz ser esta uma exposição da mulher a um grande sofrimento.

A mulher ainda deverá tomar remédios para secar o leite, que após o parto, demora cerca de 48 (quarenta e oito) horas para descer.

Vale ainda mencionar que a gravidez de um feto com anencefalia representa um grande risco à saúde da gestante, porque cerca de 60% destes fetos morrem nos últimos meses de gestação ainda dentro do útero. (ANIS, 2004, p. 86).

Assim, conforme afirma o Dr. Jorge Andalaft Neto, a gestação de fetos anencéfalos não é uma gestação como as outras, podendo ser considerada completamente diferente. As implicações à saúde da mulher, tanto física – devido às diversas complicações que podem vir a ocorrer tanto no período gestacional, quanto no momento do parto – quanto às afecções psicológicas, caracterizadas muitas vezes pela frustração do projeto afetivo que é a gravidez, são de grande relevância. Parece indubitável ter ela ofendida sua integridade física e psíquica.

5 A ANENCEFALIA E O CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

5.1 Sucinta Consideração Inicial

Os Direitos Fundamentais podem ser definidos como “um conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo ordenamento jurídico de um Estado” (PAUL, 2006, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8770>).

Porém, de nada adiantaria definir e positivar os direitos fundamentais, se não fossem estabelecidas regras que garantissem o respeito a tais direitos, principalmente no que se refere ao poder de intervenção do Estado. O reconhecimento destes limites refere-se intimamente ao entendimento do Estado de Direito, ou seja, aquele Estado em que todos, cidadãos e Poder Público, estão subordinados às leis. (GUEDES, 2004, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5698>).

No entanto, a proteção destinada a tais direitos não pode entendida como absoluta e irrestrita. Afinal, há possibilidade de que direitos igualmente reconhecidos a diferentes titulares venham a se colidir. Desta forma, Norberto Bobbio (*apud*, GUEDES, 2004, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5698>) afirma que, quando

(...) dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem [sic], (e) não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante. (...) Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E, dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas.

Característica importante dos direitos fundamentais é o seu caráter principiológico, o que permite que possam ser ponderados quando em conflito no caso concreto. Ou seja, os direitos fundamentais assim como os princípios que “por se constituírem em ‘exigências de otimização’, permitem o balanceamento de valores e interesses, de acordo com seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes”. (GUEDES, 2004, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5698>).

5.2 Ponderação de Direitos Fundamentais em Conflito

A doutrina aponta como meio adequado para dirimir conflitos entre direitos fundamentais os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que exporemos em seguida. No entanto, tais princípios não se encontram explicitamente apresentados em nosso sistema jurídico.

Todavia, Suzana de Toledo Barros (*apud* PAUL, 2006, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8770>) afirma ser desnecessária tal referência expressa, pois se trata, como no direito alemão, de norma constitucional implícita, decorrente da própria natureza não absoluta dos direitos fundamentais. Ela ainda diz que

o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais implica, por si só, a proporcionalidade em sentido amplo ou a existência de seus elementos ou subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Não é estranho, portanto, que se pretenda derivar o princípio da proporcionalidade da própria essência dos direitos fundamentais.

5.2.1 O Princípio da Proporcionalidade

Em decisão proferida em 16 de março de 1971, o Tribunal Constitucional alemão definiu da seguinte forma o Princípio da Proporcionalidade:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental. (PONTES, 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538>)

Foi na Alemanha que se obteve a formulação atual da teoria da proporcionalidade em âmbito constitucional, abarcou o respeito aos direitos fundamentais como centro da ordem jurídica, visando à proibição de excesso em toda atividade estatal. Assim, a ideia de que toda intervenção na esfera dos direitos fundamentais deve se pautar pela proporcionalidade entre meios e fins passou a guiar as atividades públicas.

O princípio da proporcionalidade foi dividido em três subprincípios ou elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Conforme expõe Manoel Sabino Pontes (2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/textoasp?id=7538>),

O primeiro traduz uma exigência de compatibilidade entre o fim pretendido pela norma e os meios por ela enunciados para sua consecução. Trata-se do exame de uma relação de causalidade, onde uma lei somente deve ser afastada por inidônea quando absolutamente incapaz de produzir o resultado perseguido.

A necessidade diz respeito ao fato de ser a medida restritiva de direitos indispensável à preservação do próprio direito por ela restringido ou a outro em igual ou superior patamar de importância, isto é, na procura do meio menos nocivo capaz de produzir o fim propugnado pela norma em questão. Traduz-se este subprincípio em quatro vertentes: exigibilidade material (a restrição é indispensável), espacial (o âmbito de atuação deve ser limitado), temporal (a medida coativa do poder público não deve ser perpétua) e pessoal (restringir o conjunto de pessoas que deverão ter seus interesses sacrificados). Por último, o sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito a um sistema de valoração, na medida em que ao se garantir um direito muitas vezes é preciso restringir outro, situação juridicamente aceitável somente após um estudo teleológico, no qual se conclua que o direito juridicamente protegido por determinada norma apresenta conteúdo valorativamente superior ao restringido.

5.2.2 O Princípio da Razoabilidade

Conforme grande parte da doutrina, o princípio da proporcionalidade relaciona-se à construção jurisprudencial da razoabilidade, desenvolvida nos Estados Unidos, sob a busca de maior liberdade dos juízes na criação do direito.

A origem e o desenvolvimento do princípio da razoabilidade estão ligados à garantia do devido processo legal, que nos Estados Unidos é marcado por duas fases.

Na primeira, se reveste de caráter estritamente processual (*procedural legal process*), e no segundo, de cunho substantivo (*substantive due process*). Juntamente com o princípio da igualdade de todos perante a lei, a versão substantiva do *devido processo legal* tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, permitindo-se conter arbítrios do Legislativo e da discricionariedade estatal. É através dele que se faz o exame de razoabilidade (*reasonableness*) e da racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral. (grifo no original) (GUEDES, 2004, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5698>)

A razoabilidade surge no contexto do Estado Democrático de Direito agindo “como a medida da legitimidade dos atos do poder público, evitando medidas arbitrárias e desarrazoadas”. (PAUL, 2006, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8770>).

Os termos razoabilidade e proporcionalidade muitas vezes são utilizados de forma indistinta pela doutrina. Entre eles existe uma diferença territorial: a razoabilidade, conforme exposto, é advinda dos Estados Unidos, enquanto que proporcionalidade é uma construção jurisprudencial alemã. No entanto, em ambos os países o conteúdo dos dois princípios é o mesmo, donde conclui-se que o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, em sentido amplo, traduzem a mesma ideia. Porém,

a proporcionalidade denota noção de equilíbrio ponderado, ou seja, equivale somente à proporcionalidade em sentido estrito do direito alemão. Adequação e necessidade transcendem o plano denotativo da proporcionalidade, amoldando-se no bojo da razoabilidade. (PAUL, 2006, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8770>)

Paulo Bonavides (2003, p. 436) leciona que a razoabilidade é axioma do direito constitucional moderno, funcionando como regra que limita a ação do poder estatal na esfera da juridicidade.

A aplicação da razoabilidade no âmbito dos direitos fundamentais pode limitar um direito fundamental adequando-o na proteção de outro bem jurídico, estabelecendo o meio mais ameno e proporcional no sentido de fornecer equilíbrio entre o peso e o significado do direito. (PAUL, 2006, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8770>)

5.2.3 A Colisão e a Ponderação de Interesses

Como afirmamos acima, a colisão entre direitos fundamentais é sinônimo de colisão entre princípio, já que as normas que preveem aqueles têm essa natureza. Assim, como não há preponderância entre tais direitos, é possível resolver um eventual conflito entre eles através da ponderação, no intuito de harmonizar os interesses conflitantes, buscando uma solução que traga menor afetação possível aos interesses colidentes.

Ana Carolina Lobo Gluck Paul (2006, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8770>) utiliza, para exemplificar a ausência de superioridade entre os direitos fundamentais, o direito à vida:

(...) se o direito à vida fosse sempre superior aos demais direitos, não seria admitido pela legislação pátria o aborto em caso de estupro, já que inexistiria risco de vida à mulher e ao feto. Nesse caso conflitam dois direitos fundamentais: o direito à vida do feto e o direito à honra da mulher vítima da violência, tendo o legislador, ao ponderar os interesses jurídicos em questão, optado por prestigiar a honra da mulher em detrimento da vida do feto.

Deste modo, a autora conclui que,

A concepção de que os direitos fundamentais estão todos no mesmo patamar constitucional, conduz ao desenvolvimento de uma lógica flexível, ou seja, de balanceamento dos valores envolvidos na situação concreta, partindo de um juízo de razoabilidade no sentido de extrair o conteúdo dos direitos

fundamentais conflitantes para harmonizá-los, nem que dada as circunstâncias apresentadas, um prepondere sobre os demais.

Assim, a ponderação de interesses, baseada na razoabilidade apresenta-se como uma técnica adequada a dirimir conflitos entre os direitos fundamentais.

Para se utilizar da ponderação, primeiro se extrai o núcleo essencial das normas, o conteúdo intocável dos direitos fundamentais, que deve ser sempre protegido sob pena de destruição dos próprios direitos. Isso feito, o aplicador deve fazê-lo na busca do menor sacrifício para ambos através da observância do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, já explicitados em tópicos anteriores.

5.3 O Direito à Vida do Feto Anencéfalo Versus O Direito à Dignidade e à Saúde da Gestante: A Necessidade de se Proceder a uma Ponderação

Introduzimos este trabalho mencionando a inspiração trazida pela arguição de arguição de preceito fundamental (ADPF) nº 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), perante o Supremo Tribunal Federal (STF) no ano 2004, postulando a não consideração como crime de aborto a antecipação terapêutica de parto de feto em que é diagnosticada a anencefalia, sem a necessidade de autorização judicial, bastando para tal prática a comprovação da anomalia por médico e exames especializados.

Diversos pontos de vista podem ser constatados na sociedade. Trata-se de uma questão exposta a discussões em âmbitos de natureza variada, desde o âmbito moral até o jurídico.

Podemos citar exemplos de seguimentos na sociedade, como a Igreja Católica e algumas comunidades religiosas, por exemplo, que argumentam que a vida se inicia com a concepção, e assim não pode haver interrupção da gestação, independente da situação, devendo a vida ser sempre preservada a todo custo.

Lado outro, os defensores da legitimidade da antecipação terapêutica de gestação em casos de fetos portadores de anomalia irreversível e incompatível com a vida, em especial a anencefalia, argumentam, que a medida seria necessária devido à falta de potencialidade vital extra-uterina do feto. Afirmam ainda que

(...) a Constituição garante, ao lado do direito à vida, o direito a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro (art. 1º), sendo admissível assim, que se prive a mãe do prolongamento da dor e do sofrimento decorrente da certeza psicológica de que está gestando ser que natural e inevitavelmente morrerá após o parto. (TAGLIAFERRO, 2004, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5476>)

Não apenas a dignidade da mãe encontra-se em jogo, mas principalmente sua saúde, além de sua liberdade reprodutiva e autonomia de vontade.

Frente a todos esses impasses de colisão entre os direitos fundamentais envolvidos, quais sejam o direito à vida a todos assegurado desde a concepção e o direito à dignidade e à saúde.

Neste conflito deve ser buscada a ponderação entre os direitos fundamentais conflitantes. A questão suscitada é: o que deve prevalecer?

Deve-se proteger a vida do feto acometido de anencefalia, mesmo que esta vida seja apenas intra-uterina, já que a própria medicina afirma que “a anencefalia não tem cura, é fatal em 100% dos casos e não há possibilidade de tratamento depois de diagnosticada a deformação no feto” (ANDALAF NETO, in: ANIS, 2004, p. 31), sem assim haver possibilidade de gozo da vida extra-uterina, a não ser, em certos casos, por alguns instantes, visto que o ser não é provido de cérebro, desta forma não desenvolvendo a capacidade de consciência e cognição? Ou “deve prevalecer o direito à dignidade da mãe, que sabe por comprovação médico-científica que o ser que gera não poderá viver fora de seu ventre, de modo que deve ser colocada a salvo da dor e do sofrimento que o prolongamento do processo de gestação lhe causará?” (TAGLIAFERRO, 2004, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5476>)

Tem-se, ainda, o direito à saúde física da gestante – que devido às anomalias do feto, pode ter uma gravidez de risco – e psíquica – cometida pelo trauma que a situação pode deixar.

Nesta disputa entre o direito à vida do feto versus o direito à dignidade e à saúde da gestante, qual pondera?

À primeira vista, devido ao seu caráter de excelência, por ser o primeiro dos direitos fundamentais, precedendo todos os demais, a tendência talvez seja afirmar que o direito à vida deve sempre prevalecer.

No entanto, o que se pode dizer do direito à vida de um ser que não tem expectativa alguma de viver após o parto, tendo a própria medicina afirmado sua fatalidade em 100% (cem por cento) dos casos?

Ante todas estas considerações quanto a vida do feto anencéfalo, nas palavras de Tagliaferro (2004, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5476>).

(...) não parece razoável impor a uma mãe que tenha sua dor e seu sofrimento prolongados por meses até o dia do parto, como se de antemão tivesse sido condenada pela natureza simplesmente por ter um dia buscado contribuir com ela. Soa irracional à compreensão humana e, pois, à razão do homem médio conceber-se entendimento contrário, que proíba a antecipação terapêutica do parto para privar de mais sofrimentos a genitora que vê, a cada dia que passa, seu ventre crescer e gestar um ser que se quer chegará, de fato, a experimentar a vida como ela é, e morrerá, deixando ainda mais angústia, dor e lágrimas no coração de uma mãe já certamente inconsolável.

No mesmo sentido, Luiz Roberto Barroso (in: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA, 2004, p. 90) na petição inicial da ADPF apresentada ao STF diz que

Impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, importa a violação de ambas as vertentes de sua dignidade humana. A potencial ameaça a integridade física e os danos à integridade moral e psicológica na hipótese são evidentes. A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica¹⁴.

Considerando, ainda, a legislação penal atual, onde é admitido o aborto em caso de estupro, também chamado pela doutrina de aborto sentimental ou humanitário (art. 128, II, Código Penal¹⁵), nos parece sem razão vedar a interrupção da gestação de fetos anencéfalos. Isto porque, se no conflito entre a honra da mulher e a vida do feto, aquela prevaleceu¹⁶, qual razão existente para, no conflito entre a dignidade e a saúde versus a vida do feto anencéfalo sem potencialidade alguma de vida extra-uterina, esta preponderar?

É por esta admissão do aborto sentimental que Diaulas Costa Ribeiro (2004, p. 109-112) escreveu que

O Código Penal, mesmo quando pune o auto aborto com uma pena simbólica, deixa evidente que não foi desconsiderada a condição da mulher, o que permite concluir que a chamada *duplicidade na unidade* era um conceito de domínio da comissão de juristas que elaborou o Projeto do Código Penal, coordenada por Nelson Hungria. Ao punir o aborto, o legislador teve como bem jurídico-penal primordial a pessoa da mulher grávida. Por isso mesmo, o Código Penal pune a exposição da vida ou da saúde da mulher a risco, tendo, apenas incidentalmente, a finalidade de proteger a “vida” do feto. (...) Mesmo quando o Código Penal isentou de pena os casos de aborto, ou seja, quando encontrou justificativas para não punir a frustração de o feto ser uma pessoa, manteve proteção legal à vida e à saúde da mulher. (...) A razão foi o compromisso do Código Penal de preservar a saúde mental da mulher, a incolumidade psíquica, que tendo sido vítima da violência sexual, estaria sujeita a todas as possibilidades de distúrbios mentais, variando da neurastenia à depressão puerperal. E como a intenção do legislador era

¹⁴ Este sofrimento materno é muito bem retratado no documentário “Uma Vida Severina” de Débora Diniz e Eliane Brum. O documentário mostra a história de uma mulher chamada Serverina, pobre, analfabeta, grávida de um bebê anencéfalo, que buscou a justiça para conseguir autorização para antecipar o seu parto, já que, anteriormente, no dia em que iria ser operada, a liminar do Ministro Marco Aurélio do STF foi cassada, e Severina teve que voltar para casa. Apenas três meses depois, já grávida de sete meses, com um alvará judicial nas mãos, ela pôde proceder a interrupção, que nem por isso foi menos dolorosa, tendo em vista as 30 horas de trabalho de parto induzido, para no fim ter seu filho morto nos braços. A história desta mãe “severina” termina não com um berço, mas com um pequeno caixão branco; o enterro da criança, vestida com a única roupa branca que lhe foi comprada.

¹⁵ **Art. 128.** Não se pune o aborto praticado por médico:

I – (...)

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

¹⁶ Com tal fato, apresentamo-nos totalmente de acordo, pois somos da opinião de que nada justifica a violência sexual e o trauma psicológico deixado na mulher.

preservar a saúde mental da mulher estuprada, não haveria lógica jurídica na perspectiva de que a preservação de um bem jurídico pudesse ser feita com risco a ele mesmo. Ou seja, o legislador levou em conta a preservação da saúde mental para autorizar o aborto humanitário; entretanto, considerou a necessidade de proteger a saúde física da mulher ao definir como deve ser realizado o aborto. A maneira encontrada foi incluir o aborto humanitário na relação dos atos médicos privativos.

Assim, neste conflito entre direito à vida de um ser que inevitavelmente terá cessada todas as atividades orgânicas remanescentes assim que nascer (isto se não acontecer ainda no ventre da gestante), sem ter pois, potencialidade de vida extra-uterina, e o direito à dignidade e saúde de uma pessoa humana, psíquica, física e moralmente formada, cujo trauma e a dor da lembrança de todos os acontecimentos caminharão por toda vida consigo e sua família, parece razoável que nesta falta de perspectiva de vida do feto imponha que se busque a reivindicação dos direitos da mãe, cedendo a vida espaço à dignidade e à saúde, como forma de minimizar o sofrimento que o prolongamento desta gestação provavelmente causará a gestante.

Vale ressaltar que não se trata da defesa de tornar obrigatório, pelo Estado, a interrupção da gestação, negando à mulher o direito de levar a cabo a gravidez. Simplesmente trata-se de garantir o direito à liberdade desta mulher em decidir se segue ou não a gestação, de acordo com seus próprios dogmas e entendimentos. O que se quer não parece cabível é que esta mãe seja obrigada a se submeter ao sofrimento de gestar durante nove meses um ser que sabe de antemão que não poderá desfrutar de sua presença viva, negando-lhe uma gestação digna.

Diaulas Costa Ribeiro (DINIZ; RIBEIRO, 2004, p. 138), enfatiza que

Nelson Hungria, considerado o pai do Código Penal de 1940, não conheceu a ultra-sonografia usada para diagnóstico fetal, que tem pouco mais de 30 anos. Isso não o impediu, contudo, de afirmar que a inviabilidade fetal por má formação incompatível com a vida não tipifica crime de aborto: “O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há [como] falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto”. Não está em jogo, afirma ainda o autor “a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as conseqüências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher”.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diversas são as teorias que tentam definir o momento do início da vida: uns a consideram desde a concepção, outros apenas a partir da nidação do ovo no útero materno, outros ainda fixam este momento a partir do início da atividade cerebral do feto e, por fim, há os que dizem que a vida começa com o nascimento com vida.

Com tantos impasses preferimos considerar a vida como um processo, onde são sucedidas diversas fases, iniciando com a concepção, passando pela nidação, pelo início da atividade cerebral, pelo nascimento com vida, e por fim, terminando com a morte do indivíduo. Assim o que realmente nos interessa é o momento que a vida passa a ser alvo de atenção e tutela jurídica.

Como o próprio Código Civil reza em seu art. 1º “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” e no art 2º, assegura que “a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Diante destes dispositivos o que se extrai é que o interessante para o mundo jurídico é ser nascido vivo e com pré-disposição de permanecer vivo. Isto é, ao resguardar os direitos do conceito, tem-se em vista sua potencialidade de nascer com vida, adquirindo personalidade, tornando-se uma pessoa, sujeito de direitos e deveres. Por isso, podemos concluir que a vida intra-uterina protegida é aquela que tenha potencialidade de se manter viva na fase extra-uterina, ou seja, nascer vivo e permanecer vivo. Afinal, o direito à vida diz respeito à existência, ou seja, para se ter direito à vida é preciso, antes, estar vivo e ter potencialidade de assim permanecer. Diagnosticada a impossibilidade de vida após o parto, não há por que o Direito destinar alguma forma de tutela.

É por tais considerações que esbarramos numa situação ainda sem solução definitiva na área jurídica, qual seja a gestação de fetos anencéfalos. Os fetos acometidos com a anencefalia – que conforme expomos é uma má-formação congênita que consiste na ausência de cérebro no ser gerado – conforme dados da própria Medicina, não apresentam expectativa de vida fora do ventre materno, sendo fatal em 100% (cem por cento) dos casos.

Estes bebês, em verdade, apenas mantêm as atividades vegetativas, quais sejam, respiração e circulação, não apresentando qualquer atividade cerebral, por ausência do cérebro e também do córtex cerebral que são os órgãos responsáveis pelos sentidos, pela capacidade cognitiva e de se relacionar com outros seres.

A partir daí há correntes que afirmam que este ser gerado não está vivo e, portanto, não seria detentor de qualquer direito, tendo em vista que, seguindo o parâmetro utilizado para a fixação do momento morte, conforme a Lei 9.434/97 (Lei de Transplantes), esta ocorre depois de cessada a atividade encefálica ou cerebral do indivíduo. Assim, não tendo o anencéfalo cérebro, este não estaria vivo. Esta corrente, ainda se apegua à definição do Conselho Federal de Medicina – CFM – que por meio da Resolução nº 1752/04, define os anencéfalos como natimortos cerebrais.

Na mesma medida, há outra corrente que afirma ter o anencéfalo todos os direitos inerentes à pessoa, baseando-se nos preceitos da Medicina Legal, que afirma nascer vivo o ser que respira pelo menos uma vez. Assim, para esta corrente, se nasceu e respirou, o feto anencéfalo adquire todos os direitos inerentes à pessoa, devendo assim ser resguardado os direitos do feto ainda no ventre materno. Para estes, o fato de haver ou não potencialidade deste ser viver não viver por mais que algumas horas – o que, de fato, acontece – não é relevante.

Pelo exposto, se afirmássemos que o feto anencéfalo está morto, ou é um não vivo, para resolvermos nosso problema, qual seja se pode ou não a gestante optar pela interrupção desta gestação, levaríamos esta problemática para o campo do direito penal e resolveríamos a situação utilizando a teoria do tipo, concluindo que, se o feto está morto ou não tem vida, não se poderia falar em aborto, por falta de bem jurídico a ser tutelado, ou seja, a vida intra-uterina. Este foi o caminho utilizado pela CNTS na ADPF nº 54.

Porém, levando em consideração que há corrente que defende ter o feto anencéfalo o direito à vida resguardado, também podemos apresentar uma solução para o problema, trazendo a problemática para o campo do direito constitucional.

Conforme foi apresentado em nosso trabalho, a gestação de fetos anencefálicos, devido às particularidades que envolve, pode causar à mulher um momento de profundo sofrimento, tanto físico – pelas implicações trazidas à sua saúde – quanto psicológico – por saber previamente (por volta do terceiro mês de gestação) que a criança que carrega em seu ventre, se nascer (já que em grande parte dos casos o feto morre antes de completar os nove meses de gestação) esta criança não viverá mais do que algumas horas, vendo assim esta mãe a frustração do que poderia ser seu projeto de vida. Assim, a gravidez ao invés de ser uma espera de uma nova vida, passa a ser espera da confirmação de uma morte que já este pré-estabelecida. Tal situação fere não só o direito constitucional à saúde física e psíquica da gestante, como também sua dignidade.

Já que não há hierarquia entre os direitos fundamentais, podemos utilizar da ponderação para solucionar o conflito entre o direito à vida do feto e o direito à saúde e à dignidade da mãe. Balanceando todos os aspectos envolvidos, podemos concluir que, se o que importa ao direito é a vida extra-uterina, e esta não se apresenta viável devido à anencefalia, não se justifica obrigar a mulher a levar a cabo uma gravidez que está condenada à frustração, ou melhor, à morte, e que pode causar um grande trauma psicológico a esta mulher, além das implicações à sua saúde física. Desta forma, com a interrupção terapêutica, busca-se antecipar um fato que é de ocorrência futura certa, amenizando o sofrimento desta mãe. Não seria aborto, visto que não visa matar o produto da concepção, mas, simplesmente, antecipar tal fatalidade que viria mais tarde.

Para reforçar ainda mais a argumentação, basta lembrar uma permissão jurídica fruto de ponderação entre a honra, a dignidade e a saúde psíquica da mãe, de um lado, e, de outro, o direito à vida de um feto, talvez com potencialidade plena de vida extra-uterina: o aborto sentimental em caso de estupro.

Vale ressaltar, por fim, que a ideia não é obrigar a gestante a interromper a gravidez, mas dar-lhe o direito de escolha, o que hoje não ocorre. A realidade, de fato, é recheada de contradições jurídicas, já que algumas gestantes são obrigadas a seguir com a gravidez e outras podem interrompê-la, proporcionalmente à vedação ou permissão obtida judicialmente. Afinal, por ainda faltar unicidade de posicionamento jurídico sobre a interrupção desta gravidez, as mulheres necessitam de alvará judicial, que são expedidos ou não, dependendo da crença e das convicções dos magistrados e promotores de justiça.

Assim, as palavras de Tagliaferro (2004, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5476>)

A solução desta questão, sem dúvida alguma, protegeria e privaria as gestantes de sofrimentos desmedidos, além de preservá-las e também os profissionais de saúde que participassem dos procedimentos de antecipação terapêutica do parto de serem acusados da prática do crime de aborto, daí, aliás, a razão de a ação ter sido proposta pela respectiva entidade de classe. No entanto, o desenlace deste nó e a última palavra compete agora ao Supremo Tribunal Federal.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de. **Direito Fundamental à procriação: considerações sobre a maternidade monoparental e a função paterna**. 2005. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

ANIS – INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO, Brasília. **Anencefalia: O pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Brasília: Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004.

DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por Anomalia Fetal**. Coleção Radar. 2. reimp. Brasília: Letras Livres, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil**. v. 1. 20 ed. rev. e aum. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da língua portuguesa**. Coordenação Marina Baird Ferreira, Margarida dos Anjos; equipe Elza Tavares Ferreira ...[et. al.] 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral**. v. 1. 39. ed., rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MUTO, Eliza e NARLOCH, Leandro. Quando a vida começa? **Super Interessante**, São Paulo: Abril, Edição 219, p.56-64, nov. 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SILVA, José Carlos de Sousa. **Direito à Vida**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. v. 1. 3. ed. Atualizada de acordo com o Novo Código Civil. Estudo Comparado com o Código Civil de 1916. São Paulo: Atlas, 2003.

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

ANENCEFALIA – INFORMAÇÃO. 2000-2006. **Perguntas mais frequentes**. Disponível em: www.anencephalie-info.org/sp/preguntas.htm Acesso em: 12 set. 2009

- COLETTI, Luigino. **Interrupção voluntária da gestação: abortamento voluntário.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3781> . Acesso em 29 ago. 2009.
- DINIZ, Débora; BRUM, Elaine. **Uma história Severina: o cordel, a música, um filme.** 2005. Brasília/DF. 1 DVD.
- DISTRITO FEDERAL. Governo do Distrito Federal. Secretaria do Estado de Saúde. **Resolução do CFM nº 1480/97.** 2006. http://www.saude.df.gov.br/003/00301009.asp?ttCD_CHAVE=22504 Acesso em: 15 set. 2009.
- DOEAÇÃO, Brasil. **Resolução do CFM nº 1752/04.** Disponível em: <http://www.doeacao.com.br/documentos/RESOLU%C3%87%C3%83O%20CFM%201752-2004.pdf#search=resolu%C3%A7%C3%A3o1480%201752%20%20CFM> . Acesso em: 15 set. 2009.
- GUEDES, Pedro Dumans. **Do princípio da proporcionalidade como meio apto à solução dos conflitos entre as normas de direitos fundamentais.** Jus Navegandi, Teresina, ano 8, n. 438, 18 set. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5698> . Acesso em: 24 ago. 2009.
- HUMENHUK, Hewerton. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais.** Jus Navegandi, Teresina. Ano 7, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839> . Acesso em: 24 ago. 2009.
- NANCI, Luciana. Meia volta: Gestantes de feto sem cérebro não podem mais abortar. Consultor Jurídico. 20 out. 2004. http://www.conjur.com.br/2004-out-20/gestantes_feto_cerebro_nao_podem_abortar . Acesso em: 10 nov. 2009.
- OLIVEIRA, Camila Vasconcelos de, **A vida humana e o feto anencéfalo.** Disponível em: <http://www.odireito.com/default.asp?SecaoID=2&SubSecao=1&ConteudoID=000374&SubSecaoID=2> . Acesso em: 10 jul. 2009.
- ORLANDI, Marcos. **A (i) legalidade do Aborto por Anomalia Fetal.** 2001. Disponível em: http://www.direitonet.com.br/textos/x/17/03/1703/DN_a_i_legalidade_do_aborto_por_anomalia_fetal.doc Acesso em: 19/08/2009.
- PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. **Colisão entre direitos fundamentais.** Jus Navegandi, Teresina, ano 10, n. 1136, 11 ago. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8770> . Acesso em: 24 ago. 2009.
- PONTES, Manuel Sabino. **A anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade.** Jus Navegandi, Teresina, ano 10, n. 589, 9 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538> . Acesso em: 16 ago. 2009.
- PONTIFÍCIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE. Escuela de Medicina. **Malformaciones** Disponível em: <http://escuela.med.puc.cl/publ/patgeneral/Fichas/243.html> Acesso em: 12 set. 2009.
- ROBERTO, Luciana Mandes Pereira, **O Direito à vida.** Disponível em: http://www.uel.br/cesa/direito/doc/estado/artigos/constitucional/Artigo_Direito_%C3%A0_Vida.pdf#search=%22%22luciana%20Mendes%20Pereira%20roberto%22%20%22direito%20a%20vida%22%22 . Acesso em: 19/08/2009.
- SANTOS, Marília Andrade dos. **A aquisição de direitos pelo anencéfalo e a morte encefálica.** Jus Navegandi, Teresina, ano 10, n. 982, 10 mar. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007> . Acesso em: 16 ago. 2009.
- TAGLIAFERRO, Kleber. **Aborto ou terapêutica? Vida ou dignidade: um conflito de direitos humanos fundamentais.** Jus Navegandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5476> . Acesso em: 24 ago. 2009.