

ANENCEFALIA: UMA BREVE ABORDAGEM CONSTITUCIONAL

Isabelle Fratucci PASCHOAL¹

RESUMO: Um dos temas mais polêmicos debatidos no Direito nos últimos anos é o aborto de fetos com anencefalia. Portanto, a intenção do artigo é analisar a legalização, dispendo principalmente sobre a constitucionalidade do caso em apreço. Serão analisados os direitos do nascituro e os direitos dos pais em escolherem se querem ou se devem ou não ter o filho anencefálico à luz dos direitos fundamentais e da dignidade do ser humano.

Palavras-chaves: Aborto. Direitos Humanos. Nascituro. Anencefalia. Legalização. Direitos Fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo é uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, que utiliza livros, nacionais e estrangeiros, sites e posições da jurisprudência. Buscou-se identificar a problemática e comentar algumas questões importantes. Foram usados os dois métodos: dedutivo e indutivo. No primeiro capítulo, estão algumas definições para o tema que é inicialmente ligado à área médica. No segundo, discorreu-se sobre a espinha bífida, a eugenia e por fim chegou-se à área jurídica, discorrendo e analisando o caso em apreço diante da legislação brasileira.

No sentido literal da palavra anencefalia significa ausência do encéfalo. Essa definição é um equívoco, pois o encéfalo compreende, além do cérebro, o tronco cerebral e o cerebelo. Segundo o Comitê de Bioética do Governo Italiano:

Na realidade, define-se com este termo uma má-formação rara do tubo neural acontecida entre o 16º e o 26º dia de gestação, na qual se verifica ausência completa ou parcial da calota craniana e dos

¹ Discente do 1º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: isa.fratucci@hotmail.com.

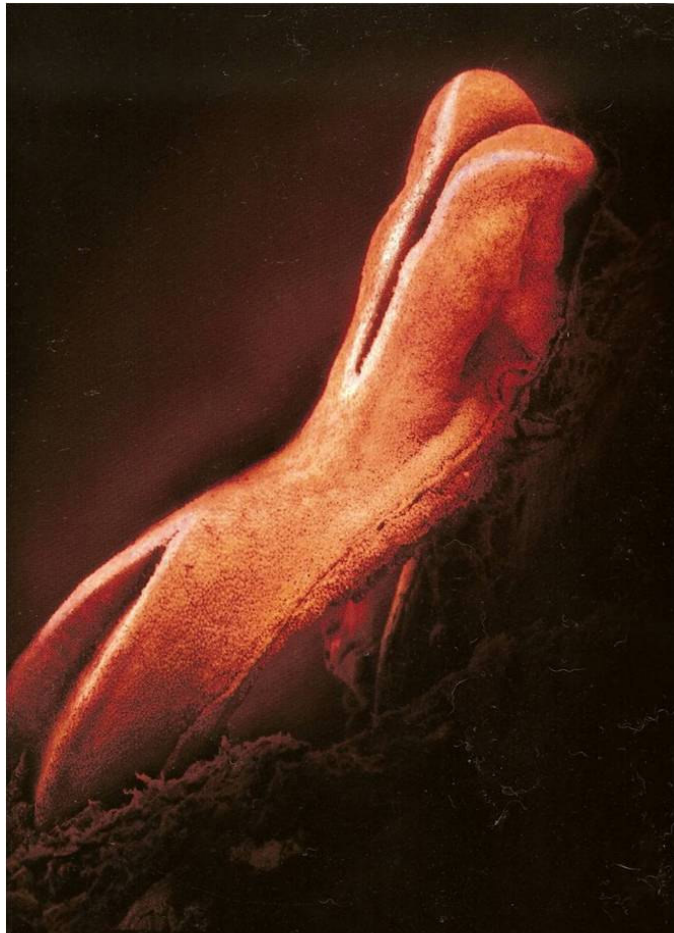
tecidos que a ela se sobrepõem e grau variado de má-formação e destruição dos esboços do cérebro exposto²

Portanto, a anencefalia corresponde a má-formação rara do todo neural. Essa má formação não é um quadro único, há variações.

Ainda segundo o Comitê de Bioética do Governo Italiano:

A dificuldade de classificação baseia-se sobre o fato de que a anencefalia não é uma má formação do tipo tudo ou nada, ou seja, não está ausente ou presente, mas trata-se de uma má formação que passa, sem solução de continuidade, de quadros menos graves a quadros de indubitável anencefalia. Uma classificação rigorosa é, portanto quase que impossível

Na terceira semana de gestação o embrião tem a forma representada na imagem abaixo:



² Comitato nazionale per la bioetica. *Il neonato anencefalico e la donazione di organi*. 21 giugno 1996. p. 9. O Comitê Nacional de Bioética do governo italiano é composto por estudiosos das mais diversas áreas, em coerência com a natureza intrinsecamente pluridisciplinar da Bioética: médicos, juristas, psicólogos, sociólogos, filósofos. A declaração italiana está disponível em <http://www.providaanapolis.org.br/cnbital.pdf>. A versão portuguesa está disponível em <http://www.providaanapolis.org.br/cnbport.htm>

É como um tubo, aberto dos dois lados. No caso da anencefalia é um desses lados que não se fecham como deveriam. Essa má-formação do tubo neural acontece entre o décimo sexto e o vigésimo sexto dia de gestação. Geralmente acontece antes da mulher saber que está grávida.

Se não houver o fechamento perfeito da parte superior do tubo neural pode-se formar a anencefalia, e se não houver o fechamento na parte inferior do tubo neural pode-se formar a espinha bífida.

2 Espinha Bífida e o Caso de Samuel Alexander

Espinha bífida, assim como a anencefalia, é a má formação provocada pelo fechamento incompleto do tubo neural embrionário e é algo que hoje em dia se pode fazer cirurgia.

Segue na íntegra um texto explicativo:

A Espinha Bífida, uma grave anormalidade congênita do sistema nervoso, desenvolve-se nos dois primeiros meses de gestação e representa um defeito na formação do tubo neural. Os defeitos do tubo neural (DTN) são uma causa importante de mortalidade infantil. Nos Estados Unidos a incidência é estimada em 1 em cada 1000 recém-nascidos; no entanto ainda não há dados estatísticos sobre a incidência de Espinha Bífida em Portugal.

Uma das lesões congênitas mais comuns da medula espinhal é causada pelo fechamento incompleto da coluna vertebral. Quando isso acontece, o tecido nervoso sai através do orifício, formando uma protuberância mole, na qual a medula espinhal fica sem proteção. Isto é denominado espinha bífida posterior e, embora possa ocorrer em qualquer nível da coluna vertebral, é mais comum na região lombosagrada. Quando as raízes dos nervos lombo sagrais estão envolvidos, ocorrem graus variáveis de paralisia abaixo do nível envolvido.

Os segmentos da medula cervical (C1 a C8) controlam os movimentos da região cervical e dos membros superiores; os torácicos (T1 a T12) controlam a musculatura do tórax, abdômen e parte dos membros superiores; os lombares (L1 a L5) controlam os movimentos dos membros inferiores; e os segmentos sacrais (S1 a

S5) controlam parte dos membros inferiores e o funcionamento da bexiga e intestino. Na espinha bífida, estando a medula e as raízes nervosas impropriamente formadas, os nervos envolvidos podem ser incapazes de controlar os músculos determinando paralisias. Define-se como paralisia alta a paralisia resultante de defeito medular começando ao nível dos segmentos torácicos ou lombares altos (L1-L2), paralisia média no segmento médio lombar (L3) e paralisia baixa nos segmentos lombares baixos (L4-L5) ou sacrais. A criança com mielomeningocele pode apresentar graus variáveis de paralisia e ausência de sensibilidade abaixo do nível da lesão medular mas no entanto com preservação da parte superior do abdômen, tronco e braços. Torna-se importante a assistência precoce em reabilitação para a preservação também das possíveis deformidades ortopédicas: pé torto, deslocamento da coxa-femural, diminuição das amplitudes articulares, deformidades do tronco, entre outras.

A sensibilidade também pode estar prejudicada (sensação de pressão, fricção, dor, calor, frio) por isso é importante ter cuidado com a temperatura da água durante o banho, não utilizar calçados apertados e examinar sempre os membros inferiores, especialmente os pés, em busca de possíveis ferimentos. A ausência de sensibilidade pode ocasionar lesões de pele, denominadas úlceras de pressão (escaras) que podem ser prevenidas com constantes mudanças de posição corporal e manutenção da higiene da pele, hidratação. Ainda se podem verificar ausência de controle urinário e fecal.³

Posto isso, há que se falar no caso do Samuel Alexander, que foi operado intra-utero. O caso é conhecido mundialmente porquanto quando o médico fez a incisão o feto segurou seu dedo.

A espetacular fotografia foi publicada por vários jornais nos Estados Unidos, e cruzou o mundo até chegar à Irlanda, onde se tornou uma das mais fortes bandeiras contra a legalização do aborto. A mão pequena que comoveu o mundo pertence a Samuel Alexander, nascido a 28 de dezembro 1999 (no dia da foto ele tinha 3 meses de gestação). Quando pensamos bem nisto, a foto é ainda mais eloquente. A vida do bebê está literalmente por um fio; os especialistas sabiam que não conseguiriam mantê-lo vivo fora do útero materno e que deveriam tratá-lo lá dentro, corrigir a anomalia

³ texto retirado do site www.espinhabifida.com

fatal e fechá-lo para que o bebê continuasse seu crescimento normalmente.

Por tudo isto, a imagem foi considerada como uma das fotografias médicas mais importantes dos últimos tempos e uma recordação de uma das operações mais extraordinárias efetuada no mundo.

A história por trás da imagem é ainda mais impressionante, pois reflete a luta e a experiência passadas por um casal que decidiu esgotar todas as possibilidades, até o último recurso, para salvar a vida do seu primeiro filho.

Essa é a odisseia de Julie e Alex Arms, que moram na Geórgia, Estados Unidos. Eles lutaram durante muito tempo para ter um bebê. Julie, enfermeira de 27 anos de idade, sofreu dois abortos antes de ficar grávida do pequeno Samuel. Porém, quando, completou 14 semanas de gestação, começou a sofrer câimbras fortes, e um teste de ultra-som mostrou as razões. Quando foi revelada a forma do cérebro e a posição do bebê no útero, o teste comprovou problemas sérios.

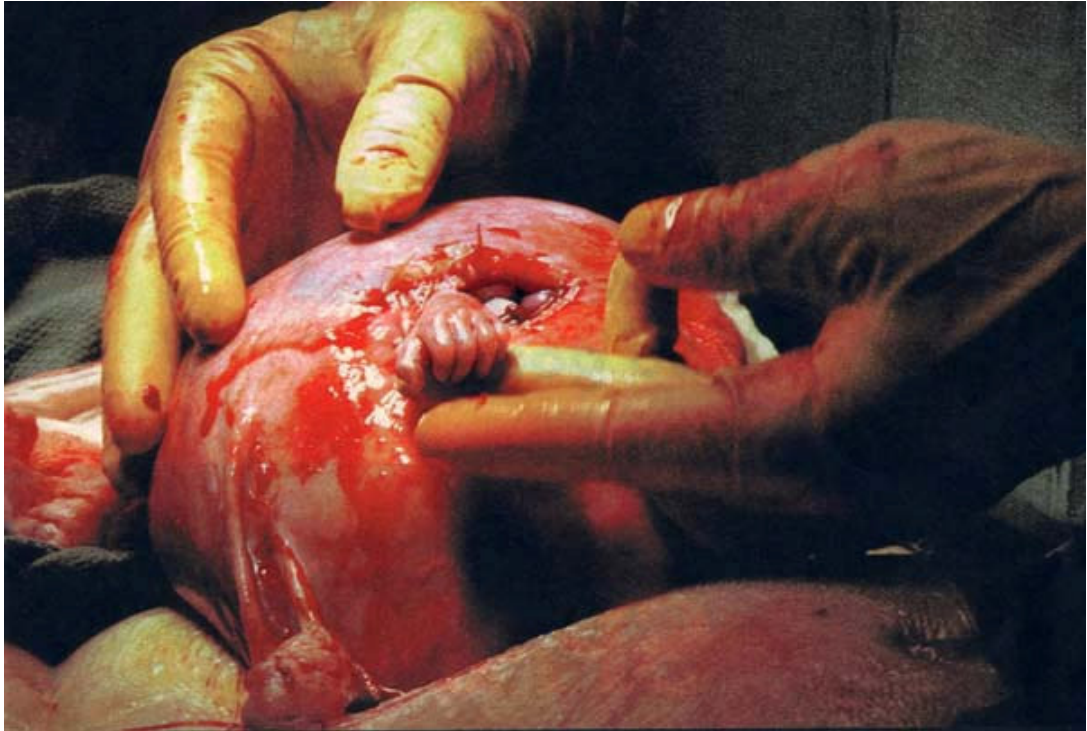
O cérebro de Samuel estava mal-formado e a espinha dorsal também mostrou anomalias.

O diagnóstico, como já era esperado, foi de que o bebê sofria de espinha bífida e eles poderiam decidir entre um aborto ou um filho com sérias incapacidades.

De acordo com Alex, 28 anos, engenheiro aeronáutico, eles sentiram-se destruídos pelas notícias, mas o aborto nunca seria uma opção. Em vez de se deixar ir abaixo, o casal decidiu procurar uma solução pelos seus próprios meios e foi então que ambos começaram a procurar ajuda através da Internet. A mãe de Julie encontrou uma página que trazia detalhes de uma cirurgia fetal experimental desenvolvido por uma equipe da Universidade de Vanderbilt. Deste modo, entraram em contacto com o Dr. Joseph Bruner (cujo dedo Samuel segura na foto) e começou uma corrida contra o tempo.

Uma espinha dorsal bífida pode levar a danos cerebrais, gerar paralisias diversas e até mesmo uma incapacidade total. Porém, quando pode ser corrigido antes de o bebê nascer, muitas são as chances de cura. Apesar do grande risco por o bebê não poder nascer ainda naquele momento, os Arms decidiram recomendá-lo a

Deus. A operação foi um sucesso. Nela, os médicos puderam tratar o bebê, cujo tamanho não era maior do que o de um porquinho da índia – sem o tirar do útero, fechar a abertura originada pela deformação e proteger a coluna vertebral de modo a que os sinais vitais nervosos pudessem ir agora para o cérebro.”



4

Há que diga que o fotógrafo, Paul Harris, registrou o grito a favor da vida mais eloquente conhecido até hoje.

O caso acima foi citado porquanto não é fora de propósito pensar que o mesmo pode ocorrer no caso da anencefalia.

2.1 Eugenia

⁴ Foto feita por Paul Harris e retirada do site <http://aborto.aaldeia.net/uma-fotografia/>

Essa tentativa de liberação do aborto faz com que lembre-se de um passado sombrio, mais precisamente a época do nazismo, a busca por uma raça sem defeitos, a busca de pessoas perfeitas, ou seja, a busca por uma raça pura.

Fermin Roland Schramm (1994, Online), explica o que seria o eugenismo:

Num sentido muito geral, os três termos podem ser considerados sinônimos, pois todos derivam do grego eugenés (composto por eu, "bem", e génos, "raça, espécie, linhagem"), que nas principais línguas ocidentais têm os significados de "bem nascido"; "de boa linhagem, espécie ou família"; "de descendência nobre"; "bem concebido ou engendrado", etc.

Num sentido mais técnico, eugenia é um termo genérico do século XIX, que indica a ciência que estuda as condições mais propícias à reprodução e melhoramento da espécie humana; eugenética representa a forma contemporânea da eugenia, uma tecnociência nascida, nos anos 70, do encontro entre genética, biologia molecular e engenharia genética; eugenismo indica a forma ideológica e "utópica" da eugenética, quer dizer, a convicção de que "poder-se-á substituir os bad genes pelos good genes e criar uma nova espécie de humanidade libertada de seu mal-estar e sofrimento".

A partir da legalização do aborto seletivo abrir-se-ia um precedente bastante perigoso. Deve-se ter cautela para que não haja a banalização do aborto.

Entretanto, no caso de fetos anencefálicos não é questão de seletividade, mas sim de circunstância indiscutível que o feto não terá sobrevivência.

É de grande importância deixar em evidência aqui que não se trata apenas de legalizar o aborto de anencefálicos, há que ter controle sobre os casos e não deixá-los a mercê de qualquer um. Um diagnóstico errado, feito por um profissional não preparado o suficiente, pode evitar uma vida em que o desenvolvimento seria provável. E a luz dos direitos humanos, a eugenia não pode ser tolerada.

2.1.1 Legislação brasileira e o aborto

Atualmente no Brasil há apenas dois excludentes de criminalidade referentes ao aborto. O primeiro encontra-se no artigo 128, inciso I, e o segundo, respectivamente no inciso II.

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

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez e resultante de estupro

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

Muito tem se discutido sobre o assunto em apreço, já que a Constituição de 88 não tratou do caso, tanto para proibi-lo quanto para autorizá-lo. Entretanto a vida concebida é protegida pela Constituição, mas com intensidade menor do que a vida de alguém já nascido.

Tal fato torna-se evidente e inquestionável quando analisa-se a pena atribuída pela gestante que pratica o aborto – 1 a 3 anos de detenção – com a sanção atribuída pela prática de homicídio simples – 6 a 20 anos de reclusão.

Por mais que o aborto seja um fato muito doloroso para a família não dá para comparar com a morte de um filho já nascido. O já concebido não é provido de racionalidade e nem ao menos sentimentos. *“O córtex constitui o substrato biologicamente necessário do qual emerge a novidade do nível cultural-racional”* (Maurizio Mori, p.55)

Por essas e outras razões é que o nascituro já possui vida mas não é considerado pessoa para o Direito.

O nascituro não sendo pessoa e não havendo legislação para o aborto em casos especiais, o judiciário há que decidir.

O Código Civil, em seu artigo 2º estabelece “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

A Constituição assegura em seu artigo 1º, inciso III a dignidade da pessoa humana.

Pois bem, como fica a questão do aborto dos fetos anencefálicos se os mesmos já estão concebidos e a lei põe a salvo seus direitos humanos?

O fato é que em um Estado democrático e laico não é relevante impor a uma mulher a obrigação de gerar um filho no qual ela está certa de que, se nascer com vida, poderá sobreviver algumas horas, ou até mesmo segundos. Tal imposição conflita com nossos direitos básicos: autonomia, liberdade e principalmente dignidade da pessoa humana.

Não é demais ressaltar que o aborto é dolorido para a família, mas não tanto quanto perder um familiar já nascido e não apenas concebido.

Deve-se analisar as questões psicológicas pela qual a família será remetida. Segundo Luiz Carlos Furquim Vieira Segundo a gravidez é um momento especial para mulher, por muitas vezes esse período é imaginado desde os tempos de menina, assim, exigir que a mesma destrua o sonho de ser mãe, obrigando-a a uma gravidez de feto que se sabe não ter chance alguma de vida extra-uterina, é absolutamente violador do princípio da dignidade da pessoa humana.⁵

Entretanto, deve-se considerar também o avanço da medicina e não se pode descartar as possibilidades de futuramente haver cirurgia, como no caso da espinha bífida, já mencionado.

Parecer do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

A Ordem dos Advogados do Brasil decidiu por meio de votos não considerar a interrupção da gravidez no caso de feto anencefálico como aborto. Segue na íntegra o texto:

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil decidiu, por maioria de votos, considerar que a interrupção da gravidez de feto anencefálico não é considerada prática abortiva. A matéria foi examinada pelos 81 advogados que compõem o Conselho, na sede da OAB, após a decisão do ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, que concedeu liminar à Confederação nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) para reconhecer o direito constitucional de gestantes que decidam realizar operação de parto de fetos anencefálicos.

Na OAB, a decisão da maioria dos conselheiros foi tomada com base no voto do relator da matéria na entidade, o conselheiro federal pela Bahia, Arx Tourinho. Segundo ele, só pode existir aborto se houver possibilidade de vida do feto. Segue a íntegra do voto do relator da matéria na OAB, Arx Tourinho:

⁵ VIEIRA SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim. *Crimes Contra a Vida*. São Paulo: Memória Jurídica, 2009. p.83.

voto

1. Direito da mulher gestante ao cometimento da interrupção de gravidez de feto anencefálico.
2. Polêmica causada por aqueles que, desatentos aos princípios jurídico-constitucionais, insistem na concepção medieval de que a mulher deve fingir tratar-se de uma gravidez normal.
3. Proclamação pelo Conselho Federal da OAB de que a gestante, na condição delineada, tem direito de interromper a gravidez, valendo-se de seu direito à saúde e em atenção aos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

1. Designado pela Presidência deste Col. Conselho Federal da OAB, emito voto sobre matéria, que envolve o direito da gestante em interromper a gravidez, quando se trata de feto anencefálico.
2. O fato se tornou extremamente polêmico, a partir do momento em que, em arguição de descumprimento de preceito fundamental, sendo autor o Conselho Nacional dos Trabalhadores da Saúde - CNTS, patrocinado pelo culto constitucionalista e advogado Luis Roberto Barroso, o Ministro do STF Marco Aurélio concedeu liminar, reconhecendo "o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto". As disceptações se agigantam, porque os que se colocam em posição antagônica ao decisum judicial entendem que se está a permitir o aborto, em desacordo com a lei.
3. De logo se afirme que dentre as finalidades da Ordem dos Advogados do Brasil está a de defender "a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social", como giza o artigo 44, I, da Lei 8.906/94. No particular, a matéria diz muito de perto com esses aspectos. Daí a pertinência de um pronunciamento deste egrégio Conselho Federal, buscando, assim, cumprimento de uma das finalidades da OAB.
4. A anencefalia, segundo conceituação de William Bell, é "malformação letal na qual a abóbada do crânio é ausente e o crânio exposto é amorfo" (Doenças do recém-nascido, obra coletiva, Interamericana, 4ª ed., 1979, p. 627).
5. De acordo com Keith Moore, "Embora o termo anencefalia signifique ausência do encéfalo, há sempre algum tecido encefálico", porém, sem maior importância (Embriologia clínica, Interamericana, 2ª ed., p. 354).
6. O encéfalo é "parte do sistema nervoso central situada dentro do crânio neural", formado pelo cérebro, cerebelo e tronco encefálico, na dicção de Angelo Machado, in Neuroanatomia funcional, Livraria Atheneu, 1979, p. 11).

7. Diz, com precisão, o cientista William Bell, a respeito da anencefalia, que "Entre 75 e 80 por cento desses recém-nascidos são natimortos e os restantes sucumbem dentro de horas ou poucos dias após o nascimento" (op. cit., p. 627). A literatura médica, no mundo, tem essa constatação.

8. Essa é, pois, a realidade da anencefalia, que pode ser detectada, quando o feto ainda se acha no ventre materno. Mas, em 1940, quando editado o Código Penal brasileiro, não havia tecnologia suficiente para um diagnóstico de certeza, a respeito da malformação. Não é o que acontece, na atualidade.

9. Queremos afirmar, neste instante, que a discussão pode e deve ser realizada, pelo ângulo estritamente jurídico. Não podemos trazer para um tema, que possui consistência técnica, princípios religiosos ou fundamentos jusnaturalistas, que brigam com a realidade e descambam para a irracionalidade. É de se acentuar que, em 1990, o Conselho Federal de Medicina, diante do avanço da medicina fetal, propugnou por uma nova postura da classe médica, a fim de embasar uma "reordenação jurídica", o que ensejou proposta de reformulação do Código Penal, segundo informam Marcos Frigério et alii, Aspectos bioéticos e jurídicos do abortamento seletivo no Brasil, trabalho desenvolvido no Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana, em São Paulo.

10. Em primeiro lugar, é de se perguntar: a interrupção da gravidez de um feto anencefálico pode ser considerada prática abortiva? A resposta, a nosso sentir, é negativa.

11. Nosso Código Penal não conceituou aborto. Menciona-o, tipificando condutas, porém, sem afirmar o que, efetivamente, seja. Isso foi deixado para a doutrina e a jurisprudência. E, por esse ângulo, constata-se que só pode haver aborto, se há possibilidade de vida e de sobrevivida. Não é aceitável que se saiba, previamente, que o feto não possui qualquer condição de sobrevivida e, ainda assim, se tenha como aborto a interrupção da gravidez, que pressupõe a existência de outro ser que tenha possibilidade de vida própria. O feto anencefálico é uma patologia.

12. A asserção do clássico Néelson Hungria, a respeito da gravidez extra-uterina e da gravidez molar, pode, perfeitamente, ser aplicada à hipótese do feto anencefálico: "O feto expulso (para que se caracterize aborto) deve ser 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 falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto" (Comentários ao código penal, Forense, 1958, vol. V, p. 207/208).

13. Do ponto de vista médico, o feto anencefálico é uma patologia e como patologia deve ser tratada. Como diz a professora Débora Diniz, pesquisadora

do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Bioética da Universidade de Brasília, "A ausência dos hemisférios cerebrais, ou no linguajar comum "a ausência de cérebro", torna o feto anencéfalo a representação do subumano por excelência. Os subumanos são aqueles que, segundo o sentido dicionarizado do termo, se encontram aquém do nível humano. Ou, como prefere Jacquard, aqueles não aptos a compartilharem da "humanidade", a cultura dos seres humanos." (Aborto seletivo no Brasil e os alvarás judiciais).

14. A Justiça não pode olvidar essa realidade. Não se trata de interrupção de gravidez em razão de eugenia, seletividade ou de sentimentalismo, mas, sim, de circunstância indiscutível de que o feto não terá sobrevida, porque o feto é sub-humano ou inumano. Não se deve olvidar das palavras de Giovanni Berlinguer "O aborto é o desfecho trágico de um conflito em que estão envolvidos de um lado um ser em formação, do outro as aspirações e necessidades de uma mulher" (Bioética cotidiana, Editora UNB, tradução de Lavínia Porciúncula, 2004, p. 47). Ora, se não há, em realidade, ser em formação, de um lado, e aspirações e necessidades de uma mulher, de outro lado, não há desfecho trágico, não há, portanto, aborto. Expele-se um ser malformado. Expele-se uma patologia.

15. Mas, admita-se, ad argumentandum tantum, que se cuida da figura do aborto.

16. Mais uma vez, a solução se acha em nossa ordem jurídica, precisamente em se respeitarem direitos e princípios constitucionais, que são caros a cada um de nós e a toda a sociedade: a) saúde; b) liberdade; c) dignidade da pessoa humana. Direitos e princípios detectados pelo professor Luís Barroso, em sua petição inicial.

17. Com efeito, o artigo 196, da Carta Magna, reza: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". Se a mulher, em gestação de um feto anencefálico, pode correr risco de vida, porque, segundo a literatura médica, cerca de cinquenta por cento desses fetos têm morte intra-uterina, evidente que o direito à saúde da mulher deve prevalecer. Não só. Registram hospitais e clínicas médicas o profundo transtorno psicológico de que padece a mulher, quando aguarda o parto de um ser sub-humano, sem cérebro, com forma de gente, mas, sem a essência do humano. É evidente que a gestante, nessas circunstâncias, tem o direito de velar por sua saúde.

18. Violam-se, também, dois princípios fundamentais, que dizem respeito à legalidade e à dignidade da pessoa humana (artigos 1.º, III, e 5.º, da Lei Máxima).

19. A ordem jurídica brasileira não impõe a qualquer gestante o dever de manter em seu ventre um feto anencefálico, porque esse feto não tem potencialidade de vida, porque, rigorosamente, lhe falta o encéfalo.

20. Também, haverá desrespeito ao princípio de dignidade da pessoa humana a imposição à gestante de ter, em seu útero, um feto, durante o tempo normal exigido para um parto normal!

21. O princípio da dignidade da pessoa humana se incorporou à maioria dos textos constitucionais, em todo o mundo, de forma expressa. Leiam-se os textos constitucionais da Alemanha de 1949, de Portugal de 1976, da Croácia de 1990, da Bulgária de 1991, da Estônia de 1992 e tantos outros, mas, detenhámo-nos na Constituição portuguesa de 1976, matriz da brasileira, que expressa em seu artigo 1.º: "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária".

22. O professor Pietro Alarcón teve a oportunidade de afirmar: "De outro lado, a Carta Magna de 1988 abriga a dignidade, e nesse sentido, a dignidade é bem jurídico a ser guardado pelo sistema. Por outra parte, é eixo de interpretação, atravessando o sentido de constitucionalidade que deve constar em qualquer sentença de juízes e tribunais pátrios. Não exageramos se dizemos, por esses motivos, que a dignidade da pessoa humana foi erigida a padrão de referência de todo o arcabouço jurídico brasileiro" (Patrimônio genético humano e sua proteção na constituição federal de 1988, Editora Método, São Paulo, 2004, p. 254).

23. Efetivamente, o princípio da dignidade da pessoa humana é básico na interpretação da ordem normativa e serve de luz para desvendar caminhos, que alguns não vêem ou teimam em não vê-los, sob o enfoque de concepções que, contraditoriamente, negam o mencionado princípio. À gestante de um feto anencefálico basta que se lhe conceda a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana. E, para assim agir, basta que se lhe reconheça o direito de interrupção terapêutica de uma gravidez, marcada pela patologia, que constrange e perturba a ciência e os homens.

24. A ação e a liminar, aqui referidas, em verdade, estão a proteger mulheres desprovidas de recursos financeiros, mulheres pobres, que necessitam ir a juízo, pleiteando alvará autorizador, porque vão utilizar-se dos serviços públicos de saúde. Aquelas que têm condições financeiras sabem qual clínica ou qual médico devem procurar, para a prática interruptiva da gravidez. Não seja a sociedade hipócrita, nem sejam os opositores da liminar ingênuos... Em conclusão, propomos que esta Col. Casa do advogado, mas, também, da liberdade e do respeito à dignidade da pessoa humana, se manifeste pelo direito de a gestante interromper, sempre que assim desejar, uma gravidez,

onde em gestação se ache um feto anencefálico, porque o Direito não é, nem pode, ser estático, não é, nem pode, ser contemplativo de uma realidade que passou, ignorando os avanços da ciência.⁶

Segundo a Ordem dos Advogados do Brasil tal ato não deve ser considerado aborto porquanto não há possibilidade de continuação da vida do feto. Para eles haveria apenas a interrupção terapêutica da gravidez.

3. CONCLUSÕES

Alguns pontos sobre o tão abrangente caso foram analisados e notou-se que caso o legislador decida tratar mais especificamente o aborto de anencefálicos há que se ter cautela. No caso envolvendo os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana discutir sobre mudança na legislação é sempre adequado, pois a sociedade muda e as leis precisam acompanhar as inovações.

Notou-se que o aborto de fetos anencefálicos seria uma questão de princípios constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, no qual a gestante tem o direito de interromper a gravidez, valendo-se também de seu direito à saúde, tanto física quanto mental.

O cuidado para que não se banalize é de extrema importância. Deve-se por a salvo o direito da gestante em decidir se quer ou não gerar o filho. Mas sem que se esqueça que o diagnóstico deve ser feito por profissionais qualificados para tal ato.

O aborto no caso em apreço deve de ser facultativo, ficar a critério da gestante. Há que se por a salvo a vida digna no qual é ignorada quando a gestante é obrigada a manter um feto anencefálico. Há um confronto entre o direito de vida digna, da gestante, e à vida, do feto. Entretanto, em um dos casos que o aborto é permissivo se preza pela vida da gestante que, correndo risco de vida e não havendo outro meio para salvá-la, pode optar pelo aborto. Incontestavelmente a

⁶ Texto retirado do site <http://www.ghente.org/>

gestante de um feto anencefálico passará por problemas psicológicos e gerá-lo – se não for desejável – irá prejudicar sua saúde, tanto física quanto mental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

VIEIRA SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim. ***Crimes Contra a Vida***. São Paulo: Memória Jurídica, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2.002**. Institui o Código Civil.

Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 2002.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Aborto e o Direito Penal**. 3ª edição. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto editores. 1996.

Comitato nazionale per la bioetica. *Il neonato anencefalico e la donazione di organi*. 21 giugno 1996. p. 9.