

## A QUESTÃO ANENCEFÁLICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nello Nocchi <sup>1</sup>

### RESUMO

O texto traz discussão a respeito da questão do feto anencéfalo, com o intuito de conceituar a anencefalia e realizar a constatação de existência ou não de vida intra-uterina, levando-se em conta diversas formas de enfrentamento do tema. Somente percorrendo tal caminho será possível averiguar as formas jurídicas de abordagem do assunto e, via de consequência, tentar atingir o objetivo maior, qual seja, analisar a colisão dos direitos fundamentais que recobrem o tema, a fim de dar suporte jurídico científico a qualquer das defesas que se pretenda realizar.

**Palavras-chave:** Anencefalia. Aborto. Direitos fundamentais.

### ABSTRACT

The text brings discussion on the issue of fetal anencephaly, in order to achieve to the concept of the anencephaly and the finding of existence or not of intra-uterine life, taking into account various ways of confronting the issue. Only this way will be traveling to ascertain the legal ways of approaching the matter and, as a result, trying to reach the highest goal, which is examining the collision of fundamental rights that cover the subject in order to provide legal support to any of the scientific defenses it wants to achieve.

**Keywords:** Anencephaly. Abortion. Fundamental rights.

### INTRODUÇÃO

Tema de grande debate e repercussão nos tempos atuais é a figura médico-jurídica da anencefalia.

O vigor utilizado nos debates ocorrentes advém da característica própria do instituto, recoberto por conceitos médicos, filosóficos, morais, religiosos, jurídicos, vultosa gama tendente a aquecer os opiniáticos em virtude do fanatismo por inúmeras vezes empregado na discussão.

Demonstra-se de modo óbvio que, a partir do momento em que a vida e a liberdade são debatidas, o acirramento conceitual é bastante grande, a ponto de ocorrerem efetivos choques físicos entre os membros sociais envolvidos.

Inicialmente, abordar-se-á o conceito de anencefalia – mormente em sua vertente médica –, procurando avaliar a existência ou não de vida intra-uterina na ocorrência do caso em comento.

É oportuno que mencionar que a eliminação do desenvolvimento fetal do anencéfalo encontra seu primeiro obstáculo precisamente em dita definição.

---

<sup>1</sup> - Professor Mestre do Curso de Direito do UNIVAG

Seqüencialmente, adequado lançar olhar sobre a maneira como a anencefalia tem sido tratada judicialmente no Brasil, opinando favorável ou contrariamente, empreendendo julgar a conduta dos que julgam.

Na terceira parte do trabalho, efetivamente serão penetrados os direitos constitucionais fundamentais que se chocam nos debates temáticos em espécie, cotejando as vertentes utilizadas por especialistas na solução dos impasses criados.

Discorrer-se-á nessa investigação pela seara científica dos campos jurídico – com sua influência moral – e médico, rechaçando abordagens religiosas, as quais contaminam o escopo puro desprendido de paixões que se pretende empregar.

Sob título final, serão expostas as conclusões advindas do estudo da questão oferecida, atingindo o objetivo cerne de perquirir, diante do enrosco constitucional, se a opção pragmática deve dar-se no segmento de um ou de outro direito fundamental.

## 2. CONCEITUAÇÃO

A primeira etapa a ser desvendada—o que certamente possibilitará maior compreensão e clareza acerca da proposição— é a precisa identificação do que é exatamente anencefalia.

Não obstante o fato de que alguns conceitos têm sido apresentados à sociedade, deve-se tomar – e assim ocorrerá – aquele que se mostra mais adequado num parâmetro de exigibilidade empírica, não se permitindo as variantes alheias à cientificidade.

O médico José Aristodemo Pinotti (2004), define que

A anencefalia é resultado da falha de fechamento do tubo neural, decorrente da interação entre fatores genéticos e ambientais, durante o primeiro mês de embriogênese. As evidências têm demonstrado que a diminuição do ácido fólico materno está associada com o aumento da incidência, daí sua maior freqüência nos níveis socioeconômicos menos favorecidos. [...] Não há ossos frontal, parietal e occipital. A face é delimitada pela borda superior das órbitas que contém globos oculares salientes. O cérebro remanescente encontra-se exposto e o tronco cerebral é deformado.

Já Pessini e Barchifontaine (2000), à definição retro relatada, acrescentam que o feto anencefálico é desprovido de ambos os hemisférios cerebrais.

É compreensível, portanto, que o feto anencefálico é detentor de malformação congênita, caracterizada pela falta total ou parcial do encéfalo e da caixa craniana, impedindo, destarte, duradoura vida extra-uterina.

### **3. A POLÊMICA ACERCA DA VIDA HUMANA**

Em todos os meios nos quais se propõe a discussão do problema anencefálico, exsurtem fortes embates, o que decorre do fato de possuir a anencefalia, periféricamente, origens e resultados que tocam profusamente conceitos controvertidos.

Parte de ditas discussões merecem ser arroladas e debatidas, como forma de averiguar sua efetiva importância no caminho da resolução temática, sobretudo em virtude dos desacertos avistados.

Uma das maiores e mais polêmicas questões acerca da anencefalia reside na precisão do ensejo de início da vida humana.

Nesse tocante, três teorias se digladiam: concepcionista; desenvolvimentista; e racionalista.

A primeira teoria expõe que a vida humana possui seu limiar quando da ocorrência da concepção, ou seja, o encontro do espermatozóide com o óvulo, já que, a partir de então, há um código genético específico individualizando aquele ser, que jamais perderá as características definidas (FRANÇA, 1998).

Dita teoria foi abraçada pelo Brasil ao tornar-se signatário do Pacto de São José de Costa Rica, que assim definiu em seu artigo 4º, texto identicamente constante do Código Civil Brasileiro em seu artigo 2º.

Já a teoria desenvolvimentista defende o surgimento da vida humana intra-uterina tão-somente a partir da nidação – oportunidade em que o óvulo fecundado se implanta no útero –, pois a relação biológica entre mulher e feto ocorre apenas a partir de tal instante, motivo pelo qual Marcos Rolim (1997) defende que não há aborto provocado pelo uso da chamada pílula do dia seguinte.

Por fim, a teoria racionalista caminha no sentido de que a vida humana se principia apenas desde a formação do córtex cerebral, fato que permite ao feto o exercício de atividades cerebrais espontâneas e não oriundas de reflexos ("hominização"), já que pessoa seria

exclusivamente o indivíduo racional, estando a indivisibilidade celular e a racionalidade presentes a partir da ocasião em questão (VIDAL, 1993).

Conveniente se assevere a respeito da importância em especificar a ocorrência do fenômeno vida, haja vista a compreensão para possibilitar definir se o encerramento da gravidez de anencefálico se trata de aborto eugênico ou mera interrupção de desenvolvimento de ser não-vivente.

#### **4. DISCUSSÃO JUDICIAL**

O tema ora em exposição ganhou corpo em toda sociedade brasileira – e tal fato ocorreu no âmbito de diversas comunidades, como: jurídica, religiosa, médica – a partir de meados do ano de 2004, quando o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello, concedeu medida liminar em favor da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), com apoios técnico e institucional do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS), afastando, em todo País, a punibilidade penal em caso de interrupção de gravidez de feto anencefálico.

A decisão teve quase o mesmo efeito de uma declaração formal de guerra, ecoando vozes em sentido contrário e outras em sentido favorável.

No tocante à ADPF nº 54 em comento, o inicial questionamento se deu por força do entendimento de que o Ministro Marco Aurélio Mello desobedeceu à disposição contida no artigo 5º, da Lei nº 9.882/99, ao conceder a medida liminar permissiva durante recesso judicial, sem expô-la ao referendo do pretório.

Robusta contestação se verificou ainda em virtude de entendimentos de que decisão monocrática estendeu as excludentes de antijuridicidade contidas no artigo 128, do Código Penal Brasileiro, ao aborto de anencéfalo, atuando o STF – especialmente o conessor da medida – como legislador penal.

Todavia, autorizações judiciais desse tipo foram concedidas em toda parte do Brasil ao longo do tempo, estimando-se que mais de 2.000 interrupções de gravidez já tenham acontecido, servindo, a título de exemplo, o fato de que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concede alvarás de dita natureza há mais de 15 anos.

Infere-se que o tema se encontra em trâmite pelo Poder Judiciário há certo tempo, tendo tomado proporções magníficas resultantes de decisão proferida pelo excelso pretório, a qual gerou conhecimento e resultado em níveis identicamente grandiosos.

Com permissão concedida pela característica parca da análise, diversas dessas discussões judiciais têm se enveredado pelo caminho da não menos recente doação de órgãos.

Argumenta-se que a manutenção de gravidez de anencéfalo é taxativa com o escopo de proceder-se à salvação da vida de uma pessoa que necessite receber determinado órgão sadio do bebê neurologicamente deficiente, visão edificada após a vigência da Lei nº 9.434/97, entendimento questionado por opiniáticos que asseveram que a mãe não se encontra obrigada a manter a gestação e passar por situação indigna exclusivamente em decorrência de tal possibilidade.

Demonstram-se esses juízos que têm sido adotados judicialmente para deferir ou indeferir pedidos de alvará com o objetivo de proceder-se à interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

## **5. CONFLITO ENTRE DIREITOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

Inicialmente, imprescindível salientar a diferenciação entre direitos e garantias individuais estabelecida por José Afonso da Silva (1990, p. 354) afirmar que “[...] os direitos são bens e vantagens conferidas pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens.”

Portanto, a Constituição da República estabelece não só os direitos, mas meios para que eles sejam alcançados.

Nesse mesmo caminho, García-Pelayo (1984), ao comentar a Constituição da República Francesa, evidencia o motivo da diferenciação em epígrafe, entendendo que, em geral, as constituições revolucionárias tendem a oferecer declaração de direitos e meios para seu alcance (garantias), enquanto constituições monárquicas contêm apenas garantias.

Assim, pode-se compreender que o direito inglês seja marcado por normas garantidoras de direitos consuetudinários, enquanto o direito francês – que inspirou a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e grande parte das constituições americanas – é conhecido por declarações de direitos, pecando pela falta de garantias efetivas para acessá-los.

Insurge ainda a necessidade ainda de diferenciar os direitos fundamentais dos demais direitos implícitos na própria Carta Magna.

Incumbindo-se de referida tarefa, Bonavides (2008, p. 561), fundamentando-se em Carl Schmitt, utiliza dois critérios formais de caracterização dos direitos fundamentais:

Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou segurança; ou são *imutáveis* (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança *dificultada* (*erschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição.

Assim, importa afirmar que, de qualquer modo, direitos fundamentais são aqueles consagrados constitucionalmente e que possuem, pela sua importância, uma proteção contra modificações bastante grande ou mesmo que impossibilite tais atos legislativos.

Costa (1992) defende tal posicionamento e acrescenta que o motivo da proteção em questão se deve à característica própria dos direitos fundamentais de serem supra-estatais, fruto de lutas seculares da humanidade.

Por ser veículo de incorporação dos direitos da pessoa pelo ordenamento legal, os direitos fundamentais são importante parte da reserva de justiça do sistema jurídico brasileiro (VIEIRA, 1999).

Absolutamente lúcido resta que, no Brasil, vida e dignidade humana são direitos individuais fundamentais, já que subjetivos, de oposição a todos, e, principalmente, dotados de maior força que os demais, colocados em prática por meio das garantias limitativas contra atentados possivelmente sofridos.

A partir do vislumbramento dos pontos elucidados, afigura-se o fato de que a questão anencefálica leva ao embate entre ambos os direitos constitucionais fundamentais ditos.

O constitucionalista português Gomes Canotilho (2003, p. 1270) assim descreve a ocorrência de embate entre direitos fundamentais:

De um modo geral, considera-se existir uma **colisão autêntica de direitos** fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um *cruzamento* ou

*acumulação* de direitos (como a concorrência de direitos), mas perante um “choque”, um autêntico *conflito* de direitos.

A colisão (ou conflito) de direitos fundamentais leva a aparente problema insolúvel, precisamente a possível perda do direito de ambos os titulares.

Todavia, Mônica Castro (2002, p. 96), atendendo a posição constitucionalista mundial, defende que as regras de regulação da colisão “devem ser construídas com base na harmonização de direitos e mesmo na prevalência de um bem sobre o outro, precedência esta, que só no caso concreto, poderá ser determinada.”

Tal pensamento significa que, havendo conflito entre os direitos, não pode haver supressão de um em benefício do outro, já que a normativa jurídica não estabelece hierarquia, porquanto apenas materialmente poderá ser resolvido o problema.

No tema sob estudo, derivando do ponto de vista que o opiniático considera na análise da controvérsia, há necessariamente que cingir-se a observar um desses direitos fundamentais, vez que detêm relação direta com a proteção dada ao feto ou à mãe, privilegiando algum deles por meio da harmonização.

### **5.1. Direito fundamental à vida**

Ao levar olhos ao feto na relação em debate, verifica-se a ocorrência do direito fundamental à sua vida, proteção possível de ser exigida.

Referido direito fundamental encontra proteção constitucional brasileira no artigo 5º, *caput*, sob o manto da inviolabilidade.

José Afonso da Silva (1990, p. 177) a vida como direito fundamental, asseverando que é algo em si mesma, e que “por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. 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.”

A vida é o primeiro de todos os direitos, pressupondo todos os demais, extensivo a todas as pessoas e que deve fazer zelar também por aqueles que não têm capacidade de manifestá-lo.

Considera-se o direito à vida como o mais fundamental de todos, haja vista que ser ele assegurado é necessidade imperiosa face ao fato de que “constitui pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.” (MORAES, 2008, p. 35).

A evidência não pode ser ocultada, pois sujeito de direitos humanos é tão-somente aquele que está vivo, mostrando-se ser a preservação da vida até mesmo autodefesa do ser dotado de inteligência.

Constitucionalmente, existe obrigação protecionista imposta ao Estado em determinar asseguarção em dois níveis à pessoa: direito de estar vivo; e direito de ter vida adequada.

Pode-se verificar a ocorrência de tal duplicidade em diversos trechos legais: artigo 5º, da Constituição; artigo 7º, do Estatuto da Criança e do Adolescente; artigo 4º, do Código Civil.

Em outro turno, Gomes Canotilho (2003, p. 1254), ao discorrer sobre a existência de uma relação dúplice a partir da outorga de determinado direito – automática criação de uma obrigação ao Estado e outra aos indivíduos –, contribui exemplarmente à formação da noção do direito à vida:

Diz-se que uma norma garante um **direito subjetivo** quando o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o “direito” a um determinado ato, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar este ato. [...]: (1) o indivíduo tem o *direito* perante o Estado a não ser morto por este (“proibição de pena de morte legal”); o Estado tem a *obrigação* de se abster de atentar contra a vida do indivíduo; (2) o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos; estes devem abster-se de praticar atos (ativos ou omissivos) que atentem contra a vida de alguém.

Portanto, um dos direitos fundamentais do indivíduo tutelados pela Constituição da República Federativa do Brasil é a inviolabilidade do direito à vida, garantindo possibilidade de oposição frente a qualquer pessoa, compreendendo-se tal expressão em seu sentido mais amplo possível, não apenas biológico, mas de individualização do ser.

## 5.2. Direito fundamental à (ou princípio da) dignidade humana

Na outra ponta da disputa se encontra a gestante de feto anencefálico, que se mostra coberta pela possibilidade de exigir o direito fundamental à dignidade humana.

A Magna Carta brasileira protege a dignidade humana como um dos pilares da república em seu artigo 1º, inciso III.

Alexandre de Moraes (2008, p. 22) assim qualifica a dignidade da pessoa humana:

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*.

A idéia preponderante é a de que a dignidade humana é construção moral, vinculada à capacidade de raciocínio de cada um, não se tratando de um valor inerente ao ato do nascimento.

Muito mais que um direito constitucional, trata-se de um princípio basilar para toda aplicação dos direitos fundamentais.

Para Gomes Canotilho (2003, p. 225-226), o sentido de ser certa república baseada na dignidade humana é o de representar o respeito ao indivíduo como conformador de si próprio e de sua vida “segundo seu próprio projeto espiritual (*plastes et fctor*)”, entendendo “o indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República.”, já que a dignidade humana pressupõe que a república seja “uma organização política que sirva o homem”, e não permita ao homem servir aos “aparelhos político-organizatórios”, abraçando, por fim, a formulação de que aquela deve pautar-se pelo “multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico”.

Aclara-se o entendimento de que a dignidade humana, tal qual inserida no texto constitucional brasileiro (art. 1º, III), é formada pelo conjunto de inúmeros direitos, dentre os quais: vida; integridade física; sigilo de correspondência; liberdade.

Diversos juristas entendem a dignidade humana como princípio constitucional, e não como direito fundamental, discussão esta que restará relegada em virtude de não fazer parte

do tema cerne aqui abordado, tampouco interferir em seu desenvolvimento ou na conclusão tomada.

Fato concreto é que a dignidade humana – a exemplo do que ocorre em relação à vida – se exterioriza como factível de ser invocado em oposição a terceiros e ao Estado, e, no caso da anencefalia fetal, inclui os direitos da mãe pertinentes à sua integridade física e à sua liberdade.

### **5.3. A efetiva colisão: aborto eugênico ou mera interrupção de não-vida?**

De outro turno, inarredável a discussão a respeito de tratar-se de eugenia a interrupção da gravidez de feto anencefálico, ou tão-somente eliminação de algo que não tenha vida.

Numa simples definição léxica, Sérgio Ximenes (1999, p. 280) define eugenia como sendo o “estudo que visa ao aprimoramento das características da raça humana, especialmente pela seleção de indivíduos submetidos ao processo reprodutivo.”

Porém, André Comte-Sponville (2003, p. 224), assim conceitua eugenia: “É o desejo de querer melhorar a espécie humana, não pela educação dos indivíduos, mas pela seleção ou pela manipulação dos genes – transformando o patrimônio hereditário da humanidade, em vez de desenvolver seu patrimônio cultural.”

Sabe-se que a idéia de melhorar a raça humana vem dos tempos mais remotos, desde a antiga Roma, recebendo tratamento científico de Darwin, em sua bastante afamada obra do final do século XIX, *Origem das espécies*, tendo adquirido força com o Estado nazista, que disseminou o pensamento mundialmente, encontrando eco até os dias presentes.

Assim é que especialistas têm compreendido que a interrupção da gravidez anencefálica é prática eugênica (SOUZA, 2008), semelhante àquelas evidenciadas pelo nacional-socialismo nazista.

O médico paraibano Genival Veloso de França (1998, p. 226-227), ao discutir aborto, entende que:

O critério chamado *eugênico*, que visa à intervenção em fetos defeituosos ou com possibilidades de o serem, não está isento de pena pelo nosso diploma legal. Ninguém poderia negar o direito de uma criança nascer saudável e perfeita. Todavia, isso não nos autoriza a retirar de seres deficientes o direito à vida. [...] Em sentenças mais recentes, diversos juizes vêm autorizando a prática do aborto em casos

de fetos anencefálicos.[...] Numa dessas sentenças, há o registro de que[...] “busca-se evitar o nascimento de um feto cientificamente sem vida, inteiramente desprovido de cérebro e incapaz de existir por si só”.

Percebe-se a indignação existente contra as decisões autorizadas de interrupção da gravidez de feto anencefálico dantes relatadas, em manifestação que claramente prioriza o direito à vida em detrimento do princípio da dignidade humana em seus aspectos: integridade física e liberdade.

Para tantos outros, como Moraes (2006) e Pinotti (2004), não se trata de eugenia, mas de interrupção de não-vida, visto que inexistente função orgânica propriamente dita em caso de anencefalia, já que o córtex cerebral – suposto indicativo de existência de vida – não chega a formar-se.

O constitucionalista Alexandre de Moraes (2006, p. 179) é bastante taxativo ao explicar que:

Entendemos em relação ao aborto que, além das hipóteses já permitidas pela lei penal, na impossibilidade do feto nascer com vida, por exemplo, em casos de acrania (ausência de cérebro) ou, ainda, comprovada a total inviabilidade de vida extra-uterina, por rigorosa perícia médica, nada justificaria sua penalização, uma vez que o direito penal não estaria a serviço da finalidade constitucional de proteção à vida, mas sim estaria ferindo direitos fundamentais da mulher igualmente protegidos: *liberdade e dignidade humanas*. Dessa forma, a penalização nesses casos seria de flagrante inconstitucionalidade.

Deve-se compreender que o argumento implícito utilizado pelo jurista em defesa da interrupção da gravidez de feto anencefálico – que ele denomina acránio – percorre o caminho de que a vida tem seu início apenas no momento em que se forma o córtex cerebral, inexistindo função orgânica anteriormente a tal evento.

O nó gordiano reside justamente no fato de que a anencefalia traz a colisão entre dois direitos fundamentais, pois quando é colocada questão que envolve embate entre um direito

fundamental e outro não-fundamental, a solução se dá de maneira bastante dócil em decorrência da preponderância daquele sobre este.

Contudo, ao serem pesados dois direitos fundamentais, mesmo a harmonização – uma das formas de solução do impasse – é dificilmente aplicada.

Dois importantes fatores de manutenção e fomentação da divergência em comento devem ser ressaltados: a falta de concordância médica a respeito do momento de início da vida humana; e a inexistência de norma positivada explícita acerca da gravidez de anencéfalo.

No tocante ao primeiro fator, há evidente demonstração de que os médicos Pinotti (2004) e França (1998) são absolutamente antagônicos em suas opiniões expressadas, fazendo exteriorizar a compreensão de que os avanços da medicina ainda não puderam – e talvez nem possam algum dia – revelar alguns enigmas sobre o espetacular evento da vida.

Caso fosse medicamente determinada a oportunidade – ao menos verossímil – do surgimento vital, de forma insofismável ter-se-ia perceptível enxugamento nas discussões temáticas, haja vista que diversos argumentos utilizados com supedâneo em referida ocorrência não poderiam ser sustentados.

Em relação ao segundo fator, existem determinações legais esparsas não-objetivas, como: as disposições constitucionais já citadas; o Código Civil; o Pacto de São José de Costa Rica; o Código Penal; sem, contudo, deterem especificamente a questão anencefálica em seus bojos.

E, como a cultura jurídica mundial ainda é a positivista, preponderando a lei como fonte única do Direito – legitimada que se encontra pela formulação dos dominantes “democraticamente” escolhidos –, até que surja norma escrita expressamente designadora do assunto, muitas contendas serão apresentadas ao Poder Judiciário, ao qual caberá consultar setores da sociedade, com o fito de não proceder de modo temerário.

## CONCLUSÃO

Conquanto o embasamento das discussões acerca da questão anencefálica seja construído sobre conceitos médicos, religiosos, filosóficos e legais, inarredável é a presença exclusiva de dois pontos constitucionalmente consagrados: direito fundamental à vida e princípio da dignidade humana, o qual inclui os direitos à integridade física e liberdade.

O encaminhamento do debate para campos diversos daqueles inseridos na Carta Política Brasileira se trata de mero modo retórico por parte do emissor da opinião com objetivo estritamente de convencimento alheio ou justificador de posicionamento adotado.

Em verdade, os direitos fundamentais colocados na Constituição Brasileira possuem cunho de natureza estritamente moral, cuja adoção ou preferência por qualquer deles em caso de entrelaço, advém de formação pessoal adquirida ao longo dos anos por influência de qualquer dos mecanismos moralizadores experimentados.

Não há como rechaçar o fato médico de que a vida humana se principia na concepção, pois a existência de um novo ser é patente, mormente por possuir carga genética diversa daquela pertencente aos pais. Ou seja, é “algo” diferente de seus pais, o que se pode chamar de indivíduo.

E se é um indivíduo, detém todos os direitos e garantias estampados na Constituição, devendo o Estado, sem sombra de dúvida, proteger seu direito.

Equivocados os debatedores que compreendem de maneira diversa – principalmente entendendo que a vida se dá a partir da formação do córtex cerebral –, já que trazem para si o ônus de esclarecer o questionamento de que se “aquilo” não é vida, o que seria?

A eliminação de um feto anencefálico é prática limpidamente eugênica, aceita e praticada por sociedades sem desenvolvimento moral adequado.

Vedando determinadas aberturas – como tal macabra prática –, a humanidade está afastando a possibilidade de, num futuro próximo, passar a discutir a eliminação de fetos portadores: de síndrome de Down, de falta de membros, de doenças cardíacas congênitas, de deformidade visual, etc.

Impossível de ser aceita é a situação criada por um Ministro do Supremo Tribunal Federal que, contrariando abruptamente determinação normativa (Lei nº 9.882/99), decide por toda uma sociedade, permitindo sozinho, o aborto de inúmeras vidas intra-uterinas, num caso em que se discute até mesmo o cabimento de arguição de preceito fundamental.

Assemelhou-se, com tal atitude, a cruéis ditadores existentes em toda história humana, chegando mesmo ao absurdo de criar nova excludente de antijuridicidade penal além daquelas constantes de nossa legislação.

Por outro turno, utilizando-se a harmonização, tem-se que o direito fundamental à vida deve prevalecer sobre o princípio da dignidade humana, mormente diante da forte

afirmação de Bonavides (2008, p. 607) de que “os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se”.

É evidente que há impacto sobre a gestante de um feto anencefálico, sem, no entanto, haver qualquer tipo de risco; maior impacto, contudo, incide sobre tal feto, que simplesmente tem a chance de viver – nem que seja por alguns dias –, mas lhe tem retirado tal direito.

Defendendo o aborto de anencéfalo, sob o entendimento de que não viverá além de alguns poucos dias, certamente defender-se-á a eutanásia, pois o argumento é quase o mesmo.

Daí, então, a humanidade estará percorrendo um caminho amplamente sombrio, vez que agirá de forma exclusivamente egoísta, porquanto cada um dos que dessa forma raciocinam, esquece-se que para defender tal opinião, necessário é estar vivo.

Com efeito, Jacques Robert *apud* José Afonso da Silva (1990, p. 177) é taxativo ao afirmar que “o respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores idéias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica.[...] Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, *a fortiori* da de outrem e, até o presente, o feto é considerado como um ser humano.”

Reitere-se que a opção deve – ou ao menos deveria – ser sempre pela vida, ainda que seja para privilegiar a doação de órgãos de anencéfalos. Mas estes, infelizmente, não podem se defender. Se pudessem, o que será que diriam?

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7<sup>a</sup> ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, com colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.
- COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário Filosófico*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- COSTA, Célio Silva. *A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1992.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 5<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madri: Alianza Editorial, 1984.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. 23<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2008.

- PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Loyola, 2000.
- PINOTTI, José Aristodemo. *Anencefalia*. Folha de São Paulo, 25.11.2004.
- ROLIM, Marcos. *Uma reflexão sobre o aborto*. In: *Dos labirintos*. Porto Alegre: Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 6ª ed. São Paulo: Editora RT, 1990.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Anencefalia e outros abortos...* Acesso em 20.05.2008. Disponível em <http://www.academus.pro.br>.
- VIDAL, Marciano. *Moral de atitudes*, 2º vol. 3ª ed. Aparecida: Santuário, 1993.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- XIMENES, Sérgio. *Minidicionário Ediouro*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações, 1999.