

A PROTEÇÃO AO DIREITO À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: Controvérsias Acerca do Aborto de Anencéfalos¹

Janaína Machado Sturza

Doutora em Direito pela Escola Internacional de Doutorado em Direito e Economia Tullio Ascarelli, da Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas também pela Unisc. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí, lecionando na graduação em Direito e no Programa de Pós Graduação em Direitos Humanos – Mestrado. Professora na graduação em Direito da Faculdade Dom Alberto. Advogada. janasturza@hotmail.com

Jessica Albarello

Bacharel em Direito. jessica.albarello2@gmail.com

Resumo

O presente artigo, resultado do Trabalho de Conclusão do Curso em Direito, busca fazer uma análise dos direitos humanos, mais especificamente a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, diante das controvérsias da prática do aborto de feto anencefálico. Aborda-se a história dos direitos humanos, a conceituação e a abrangência dos princípios supracitados. Tal análise é de extrema importância, visto que a interrupção de gestação anencefálica acarreta divergências relacionadas diretamente aos referidos preceitos fundamentais. Estuda, num segundo momento, o tipo penal do aborto, conceituação, aplicação da lei brasileira e classificação doutrinária. Faz uma sucinta análise referente à anencefalia e à interrupção da gestação em virtude de tal ocorrência. Ao final, relata-se a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 (ADPF 54), que trata especificamente da gestação anencefálica e a possibilidade de interromper uma gestação nestas condições. Conclui-se que tal decisão, ainda que não aceita pacificamente por toda sociedade, trouxe profundas modificações para a vida da gestante e da família que, a partir de então, encontrou a possibilidade de optar entre continuar ou não com a gestação, quando comprovado ser o feto um anencéfalo. Está-se portanto, diante da liberdade de opção, do direito à saúde e do respeito à dignidade materna.

Palavras-chave

Dignidade da pessoa humana. Direito à vida. Aborto de anencéfalos.

¹ Artigo baseado no Trabalho de Conclusão de Curso em Direito da Unijuí/Três Passos.

PROTECTING THE RIGHT TO LIFE AND DIGNITY OF THE HUMAN PERSON: CONTROVERSY ABOUT THE ABORTION OF ANENCEPHALIC

Abstract

This article is the result of the work of graduation in Law , seeks to make an analysis of human rights , specifically the human dignity and right to life , the controversies facing the practice of abortion anencephalic . Discusses the history of human rights, the concept and scope of the above principles. Such analysis is of utmost importance, since the interruption of anencephalic pregnancy entails differences directly related to these fundamental precepts. Studies, second , the type of criminal abortion, conceptualization , application of Brazilian law and doctrinal classification. Makes a brief analysis regarding anencephaly and termination of pregnancy due to such occurrence. At the end , it is reported the decision of the Supreme Court about the action of breach of Fundamental Precept 54 , which deals specifically with anencephalic pregnancy and the possibility to interrupt a pregnancy in these conditions . It is concluded that such a decision , even if not accepted peacefully throughout society , brought profound changes to the mother's life and family , thereafter , found the possibility to choose to continue with the pregnancy or not , if it is proved to be an anencephalic fetus . It is – so on the freedom of choice, the right to health and respect to maternal dignity.

Keywords

Human dignity. Right to life. Abortion of anencephalic.

Sumário

1. Considerações iniciais. 2. Direitos humanos e sua construção: vida e dignidade da pessoa humana. 2.1 Direito à vida como direito fundamental. 3 O crime de aborto na legislação penal brasileira. 3.1 A prática abortiva na legislação penal brasileira. 3.2 Aborto necessário ou terapêutico. 4 Direitos humanos e o aborto de anencéfalos: decisão do Supremo Tribunal Federal. 4.1 Da anencefalia: conceituação e aspectos relevantes. 4.2 Aborto anencefálico. 4.2.1 Bem jurídico tutelado 4.3 Divergências relacionadas à denominação: “aborto de anencéfalos”. 4.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 54. Considerações Finais.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho tem por escopo realizar um estudo acerca dos direitos humanos, mais especificamente sobre a dignidade da pessoa humana e o direito à vida diante da prática abortiva de anencéfalos.

Para a realização deste estudo foram efetuadas pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais e por meio eletrônico, analisando também as propostas legislativas em andamento, a fim de enriquecer a coleta de informações e permitir um aprofundamento no estudo dos direitos humanos diante da prática abortiva de anencéfalos. Buscou-se revelar a importância da votação da ADPF 54 para a sociedade, demonstrando a complexidade e a magnitude de tal decisão, apontando, por conseguinte, os pontos cruciais que embasaram as votações de cada ministro que integra o Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, no primeiro tópico, foi feita uma abordagem sobre a história, conceituação e previsão legal dos direitos humanos, com foco nos princípios da dignidade da pessoa humana e no direito à vida. Segue uma análise detalhada de cada um desses princípios como a conceituação, abrangência, posições doutrinárias. A referida análise simplifica e complementa o entendimento das questões abordadas posteriormente.

No segundo item, realizou-se análises doutrinárias, legais, jurisprudenciais, acerca do crime de aborto, com o objetivo de explicar sua história, conceituação, objeto jurídico, previsão legal, sujeitos passivo e ativo e espécies do referido delito, bem como hipóteses de excludentes de ilicitude específicas para este tipo penal. O direito à vida, explorado em um primeiro momento, é um dos objetos jurídicos protegidos pela lei penal, quando penaliza a prática abortiva.

Na parte final afunilou-se a temática, abordando especificamente a questão da anencefalia e sua conceituação e divergências. Ademais, destacou-se a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, submetida a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, que versa sobre a descriminalização da interrupção de gestação anencefálica.

A partir desse estudo verifica-se que a procedência da ADPF 54 pelo Supremo Tribunal Federal, traz à baila o respeito ao direito de escolha pela mãe, entre interromper ou não uma gestação anencefálica. Em consequência restam respeitados os princípios da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde, à liberdade, dentre outros preceitos de equiparada importância.

2. DIREITOS HUMANOS E SUA CONSTRUÇÃO: vida e dignidade da pessoa humana

A vida e a dignidade da pessoa humana são direitos, hoje constitucionalizados, que devem ser preservados a fim de garantir a sobrevivência do ser humano. No contexto histórico dos direitos humanos, estes estão presentes até mesmo quando eram apenas considerados direitos naturais inerentes a cada indivíduo, isto é, quando não havia nem mesmo a sua positivação. O seu resguardo no ordenamento jurídico é imprescindível, haja vista que a própria Declaração Universal de Direitos Humanos faz menção a estes direitos.

Antes de verificar a conceituação e o enquadramento do direito à vida e à dignidade da pessoa humana na Constituição, é relevante mencionar as “dimensões” dos direitos humanos. As “dimensões” demonstram a evolução dos direitos humanos durante a História, que foi marcada por diversas transformações e adaptações.

Os direitos de primeira geração, para Ingo W. Sarlet (2011a, p. 46-47),

[...] são o produto peculiar [...] do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade à igualdade perante a lei.

Com o surgimento do modelo de sociedade individualista, fez-se necessário impedir que o Estado tivesse livre-arbítrio e interviesse como bem entendesse na sociedade e na vida do povo. Por isso são chamados de direitos negativos, com o objetivo de limitar a atuação do Estado na vida pessoal do indivíduo.

Os principais direitos fundamentais desta geração são: à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade. Nesta mesma dimensão enquadra-se também o não menos importante direito à dignidade da pessoa humana, que fica entrelaçado ao direito à vida.

Os direitos de segunda geração são os direitos econômicos, sociais e culturais.

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva desses direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual [...] Não se cuida, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. Esses direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849 [...] caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida da doutrina francesa (Sarlet, 2011a, p. 47).

Esta segunda dimensão (geração) já se opõe à ideia de limitar a intervenção do Estado, surgindo então a necessidade de que o mesmo não mais se abstenha, tornando-se ativo para realizar a justiça social. Os direitos então deixaram seu cunho negativo para uma dimensão positiva.

A terceira dimensão é marcada pelos direitos de solidariedade e fraternidade.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu

titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Para outros, os direitos da terceira dimensão têm por destinatário precípua “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”. Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação (Sarlet, 2011b, p. 48).

Alguns doutrinadores ainda mencionam direitos de quarta e quinta geração. Esta dimensão surgiu no momento em que a sociedade viu-se diante de diversos avanços tecnológicos nas pesquisas científicas. Ingo W. Sarlet (2011b, p. 50) menciona o seguinte:

[...] impõe-se examinar, num primeiro momento, o questionamento da efetiva possibilidade de se sustentar a existência de uma nova dimensão dos direitos fundamentais, ao menos nos dias atuais, de modo especial diante das incertezas que o futuro nos reserva. Além do mais, não nos parece impertinente a ideia de que, na sua essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa.

De acordo com o supracitado, doutrinadores de grande monta defendem a existência de gerações mais avançadas, que protegem direitos atuais.

Ainda sob a ótica do referido doutrinador:

[...] há que se referir, no âmbito do direito pátrio, a posição do notável Paulo Bonavides, que, com a sua peculiar originalidade, se posiciona favoravelmente ao reconhecimento da existência de uma quarta dimensão, sustentando que esta é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, na sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. [...] A proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo, etc., como integrando a quarta geração

oferece nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir roupagem nova reivindicações deduzidas, e sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade. (Bonavides apud Sarlet, 2011b, p. 52-53).

No que se refere à quarta geração, incluem-se os direitos de manipulação genética, porém ainda se encontram em fase de reconhecimento e positivação.

Os avanços biotecnológicos ensejaram, ainda, a quarta dimensão de direitos humanos que trata sobre a manipulação genética e a bioengenharia. Esses direitos humanos cuidam, portanto, de questões advindas das inovações tecnológicas, bioéticas, da sustentabilidade econômica e do direito à vida saudável e em harmonia com a natureza. [...] Assim sendo, a quarta dimensão de direitos humanos não terá a função de inviabilizar o desenvolvimento biotecnológico, mas de apenas regular a maneira como essa evolução da biotecnologia ocorrerá, a fim de evitar a violação de direitos humanos, consagrados pela legislação internacional e pelas legislações nacionais dos países (Barros, 2012, p. 10).

A pesquisa genética e até mesmo os procedimentos médicos podem ser realizados com ponderação, respeitando os direitos humanos, principalmente o direito à vida e à dignidade desta.

Os direitos de que se trata nesta sessão encontram respaldo na Constituição Federal de 1988, nos seguintes dispositivos:

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; [...]

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, [...]

O direito à vida e à dignidade da pessoa humana são preceitos de extrema abrangência e de difícil conceituação, no entanto não são poucos os doutrinadores que de uma forma ou de outra os definiram ou importantes considerações teceram sobre eles.

No concernente ao direito à vida, o doutrinador Dalmo de Abreu Dallari (2008, p. 32-33) faz as seguintes considerações:

A vida é necessária para que uma pessoa exista. Todos os bens de uma pessoa, o dinheiro e as coisas que ela acumulou, seu prestígio político, seu poder militar, o cargo que ela ocupa, sua importância na sociedade, até mesmo seus direitos, tudo isso deixa de ser importante quando acaba a vida. [...] Por isso pode-se dizer que a vida é o bem principal de qualquer pessoa, é o primeiro valor moral de todos os seres humanos. Não são os homens que criam a vida. [...] A vida não é dada pelos seres humanos, pela sociedade ou pelo governo, e quem não é capaz de dar a vida, não deve ter o direito de tirá-la. É preciso lembrar que a vida é um bem de todas as pessoas, de todas as idades e de todas as partes do mundo. Nenhuma vida humana é diferente de outra, nenhuma vale mais nem vale menos do que outra.

A seguinte metáfora sobre a vida é muito interessante e nos remete a diversas reflexões:

A vida não tem mais que duas portas: uma de entrar, pelo nascimento; outra de sair, pela morte. Ninguém, cabendo-lhe a vez, se poderá furtar à entrada. Ninguém, desde que entrou, em lhe chegando o turno, se conseguirá evadir à saída. E, de um ao outro extremo, vai o caminho, longo ou breve, ninguém o sabe, entre cujos termos fatais se debate o homem, pesaroso de que entrasse, receoso da hora em que saia, cativo de um e outro mistério que lhe confinam a passagem terrestre (Barbosa apud Rocha, 2012, p. 40).

A dificuldade na conceituação não é o único questionamento acerca da vida, haja vista que o início e o término dela fazem emergir debates intensos e atuais. Talvez não seja no exato momento do nascimento que ela surja e também, talvez, não seja somente com a parada das atividades corporais que ela se encerre. A discussão é longa e no decorrer do presente trabalho monográfico serão abordados estes quesitos.

A vida é necessária para que os demais direitos existam e possuam sentido. Eis um dos motivos de este direito ser considerado o mais importante e fundamental, porém o respeito à dignidade da pessoa humana é imprescindível para que a vida perdure com as devidas garantias e condições sociais.

Inexistindo a vida não há que se mencionar sobre a dignidade da pessoa humana. Esta não existe sem aquela e vice-versa. Ambos os direitos estão intimamente conectados.

Na visão de Alexandre de Moraes (2011, p. 48),

[...] a dignidade da pessoa humana 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*. [...] O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da *dignidade da pessoa humana* apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. [...] A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se em três princípios do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido).

A dignidade está associada a qualquer indivíduo e é um valor inerente e intrínseco à vida humana. Sua previsão no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos e seu resguardo como princípio fundamental na Constituição demonstram a sua importância.

Merecedoras de destaque são as palavras de Kant (apud Sarlet, 2011b, p. 41):

[...] no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade... Esta apreciação dá pois a conhecer como

dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade.

A concepção de Kant sobre a dignidade teve forte influência, mais tardiamente, para a positivação e reconhecimento deste princípio pelo ordenamento jurídico e pelas declarações de direitos.

Ademais, outras concepções também foram importantes no que se refere a este princípio:

Da concepção jusnaturalista – que vivenciava seu apogeu justamente no século XVIII – remanesce, indubitavelmente, a constatação de que uma ordem constitucional que – de forma direta ou indireta – consagra a ideia da dignidade da pessoa humana, parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado (Sarlet, 2011b, p. 48).

A dignidade é um pressuposto, basta existir para que ela se torne inerente, independe de qualquer condição ou circunstância. Este princípio assume papel relevante perante a sociedade atual e entra em questão geralmente quando situações polêmicas são trazidas à tona pelos tribunais.

Afastando-se das concepções históricas da dignidade, o doutrinador Ingo Sarlet (2011a, p. 71) faz um apanhado e dispõe:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

A dignidade é um princípio que sendo inerente ao ser humano assegura-lhe os direitos e garantias fundamentais, sustentando assim que este não se torne fantoche, um objeto manipulado por quem quer que seja.

O conceito de dignidade está sempre em reconstrução pelos doutrinadores, juristas e tribunais. Muitos ajustes já foram realizados conforme a evolução e transformação da sociedade. O doutrinador Ingo Sarlet (2011a, p. 73) tem forte participação na construção deste conceito:

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

A dignidade da pessoa humana é considerada um valor moral que diante da imprescindibilidade perante o ordenamento jurídico, foi acoplada à Constituição Federal tornando-se um dos pilares do ordenamento jurídico, sendo reconhecida como princípio fundamental.

2.1 Direito à vida como direito fundamental

O direito à vida é reconhecido como o mais fundamental de todos, sem o qual os demais não existiriam. Não se pode falar em propriedade, liberdade, dignidade, igualdade sem que impere sobre todos estes a garantia, em primeiro lugar, do direito à vida.

O doutrinador Alexandre de Moraes (2011, p. 80) assim se manifesta:

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui como pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal assegura, portanto, o *direito à vida*, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira

relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência. O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como *direito a um nível adequado com a condição humana*, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse *direito a um nível de vida adequado com a condição humana* respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais.

Os direitos sociais previstos no artigo 5º da Constituição Federal devem ser garantidos, a fim de que não se viole o direito à vida digna, fornecendo aos indivíduos condições básicas para sua existência.

O Estado é o ente responsável pela garantia destas condições mínimas existenciais ao indivíduo. Cria-se então uma dupla obrigação:

[...] obrigação de cuidado a toda pessoa humana que não disponha de recursos suficientes e que seja incapaz de obtê-los por seus próprios meios;

[...] efetivação de órgãos competentes públicos ou privados, através de permissões, concessões ou convênios, para prestação de serviços públicos adequados que pretendam prevenir, diminuir ou extinguir as deficiências existentes para um *nível mínimo de vida digna da pessoa humana* (Moraes, 2011, p. 80-81).

Deste direito de não violação da vida humana emergem várias divergências que não são especificadas pela lei, eis que a competência para discutir sobre elas é de biólogos e cientistas. A questão refere-se ao início e término da vida, e a sua interrupção antecipada, problemáticas estas que serão desenvolvidas na seção a seguir.

3 O CRIME DE ABORTO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

O aborto é considerado por muitos doutrinadores como sendo a interrupção da gestação, isto é, o feto não possui condições de sobreviver fora do útero materno, acarretando seu perecimento em virtude dos métodos praticados para expeli-lo.

O objeto jurídico deste crime é justamente a vida do feto, e conseqüentemente, a integridade física e a dignidade da gestante, direitos fundamentais estes que foram abordados no item anterior.

A legislação penal prevê condições em que a prática abortiva não se torna criminosa. A mãe adquire o direito de interromper a gestação.

Assim, portanto, tem-se que a prática abortiva é uma técnica já criminalizada há muito tempo. Na obra do doutrinador Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 158) constata-se abordagens claras sobre tal afirmação:

O Código Criminal do Império de 1830 não criminalizava o aborto praticado pela própria gestante. Punia somente o realizado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante. Criminalizava, na verdade, *o aborto consentido e o aborto sofrido*, mas não o *aborto provocado*, ou seja, o *autoaborto*. A punição somente era imposta a terceiros que intervissem no abortamento, mas não à gestante, em nenhuma hipótese [...]

Neste mesmo eixo, “O Código Penal de 1940, por sua vez, tipificava três figuras de aborto: *aborto provocado* (art. 124), *aborto sofrido* (art. 125), e *aborto consentido* (art. 126).” (Bitencourt, 2011, p. 158).

O atual Código Penal seguiu valores sociais da década de 30. Desse período até a sociedade atual, várias mudanças ocorreram, entre elas axiológicas, medicinais, científicas e tecnológicas. Tais modificações trouxeram a necessidade de atualizações legislativas, e uma delas refere-se a algumas questões relacionadas à concessão da prática do aborto em casos especiais e de extrema relevância.

Conforme dispõe o doutrinador Cezar R. Bitencourt (2011, p. 158):

No atual estágio, a Medicina tem condições de definir com absoluta certeza e precisão eventual anomalia do feto e, conseqüentemente, a inviabilidade de vida extrauterina. Nessas condições, é perfeitamente defensável a orientação do Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, que autoriza o aborto quando o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, ampliando a abrangência do aborto eugênico ou piedoso.

A questão da prática abortiva, contudo, não é pacífica: doutrinadores, juristas, religiosos, cientistas e cidadãos divergem entre si. O embate envolve a existência ou não de vida intrauterina, há alguns que afirmam existir vida desde a concepção, outros defendem que apenas após determinado período gestacional, e, ainda, há aqueles que sustentam que a vida inicia-se somente após o nascimento.

Logo, a conceituação do instituto do aborto não é facilmente encontrada em todas as doutrinas, devido à demasiada amplitude da temática.

Consoante o doutrinador Fernando Capez (2008, p. 119):

Considera-se aborto a interrupção, com a conseqüente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intra-uterina. Não faz parte do conceito de aborto a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno. A lei não faz distinção entre óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses) ou feto (a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer, entre a concepção e o início do parto, pois após o início do parto poderemos estar diante do delito de infanticídio ou homicídio [...]

O enquadramento do fato ao tipo penal requer uma série de análises do caso concreto, visto que há diversos institutos que protegem o mesmo objeto jurídico e que se modificam em razão do momento da ação (antes ou após o parto), ou da pessoa que a pratica (própria gestante, médico ou terceira pessoa).

3.1 A prática abortiva na legislação penal brasileira

O diploma legal vigente prevê diversas formas de sanções para sujeitos que praticam ou consentem em realizar o aborto.

A doutrina, de um modo geral, afirma que:

No auto-aborto só há um bem jurídico tutelado, que é o direito à vida do feto. É, portanto, a preservação da vida humana intra-uterina. No abortamento provocado por terceiro, além do direito à vida do produto da concepção, também é protegido o direito à vida e à incolumidade física e psíquica da própria gestante (Capez, 2008, p. 120).

Neste mesmo sentido afirma Bitencourt (2011, p. 159):

O bem jurídico protegido é a vida do ser humano em formação, embora, rigorosamente falando, não se trate de crime contra a pessoa. O produto da concepção – feto ou embrião – não é pessoa, embora tampouco seja mera esperança de vida ou simples parte do organismo materno, como alguns doutrinadores sustentam, pois tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica. Quando o aborto é provocado por terceiros, o tipo penal protege também a incolumidade da gestante.

O prática do delito referido fere tanto o direito à vida do feto, como também da gestante em determinados casos. Cada forma de abortamento pode atingir bens jurídicos diversos, como já mencionado.

3.2 Aborto necessário ou terapêutico

O médico, neste caso, interromperá a gravidez, quando verificar que a gestante corre risco de morte, não restando outra solução para salvá-la.

Neste sentido, afirma Néelson Hungria (apud Capez, 2008, p. 134):

Consoante a doutrina, trata-se de uma espécie de estado de necessidade, mas sem a exigência de que o perigo de vida seja atual. Assim, há dois bens jurídicos (a vida do feto e da genitora) postos em perigo, de modo que a preservação de um (vida da genitora) depende da destruição do outro (vida do feto). O legislador optou pela preservação do bem maior, que, no caso, é a vida da mãe, diante do sacrifício de um bem menor, no caso, um ser que ainda não foi totalmente formado. [...] basta a constatação de que a gravidez trará risco futuro para a vida da gestante, que pode advir de causas várias, como, por exemplo, câncer uterino, tuberculose, anemia profunda, leucemia, diabetes. [...] É indispensável a concordância da gestante ou do representante legal, podendo o médico intervir à revelia deles, até porque muitas vezes a mulher se encontra em estado de inconsciência e os familiares podem ser impelidos por motivos outros, como interesse na sucessão hereditária, no momento de decidir sobre o sacrifício da vida da genitora ou do feto.

Relevante citar que a constatação da causa que aflige a vida da gestante deve ser comprovada por pelo menos dois outros médicos, com a finalidade de apurar com plena certeza a necessidade da intervenção abortiva.

3.3 Aborto humanitário ou ético

O aborto ético é realizado quando a gravidez vier em decorrência de um estupro, porém é necessário o consentimento da vítima a qualquer tempo durante a gestação.

Segundo preceitua Bitencourt (2011, p. 169):

Para se autorizar o aborto humanitário são necessários os seguintes requisitos: *a) gravidez resultante de estupro; b) prévio consentimento da gestante ou, sendo incapaz, de seu representante legal. A prova tanto da ocorrência do estupro quanto do consentimento da gestante deve ser cabal. [...] A prova do crime de estupro pode ser produzida por todos os meios em Direito admissíveis. É desnecessário autorização judicial, sentença condenatória ou mesmo processo criminal contra o autor do crime sexual. Essa restrição não consta do dispositivo, e, conseqüentemente, sua ausência não configura crime de aborto. [...] Acautelando-se sobre a veracidade da alegação, somente a gestante responderá criminalmente (art. 124, 2ª figura) se for comprovada a falsidade da afirmação. A boa-fé do médico caracteriza erro de tipo, excluindo o dolo, e, por consequência, afasta a tipicidade.*

Nessa esteira, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu dar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, com a finalidade de interromper a gravidez da gestante, visto que adveio de estupro dos próprios familiares (tio e padraсто):

ABORTO SENTIMENTAL. CONFLITO QUE SE ESTABELECE ENTRE OS VALORES VIDA (DO FETO) E DIGNIDADE HUMANA (DA GESTANTE). ADOLESCENTE COM SEVERAS DEFICIÊNCIAS MENTAIS QUE SE VIU SUBMETIDA A RELAÇÕES SEXUAIS COM O PRÓPRIO TIO E PADRASTO, QUE DETINHA SUA GUARDA FORMAL, DO QUE RESULTOU A GRAVIDEZ. REVOGAÇÃO DA GUARDA QUE CONFERIU AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA FALTA DE REPRESENTANTE

LEGAL, LEGITIMIDADE PARA ATUAR EM SEU NOME. O Código Penal declara impunível o aborto praticado pelo médico com o consentimento da gestante vítima de estupro. Assim, fazendo o legislador, no exercício de suas atribuições constitucionais, a opção pelo interesse da dignidade humana em detrimento da manutenção da gravidez, ao magistrado compete, acionada a jurisdição, assumir a responsabilidade que lhe cabe no processo, fazendo valer a lei. Se a realidade evidencia que médico algum faria a intervenção sem a garantia de que nada lhe ocorreria, não tem como o magistrado cruzar os braços, sob o argumento de que só após, se instaurada alguma movimentação penal, lhe caberia dizer que não houve crime. Omissão dessa natureza implicaria deixar ao desabrigo a vítima do crime, jogando-a à própria sorte. Não há valores absolutos. Nem a vida, que bem pode ser relativizada, como se observa no homicídio praticado em legítima defesa, por exemplo. E nessa relativização ingressa também o respeito à dignidade da mulher estuproada. Ainda mais se, adolescente, com graves problemas mentais, vê agravada sua situação de infelicidade pelo fato de ser o próprio tio e padrasto o autor do crime, o que a colocou também em situação de absoluta falta de assistência familiar e de representação legal, exigindo abrigo e atuação de parte do Ministério Público. Manifestação do Ministério Público, autor da medida, indicada também pela área técnica do serviço do Município encarregado de dar atendimento a crianças e adolescentes vítimas de violência. Recurso provido. (Agravado de Instrumento Nº 70018163246, Câmara Medidas Urgentes Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 3/1/2007).

(TJ-RS – AI: 70018163246 RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Data de Julgamento: 3/1/2007, Câmara Medidas Urgentes Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 8/1/2007)

<<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16037741/agrado-de-instrumento-ai-70018163246-rs>>.

Na jurisprudência em tela, verifica-se o confronto entre dois direitos humanos de extrema importância: a dignidade da gestante e a vida do ser objeto da concepção. Cabe ao aplicador do Direito analisar e ponderar tais preceitos.

Com o advento da ADPF nº 54 submetida a julgamento pelo STF, algumas considerações acerca do aborto de anencéfalos foram alteradas, vindo a se tornar legal a referida técnica em casos pontuais. Tal decisão afetou a sociedade como um todo, de modo que debates e divergências giraram ao entorno da causa. Aprofundar-se-á com mais detalhes a decisão do Supremo e outras conceituações na seção a seguir.

4 DIREITOS HUMANOS E O ABORTO DE ANENCÉFALOS: decisão do Supremo Tribunal Federal

A anencefalia sempre foi um ponto de divergência entre doutrinadores, religiosos, cientistas, legisladores e aplicadores do Direito. Como já referido anteriormente, o embate gira em torno do direito à vida do feto, objeto da concepção, versus a dignidade da gestante. A gestante deve ou não aguardar nove meses de extremo sofrimento, para, ao final, dar à luz a um ser que não resistirá extrauterinamente?

Em vista disso, serão analisados alguns aspectos e conceituações acerca da anencefalia, bem como será aprofundado o estudo de cada voto dos ministros do Supremo, quando da votação da ADPF nº 54, interposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde em 2004.

4.1 Da anencefalia: conceituação e aspectos relevantes

Antes de adentrar especificamente nas decisões e na descriminalização do aborto de anencéfalos pelo STF, imprescindível se torna realizar algumas conceituações e divergências sobre a anencefalia e a questão da prática abortiva.

A doutrina médica especializada classifica o aborto, em razão de anomalias (ex: anencefalia), como sendo uma *Interrupção Seletiva da Gestação* (ISG). Neste caso, constata-se que o feto apresenta patologias incompatíveis com a vida extrauterina (Bitencourt, 2011).

O doutrinador André Estefan (2010, p.43) faz a seguinte conceituação:

Entende-se por anencefalia a malformação do tubo neural, caracterizada pela ausência do encéfalo e da calota craniana. A Medicina a considera uma patologia letal, isto é, que leva invariavelmente à morte do recém-nascido, dada a absoluta impossibilidade de vida independente sem o encéfalo e a calota craniana. Nesses casos, inexistente atividade cerebral.

Há muitos anos se debate a possibilidade de realização do aborto quando se constata, por diagnóstico médico, a gravidez de feto anencefálico.

A grande maioria dos doutrinadores considera que a vida está completamente interligada à atividade cerebral e, sendo o feto desprovido de encéfalo e calota craniana, conseqüentemente não possuirá vida fora do ventre materno. Após o nascimento inexistente possibilidade de que este ser sobreviva.

O diagnóstico do feto anencefalo, atualmente, é de fácil constatação:

Hoje, com os equipamentos modernos de ultrassom, o diagnóstico pré-natal dos casos de anencefalia tornou-se simples e pode ser realizado a partir de 12 semanas de gestação. A possibilidade de erro, repetindo-se o exame com dois ecografistas experientes, é praticamente nula. Não é necessária a realização de exames invasivos, apesar dos níveis de alfa-fetoproteína aumentados no líquido amniótico obtido por amniocentese (Pinotti apud Carvalho, 2013).

Com o advento da ADPF nº 54, a gestante pode optar por interromper ou prosseguir com a gestação de um feto anencefalo. Buscou-se proteger a dignidade da pessoa humana (gestante) e seu direito de livre escolha em manter uma gravidez que gerará um fruto que não resistirá fora do útero.

4.2 Aborto anencefálico

A gestante é quem deve definir se deseja aguardar o curso da gestação anencefala ou, então, interrompê-la, a fim de retirar de dentro de si um ser inanimado e sem vida, que não resistirá fora do corpo materno. A controvérsia desta prática gira em torno da dignidade da gestante e do controle sobre o próprio corpo, ante o direito à vida (ainda não completamente formada) do feto.

Ademais, quanto ao direito de escolha da gestante, Bitencourt (2011, p. 177) discorre:

Partimos do princípio de que nenhuma mulher quer abortar, pois não desconhecemos que o aborto é uma agressão violenta, não apenas contra o feto, mas também contra a mulher, física, moral e psicologicamente, e que, naturalmente, a expõe a enormes e imprevisíveis riscos relativos à saúde e à sua própria vida. Quando a mulher opta pelo abortamento, não se pode ignorar que ela tomou uma decisão grave, com sérios riscos que podem produzir consequências irreversíveis sobre sua vida, seu corpo, sua psique e seu futuro.

Obviamente, a manutenção de uma gravidez não desejada, de um feto anencéfalo, causará consequências graves à gestante, distúrbios psicológicos, em virtude da tortura que perdura durante este período, até mesmo depois, com a perda do filho tão esperado.

Conforme afirmou o ginecologista Olímpio (apud Diário, 2013), aguardar o período gestacional de feto anencefálico é o mesmo que um ato de tortura, “Obrigando uma mãe a gerar um feto anencefálico é condená-la a comprar um caixão ao invés de comprar um berço. Compromete, inclusive, a saúde mental da mulher. É um ato de tortura [...]”

4.2.1 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico a ser protegido em todas as formas de aborto, como já mencionado anteriormente, é a vida de um ser ainda em formação.

O produto da concepção – feto ou embrião -, embora ainda não seja pessoa, tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica. Quando o aborto é provocado por terceiro, o tipo penal protege também a incolumidade da gestante (integridade física e psicológica). No entanto, a *antecipação consentida do parto* na hipótese de comprovada gravidez de feto anencefálico não afeta nenhum desses bens jurídicos que a ordem constitucional protege. Na hipótese de gestação de feto anencefálico não há vida viável em formação. Em outros

termos, falta o suporte fático-jurídico, qual seja, a potencial vida humana a ser protegida, esvaziando-se o conteúdo material que fundamentaria a existência da norma protetiva (Bitencourt, 2011, p. 172).

Em contrapartida, a gravidez de feto anencefálico também é consideravelmente perigosa para a gestante, podendo acarretar graves riscos a sua saúde e a sua vida, ocasionando, conseqüentemente, problemas psicológicos.

Não é outro o entendimento de Néelson Hungria (apud Bitencourt, 2011, p. 172):

Não está em jogo 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. O feto *expulso* (para que se caracterize o aborto) (*sic*) 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 falar-se em aborto (*sic*), para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto.

Assim sendo, diante da falta de real expectativa de vida extrauterina do feto, não há que se falar em crime de aborto propriamente dito, visto que o bem jurídico tutelado não é afetado pela prática.

4.3 Divergências relacionadas à denominação: “aborto de anencéfalos”

A denominação *aborto anencefálico* não é de todo correta, vez que não se trata de um feto com vida, e sim de um produto concebido com morte cerebral (Bitencourt, 2011).

O médico Marco Antônio Becker, Secretário do Conselho Federal de Medicina, (apud Bitencourt, 2011, p. 177) afirma:

Quando a mãe pede para retirar esse feto e o médico pratica o ato, isto não configura propriamente aborto, com base no art. 126 do Código Penal, pois o feto, conceitualmente, não tem vida. [...] a morte não é um evento, mas sim

um processo. O conceito jurídico de morte considera um determinado ponto desse processo biológico. Durante séculos adotou-se a parada cardiorrespiratória como índice demarcador de vida.

O legislador brasileiro, orientado pelas evoluções médico-científicas,

[...] reconhece que “a morte cerebral” põe termo à vida humana [...] Portanto, a *interrupção de gravidez* em decorrência de *anencefalia* não satisfaz aqueles elementos [...] de que “o crime de aborto pressupõe gravidez em curso e é indispensável que o feto esteja vivo”, e ainda que “a morte do feto seja resultado direto das manobras abortivas”. Diante dessa constatação, na nossa ótica, essa *interrupção de gravidez* revela-se absolutamente *atípica* e, portanto, nem sequer pode ser tachada como *aborto*, criminoso ou não.

O ilustre médico gaúcho Marco A. Becker (apud Bitencourt, 2011), conclui que não há que se falar em outra excludente de ilicitude a ser adicionada no artigo 128 do Código Penal, pois o próprio ordenamento jurídico já autoriza, mediante disposições subentendidas, o médico a interromper a gestação, quando comprovado ser o feto anencéfalo, visto que não há infração penal, o fato é atípico. Inexistindo vida, inexistente crime de aborto.

Compactuando com a ideologia de Bitencourt e do médico Marco Becker, o doutrinador André Estefan (2010, p. 89) postula:

Vale dizer que, do ponto de vista da estrita tipicidade (formal e material), o ato do médico que, com o consentimento válido da gestante, depois de certificar-se mediante diagnóstico seguro que o produto da concepção é um ser desprovido de encéfalo, o suprime, antecipando sua expulsão, não comete crime de aborto [...] Para um setor da doutrina, o tema deve ser abordado sob a ótica da culpabilidade, pois não é exigível da gestante suportar um processo gravídico sabendo que o ser não terá nenhuma condição de vida extrauterina. Haveria, destarte, uma causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa.

Torna-se atroz exigir de uma mulher que carregue no ventre um fruto, que ao se desprender, perderá completamente a vitalidade, não possuindo qualquer condição de sobreviver.

Nesta mesma ótica, José Henrique Pierangeli (apud Nucci, 2011, p. 660) conclui:

[...] em se tratando de anencefalia, não pode a interrupção da gravidez ser considerada como aborto ou antecipação do parto, posto que falta o elemento básico, fundamental, que é a existência da vida humana. A malformação congênita do anencéfalo inviabiliza a vida extrauterina [...] A interrupção da gravidez ou antecipação do parto, em caso de anencefalia, constituem condutas atípicas. Como se trata de conduta atípica, fica sem sentido a exigência de autorização judicial para a realização da medida médico-cirúrgica, podendo o médico atuar livremente, posto que se trata de atuação com finalidade terapêutica, que também se torna sua conduta atípica.

Em detrimento dos debates que envolvem esta prática abortiva, é que se suscitou ao STF um posicionamento. Por envolver questões de ordem constitucional, como o direito à vida, dignidade da pessoa humana, direito à saúde, dentre outros, é que houve a necessidade de que a Suprema Corte se manifestasse. A ADPF nº 54 fora interposta, dando abertura para estrondosos rumores e debates, mas o trabalho fora feito, e será apresentada a seguir detalhadamente a decisão de cada ministro.

4.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 54

O Conselho Nacional dos Trabalhadores em Saúde (CNTS) e a ONG Anis (Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero) apresentaram ao Supremo Tribunal Federal, em abril de 2004, uma ADPF, sob o nº 54, com o escopo de obter um parâmetro sobre a constitucionalidade do direito de interromper a gravidez em casos de feto anencéfalo (Mello, 2013).

O fato que fez eclodir tal manifestação por parte das organizações foi o recebimento de um requerimento, alguns meses antes, que

[...] dizia respeito a uma autorização para a interrupção da gravidez de uma jovem de 18 anos, de Teresópolis (RJ), com diagnóstico de feto anencéfalo. O parto, com a morte do bebê apenas sete minutos depois, ocorreu antes da decisão da Justiça sobre o abortamento (Mello, 2013, p. 8).

Após a aprovação da ADPF pelo Ministro Marco Aurélio, um longo período transcorreu, até que, em 2008, realizou-se a primeira convocação para audiências públicas, com a oitiva de testemunhos pessoais, exposições técnicas, científicas, bem como a manifestação de juristas sobre a anencefalia (Mello, 2013).

Encerradas as audiências, concluiu-se que

[...] o diagnóstico de anencefalia é feito com 100% de certeza; a anencefalia é uma condição irreversível e letal em 100% dos casos; a gestação de um feto anencefálico é de maior risco para a mulher; a interrupção da gestação, nesse caso, não deve ser tratada como aborto, mas como antecipação terapêutica do parto e a anencefalia não se confunde com deficiência. A anencefalia é uma condição de inviabilidade de vida extrauterina (Mello, 2013, p. 9).

O processo, até 2011, ficou aguardando entrada em pauta. O ministro Marco Aurélio apresentou, portanto, seu relatório, descrevendo de forma superficial o processo e pedindo sua inclusão em pauta para posterior julgamento.

No que se refere à temática em questão, “Em abril de 2009, a AGU, Advocacia Geral da União, emitiu parecer favorável à antecipação terapêutica do feto nos casos de anencefalia, com base na Constituição Federal, o que alimentou a esperança pela aprovação da ADPF 54” (Mello, 2013, 10).

Precedentemente à decisão do STF sobre a ADPF 54, no Brasil, não era permitida a prática de interrupção de gestação de feto anencefálico:

A lei, de 1940, prevê o abortamento em casos de estupro e quando a vida da gestante está em risco. No entanto, desde o final da década de 1980, juízes brasileiros começaram a conceder alvará que autoriza o aborto para os casos de anencefalia. O primeiro alvará foi expedido em 1989, em Rondônia.

A sociedade, assim como juristas, aplicadores do Direito, cientistas e demais classes que se relacionam com esta temática, sentiram a necessidade de alguma garantia, a fim de que a legislação penal se adapte aos valores e à realidade atual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos, após longa caminhada pela História, foram positivados pelas Constituições, realçando-se assim sua devida importância para a humanidade. Diversas foram, porém, as revoluções que propulsionaram e demonstraram a necessidade de maior garantia de direitos à sociedade, podendo-se citar a Revolução Francesa e a Segunda Guerra Mundial como molas propulsoras.

O direito à vida e princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que não positivados, sempre existiram na sociedade, mesmo quando eram considerados direitos naturais inerentes a cada indivíduo. Hoje, encontram respaldo na Constituição Federal e na Declaração de Direitos Humanos. A importância de tais princípios (direitos) verifica-se ao se constatar que se encontram entre os direitos de primeira geração.

A necessidade de um estudo aprofundado sobre os direitos fundamentais, especificamente a dignidade e a vida humana, tornou-se imperioso, visto que a prática abortiva de fetos anencefálicos causou rumores e divergências no que se refere aos referidos preceitos.

O delito de aborto previsto no Código Penal fere o direito à vida do feto e, em alguns casos, à dignidade e à vida da gestante. É justamente neste ponto que a divergência se inicia, ou seja, a interrupção de uma gestação anencefala, para alguns é considerada tipo penal de aborto, infringindo os referidos direitos fundamentais. Para outros juristas, porém, e, conforme a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal, tal intervenção não se enquadra como delito abortivo, devido ao fato de que o feto não possuirá nenhuma expectativa de vida extrauterina. Sendo assim, o objeto jurídico vida não será ceifado.

A decisão da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 viabilizou e descriminalizou a interrupção de gestação anencefálica, prática esta não considerada tipo penal de aborto. A acertada decisão garantiu à gestante o direito de optar pelo que lhe parecer ideal, não há possibilidade de forçar uma mulher, ser que naturalmente já é frágil, a prosseguir até o final com uma gestação cujo fruto não amadurecerá. Ao desprender o feto do ventre materno, não há qualquer possibilidade de que ele venha a sobreviver por mais que alguns minutos, quando já não for natimorto.

Protege-se, por conseguinte, o direito à saúde da gestante, a sua dignidade materna, o seu direito de livre escolha e de dispor sobre seu próprio corpo. A privação de uma mãe em optar pela interrupção da gravidez de um feto anencéfalo é o mesmo que aprisioná-la em seu próprio corpo, e deixá-la prolongando um sofrimento que pode ser antecipado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988.

BARROS, Renata Furtado. *Avanços da biotecnologia: os direitos humanos como fundamentos para a proteção do biodireito na América Latina*. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume8/arquivos_pdf/sumario/Renata%20Furtado%20de%20Barros.pdf>. Acesso em: 30 maio 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial 2. Dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Volgane Oliveira. *A anencefalia e o princípio da dignidade da pessoa humana no regime neoconstitucional brasileiro*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10385>. Acesso em: 15 out. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Especial. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. 2.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ESTEFAN, André. *Direito Penal I – Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Marco Aurélio Farias. *Relator vota pela possibilidade da interrupção de gravidez de feto anencéfalo*. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204680>>. Acesso em: 26 abr. 2012.

MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PINOTTI, José Aristodemo. In: CARVALHO, Volgane Oliveira. *A anencefalia e o princípio da dignidade da pessoa humana no regime neoconstitucional brasileiro*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10385>. Acesso em: 15 out. 2013.

ROCHA, Augusto Filipe Azevedo. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia em face da dignidade humana, o direito à vida, e os direitos de personalidade no Direito pátrio*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16489/Eutan%C3%A1sia_ortotan%C3%A1sia_distan%C3%A1sia_dignidade_humana.pdf?sequence=1.%20Acesso%2002/09/11>. Acesso em: 30 maio 2012.

ROSA, Kellen Martins. Cidadania, direitos humanos e acesso à justiça. *Direito em Debate*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b.

TRINDADE, José Damiano de Lima. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Peirópolis, 2002.

Recebido em: 26/3/2014

Aceito em: 15/4/2015