

ANENCEFALIA PELO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Lucinda de Castro Jardim Lobo¹

Profa Ma. Cristina Dias de Souza Figueira²

Profa. Ma. Delaine de Sousa Silva Álvares³

RESUMO

Todos os anos, mulheres buscam o Poder Judiciário com a esperança de conseguir autorização para por fim à gestação e quando o fazem sofrem com preconceito existente diante da atitude por elas tomada. Esse artigo aborda a anencefalia e o direito da mãe em interromper a gestação. Demonstra-se aqui argumentos favoráveis à interrupção da gestação do feto anencéfalo, em que a decisão a ser tomada nessa hipótese, não se trata de aborto por ser um fato atípico, mas sim a realização de antecipação terapêutica do parto. Observa-se que, embora o Brasil seja um país laico, encontra-se forte influência religiosa nas decisões judiciais que, negam a autorização da interrupção da gestação nessas hipóteses de uma má-formação inviável. O direito penal não pode estabelecer limites diante de direitos subjetivos, quando estes não se mostram necessários. A legislação deve se mostrar presente protegendo os cidadãos e evoluindo, não podendo de forma alguma se mostrar injusta e inadequada diante da realidade apresentada. O princípio da dignidade humana não pode deixar de ser observado, dando a mãe o direito de decidir o que é melhor para ela, já que com plenitude de certeza o feto não sobreviverá. Por isso, não pode ser tipificado como sendo aborto, crime contra a vida, uma vez que esta não existirá nem com seu nascimento do feto, portanto, o bem jurídico tutelado não é ferido. Diante do exposto o objetivo desse estudo é demonstrar que, em hipóteses tais, não se trata de aborto, mas antecipação terapêutica do parto.

Palavras-chave: anencefalia, aborto, antecipação terapêutica do parto.

INTRODUÇÃO

A anencefalia é uma má formação do tubo neural, é caracterizada pela ausência parcial e até total do encéfalo e da calota craniana, provém de defeito no

¹ Acadêmica do 9º período do Curso de Direito pela Universidade Salgado de Oliveira – UNIVERSO. Graduação em Enfermagem pela Universidade Salgado de Oliveira (2004-2008) e pós-graduação em Enfermagem do Trabalho (2008-2010), pelo CEEN. Email: lucindalob@gmail.com

² Graduação em Letras Inglês e Literaturas pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, mestrado em Linguística Aplicada pela Universidade de Brasília – UnB- (2002) e especialização em Docência Universitária pela Universidade Salgado de Oliveira (2004).

³ Graduação em Psicologia pela Universidade Católica de Goiás (1990) e em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira, especialista em docência universitária pela Universidade Salgado de Oliveira e mestrado em Ciências Sociais pela Universidade Federal de São Carlos (1998)

fechamento do tubo neural, ainda nas primeiras semanas de formação.

A anencefalia não é caracterizada apenas diante de casos com ausência total do encéfalo, podendo variar em cada caso. Trata-se de uma má-formação que passa de quadros menos graves a quadros de indubitável anencefalia. Uma classificação rigorosa é quase que impossível.

Nestes casos, o bebê pode apresentar algumas partes do tronco cerebral funcionando, garantindo algumas funções vitais do organismo. Os fetos com essa anomalia pode apresentar deformidade facial e problemas cardíacos, como também cegueira e surdez. Podem ainda, apresentar ações meramente reflexas, porém nunca terão consciência do mundo ao seu redor.

Bebês com anencefalia possuem expectativa de vida muito curta. Essa má formação pode ser diagnosticada, com certa precisão, a partir das 12 semanas de gestação, através de ultrassonografia.

O risco de incidência aumenta 5% a cada gravidez subsequente. Mães diabéticas têm seis vezes mais probabilidade de gerar filhos com este problema, podendo ainda estar presente na gestação de mulheres muito jovens ou nas com a idade avançada. Uma das formas de prevenção mais indicadas é a ingestão de ácido fólico antes e durante a gestação.

A anencefalia é uma má formação incompatível com a vida. O diagnóstico é preciso e não existe tratamento disponível. Esta é a forma mais grave dos chamados defeitos de fechamento do tubo neural. A incidência de anencefalia é em torno de 1 para cada 1000 bebês nascidos vivos.

Os avanços na tecnologia médica tem propiciado um conhecimento mais amplo da vida intrauterina, permitindo o diagnóstico de anormalidades no desenvolvimento do feto enquanto a gravidez ainda está em curso, devendo a paciente ser orientada pela equipe médica, informando e esclarecendo dúvidas apresentadas da gestante e de seus familiares, sem, contudo, induzi-la a uma decisão diante da anencefalia. Cabe apenas a mãe decidir se levará ou não a gravidez adiante, tendo em vista seus valores morais, emocionais ou religiosos, não pode ficar obrigada a ter um bebê sem possibilidade alguma de vida, somente a vida vegetativa.

As discussões sobre o assunto têm não apenas o enfoque penal mas também muitos argumentos de outras ordens, atrapalhando desta forma uma apreciação técnica e adequada da matéria.

Outra discussão acerca do tema é de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo é considerada aborto. Não há que se falar em aborto, pois o feto ainda vive dentro do útero materno, não tendo ainda capacidade jurídica para o direito brasileiro, não existindo portanto o bem jurídico tutelado, a vida.

Diante essa realidade quem mais sofre são os pais do bebê. A questão primordial é a garantia do seu direito de escolha, não podemos admitir que o estado intervenha para impedir um ato que não é e nem poderia ser ilegal.

Diante do preconceito e do julgamento feito a essas mulheres este trabalho tem como finalidade abordar a polêmica gerada pela colisão dos Direitos e Garantias Fundamentais em virtude da ilegalidade do aborto e da “legalidade” do aborto nos casos de anencefalia, gerando um conflito entre a “legalidade” e os preceitos morais nos quais a sociedade acredita.

1 INÍCIO E FIM DA VIDA

O início da vida é uma questão ainda muito discutida nos dias de hoje. Muitas teorias e correntes se apresentam, utilizando-se de conceitos biológicos, os legais ou mesmo os filosóficos.

No ordenamento jurídico brasileiro apenas o nascimento com vida atribui ao nascituro personalidade civil, dando direitos e deveres civis (propriedade, família e contratos), mas mesmo ainda estando presente no ventre materno, são atribuídos direitos para assegurar condições de sobrevivência.

Comprova-se o nascimento através da docimasia hidrostática de Galeno (presença de ar nos pulmões), determinada pela medicina.

O código Civil Brasileiro (2003), diz que partir da concepção, o ser humano deve ser tratado como sujeito de direitos, pois uma nova vida está surgindo, cabendo à sociedade, aos pais e ao Estado tutelar esta vida. Propondo assim, em seu art.2º: *“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 Federal tem resguardado o nascimento, porém, existem hipóteses em que o aborto é legalizado: diante do aborto necessário, em que não há outro meio de salvar a vida da mãe e se a gravidez resulta de estupro. Rudolf Von IJhering, em A evolução do Direito (2006, p.290) enfatiza que “um problema insolúvel

o de indagar o que é que constitui o conteúdo do direito, porque ele é eternamente variável.” Esse autor ainda nos leva a refletir que “O direito não exprime a verdade absoluta: a sua verdade é apenas relativa e mede-se pelo seu fim. E assim é que o direito não só pode mas deve mesmo ser infinitamente variado.”

1.1 Evolução do Direito

Até a produção dos primeiros códigos, os governantes exerciam seu poder com autoritarismo, sem qualquer limite, julgando duramente e sem proporcionalidade, tomando suas decisões conforme sua vontade.

Do ponto de vista teórico, os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, conquistados com lutas em defesa de novas liberdades e contra velhos poderes.

A partir de um determinado momento a palavra apenas falada já não mais bastava, surgindo daí a produção da lei escrita. Inicialmente através de inscrições no barro e em papiros, bem como gravadas em ossos de animais.

A doutrina jusnaturalista, de modo especial por meio das doutrinas contratualistas, chega a seu ponto culminante de desenvolvimento. Paralelamente, ocorre um processo de separação entre a igreja e o Estado, que atinge seu apogeu no iluminismo.

Para Kant, todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, cabendo a todo homem em virtude de sua própria humanidade encontrando-se limitados apenas pela liberdade coexistente nos demais homens.

1.2. Direitos Humanos Fundamentais na Constituição Federal

Podemos compreender que os direitos humanos fundamentais estão tutelados em nossa carta maior, nesta temos os direitos e garantias individuais.

Segundo Canotilho, (2006, p.118) as expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são sinônimos podendo ser distinguidas da seguinte maneira: *direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos e *direitos fundamentais*, que são os direitos do homem institucionalizadamente garantidos. Os direitos do homem tem seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes em uma ordem

jurídica concreta.

Assim sendo, não podemos fazer nenhum tipo de distinção entre as pessoas, pois, a Constituição Federal em seu art. 5º afirma que todos são iguais perante a lei, garantindo desta forma, aos brasileiros, estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, a igualdade, à segurança e à propriedade. Estes direitos não são absolutos e que em alguns casos pode até um direito se sobrepor ao outro, por exemplo, nos casos de estupro, a mãe tem o direito de abortar, nos casos previstos em lei.

O direito à vida é reconhecido pela doutrina como direitos de primeira dimensão, sendo ele o maior e mais importante dentre todos. Nem sempre foi tutelado, ou mesmo sendo pelas constituições passadas não era dado o valor que a vida tem hoje, a Constituição Federal de 1988, trouxe um diferencial em seu 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.

Para gozarmos dos direitos humanos fundamentais disponíveis é necessária a vida, por isto essa é protegida plenamente, no entanto em alguns casos, o princípio da dignidade humana se sobrepõe ao da vida.

O direito ao nascimento encontra-se amparado pela Constituição Brasileira no artigo 227 da, onde, “é assegurado a criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, não podendo assim, violar esses direitos. As crianças desde o seu nascimento deverão ser acompanhadas pela sociedade e pelo Estado como forma de garantir desenvolvimento e sua qualidade de vida.

Nossa Carta Maior, não obsta dúvidas sobre a proteção à vida, tendo este sido ratificado o *Pacto de São José da Costa Rica*. No artigo 4º, I, da convenção Interamericana de Direitos Humanos está disposto que: “toda pessoa tem direito que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em regra, desde o momento da concepção, ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”.

Entre os direitos humanos, o princípio da igualdade entre os sujeitos, o ser desprotegido, indefeso, apenas concebido merece também essa proteção jurídica.

2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é um bem indisponível. Tudo que existe no mundo deve ser usado em proveito da humanidade, não rebaixá-la ou diminuí-la em sua dignidade.

Não há um consenso sobre a dignidade da pessoa humana, até mesmo a vida e a morte podem ser vistas em pontos de vista diversos. Assim também acontece com a dignidade da pessoa humana, onde deverá ser analisado sempre o fato real.

Por exemplo, o aborto em caso de estupro que pode ser realizado ainda que o feto não seja culpado, ainda assim, poderá ser praticado diante do fato ocorrido. No caso, prevalece o princípio da dignidade da pessoa humana, para que a mãe não veja o feto e lembre do que lhe ocorreu, seja também por qualquer outro motivo de foro íntimo que leve a mãe a prática de tal ato, podendo ela agir desta forma, sendo tutelada pela legislação Brasileira.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p.78), constata-se que a dignidade da pessoa humana é uma “categoria axiológica aberta”, um “conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento”, apesar de saber-se que, como qualidade inerente ao homem (dignidade como limite do Estado), ostenta as características da intangibilidade, da irrenunciabilidade e inalienabilidade, bem como independe de seu reconhecimento pelo Direito e dos comportamentos humanos, ainda que esses sejam considerados indignos. A doutrina majoritária adota o pensamento kantiano no que se refere ao núcleo da noção de dignidade.

Também é vista a dignidade como tarefa que incumbe à entidade estatal (preservação e promoção da dignidade, bem como a criação das condições necessárias a seu pleno exercício).

O autor do livro propõe uma conceituação jurídica de 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 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 corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Consagra-se a dignidade da pessoa humana como princípio valor fundamentador do ordenamento jurídico brasileiro (CF/88, art. 1º, inciso III), significando que:

“o nosso Constituinte de 1988 [...] reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana”, reforçando o entendimento sobre a dignidade como limite e tarefa dos poderes estatais, evidenciando assim que se adota a matriz kantiana de que o ser humano é um fim em si mesmo; nela fundamentam-se, direta ou indiretamente, os direitos humanos e, em especial, os direitos fundamentais, quer estejam positivados, quer não (há de ser lembrado o disposto na CF/88, art. 5º, § 2º).

A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é relativamente recente, ainda mais em se considerando as origens remotas a que pode ser reconduzido. [...] tão somente a partir da Segunda Guerra Mundial, o valor fundamental da dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecido expressamente nas constituições, de modo especial após ter sido reconhecido pela declaração universal da ONU de 1948. (SARLET, 2015)

Mesmo assim, muitos Estados integrantes da comunidade internacional não chegaram a inserir o princípio da dignidade da pessoa humana em seus textos constitucionais.

A dignidade da pessoa humana é inerente a pessoa e assim como outros princípios é irrenunciável e inalienável, é uma característica intrínseca do ser humano. Ainda segundo Sarlet ao tratar do assunto, diz que:

[...] é algo que se reconhece, respeita e protege, mas que não possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. Não é, portanto, sem razão que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica de dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida de valor próprio, da natureza do ser humano. (SARLET, 2015, p.81)

Podemos também apontar a dignidade da pessoa humana como algo inerente a natureza do homem, de acordo com a sua cultura, seus costumes e sendo assim, é dever do Estado assegurar esta dignidade.

Não podemos deixar que uma pessoa sofra imposições feitas pelo Estado, por qualquer outro particular, ou por ele mesmo, que fira sua dignidade.

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana é um princípio difícil de conceituar por ser abstrato, mas fácil de ser contatado no caso concreto, como por exemplo, protegendo a integridade física, moral e psíquica, proibindo a pena de

morte, qualquer tipo de tortura, a eutanásia, e qualquer outro ato que traga o sofrimento a pessoa e/ou a leve a ser tratada como mero objeto.

3 ABORTO

Desde 1940 o aborto é considerado um delito pelo Código Penal e passível de prisão, para as mulheres que se submetem e para quem o realiza.

A excepcionalidade se dá somente em três casos: quando a gravidez é resultado de estupro (a mulher tem o direito de escolher interromper a gravidez ou mantê-la), para salvar a vida da mulher e, a partir de 2012, gravidez de feto anencéfalo (a mulher tem o direito de optar pelo prosseguimento da gestação ou por interrompê-la).

O Direito, além de buscar orientar o desenvolvimento das em sociedade, busca também, a ordenação social, por isso a proteção preliminar da vida é basilar,. Nesse passo, a existência humana se mostra como o fenômeno desencadeador de todas as demais relações jurídicas, lícitas ou ilícitas, que o homem, enquanto célula do tecido social, pode se desenvolver.

O Código Penal vigente no Brasil, no Capítulo I – DOS CRIMES CONTRA A VIDA -, criminaliza, no art. 124, a prática do autoaborto e o consentimento da gestante para que terceiros realizem o abortamento. O Código Penal, no artigos 125 e 126, tipificam o aborto provocado por terceiro, sem e com o consentimento da gestante, respectivamente. Por fim, o art. 128 abrange as hipóteses taxativas nas quais é possível realizar o abortamento sem que tal conduta seja criminosa, pois são causas de exclusão da ilicitude, ante a peculiar situação que a gestante se encontra.

3.1 Crime de aborto

Vejamos a redação legal:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o

consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. (...)

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 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.

Em caso de estupro, o aborto sentimental é permitido, pois, a mulher não deve ser obrigada a gerar um feto, resultante de uma violência, no entanto, se faz necessário, o consentimento da gestante para que tal ato seja praticado. E ainda em casos onde se é confirmada não apenas a anencefalia, como também nos casos que não há outro meio de salvar a vida da gestante que segundo a doutrina caracteriza-se como estado de necessidade, dispõe-se da vida do feto para salvar a vida da mãe, é prática lícita e irrenunciável, com ou sem o seu consentimento.

Nas demais situações, quando o aborto é praticado pela, é definido como crime, previsto no art.123 do Código Penal, e até mesmo quando realizado por terceiros, com ou sem o consentimento da gestante (Art. 125 e 126 CP).

Quando praticado um fato típico, passa a incidir sobre ele a presunção de que também é ilícito.

Segundo esse raciocínio, o médico que realiza um aborto para salvar a vida da gestante ou interrompe uma gravidez decorrente de estupro, em um primeiro momento, está cometendo um delito. O fato por ele praticado, além de típico, é presumidamente ilícito. Contudo, não há que se falar na ocorrência de crime. O médico, nessas hipóteses taxativas, está acobertado por causas de justificação ou excludente de ilicitude.

No inciso I, encontra-se o aborto terapêutico ou necessário, que constitui estado de necessidade, pois o médico, com o fito de salvar a vida da gestante, emprega o único meio ao seu alcance, qual seja o abortamento.

Já no inciso II temos o aborto humanitário, sentimental ou ético, onde as vítimas de estupro engravidam em decorrência de relação sexual mantida, por meio de violência ou grave ameaça, com o criminoso. Não é preciso autorização judiciária, basta que a gestante prove ao médico a ocorrência do crime de estupro por qualquer evidência, através de inquérito policial, exame de corpo de delito, processo judicial relativo ao crime.

Antes de realizar o procedimento, o médico deve ter cautela, no sentido de certificar da veracidade dos fatos. Será exigido prévio consentimento da gestante

ou, em caso de incapacidade da vítima, autorização dada por seu representante legal. Em hipótese alguma, essa permissão pode ser prescindida.

4 ANENCEFALIA

A ocorrência de casos de anencefalia é mais comum na população brasileira do que se tem ideia. Segundo dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), divulgados no ano de 2003, o Brasil é o quarto país do mundo a apresentar maior incidência dessa má-formação fetal. De acordo com a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), estima-se que a cada 1.600 recém-nascidos, um é anencéfalo. Não estando presentes nessa estimativa os dados diante de uma gestação prematura.

Fetos anencéfalos sempre existiram, o que não havia era o diagnóstico eficaz e prematuro, só era identificada tal má formação quando da interrupção espontânea da gestação ou no momento do parto.

Os avanços tecnológicos levaram a um conhecimento mais amplo da vida intrauterina, permitindo, o diagnóstico de anormalidades no desenvolvimento do feto enquanto a gravidez ainda está em curso. Felizmente, hoje a anencefalia pode ser detectada já na 12^a semana de gestação.

Este avanço gerou muita polêmica e dúvidas na sociedade e doutrinadores, alguns dizendo ser a interrupção da gestação do anencéfalo aborto, e outros tratando do caso como fato atípico.

O direito evolui com a sociedade, sendo assim, deve haver uma limitação do Estado em intervir em determinadas condutas dos cidadãos ou obrigar a prática de outras.

4.1 Aspectos jurídicos

Este julgado teve como relator o Ministro Marco Aurélio e dos que o acompanharam, reconhece que:

No dia 02 de agosto de 2004, foi concedida uma liminar pelo ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), autorizando a interrupção da gestação de fetos com anencefalia, tornou sem sentido qualquer pedido de aborto anencefálico perante os juízes. Não há que se falar em autorização judicial. Aborto anencefálico não é crime, de acordo com a decisão do STF. Ninguém pode ser processado por isso.

“O processo de secularização do direito, ou seja a separação entre o

direito e religião, deve ser concluído o mais pronto possível. Resquícios da confusão entre eles devem ser eliminados”. (CONSULEX, 2004 p. 37)

“Com a interrupção da gravidez por anomalia fetal, as mulheres não estão renunciando a sua fé em Deus, mas reafirmando sua crença na autonomia e na capacidade para escolher o rumo de suas vidas, sem limitações ao exercício de seus direitos e liberdades fundamentais”. (CONSULEX, 2005 p. 37)

Observa-se qual a opinião da igreja católica, devido sua maior influência em nosso país, outras religiões como o espiritismo, budismo, islamismo e hinduísmo também não são favoráveis a liberação da interrupção da gestação do anencéfalo.

Todos os países desenvolvidos já autorizam a interrupção da gestação (Suíça, Bélgica, Áustria, Itália, França, etc), somente os países em desenvolvimento é que ainda o proíbem (Paraguai, Venezuela, Argentina, Chile, Equador).

4.2 Ausência de crime por atipicidade

O parecer penal tem se tornado apenas um detalhe em meio a tantos argumentos de outras ordens, atrapalhando desta forma uma apreciação técnica e adequada da matéria.

O Direito Penal visa exclusivamente a proteção de bens jurídicos, Luiz Flávio Gomes diz que,

o direito Penal não serve para a tutela da moral, de funções governamentais, de uma ideologia, de uma religião etc; sua missão é tutelar os bens jurídicos mais relevantes (vida, integridade física, patrimônio, liberdade individual, liberdade sexual etc. (RDPPP, 2010, p.108)

Diante de casos de aborto, o bem jurídico tutelado é a vida e na anencefalia não há vida a se proteger já que o feto é gerado sem o encéfalo, a interrupção desta gestação não expõe perigo ao bem jurídico “vida”, pois esta não existe e nem existirá com o nascimento.

Para ser considerado crime, o fato deve ser típico, antijurídico e para alguns doutrinadores, culpável. Segundo Mirabete (2012, p.101), para que se possa afirmar que o fato concreto tem tipicidade, é necessário estar tipificado na descrição legal, ou seja, que haja perfeita adequação do fato concreto ao tipo penal. Deve-se, por isso, verificar de que se compõe o fato típico. São elementos do fato típico: Conduta (ação ou omissão), resultado, a relação de causalidade e a tipicidade.

O aborto está tipificado na lei conforme vimos. A conduta deste crime é de

retirar o feto, crime contra a vida. O resultado no crime de aborto ocorreria com a morte do feto. Em sendo assim, nos casos de anencefalia o fato “abortar” torna-se atípico, posto que, não poderíamos dizer “aborto”, na anencefalia, já que não há vida, sendo um ser vegetativo.

Essa interrupção da gestação deverá ser permitida somente com sérios diagnósticos onde demonstrará a anencefalia do feto, não havendo assim a possibilidade de vida.

Não cabe aos legisladores sua verificação, devendo ser realizada por médicos, cabe aos legisladores tutelar e amparar os cidadãos para que estes não venham a sofrer abusos.

4.3 O direito da gestante interromper a gestação

O princípio da dignidade humana é visto sob vários ângulos. Não encontramos na doutrina uma forma unânime de interpretação, devendo ser feita uma interpretação de casos reais, como já dito, nenhum dos princípios fundamentais é absoluto, nem mesmo o direito à vida, o mais importante deles.

Várias são as teorias e discussões sobre o início da vida, pois viver não significa apenas estar vivo, mas com potencial para seguir o ciclo da vida, o que não ocorre no caso dos anencéfalos.

A pessoa mais prejudicada diante desse quadro é a gestante que carregará, em regra, durante 9 meses um feto que não terá a possibilidade de vida. Como obrigar uma mãe a ter um bebê, sem dar a ela a certeza de planejar o futuro, sabendo que seu bebê nem ao menos sairá do hospital. Poderíamos pensar também sobre outro aspecto, o da mãe que mesmo sabendo que seu filho não terá vida, possui a esperança de ver seu rosto e aconchegá-lo mesmo que apenas por minutos. Muitas gestantes, mesmo sabendo que o feto é anencéfalo, optam por deixá-los nascerem mesmo sem a possibilidade de vida extrauterina.

A interrupção da gestação do feto anencéfalo sendo tutelada pela legislação Brasileira, não visa obrigar a mãe a interromper a gestação, mas assegura o direito de opção dos pais e protege os profissionais da saúde que também estarão amparados.

Segundo Luiz Roberto Barroso:

Obrigar uma mulher a conservar em seu ventre, por longos meses, o filho

que não poderá ter, impõe a ela sofrimento inútil e cruel. Adiar o parto, que não será uma celebração de vida, mas um ritual de morte, viola a integridade física e psicológica da gestante (RDPPP 2010, p 39).

A gravidez modifica não apenas o corpo da mulher como também o seu estado psicológico. O direito deve acompanhar a sociedade, seus avanços científicos e culturais, de modo que não seria justo obrigar uma gestante a carregar o feto sem a menos perspectiva de vida futura. Após verificada a impossibilidade de vida, pode a lei autorizar a interrupção da gestação, evitando que a mulher acompanhe os avanços de sua gestação, aprofundando o amor e o apego ao bebê, por não ser esta uma gravidez normal, transformando esse momento num dor tão profunda e inimaginável assim que mulher toma ciência da condição de seu bebê.

Ainda as gestações de fetos anencéfalos causam, com muita frequência, patologias maternas como hipertensão e hidrâmnio (excesso de líquido amniótico).

As gestantes podem percorrer uma gravidez com risco elevado como dificuldade respiratória, hipotensão em decúbito dorsal, ruptura uterina, embolia de líquido amniótico, desligamento de normoplacentário, atonia uterina pós-parto e outros (RT, 2005, p.406)

É importante reforçar o direito de escolha de interromper ou não a gestação aos pais, sejam por que motivos forem, sejam religiosos, morais, pessoais.

CONCLUSÃO

O início da vida ainda é muito discutido, muitas são as teorias e argumentos para conceituar o início da vida. O mais utilizado é a fusão dos gametas (espermatozoide e óvulo), formando o embrião. A partir deste momento há uma nova vida humana, que possuirá todas as informações genéticas que ditará seu desenvolvimento, cessando-se somente com a morte.

O direito à vida está tutelado pela nossa Carta Maior, sendo ele considerado o maior e mais importante dentre todos, desta forma, desde a concepção a vida é protegida, não dando a ninguém o direito de tirar uma vida. Esse é um direito inviolável e indisponível, sendo condenado o aborto. Porém, diante da anencefalia, não é considerado aborto, por ser este um caso atípico, afastando assim o delito.

A dignidade da pessoa humana é um direito inviolável, irrenunciável e inalienável, é uma característica intrínseca do ser humano. Esse princípio é de difícil conceituação, mas podemos vê-lo com clareza se analisá-lo nos casos reais, como

no aborto, em caso de estupro e em casos de anencefalia, assim podemos ver o princípio da dignidade se sobrepondo ao da vida, pois como uma gestante pode carregar um filho fruto de uma violência? Ou até mesmo esperando nove meses por um bebê que ao nascer, não terá possibilidade alguma de vida?

Não pode-se banalizar o aborto. A anencefalia não pode ser considerada aborto, pois este é crime contra a vida e nestes casos há somente a vida vegetativa.

O que se defende com o presente trabalho é que seja concedido a gestante a opção de interromper a gravidez, de ser uma escolha sua, uma vez que, durante os nove meses ela carregará o feto, sabendo que este não terá a possibilidade de vida, tratando-se ainda de uma gravidez que traz risco a sua saúde. Não se pode obrigar uma mãe a ter um bebê, impossibilitado de vida extrauterina.

Muitas gestantes optam por ter seus bebês. Visa salientar que o importante é deixar o direito de escolha aos pais. Devendo haver uma limitação do poder do Estado em intervir em determinadas condutas ou obrigar a prática de outras.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BANDEIRA, Ana Cláudia. **Pirajá**: Consentimento no transplante de órgãos. Curitiba: Juará Editora, 2001.

BRANDÃO, Dornival da Silva, *et al.* **A vida dos Direitos Humanos**: Bioética Médica e Jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**: promulgada em: 5 de Outubro de 1988. Organização do texto por Luiz Flavio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

COUTINHO, Luiz Augusto. **Anencefalia**: novos Rumos para a ciência jurídica. RDPPP. Dez - Jan/2005.

DIREITOS HUMANOS, **Sociedade Catarinense de direitos humanos**. Disponível em: <www.sociedadecatarinense.org.br>. Acesso em: 22 jun. 2006.

GOLDIM, José Roberto. **Início da vida de uma pessoa humana**. Disponível em: <www.ufrgs.br>. Acesso em: 16 jul. 2006.

GOMES, Luiz Flavio. **Anencefalia**. RDPPP, nº 27. Ago-Out/2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Código Penal, Código de Processo Penal e Constituição**

Federal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Nem todo aborto é criminoso**. Revista jurídica Consulex. Ano VIII, nº191. Dez/2004.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Novo Código Civil e Legislação extravagantes anotados**. Revista dos Tribunais, 2002.

NARLOCH, Leandro e MUTO, Eliza. **Uma nova morte**. Isto É. Dez.2005.

_____. **O primeiro instante**. Isto É. Dez.2005.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em defesa da vida**. São Paulo: Saraiva, 1995.

RODRIGUES, John. **Futuro da morte**. Disponível em: <www.trashumanism.org>. Acesso em: 14 ago. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

TASSE, Adel El. **Aborto de feto com anencefalia: Ausência de crime por atipicidade**. RDPPP. Ago-Set/2010.

UNIVERSIDADE SALGADO DE OLIVEIRA, Sistema de Bibliotecas. UNISISB, Inez Barcellos de Andrade... [et al] (Organizador). **Manual para elaboração de trabalhos acadêmicos e científicos: guia para alunos, professores e pesquisadores da UNIVERSO**. São Gonçalo, 2006. 85 p.