

A SITUAÇÃO JURÍDICA DO ABORTO NO BRASIL

Gelson Amaro de Souza Filho*

SOUZA FILHO, G. A. A situação jurídica do aborto no Brasil. *Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar.* Umarama. v. 11, n. 2, p. 371-383, jul./dez. 2008.

RESUMO: Este trabalho discorre sobre a problemática da proibição do aborto no Brasil, cuja lei penal exclui a ilicitude somente em raras situações, ao passo que a maioria esmagadora dos países desenvolvidos optou pela descriminalização. Trata também do conflito entre Soberania Popular e Soberania do Estado, discutindo a possibilidade de admitir este instituto no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto. Legalização. Conflito de direitos fundamentais. Biodireito.

1. Introdução; 2. Distinção entre início da vida e da personalidade civil; 3. Diferentes conceitos acerca da morte; 4. Aborto e “pílula do dia seguinte”; 5. Soberania popular *versus* Soberania do Estado; 6. Considerações finais; Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

Há diversos posicionamentos teóricos quanto ao início da vida humana e da aquisição da personalidade civil. Sendo a vida um direito fundamental protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro, devidamente estabelecido na Constituição Federal e, por consequência, respeitada por todas as áreas do Direito, é preciso encontrar uma definição sobre o que é a vida e quando esta se inicia.

De cunho extremamente polêmico, o aborto e o aborto de feto anencefálico ocupam cada vez mais espaço nos debates jurídicos, nos quais se discute os limites do poder da gestante sobre seu próprio corpo. Seria o aborto um direito individual a ser resguardado pela lei?

Além disso, é preciso saber quando ocorre o início da personalidade civil, ou seja, a aptidão de adquirir direitos e deveres dentro da esfera jurídica. Seria aquele que ainda não nasceu, o nascituro, considerado pessoa civil?

É diante de tais questões fundamentais ao estudo do Direito que este trabalho analisa os diferentes posicionamentos sobre o tema apresentado, visando esclarecê-lo nos limites da ciência jurídica.

* Jornalista graduado pela Unoeste-SP (MTB 52.286) e discente da graduação em Direito das *Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo* (FIAET) de Presidente Prudente-SP, na qual é pesquisador do grupo de Iniciação Científica coordenado pelo Professor Ms. Sérgio Tibiriçá do Amaral. E-mail: gelsonamaro@uol.com.br.

Cabe ressaltar que este trabalho não tem intenção de defender um posicionamento favorável ou desfavorável a tal prática, mas sim preencher o conhecimento que é exigido do jurista sobre as atuais problemáticas do Direito, em pormenores, para que este possa fundamentar seus posicionamentos pessoais.

2. Distinção entre início da vida e da personalidade civil

O Direito é um fenômeno histórico-social, advindo de um extenso caminho que se formalizou com os romanos. Estes, com grande sabedoria, construíram os pilares da sociedade moderna, semeando os princípios basilares da ciência jurídica, cujas chamadas permanecem intensamente acesas no Direito Civil.

Este ramo do Direito disciplina as condutas daqueles que gozam de personalidade jurídica, fazem parte da sociedade ativamente, são detentores de direitos e deveres, impondo-se, assim, como o sustentáculo da vida em sociedade, pois onde há sociedade, há direito (*ubi societas, ibi jus*). Compete-lhe regular as relações dos indivíduos entre si, o estado das pessoas, suas relações familiares, patrimoniais, obrigacionais, sucessórias e assim por diante.

O Direito Civil está, deste modo, situado no campo do Direito Privado, embora exista o fenômeno conhecido como “publicização do Direito Civil”. Isto vem ocorrendo porque o Estado pode interferir diretamente nas relações privadas, como na família e nos contratos. Além disso, questões que eram tratadas somente no Código Civil de 1916, agora fazem parte da Constituição Federal, fenômeno conhecido como “constitucionalização do Direito Civil”.¹

Como foi dito, o Direito é um fenômeno histórico-social e, portanto, diz respeito às pessoas. Não obstante, o art. 1º do Código Civil explicita que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Desta forma, em nosso ordenamento jurídico, de origem romano-germânica, estão reconhecidas duas espécies de pessoas: as físicas ou naturais e as jurídicas, sendo que a pessoa física/natural é o ser humano, enquanto a pessoa jurídica é um conceito abstrato de entidade legal, como uma empresa ou instituição. Entretanto, o alvo de nosso estudo é estritamente a pessoa natural e o início de sua vida civil.

Conforme Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2002, p.

¹ Temos como exemplo a prisão civil por dívida de alimentos (pensão alimentícia), artigo 5º, LXVII, ao estabelecer que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Aqui cabe ressaltar que, embora a prisão civil do depositário infiel (contratual) tenha sido extinta, a prisão civil por dívida de alimentos está solidamente firmada em nosso ordenamento jurídico.

88), “a personalidade jurídica é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direito”. Assim, uma vez adquirida a personalidade jurídica, o indivíduo passa a atuar na condição de sujeito de direito, podendo praticar atos e negócios jurídicos.

Para a identificação do início da personalidade civil destacam-se três teorias: a Teoria Natalista, a Teoria Concepcionista e a Teoria da Personalidade Condicional.

Iniciaremos a discussão com a Teoria Concepcionista. Esta teoria afirma que a vida é constatada a partir da fecundação do óvulo com o espermatozóide, ocorrendo a formação do ovo ou zigoto. Portanto, para esta corrente de pensamento, a personalidade civil é instituída a partir da concepção, pois se há vida, há direitos.

É de acordo com esta teoria que o aborto é punido como crime contra a pessoa, conforme os artigos 124 e 126 do Código Penal. Além disso, podemos afirmar que a CLT também adota a *Teoria Concepcionista*, visto que nos artigos 392, 393 e 394 encontram-se dispositivos de proteção à maternidade, visando proteger principalmente a vida do nascituro.

Já a *Teoria da Personalidade Condicional* afirma que a lei resguarda desde a concepção a personalidade civil, com a condição do nascimento com vida. Os adeptos desta teoria entendem que o nascituro possui direitos sob condição suspensiva. A condição suspensiva seria o nascimento com vida, e, sem esta condição, não haveria personalidade jurídica.

Por fim, há a *Teoria Natalista*, que defende a idéia de que só existe personalidade jurídica após o nascimento, também sob a condição de nascer com vida. O Código Civil adota tal corrente ao estabelecer, no art. 2º, que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Neste ponto, esbarramos em duas questões interessantes: como determinar com precisão o nascimento com vida? E, também, quais são os direitos do nascituro?

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2002), o nascimento com vida pode ser identificado pelo funcionamento do aparelho cardiorrespiratório. Assim, caso ocorra morte antes ou durante o parto, é possível provar se houve ou não o nascimento com vida, através, por exemplo, do exame de *docimasia hidrostática de Galeno*, que verifica se há ar nos pulmões da criança. Se o sujeito respirou, mesmo que por poucos segundos, então nasceu com vida e adquiriu a personalidade civil (o que, por exemplo, influencia imensamente na questão dos direitos sucessórios).

Quanto aos direitos dos nascituros, podemos elencar o direito à vida,

direito a alimentos, direito à filiação e investigação de paternidade, direito à curatela (encargo deferido por lei a alguém capaz para reger a pessoa e administrar os bens de quem não pode fazê-lo por si mesmo, conforme o art. 1.779 do Código Civil), direito de receber doações (condicionado ao seu nascimento com vida) e direito de suceder (direito de receber por testamento, também condicionado ao nascimento com vida).

Por fim, a questão principal em torno do nascituro é o momento da aquisição da sua personalidade e da sua capacidade civil. Como já foi dito anteriormente, nosso Código Civil adota a *Teoria Natalista*, descrita em seu art. 2º.

Porém, o moderno entendimento, baseado nos atuais julgados e reforçado pela salvaguarda do próprio art. 2ª (ao estabelecer que os direitos do nascituro são garantidos pela lei), conclui que a personalidade do mesmo deve ser atribuída desde o momento da concepção (não confundindo esta com a capacidade, que é apenas um atributo da personalidade).

Desta forma, embora o Código Civil brasileiro adote o posicionamento tradicional de que a personalidade civil só é adquirida através do nascimento com vida, assim estabelecido no art. 4º do Código de 1916 e mantido no art. 2º do Código de 2002, concluímos que, se a vida é determinada no momento da concepção - e o Direito Civil assim entende ao proteger os direitos do nascituro - a personalidade civil também deveria ser obtida com a concepção.²

3. Diferentes conceitos acerca da morte

No Direito, o ser humano é definido como pessoa física ou natural. A aquisição da personalidade civil ocorre no nascimento com vida e, conseqüentemente, termina com a morte. Entretanto, assim como ocorre com o início da vida, determinar o exato momento da morte é uma tarefa difícil, repleta de contrapon-tos teóricos e doutrinários.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2002, p. 132), “a parada do sistema cardiorrespiratório, com a cessação das funções vitais, indica o falecimento do indivíduo. Tal aferição, permeada de dificuldades técnicas, deverá ser feita por médico, com base em seus conhecimentos clínicos e de tanatologia”.

Maria Helena Diniz salienta que:

“A noção comum de morte tem sido a ocorrência de parada cardíaca prolongada e a ausência de respiração, ou seja, a cessação total e per-

² Talvez a razão pela qual o novo Código Civil tenha mantido a *Teoria Natalista* seja o grande espaço de tempo entre sua elaboração e sua entrada em vigor, desatualizando-o em relação à doutrina contemporânea.

manente das funções vitais, mas, para efeito de transplante, tem a lei considerado a morte encefálica, mesmo que os demais órgãos estejam em pleno funcionamento, ainda que ativados por drogas” (DINIZ, 2001, p. 266).

Para Sílvio de Salvo Venosa (2002, p. 193) – e de acordo com o moderno entendimento – “a morte será diagnosticada com a paralisação da atividade cerebral, circulatória e respiratória”. Da mesma forma compreende Marcelo Soares (02 mar. 2008), ao afirmar que a “morte cerebral é o momento no qual, médica e juridicamente, determina-se o falecimento de uma pessoa”.

Há ainda conceitos religiosos, psicológicos, filosóficos e sociológicos para a morte, como bem exemplifica Newton Aquiles Von Zuben:

“A morte é um termo, uma ruptura. A morte em si não existe; no entanto, a realidade que se estende por debaixo do conceito toma as formas mais variadas. Temos a morte física, como queda na entropia; a morte biológica expressa no cadáver; a morte genética ou a desprogramação programada que determina a duração de nossa vida; a morte espiritual; ou a morte psíquica, a do demente enclausurado em seu autismo; e as inúmeras faces da morte social” (VON ZUBEN, 11 mar. 2008).

Independentemente de qual seja o conceito adotado, a morte da pessoa natural encerra a personalidade civil. Ricardo Gariba Silva (10 mar. 2008) afirma que “a duração da vida coincide com a da personalidade jurídica, que se constitui um atributo da pessoa humana, e a ela está indissolavelmente ligada. Assim, desde que vive e enquanto vive, o homem é dotado de personalidade”.

Entretanto, há um prolongamento após a morte, uma espécie de projeção dos direitos da personalidade. Assim como o nascituro tem expectativa de direitos desde a concepção, ao morto é garantido o reconhecimento à sua memória, com proteção legal da honra, do nome e da imagem, além do respeito a seus espólios, o que inclui a inviolabilidade e o cumprimento de disposições de vontade manifestadas em vida através de testamento vital.

Conforme Gagliano e Pamplona Filho (2002, p. 133), a morte deverá ser atestada por profissional de Medicina, “ressalvada a possibilidade de duas testemunhas o fazerem, se faltar o especialista, sendo o fato levado a registro, nos termos dos arts. 77 a 88 da Lei de Registros Públicos”.

Entre os efeitos jurídicos da morte, destacam-se a extinção do pátrio poder, a dissolução do vínculo conjugal, a abertura da sucessão, a extinção de contrato personalíssimo etc. Contudo, é preciso destacar que o paciente terminal,

mesmo em agonia ou grande sofrimento, ainda mantém a personalidade jurídica, pois vive.

4. Aborto e “pílula do dia seguinte”

Findada a tentativa de conceituar a vida e a morte dentro de nosso ordenamento jurídico, chegamos ao ponto principal deste trabalho. A origem etimológica da palavra aborto é “*ab*” (privação) e “*ortus*” (nascimento), ou seja, privação do nascimento. Há quem defenda que o correto seria abortamento, uma vez que é o termo empregado na medicina.

Independentemente da terminologia, aborto ou abortamento é a interrupção artificial e intencional da gestação. É considerado crime contra a pessoa, pelo Código Penal, tipificado nos artigos 124 e 126, sendo lícito somente em casos de estupro (aborto humanitário) ou risco de morte para a gestante (aborto necessário).

Há também o erroneamente denominado *aborto de anencéfalo* (que ocorre na ausência total ou parcial do cérebro, sendo diagnosticada a morte cerebral do feto), e o *aborto de hidrocéfalo* (doença caracterizada pelo acúmulo excessivo de líquido cérebro-espinhal no interior do cérebro, causado por um tumor ou má formação congênita).

No primeiro caso, é incorreto dizer que há aborto, pois, em analogia ao art. 3º da Lei 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante, cuja exigência é o diagnóstico de morte encefálica, não há que se falar em aborto se o feto já faleceu do ponto de vista médico. Trata-se então de um crime impossível, pois não se pode matar quem já está morto.

Já no caso da hidrocefalia há de fato o aborto, pois embora o feto tenha uma má-formação cerebral, existe a possibilidade de vida. Ocorre que a hidrocefalia pode causar a morte cerebral do feto ainda na gestação, tornando-se então caso de anencefalia. Vale ainda ressaltar que o caso da menina Marcela de Jesus, que foi diagnosticada com anencefalia e surpreendeu a todos vivendo um ano e oito meses, na verdade, era portadora da meroencefalia, anomalia na qual ainda há resquícios de atividade cerebral, enquanto na anencefalia há a ausência total.

Diante do exposto, surge um importante questionamento: seria possível definir com precisão o início da vida intra-uterina e saber a partir de que momento ocorre o aborto? Neste contexto, seria a chamada “pílula do dia seguinte” abortiva?

Inicialmente, devemos estar cientes de que a vida é o bem jurídico mais valioso. Não obstante, a Constituição Federal considera-a como direito fundamental, cabendo ao Estado assegurá-lo em dois aspectos: primeiro ao direito de

continuar vivo e segundo ao direito de se ter uma vida digna.

De acordo a *Teoria Concepcionista*, a vida é determinada a partir da fecundação do óvulo com o espermatozóide (ocorrendo então a formação do ovo ou zigoto) e, através do art. 2º do Código Civil, são garantidos os direitos do nascituro, em especial o direito à vida. Assim, diante da atual legislação, o aborto, em qualquer fase da gestação, é considerado crime, como reforça o advogado Aleksandro Clemente:

“Pois bem, se é indiscutível que a vida é um direito fundamental, e que a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica o declaram inviolável, só nos resta saber quando começa a vida. Para isso nos valem da ciência. Desde 1827, com Karl Ernest Von Baer, considerado o pai da embriologia moderna, descobriu-se que a vida humana começa na concepção, isto é, no momento em que o espermatozóide entra em contato com o óvulo, fato que ocorre já nas primeiras horas após a relação sexual. É nessa fase, na fase do zigoto, que toda a identidade genética do novo ser é definida. A partir daí, segundo a ciência, inicia a vida biológica do ser humano. Todos fomos concebidos assim. O que somos hoje, geneticamente, já o éramos desde a concepção” (CLEMENTE, mar. 2008).

Destarte, a pílula do dia seguinte é um produto químico, de tipo hormonal, considerado contraceptivo ou, mais precisamente, como um contraceptivo de emergência. Se usado dentro de um curto período de tempo após ato sexual presumivelmente fértil, deve impedir uma gravidez indesejada. Contudo, o início da vida, pelo ponto de vista de muitos estudiosos, ocorre imediatamente nas primeiras horas após a relação sexual.

Isto significaria que, de acordo com a legislação vigente, na qual qualquer medida para impedir a gestação após a concepção deve ser considerada prática abortiva, a pílula do dia seguinte é um abortivo? Em caso positivo, porque estas pílulas são facilmente encontráveis e tão populares? Não deveriam ser proibidas pela lei? Porque a pessoa que as utiliza não é punida por prática de aborto?

Como se sabe, a legislação não acompanha de forma eficaz as mudanças sociais e os costumes. Há sempre um longo período de tempo entre um código e outro, sendo que nosso Código Penal entrou em vigência em 1940. Assim, nas palavras de Luiz Flavio Gomes (05 mar. 2008), “nosso Código Penal ainda é bastante conservador em matéria de aborto”.

De fato, há poucas menções elucidativas para o assunto. Sabe-se que é crime abortar ou consentir o aborto, e sabe-se que o aborto só é permitido em casos de estupro ou risco de morte para gestante. Contudo, não há maiores detalhes

sobre os métodos de aborto, quando se dá de fato o início da vida ou os períodos de gravidez em que o aborto é mais nocivo à gestante.

Levando em conta que o tema é cada vez mais discutido (incluindo o plebiscito em Portugal, que permitiu à população opinar sobre a legalidade ou não do aborto), cria-se uma necessidade jurídica por maiores informações.

É exatamente o caso da pílula do dia seguinte. Se é ou não abortiva, depende necessariamente do que se considera como o início da vida. Não obstante, há os que defendem que não é um método abortivo, mas sim preventivo, pois age antes que a gravidez ocorra, dificultando o encontro do espermatozóide com o óvulo (fecundação).

Em entrevista à Agência Estado, a obstetra Denise Coimbra diz que a ação deste medicamento não é abortiva, mas sim de implantação: “isso significa que ela mexe com o endométrio, que passa a não ser um local adequado para que o bebê se implante” (COIMBRA apud AGÊNCIA ESTADO, 02 mar. 2008). Complementando, o Ginecologista e Professor da UNICAMP/SP, Luis Bahamondes, afirma que “ela ganhou a legitimidade da OMS [Organização Mundial de Saúde], já foi aprovada pelo Ministério da Saúde e não é abortiva. Só ficou sem regulamentação por tanto tempo devido a questões religiosas” (BAHAMONDES apud AGÊNCIA ESTADO, 02 mar. 2008).

Mas há também opiniões contrárias, em geral vinculadas à religião, como as do Padre Luiz Carlos Lodi da Cruz, Presidente do *Instituto Pró-vida de Anápolis*:

“A pílula impede que o ser humano concebido na trompa venha a se implantar no útero. Ora, a causação da morte de um ser humano dentro do organismo materno é um aborto. A conclusão óbvia, que ninguém poderia negar, é que a chamada pílula do dia seguinte é abortiva” (CRUZ, 10 mar. 2008).

Contudo, em seu manifesto “anti-pílula” divulgado pela internet, há uma interessante resposta de um fabricante do produto, que, após ser questionado quanto à sua função abortiva, afirmou: “Segundo a OMS [...], a gravidez só tem início após a implantação do ovo no útero, quando Postinor-2 não tem mais efeito. Portanto, Postinor-2 não é abortivo” (ACHÉ apud CRUZ, 10 mar. 2008).

Por fim, o grande desafio inerente a esta questão é definir com precisão o início da vida. A legislação brasileira é omissa nesta questão, pelo menos em relação à objetividade, exatidão, deixando dúvidas quanto a qual posicionamento devemos adotar, ou ainda, por exemplo, quais são os critérios que nos permitem comprovar se há ou não vida em um óvulo recém fecundado, mas não implantado no útero.

Esta é uma questão de difícil solução, pois é certo que os conceitos morais e religiosos de cada indivíduo influenciam seu entendimento sobre quando se inicia a vida. Não há como estabelecer, de antemão, uma definição precisa e indubitável a este respeito.

O que se pode afirmar é que, pela legislação atual, as pílulas do dia seguinte não são abortivas. Sendo tal produto eficaz somente se ingerido em até 72 horas após a relação sexual, período este que, de maneira geral, é insuficiente para se provar a gravidez, a pílula não constitui aborto.

5. Soberania Popular *versus* Soberania do Estado

A soberania popular é um princípio fundamental textualmente integrado à Constituição brasileira, através do art. 1º, parágrafo único, que estabelece que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. Assim, em Estados democráticos como o Brasil, a legitimidade do governo e da lei está, em tese, baseada no consentimento dos governados. Trata-se de um contrato social³, no qual os indivíduos aceitam ser governados em troca de proteção, ao invés de viverem sujeitos aos perigos e riscos de um Estado natural no qual não existem leis.

Já a soberania do Estado é o poder político supremo e independente, inerente ao próprio conceito de Estado, seja na ordem interna ou no âmbito internacional. O Estado tem, então, completa autonomia para se autogovernar e legislar, sem se submeter a pressões internas ou externas.

Mas a questão é: se “todo poder emana do povo”, o que ocorre se o “povo” vier a reivindicar que o aborto seja legalizado? Seria possível atender ao anseio popular? Ou há aspectos jurídicos que impossibilitam tais práticas, mesmo como o aval da maioria?

Para iniciar esta reflexão, tomemos como exemplo o referendo de Portugal, no qual a maioria optou democraticamente pela legalização do aborto, o que foi um marco histórico para um país com notável fervor religioso.

Esta situação reforça uma tendência internacional, na qual países como Alemanha, Austrália, Canadá, China, Cuba, Dinamarca, Estados Unidos, Suécia, entre outros, permitem o aborto em qualquer situação. De forma semelhante, com apenas algumas exigências (ausência de condições financeiras ou psicológicas para levar adiante a gravidez), o aborto também é legalizado na Espanha, França, Índia, Itália, Nova Zelândia, Reino Unido, Rússia, Uruguai etc. (WORLD ABORTION LAW MAP, 02 jun. 2008).⁴

³ Teoria defendida por Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, renomados pensadores que integram a Escola Contratualista.

⁴ Para visualizar o “Mapa Mundial do Aborto”, completo e detalhado, acesse o endereço: <http://>

Observemos que grande parte destes países são líderes econômicos mundiais e exercem enorme influência na cultura contemporânea. Além disso, a Alemanha e a Itália são consagradas fontes do pensamento jurídico brasileiro, cujas teorias são muitas vezes acolhidas pela doutrina pátria e, não obstante, o sistema adotado no Brasil é o romano-germânico, também denominado Civil Law.

É evidente que o simples fato de existir uma tendência internacional para a legalização do aborto não significa que o mesmo venha a ocorrer no Brasil, uma vez que nosso Estado tem soberania, autonomia e independência para firmar seus próprios posicionamentos. Porém, a sociedade tem se mostrado cada vez mais dinâmica e a todo instante vivenciamos a derrocada de um antigo paradigma. Nada impede que a legalização ocorrida em inúmeros países venha a ser reivindicada pelo “povo” brasileiro.

Resta saber se isto é juridicamente possível. Não se pode negar o caráter extremamente polêmico e controverso do assunto, mas o fato é que, embora muito distante na prática, existe tal possibilidade.

O ponto crucial é que não existe direito fundamental absoluto, nem mesmo uma relação hierárquica, sendo que até o direito à vida pode ser limitado em algumas situações, ao exemplo da pena de morte em caso de guerra declarada, prevista no art. 5º, XLVII, da CF/88, assim como no caso do policial que tira a vida de alguém no estrito cumprimento do dever legal ou, até mesmo, do civil que se vale da legítima defesa e do estado de necessidade.

Além disso, a Constituição Federal nada estabelece sobre o aborto, o que ocorre é o conflito entre estes direitos fundamentais constitucionais: de um lado o direito à vida e de outro a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Portanto, o aborto não pode ser considerado inconstitucional, pois se assim o fosse, não existiriam as duas possibilidades consagradas pelo Código Penal (aborto em caso de risco para a gestante e em caso de estupro). E o que assegura estas duas possibilidades é justamente a prevalência de um direito fundamental sobre o outro. No primeiro caso (aborto necessário), trata-se da vida do feto *versus* a vida da mãe, prevalecendo a da última. No segundo (aborto humanitário), ocorre o conflito entre a dignidade da vítima de estupro *versus* a vida do feto.⁵

Se o “povo” viesse a reivindicar a legalização do aborto, bastaria que fosse alterado o Código Penal, estendendo a prevalência da dignidade da ges-

www.pregnantpause.org/lex/world02map.htm. Repare que o aborto já é permitido na maior parte do planeta, incluindo os países mais desenvolvidos. Vale ressaltar que a grande maioria dos países que não aceitam o aborto em nenhuma hipótese ou apenas sob rígidas condições são países em desenvolvimento, os chamados países de “terceiro mundo”, como o Brasil.

⁵ Cabe ressaltar que se a gestante é menor de 14 anos, presume-se estupro mesmo que não tenha ocorrido, sendo possível o aborto humanitário para toda gestante nesta faixa etária.

tante para todas as situações de abortamento, não se limitando ao aborto humanitário. Desta forma, se no aborto humanitário o direito à vida é suprimido pela dignidade da mãe, nada impediria que o mesmo viesse a ocorrer com o aborto comum, mesmo em âmbito constitucional. O princípio da isonomia poderia ser invocado para fundamentar que não somente à vítima de estupro seja permitido interromper a gravidez indesejada, mas a toda e qualquer gestante.

Assim, juridicamente, não há nenhum obstáculo para a legalização do aborto. Contudo, é preciso reconhecer que se trata de mera hipótese teórica, uma vez que o conflito de direitos fundamentais exige delicada interpretação da Constituição, na qual prevalece a Soberania do Estado em tomar posicionamentos, independentemente de pressão popular, visando garantir a segurança jurídica do país.

É exatamente o que ocorreu com a rejeição, pela Comissão de Constituição e Justiça, do Projeto de Lei 1.135/91, que trata da descriminalização do aborto, indicando que o Brasil ainda permanecerá na contramão dos movimentos internacionais.

Com isso, exceto em caso de aborto necessário ou humanitário, uma gravidez indesejada deve obrigatoriamente ser levada adiante, mesmo contra a vontade da mãe, que pode ter sua liberdade e dignidade cerceadas pela lei. Embora ainda não se vislumbre a descriminalização do aborto no Brasil, não podemos nos esquecer de que o Direito deve ser dinâmico e flexível, para acompanhar as mudanças sociais.

6. Considerações Finais

No decorrer deste trabalho foi exposto que a Constituição Federal nada estabelece sobre o aborto, mas protege o “direito à vida”. Ocorre que os direitos fundamentais não são absolutos, não existindo sequer uma hierarquia no rol constitucional. Há quem defenda que os cinco direitos fundamentais inseridos no caput do art. 5º sejam os de maior relevância (vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade), mas mesmo entres estes não há uma hierarquia para o caso de conflito. Portanto, este não foi o posicionamento adotado para a elaboração desta pesquisa.

Desta forma, ocorrendo um conflito de direitos fundamentais, o direito à vida pode ser limitado, como ocorre no aborto humanitário (ou sentimental): a dignidade da gestante vítima de estupro se sobrepõe ao direito à vida do feto, sendo neste caso permitido o aborto (art. 128, II, CP). Há ainda outras situações em que o direito à vida é limitado, como na pena de morte em caso de guerra declarada pelo Pres. da República (art. 5º, XLVII, “a”, CF), na legítima defesa (art. 23, II, CP) etc.

Questiona-se então o fato de o Projeto de Lei 1.135/91 ter sido rejeitado com base na “inviolabilidade constitucional” do direito à vida, pois a Constituição Federal protege tanto a vida quanto a liberdade e a dignidade como direitos fundamentais, sem hierarquia ou grau de importância, não existindo esta inviolabilidade, cujo termo nos remete falsamente ao status de absolutividade do direito à vida, o que não é verdade em nosso ordenamento jurídico. Em decorrência da magnitude da questão, esta deveria ser decidida através da consulta popular, como ocorreu em Portugal, garantindo aos cidadãos a existência do Estado democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIA

BAUDOUIN, J. L.; BLONDEAU, D. **Éthique de la mort et droit à la mort**. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.

CLEMENTE, A. **O direito à vida e a questão do aborto**. Disponível em: <<http://www.portaldafamilia.org/artigos/artigo400.shtml>>. Acesso em: 02 mar. 2008.

CRUZ, L. C. L. da. **O aborto do dia seguinte**. Disponível em: <<http://www.providaananapolis.org.br/abdiaseg.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2008.

DINIZ, M. H. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, L. F. **Nem todo aborto é criminoso**. Disponível em: <http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Doutrina_Detalhar&did=15311>. Acesso em: 05 mar. 2008.

SILVA, R. G. **Aspectos legais da morte**. Disponível em: <http://www.fmrp.usp.br/revista/2005/vol38n1/9_aspectos_legais_%20morte.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2008.

SOARES, M. L. C. **Vida e morte no direito penal**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/29/86/2986>>. Acesso em: 02 mar. 2008.

VENOSA, S. de S. **Direito civil: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ZUBEN, N. A. V. **Questões de bioética**: morte e direito de morrer. Disponível em: <www.fae.unicamp.br/vonzuben/morte.html>. Acesso em: 11 mar. 2008.

WORLD ABORTION LAW MAP. **Mapa mundial do aborto**. Disponível em: <<http://www.pregnantpause.org/lex/world02map.htm>>. Acesso em: 02 jun. 2008.2008.

THE LEGAL STATUS OF ABORTION IN BRAZIL

ABSTRACT: This article discusses the problematic of abortion prohibition in Brazil, whose penal law excludes illicitness merely in a few rare situations, whereas the vast majority of developed countries has decided for absolution. It also approaches the conflict between Popular Sovereignty and State Sovereignty, discussing the possibility of admitting such rule of procedures in Brazil.

KEYWORDS: Abortion. Legalization. Conflict of fundamental rights. Biolaw.

Recebido em / Received on / Recibido en Agosto de 2008
Aceito em / Accepted on / Acepto en Outubro de 2008