

A situação jurídica do aborto no Brasil

Gelson Amaro de Souza Filho

Jornalista graduado – Unoeste-SP;
Discente da graduação em Direito – Fiaet.
Presidente Prudente – SP [Brasil]
gelsonamaro@uol.com.br

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 esse instituto no Brasil.

Palavras-chave: Aborto. Biodireito. Conflito de direitos fundamentais. Legalização.

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 conseqüência, respeitada por todas as áreas do Direito, é preciso encontrar uma definição sobre o que é a vida e quando ela se inicia.

De cunho extremamente polêmico, o aborto e o aborto de feto anencefálico ocupam cada vez mais espaço nos debates jurídicos, em que se discutem os limites do poder da gestante sobre o 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 na 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.

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

2 Distinção entre início da vida e da personalidade civil

O Direito Civil está situado no campo do Direito Privado, embora exista o fenômeno conhecido como “publicização do Direito Civil”. Isso vem ocorrendo porque o Estado pode interferir diretamente nas relações

privadas, por exemplo, no âmbito da família e no dos 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.

Portanto, o Direito Civil é um fenômeno histórico-social, que diz respeito às pessoas. O art. 1º do Código Civil, previamente, explicita que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Dessa forma, em nosso ordenamento jurídico, de origem romano-germânica, estão reconhecidas duas espécies de pessoas: as físicas ou naturais – ser humano – e as jurídicas – 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. 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 Natalista, a Concepcionista e da Personalidade Condicional.

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

É de acordo com essa 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 Consolidação das Leis Trabalhistas (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 da concepção à formação da personalidade civil, desde que haja 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 tal 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.”.

Nesse ponto, esbarramos em duas questões interessantes: como determinar com precisão o nascimento com vida? E 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, por meio, por exemplo, do exame de “docimasia hidrostática de Galeno”, que verifica se existe 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 arrolar o direito à vida, a alimentos, à filiação e investigação de paternidade, 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) de receber doações (condicionado ao seu nascimento com vida) e 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 de sua capacidade civil. Como já foi dito, nosso Código Civil adota a Teoria Natalista, descrita em seu art. 2º.

No entanto, pelo moderno entendimento, baseado nos atuais julgados e reforçado pela salvaguarda do próprio art. 2^a (ao estabelecer que os direitos do nascituro são garantidos pela lei), conclui-se que a personalidade do nascituro deve ser definida desde o momento da concepção (não a confundindo com a capacidade, que é apenas um atributo da personalidade).

Dessa forma, embora o Código Civil brasileiro adote o posicionamento tradicional de que a personalidade civil só é adquirida por meio do nascimento com vida, assim estabelecido no art. 4^o do Código de 1916 e mantido no art. 2^o 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 da concepção².

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 contrapontos 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 permanente 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 (2 mar. 2008), ao afirmar que a “[...] morte cerebral é o momento no qual, medica 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 des-programação 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 do 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 em 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 por meio de testamento vital.

4 Aborto e a “pílula do dia seguinte”

Findada a tentativa de conceituar a vida e a morte em 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, na qual a exigência é o diagnóstico de morte encefálica, não há que se falar em aborto se, do ponto de vista médico, o feto já faleceu. 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 a ausência é total.

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

Inicialmente, devemos estar cientes de que a vida é o bem jurídico mais valioso; por conseguinte, a Constituição Federal considera-a direito fundamental, cabendo ao Estado assegurá-lo em dois aspectos: primeiro, o direito de continuar vivo; segundo, o de ter uma vida digna.

De acordo com 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, por meio 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).

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

Isso 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, por que essas pílulas tão populares são facilmente encontráveis? Não deveriam ser proibidas pela lei? Por que 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 – nosso Código Penal entrou em vigência em 1940. Assim, nas palavras de Luiz Flavio Gomes (5 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 que o aborto só é permitido em casos de estupro ou de risco de morte para gestante. Contudo, não há muitos 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 mais 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. 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 desse 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, 2 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).

No entanto, 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 sobre 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 essa questão é definir, com precisão, o início da vida. A legislação brasileira é omissa nesse ponto, pelo menos em relação à objetividade e exatidão, deixando dúvidas sobre o posi-

cionamento que se deve adotar, ou ainda, por exemplo, quais são os critérios que permitem comprovar se há ou não vida em um óvulo recém-fecundado, mas não implantado no útero.

Essa é uma questão de difícil solução, pois é certo que os conceitos morais e religiosos de cada indivíduo influenciam em seu entendimento sobre quando se inicia a vida. Por isso, não há como estabelecer, de antemão, uma definição precisa e indubitável a esse respeito.

Pode-se afirmar que, pela legislação atual, as pílulas do dia seguinte não são abortivas e mostram-se eficazes somente se ingeridas até 72 horas após a relação sexual, período que, de maneira geral, é insuficiente para provar a gravidez; em razão disso, a pílula não constitui aborto.

5 Soberania popular *versus* soberania do Estado

A soberania popular é um princípio fundamental textualmente integrado à Constituição brasileira, por meio 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, em vez de viverem sujeitos aos perigos e riscos de um Estado natural em que 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. Nesse contexto, o Estado tem completa autonomia para se autogovernar e legislar, sem se submeter a pressões internas ou externas.

No entanto, a questão é: se “todo poder emana do povo”, o que ocorre se o “povo” vier a reivindicar a legalização do aborto? Seria possível atender ao anseio popular? Ou há aspectos jurídicos que impossibilitam tais práticas, mesmo com o aval da maioria?

Para iniciar esta reflexão tomemos como exemplo o referendo de Portugal, em que a maioria optou democraticamente pela legalização do aborto, o que foi um marco histórico para um país com notável fervor religioso.

Tal situação reforça uma tendência internacional de permitir o aborto em qualquer situação, o que já ocorre em países como Alemanha, Austrália, Canadá, China, Cuba, Dinamarca, Estados Unidos e Suécia. 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, 2 jun. 2008)⁴.

Observemos que esses países, em sua maioria, 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 e têm suas teorias muitas vezes acolhidas pela doutrina pátria; afinal, 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 venha a ocorrer no Brasil, uma vez que nosso Estado tem soberania, autonomia e independência para firmar seus próprios posicionamentos. No entanto, a sociedade tem-se mostrado cada vez mais dinâmica e a todo instante vivenciamos a derrocada de um antigo paradigma. Diante de tantas mudanças, nada impede que a legalização ocorrida em inúmeros países venha a ser reivindicada pelo “povo” brasileiro.

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

O ponto crucial é que não há direito fundamental absoluto, nem mesmo uma relação hierárquica, tanto que até o direito à vida – em casos de pena de morte, de guerra declarada, prevista no art. 5º, XLVII, da CF/88, 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 – pode ser limitado.

Além disso, a Constituição Federal nada estabelece sobre o aborto, o que ocorre é o conflito entre esses direitos fundamentais constitucionais: de um lado, o direito à vida e, de outro, à liberdade e à 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 essas 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, em que prevalece a da mãe. No segundo (aborto humanitário), ocorre o conflito entre a dignidade da vítima de estupro *versus* a vida do feto⁵.

Se o “povo” viesse a reivindicar a legalização do aborto, bastaria que fosse alterado o Código Penal, estendendo a prevalência da dignidade da gestante para todas as situações de abortamento, não se limitando apenas ao aborto humanitário. Dessa forma, se no aborto humanitário o direito à vida é suprimido pela dignidade da mãe, nada impediria que o mesmo caso 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 gestante.

Assim, juridicamente, não há nenhum obstáculo à 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 proposta pela Comissão de Constituição e Justiça do Projeto de Lei 1.135/91, que trata da discrimi-

nalização do aborto, indicando que o Brasil ainda permanecerá na contra-mão 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 entre esses não há uma hierarquia para o caso de conflito. Este, aliás, não foi o posicionamento adotado para a elaboração desta pesquisa.

Dessa forma, se houver um conflito de direitos fundamentais, o direito à vida poderá ser limitado, como ocorre no aborto humanitário (ou sentimental) em que a dignidade da gestante vítima de estupro se sobrepõe ao direito à vida do feto, o que justifica o aborto (art. 128, II, CP). Existem ainda outras situações em que o direito à vida é limitado, como na pena de morte, em caso de guerra declarada pelo Presidente 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, que remete falsamente ao *status* de absolutividade do direito à vida, o que não é verdade em nosso ordenamento jurídico, pois a Constituição Federal protege tanto a

vida quanto a liberdade e a dignidade como direitos fundamentais, sem hierarquia ou grau de importância. Em decorrência da magnitude da questão, ela deve ser decidida por meio da consulta popular, como ocorreu em Portugal, garantindo aos cidadãos a existência do Estado democrático de Direito.

The legal situation of abortion in Brazil

This work argues about the controversy of the prohibition of abortion in Brazil, which criminal law excludes the illegality only in rare situations, when the smashing majority of the developed countries choose the decriminalization. It also deals with the conflict between Popular Sovereignty and Sovereignty of the State, discussing about the possibility of allowing this institute in Brazil.

Key words: Abortion. Biolaw. Conflict between fundamental rights. Legalization.

Notas

- 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. A “extinção” da prisão do depositário infiel deveu-se à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou Pacto de São José da Costa Rica.
- 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.
- 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://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 maioria dos países que não aceitam o aborto em nenhuma hipótese ou apenas sob rígidas condições está 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. Nesse caso, o aborto humanitário é permitido.

Referências

- AGÊNCIA ESTADO. *Mesmo regulamentada, pílula do dia seguinte ainda causa polêmica*. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2007/02/26/mesmo_regulamentada_p237lula_do_dia_seguinte ainda_causa_pol234mica_694154.html>. Acesso em: 02 mar. 2008.
- 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.providaanapolis.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*, V. 1. 2ª 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. S. *Direito Civil Parte Geral*, V. I. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- VON ZUBEN, N. A. *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.

recebido em ago. 2008 / aprovado em out. 2008

Para referenciar este texto:

SOUZA FILHO, G. A. de. A situação jurídica do aborto no Brasil. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 271-286, jul./dez. 2008.