

Considerações acerca da legalização do aborto no Brasil

Sarah de Souza Silva¹
Ciro di Benatti Galvão²
Natália Elvira Sperandio³

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar a legislação brasileira a respeito do aborto. Para tanto, ter-se-á como base o levantamento das leis que tratam do tema, bem como das leis a ele correlato. Será observado que existem leis específicas que tratam do aborto, bem como existem princípios consagrados na Constituição Federal e legislações internacionais internacionalizadas no Brasil que protegem o direito à vida, qual seja, o Pacto de São José da Costa Rica. Será apresentado também o rol taxativo previsto no Código Penal brasileiro dos casos em que excepcionalmente o aborto não é criminalizado. Apesar da legislação brasileira apontar o aborto como crime, salvo as exceções já previstas, existem novas decisões que apontam para o aumento do rol taxativo, que são os julgados do Supremo Tribunal Federal que descriminalizaram o aborto em casos de anencefalia e quando o aborto é realizado até o primeiro trimestre da gestação. Apesar das novas exceções trazerem certa temeridade, será visto que o principal problema gira em torno da questão de legalidade, pois a suprema corte nesses casos abarcou para si uma competência que ela não pertence, qual seja, a competência de legislar. Para se chegar ao fim proposto pela pesquisa, o presente artigo terá como metodologia uma pesquisa qualitativa e teórica, de forma a abordar o assunto a partir do estudo das legislações pertinentes e com base em leituras de outros artigos sobre o tema, de modo a buscar fundamentos teóricos sobre a questão conflitante a respeito da legalização do aborto no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: aborto; criminalização; dignidade humana; direitos fundamentais; legalidade.

1. Consideração Inicial

É inegável que a vida é o bem mais precioso a que se vale qualquer ser humano, tanto que é um direito reconhecido universalmente por tratados internacionais e, através desse direito, que uma pessoa se torna detentora de outros direitos e também de deveres e obrigações.

Ao se falar de aborto o primeiro pensamento que se tem em mente é o de que uma vida está sendo interrompida já nos seus primeiros momentos de existência e isso configura afronta aos direitos e às garantias fundamentais consagrados à pessoa humana e, através da criminalização do aborto, que a vida está sendo protegida.

¹ Graduanda em Direito pelo Instituto de Ensino Superior “Presidente Tancredo Neves” – contato sarahdireito2013@gmail.com

² Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FD UL) e em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direito Constitucional, de Teoria do Estado e de Administrativo. Conselheiro Editorial da Revista da Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora/MG. Membro da Academia Barbacenense de Ciências Jurídicas (ABCJ). Parecerista ad hoc de periódicos jurídicos. Autor de livros e artigos jurídicos na área do direito público. cirogalvao@iptan.edu.br

³ Doutora em Estudos Linguísticos (Linguística Aplicada linha linguagem e tecnologia) pela Universidade Federal de Minas Gerais. Possui graduação em Letras (Licenciatura em língua portuguesa e suas respectivas literaturas) pela Universidade Federal de São João del-Rei (2007), mestrado em Letras (Área de concentração: Teoria Literária e Crítica da Cultura – Linha de Pesquisa: Discurso e Representação Social) por essa mesma universidade. Professora do Instituto de Ensino Superior “Presidente Tancredo Neves” e revisora, do periódico Saberes Interdisciplinares. thaiasperandio@yahoo.com.br

Portanto, é inegável que a vida é o maior bem e com mais importância sobre quaisquer outros bens tutelados constitucionalmente e não há razão alguma que justifique a interrupção de uma gravidez resultante de um ato consciente e livre da gestante.

Em contrapartida, há quem veja o aborto como um direito a que cabe à gestante decidir sobre praticá-lo ou não, pois compreendem que a mulher é a dona do seu corpo e deve ter assegurada a sua autonomia para levar adiante uma gravidez ou não, independentemente da existência de um motivo específico ou justificável para abortar.

Nesse contexto, ser contra o aborto é ser a favor da vida, e a legalização do aborto se torna um problema social e polêmico, pois não se pode tratar o aborto a partir de definições técnicas (biológicas) e jurídicas (legalidade), é preciso também levar em consideração questões morais e sociais por estarem intrinsecamente ligadas à vida em sociedade, que se define em muitas situações por suas crenças e costumes.

Diante disso o objetivo do presente trabalho é identificar as questões polêmicas que envolvem o tema aborto, a partir das análises das fundamentações de grupos com posicionamentos divergentes sobre o assunto, a fim de se chegar a um resultado final que demonstre qual grupo, no momento atual, se embasa por argumentos mais pertinentes e coerentes dentro do contexto social e da legislação brasileira.

Portanto, para se concluir os objetivos traçados e se chegar ao resultado proposto, no primeiro momento, o presente artigo abordará especificamente sobre o direito à vida no Brasil, identificando a legislação que o assegura como um direito fundamental que deve ser resguardado e protegido desde a concepção.

Após a análise constitucional e da legislação ordinária que prevê e protege a vida do nascituro, em segundo momento, o artigo versará em analisar o aborto, bem como irá abordar sobre o aspecto criminológico do ato, em especial, sua previsão, exceções e punições previstas no Código Penal Brasileiro.

Por fim, o estudo, além de analisar sobre o direito à vida e sobre a criminalização do aborto, analisará decisões recentes do Supremo Tribunal Federal – STF que decidiu novas exceções de legalização do aborto no Brasil, o que é temerário, pois estamos diante de um cenário de flexibilização dos direitos e garantias fundamentais de forma a tirar a supremacia do direito à vida, colocando em uma linha de igualdade com outros direitos.

Para se chegar ao fim proposto pela pesquisa, o presente artigo terá como metodologia uma pesquisa qualitativa e teórica, de forma a abordar o assunto a partir do estudo das legislações pertinentes e com base em leituras de outros artigos sobre o tema, de modo a buscar fundamentos teóricos sobre a questão conflitante a respeito da legalização do aborto no Brasil.

O presente trabalho visa como resultado apresentar um estudo de como o aborto é tratado pela legislação brasileira para, ao final, demonstrar um posicionamento no sentido de que os ditames da lei devem ser priorizados e mantidos para se evitar decisões que afrontem os textos legais.

2. Desenvolvimento

2.1 O direito à vida na legislação brasileira

A Constituição Federal de 1988 é a lei maior do estado brasileiro e é através das normas e princípios textualmente consagrados que todas as outras legislações devem obrigatoriamente se nortear.

A Constituição Federal trata do direito à vida em seu artigo 5º, caput, garantido que “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”. Denota-se que o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, uma vez que se constitui em pré-requisito à existência e exercício dos demais direitos.

Todos os direitos consagrados, constitucionalmente, são invioláveis e também estão previstos no artigo 5º da Constituição Federal como “cláusulas pétreas”, o que significa que não podem ser suprimidos da Constituição, nem mesmo por emenda constitucional.

Visto o direito à vida como um dos maiores bens a ser garantido e protegido, não equidistante o princípio da dignidade da pessoa humana também é de suma importância e, de certa forma, os dois estão intrinsecamente correlacionados.

A inviolabilidade do direito à vida está prevista e assegurada também em acordos internacionais sobre Direitos Humanos. O Brasil assinou e, portanto, faz parte de um dos principais acordos, qual seja, o Pacto de São José da Costa Rica, que em seu artigo 4º prevê que “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

O Brasil assinou o Pacto de São José da Costa Rica através do Decreto 678/1992 e, desde então, todas as normas ali estabelecidas entraram para o ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma constitucional, o que significa dizer que toda legislação infraconstitucional deve observância ao seu texto.

É inegável que a vida é um direito fundamental e que tanto a Constituição Federal quanto o Pacto de São José da Costa Rica o declararam como um direito inviolável.

No entanto, para se estabelecer quando um indivíduo se torna detentor deste direito, é preciso compreender quando começa a vida.

Para a ciência, a vida humana começa na concepção, ou seja, no momento em que ocorre a fecundação do espermatozoide com o óvulo, fato que ocorre já nas primeiras horas após a relação sexual, conhecida cientificamente como fase do zigoto. Aleksandro Clemente, em seu artigo intitulado “O Direito à Vida e a Questão do Aborto”, explica que “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, 2017, s/p.).

As definições da ciência são muito importantes para o meio jurídico e, por essa razão, o Pacto de São José da Costa Rica se baseou em dados científicos para definir o marco do início da vida e por isso assegura que a vida deve ser protegida desde a concepção, por entender que neste momento já existe um novo ser, ainda que em formação.

O Código Civil Brasileiro, em consonância com a Constituição Federal e com o Pacto de São José da Costa Rica, cuidou de estabelecer e afirmar em seu artigo 2º que: “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Portanto, em termos jurídicos, no Brasil é a legislação civilista que define o momento em que o indivíduo se torna detentor de todos os direitos e garantias fundamentais inerentes a pessoa humana, em especial o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

Denota-se que a legislação brasileira, atendendo a ordem constitucional, assegura e protege a vida desde a concepção uterina e é por essa razão que se torna tão polêmica a questão do aborto, conforme será abordado.

2.2 O aborto e seus aspectos criminológicos

Em uma definição simples, o aborto significa a interrupção da gravidez, a retirada de um embrião ou feto antes de se concluir seu desenvolvimento uterino, de forma que se torna inviável a continuidade de sua vida em condições fora do útero.

Estudar os aspectos criminológicos que envolve o assunto aborto, requer considerações mais aprofundadas baseadas não só em definições legais, mas também em definições científicas.

A legislação penal considera o aborto como crime, mas, antes de definir a prática delituosa, utiliza de critérios técnicos científicos para identificar se no momento de gravidez em que se praticou o aborto já existia vida uterina.

Para a legislação penal, se considera o fenômeno biológico da nidação como o marco para se identificar se a mulher já estava em estado gestacional, nesse sentido “para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a nidação, que diz respeito à implantação do óvulo já fecundado no útero materno, o que ocorre 14 (catorze) dias após a fecundação” (GREGO, 2012, p. 226). Destarte, tem-se a nidação como termo inicial para a proteção da vida. Ocorrendo a interrupção da gravidez após a nidação, fala-se aborto sujeito às punições do Código Penal.

Importante se faz mencionar que não é somente a mulher gestante que é punível pelo Código Penal, o terceiro, que nela realiza as práticas abortivas, também responde pelo ato. O aborto provocado, sendo este doloso, é o alvo da lei penal, haja vista que não houve previsão legal para a modalidade de provocação culposa do aborto, sendo acatado como um indiferente penal (GREGO, 2012.).

Existem várias causas e motivos que podem levar uma gravidez a ser interrompida, quer espontaneamente (voluntariamente), quer por indução (forçadamente). O presente artigo tem por objetivo estudar acerca do aborto do segundo tipo, o induzido e suas consequências jurídicas em relação a questões complexas relacionadas com o direito à vida, a saúde e a dignidade da pessoa humana.

O aborto induzido ou forçado é aquele realizado quando a gestação é interrompida através de algum procedimento farmacológico (medicamento) ou por algum procedimento cirúrgico (aspiração, dilatação e curetagem). O aborto induzido pode ser considerado legal ou ilegal e o que vai definir é a motivação que levou à prática do aborto.

Importante destacar que tanto o aborto induzido legal ou ilegal deve ser realizado por profissionais, médicos experientes, e com as condições necessárias e segurança. No entanto, o aborto ilegal quase nunca é realizado nessas condições e é justamente neste ponto que a discussão acerca da legalização do aborto se eleva, conforme será abordado mais adiante.

Atualmente, a legislação brasileira trata o aborto induzido como crime e apenas faz algumas exceções. O Código Penal Brasileiro cuida do tema em seu Título I – Dos Crimes Contra a Pessoa, especificadamente no Capítulo Dos Crimes Contra a Vida e estabelece nos seus artigos 124 e seguintes:

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 debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

O aborto também pode ser definido em prática de crime qualificado e, nesse caso, o art. 127 do Código Penal cuidou de estabelecer que “As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte”.

Como existem muitos casos em que o aborto é praticado e, uma vez que existem situações em que o aborto se mostra uma medida necessária, a legislação penal vigente trouxe duas exceções importantes e justificáveis de casos em que o aborto não é considerado crime. Referidas exceções constam no artigo 128 do Código Penal, que assim transcreve:

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.

O inciso I do artigo supracitado, refere-se aos casos de gravidez de risco, ou seja, de uma gestação que não está acontecendo dentro dos critérios médicos de normalidade. Nesse caso, o aborto não será considerado crime se, após todos os procedimentos e exames médicos realizados, a conclusão resultante é de que a gravidez é de alto risco para a vida da mulher. Nesse caso, são duas vidas que correm risco, a da mãe e a do nascituro e, para que não se perca as duas, há a decisão de salvaguardar uma.

O inciso II do artigo 128, por sua vez, não entra no aspecto da anormalidade da gestação e dos seus riscos para a saúde e a vida da gestante, o inciso descriminaliza o aborto quando a gestação ocorre independente da vontade da mulher por ela ter sido vítima de um

estupro, ou seja, por ela ter ficado grávida em razão de uma violência física e sexual que ela sofreu. Nesse caso, não basta a simples alegação da mulher de ter sido vítima de estupro, é preciso que o fato tenha sido investigado pela polícia e, após os procedimentos técnicos e legais, ela tenha a autorização judicial para abortar.

Conforme se pode observar, o ordenamento jurídico brasileiro preza e protege a vida desde a sua concepção. A Constituição Federal de 1988 traz a vida como um direito e uma garantia fundamental de forma a considerá-la como um bem maior e inviolável.

Os pactos internacionais aderidos pelo Brasil, em especial, o Pacto São José da Costa Rica, também trata o direito à vida de forma priorizada. Os códigos trataram de abortar sobre o tema. O Código Civil cuidou de identificar o início da personalidade civil, ressaltando os direitos inerentes à pessoa humana, e o Código Penal, por sua vez, trouxe punições para os crimes cometidos contra a vida.

O Código Penal, em consonância com todo o ordenamento jurídico brasileiro, considera que interromper uma gravidez a partir do marco biológico da nidação é um crime contra a vida, o que significa dizer que matar um embrião de forma voluntária é uma violação do direito à vida e uma afronta a um direito e garantia constitucional.

A legislação penal prevê de forma clara as punições para aqueles que atentem contra a vida do embrião e provocam um aborto, cujas penas estabelecidas vão de 01 (um) a até 10 (dez) anos de prisão, trazendo apenas duas exceções em que não se considera o aborto como crime, sendo nos casos do aborto necessário e aborto no caso de gravidez resultante de estupro.

Parcelas consideráveis da sociedade vem lutando pela legalização do aborto no Brasil, por motivos que vão desde argumentos relacionados com a saúde pública, a passar por questões ideológicas de que é um direito específico da mulher decidir sobre querer ou não levar adiante uma gravidez, independentemente se ela se encontra dentro das exceções previstas no Código Penal Brasileiro.

Com base nas fundamentações científicas e jurídicas vistas até aqui, há de se considerar que no Brasil projetos de lei com vistas a legalizar o aborto jamais deveriam ser aprovados, pois, do contrário, resultariam em violação à Constituição Federal e aos Pactos sobre Direitos Humanos que o Brasil se obrigou a cumprir, mas não é o que vem acontecendo, pois já existem duas novas exceções não previstas no Código Penal que descriminaliza o aborto, conforme será abordado a seguir.

2.3 A legalização do aborto no Brasil

Ao falar sobre a legalização do aborto no Brasil, as primeiras indagações se referem às questões das existências de abortos clandestinos, de aborto de fetos anencéfalos e métodos abortivos correlacionado com riscos para a mulher, caso de saúde pública.

A legalização do aborto divide opiniões na sociedade brasileira, pois, de um lado, há grupos que entendem que a decisão de abortar cabe unicamente a mulher e apoiam a sua vontade em decidir o que fazer com o seu corpo, na maioria esse grupo é representado pelos movimentos feministas. Do outro lado, por sua vez, temos uma parcela da sociedade que, por questões conservadoras, condenam a prática abortiva, pois entendem que deve ser garantido o direito à vida para todos, inclusive para os embriões, nascituros.

Conforme abordado, no Brasil o aborto é crime e há apenas duas exceções previstas legalmente no Código Penal, lembrando: os casos de estupro e risco de vida/saúde da mulher. No entanto, já vem sendo discutidas exceções e algumas já são permitidas.

A primeira grande exceção e que trouxe muitas questões e divide opiniões é o aborto no caso de fetos anencéfalos. A anencefalia se resume em uma má formação do cérebro durante a formação do feto e geralmente ocorre entre o 16º e o 26º dia de gestação, a anencefalia é diagnosticada no ultrassom e quase sempre sem margem de erro.

A especialista em ginecologia, Dra. Scheila Sedicias ao explicar sobre a anencefalia em seu artigo “Entenda o que é Anencefalia e suas principais causas”, ensina que:

Anencefalia é uma malformação fetal, onde o bebê não possui cérebro, calota craniana, cerebelo e meninges, que são estruturas muito importantes do sistema nervoso central, que pode levar à morte do bebê logo após o seu nascimento e em alguns raros casos, após algumas horas ou meses de vida (2017, s/p.).

Apesar de não estar previsto na legislação ordinária, o Brasil permite o aborto nos casos de fetos anencéfalos. Trata-se de uma exceção que foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal – STF. O STF declarou, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é criminosa e aprovou em 12 de abril de 2012 o aborto em caso de anencefalia, tendo por bases critérios científicos e técnicos determinados pelo Conselho Federal de Medicina.

A decisão do STF na ADPF 54, se deu por 8 votos a 2. Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ayres Britto, Gilmar Mendes e Celso de Mello votaram a favor. Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso votaram contra. Dias Toffoli se declarou impedido e não votou.

Referidos critérios determinados pelo Conselho Federal de Medicina, são explicados pela especialista Dra. Scheila Sedicias que, com clareza, revela que para ser possível o aborto do feto anencéfalo:

será necessário uma ultrassonografia detalhada do feto a partir da 12ª semana com 3 fotos do feto detalhando o crânio e assinado por dois médicos diferentes. Já não é preciso a partir da data de aprovação da descriminalização do aborto do anencéfalo uma autorização judicial para realizar o aborto, como já aconteceu em casos anteriores. Em casos de anencefalia, o bebê ao nascer não irá ver, ouvir ou sentir nada e que a probabilidade dele morrer logo após o seu nascimento é muito grande. Contudo, se ele sobreviver por algumas horas após o nascimento ele poderá ser um doador de órgãos, se os pais manifestarem este interesse durante a gravidez (2017, s/p.).

A legalização do aborto em casos de má formação no cérebro do feto, devido às explicações médicas e científicas que atestam que o nascituro não sobreviverá após o parto, podendo até nem chegar a nascer com vida, apesar de também ter dividido opiniões, é aceita por um entendimento majoritário de que cabe aos pais essa decisão, pois somente eles podem mensurar o sofrimento e a dor de saber estar gerando um filho sem chances de sobrevivência.

A legalização do aborto, neste caso, evita que os pais tenham que se socorrer em clínicas clandestinas para conseguirem abortar. Se o aborto realizado por profissionais ou por utilização de medicamento já é visto como uma atitude brutal e cruel, nos casos em que o aborto é realizado de forma clandestina, a crueldade é ainda maior, pois é realizado sem qualquer higiene e segurança e se torna um caso prejudicial para a saúde da mulher, ou seja, se torna um caso de saúde pública.

Atento a essas questões que envolvem a prática de abortos clandestinos, os grupos feministas vem enfaticamente engrossando as discussões e apoiando movimentos fortes e organizados para lutar pela legalização do aborto no Brasil, além dos casos de exceções já previstos pelo Código Penal e decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

A parcela da sociedade que luta pela legalização do aborto fundamenta suas razões em várias questões, mas as principais são a de que a prática de aborto em clínicas clandestinas ou por uso de medicamentos já é um fato que atinge milhares de mulheres, em sua grande maioria pobres e discriminadas socialmente que acabam colocando a sua saúde em risco por não terem recursos financeiros e meios de acesso a fazerem o aborto em segurança. Ainda, argumentam que cabe a mulher e não ao Estado decidir o que ela deve fazer com o seu corpo, especificamente no que se diz respeito a decisão de levar uma gestação a diante ou não.

Os grupos conservadores da sociedade, por sua vez, entendem que o feto não deve ser abortado unicamente porque a mãe decidiu não querer gestar, independente do seu motivo para isso. Há o entendimento de que a vida deve ser respeitada e protegida, e que cabe a mulher estar atenta à métodos contraceptivos para evitar uma gravidez já que não está disposta a ter filhos.

Paulo Jorge, escritor e comentarista, ao abordar sobre a legalização do aborto no Brasil, é a favor da legalização do aborto e se manifesta nos seguintes termos:

É fundamental ressaltar, primeiro, que qualquer pessoa é a favor da vida. No entanto, números estatísticos registram que o aborto ocorre em grande escala no Brasil. Fechar os olhos a essa situação representa uma irresponsabilidade social. Em se tratando do aborto clandestino, é importante ressaltar que ele atinge principalmente pessoas mais simples da sociedade. Mulheres, inclusive menores de idade, são levadas a tomar essa atitude por não encontrarem alternativas. Ignorar esse fato representa, mais que negligência, um ato desumano. Fora as autorizações previstas pela justiça, – gestação resultante de estupro, risco de morte à mulher e fetos anencéfalos – a legalização do aborto nos leva a outra questão: esse ato representa uma negação do direito à vida. Melhor fariam os representantes políticos do País, se assumissem a saúde como um dos setores essenciais de investimentos. Aparelhando os hospitais com psicólogos e médicos especialistas na área. Implantando a saúde comunitária nos bairros menos favorecidos. Ou seja, assegurando a saúde como um direito à sobrevivência da pessoa humana (2015, s/p.).

Alexandro Jeronimo Santos Rocha, também escritor e comentarista, por sua vez expressa sua opinião voltado para um lado mais conservador e expressa sua opinião da seguinte forma:

A sociedade brasileira vive uma grande crise de moral e as mulheres de maneira geral, entregam-se cada vez mais cedo ao sexo irresponsável e desenfreado, mas não podemos por isso, impor aos seres humanos que são fruto dessa irresponsabilidade uma pena de morte sem direito a julgamento. Nada justifica um homicídio, já que o aborto deve ser considerado com tal. A vida é dada por Deus e somente ele deve tirá-la. Sem entrar no mérito político e religioso, faz-se necessário realmente uma discussão ampla e irrestrita sobre os malefícios do aborto para a mulher e a crueldade para com os nascituros. Aqueles que são defensores da legalização do aborto argumentam que legalizá-lo, não significa considerá-lo um ato ético, simplesmente extinguir-se-ia a pena. Como se considerar a hipótese de não punir àqueles que cometeram um crime? É no mínimo risível tal argumentação a favor da legalização do aborto. Uma discussão sobre o hilomorfismo, pouco acrescentará ao conhecimento e discernimento da população. Não interessa se o feto tem alma aos quarenta ou oitenta dias, até por que a ciência já se pronunciou sobre isso. Segundo a Dr^a. Lílian Piñero, especialista em biologia molecular, duas ou três horas depois da fecundação, o feto já se comunica com a mãe, mostrando claramente que logo após a fecundação o feto já começa a ter contato com o mundo externo por meio de sua mãe (2017, s/p.).

As manifestações dos grupos feministas e dos grupos conversadores acaloram a discussão sobre a legalização do aborto no Brasil e, mais uma vez, entra em cena o Supremo Tribunal Federal.

Em julgado recente, de um caso específico que chegou ao STF, a Primeira Turma da Suprema Corte manifestou que a criminalização do aborto no primeiro trimestre da gestação (que era o caso), viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade e, portanto, abriu um precedente para se permitir o aborto de forma legalizada em outros casos análogos – até o terceiro mês de gestação.

Referida decisão foi tomada novamente pela Primeira Turma do STF, formada por 05 ministros e não pelo Plenário todo. A decisão revogou a prisão preventiva de cinco

peessoas que trabalhavam numa clínica clandestina de aborto em Duque de Caxias (RJ) e questionava acerca da existência de requisitos legais para as prisões dos envolvidos. O ministro Luís Roberto Barroso entendeu que não deveriam ser mantidas as prisões, por entender que os artigos do Código Penal que criminalizam o aborto no primeiro trimestre de gestação violam direitos fundamentais da mulher, Rosa Weber e Edson Fachin, concordaram com Barroso. O relator, ministro Marco Aurélio, e Luiz Fux não se manifestaram.

A decisão do Ministro Luís Roberto Barroso teve por fundamento as seguintes sustentações:

A criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade / Violação à autonomia da mulher / Violação do direito à integridade física e psíquica / Violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher / Violação à igualdade de gênero / Discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres / Violação ao princípio da proporcionalidade (Fonte: <http://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/saude/a-legalizacao-aborto-nobrasil-amar-ou-odiar.htm>).

Ainda, manifestou-se no sentido de que “é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.”

A decisão do STF nesse caso específico não generaliza e nem legaliza o aborto no Brasil, mas demonstra um caminho político que se está trilhando nas discussões que envolvem as práticas abortivas.

Eros Roberto Grau, Ministro aposentado do STF, recentemente se posicionou sobre as decisões do STF que vem trazendo novas exceções para o aborto e, em seu texto jurídico intitulado “Juizes que fazem as suas próprias leis”, opina que:

Essa decisão do Supremo consubstancia uma agressão à Constituição, pois ele (o STF) se arroga poder de legislar. Na ADPF 54 acrescentou mais uma hipótese ao artigo 128 do Código Penal — o aborto de anencéfalo — e agora outra mais, a do aborto praticado nos três primeiros meses de gestação. Ora, o nascituro é não apenas protegido pela ordem jurídica — sua dignidade humana preexistindo ao fato do nascimento —, mas titular de direitos adquiridos. No intervalo entre a concepção e o nascimento, os direitos que se constituíram têm sujeito, apenas não se sabe qual seja. O artigo 2º do Código Civil hoje vigente entre nós afirma, com todas as letras, que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Fetos são seres humanos que podem receber doações, figurar em disposições testamentárias e ser adotados, de modo que a frustração da sua existência fora do útero materno merece repulsa. Fazem parte do gênero humano, são parcelas da humanidade. Há, neles, processo vital em curso. A proteção da sua dignidade é garantida pela Constituição, aborto é destruição da vida, homicídio (2016, s/p.).

A grande verdade é que, em que pese os anseios de uma considerável parcela da sociedade em se legalizar o aborto, decisões que ferem a Constituição Federal e os Pactos Internacionais que o Brasil aderiu, traz uma enorme insegurança jurídica. Não só pelo fato de estar ferindo normas e garantias constitucionais, mas também pelo fato de estarmos vendo o Supremo Tribunal Federal legislar uma competência que não pertence a ele.

O Brasil, quando o assunto é a legalização do aborto, encontra-se em um momento polêmico e delicado, pois como visto são várias as questões que envolvem o assunto e as opiniões estão divididas. No entanto, não se pode violar a Constituição Federal com decisões a todo momento que vão de confronto aos seus preceitos, direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Ainda, a Constituição do Brasil em seu artigo 2º, determina a independência e harmonia entre Legislativo, Executivo e Judiciário, nesse sentido a cada um dos Três Poderes cabe exercer as funções que lhe cabem, ou seja, o Judiciário não pode legislar, por ser prerrogativa e atribuição do Legislativo.

Estamos, portanto, diante de um cenário de flexibilização dos direitos e garantias fundamentais, o que é temerário, pois embora respeitável os argumentos e alegações daqueles que são favoráveis à legalização do aborto, pois toda discussão polêmica deve ter por critério o entendimento de que opiniões se baseiam em crenças e regras éticas e morais, a Constituição Federal e os pactos internacionais são instrumentos normativos que representam o anseio dos seus constituintes e, todo o aparato normativo brasileiro tem por objetivo proteger e resguardar a vida de todos os seus legislados, inclusive a do feto em formação.

3. Considerações Finais

Hoje no Brasil existem dois posicionamentos muito bem definidos no que se refere à discussão sobre a legalização do aborto, se de um lado se apresenta um grupo mais conservador que é contra a legalização, por outro lado, se tem um grupo mais liberal que entende que a legalização do aborto já passou da hora de acontecer.

É inegável que a discussão é acalorada e que divide a sociedade em setores, porém a dificuldade de se chegar a uma definição não pode superar a necessidade de conhecer os posicionamentos, adentrar em cada fundamento de forma bem aprofundada e que, se possível, chegar a uma decisão que atenda à todos.

Na teoria os argumentos de ambos os grupos são pertinentes e, quase todas as argumentações são bem fundamentadas, no entanto, a situação na prática envolve muitas outras questões importantes e que merecem a mesma atenção. Por exemplo, se levarmos em consideração os argumentos do grupo a favor da legalização do aborto no Brasil, nos deparamos com o fato de que referida decisão fere princípios e direitos constitucionais, o que não é permitido no nosso sistema. Por outro lado, a não legalização do aborto deixa de atender à uma realidade social que está prejudicando a parcela mais vulnerável das mulheres da sociedade que fazem o aborto de forma clandestina e com riscos à sua vida e saúde.

Por se tratar o assunto da legalização do aborto no Brasil um tema delicado, percebe-se que nossos legisladores vêm enfrentando o assunto de forma bem devagar, ou seja, o legislativo não vem enfrentando o tema e, por esse motivo, a sociedade tem buscado o judiciário para atender seus anseios e, é nesse momento que surge outro problema, pois o judiciário não pode legislar!

No momento em que a sociedade busca por uma resposta, por um provimento judicial, ainda que o judiciário não possa legislar, ele tem que atender à demanda no caso concreto, ou seja, tem que apresentar uma decisão, um posicionamento.

O judiciário atua através de interpretações das normas existentes e quando não há uma norma específica para se basear, deve buscar fundamentar suas decisões em princípios e preceitos fundamentais, o que permite uma margem maior de alcance para trazer uma solução ao caso concreto. Porém, o judiciário ter que decidir a todo momento sobre práticas que sejam exceções à criminalização do aborto traz uma enorme insegurança jurídica para o ordenamento jurídico brasileiro.

Partindo do ponto de que o Brasil é um estado democrático de direito e que tem uma constituição que é a norma fundamental a que se baseia toda a legislação infraconstitucional e que existe a tripartidação dos poderes executivo, legislativo e judiciário, ainda que os clamores sociais pela legalização do aborto sejam pertinentes, não se pode permitir que a Constituição Federal seja ultrapassada de modo que o judiciário a todo momento desvirtue de suas atribuições trazendo novas exceções que descriminaliza o aborto e que, de uma certa forma, fere não só a questão da legalidade mas também fere direitos consagrados, como visto no trabalho.

É neste sentido, que a legalização do aborto no Brasil não deve acontecer. Antes é necessário rever a matéria adequando à situação ao que estabelece a Constituição Federal para não se correr o risco de a todo momento o judiciário ter que decidir legislando, muitas das vezes ferindo normas e preceitos fundamentais, criando precedentes e exceções que trazem instabilidade e insegurança jurídica.

Por todo o estudo desenvolvido na busca de se conhecer os posicionamentos divergentes sobre o aborto no Brasil, passando por critérios biológicos e legais, a solução a que se chega é a de que anseios sociais de uma minoria não devem sobrepor aos anseios sociais e políticos de uma maioria que lutou pela consagração da Constituição Federal, ou seja, a lei maior continua sendo o marco orientador para qualquer assunto que vise flexibilizar direitos e garantias em seu texto consagrados, o que é o caso que envolve o tema da legalização do aborto, conforme visto no presente artigo.

REFERÊNCIAS:

BARBOSA, Diego. *A Criminalização do aborto no Brasil*. Disponível em: <https://jurisdiego.jusbrasil.com.br/artigos/111207115/a-criminalizacao-do-aborto-no-brasil>. Acesso em 11. Abr. 2017.

BARROSO, Luiz Roberto. *A legalização do aborto no Brasil, amar ou odiar*. Disponível em: <http://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/saude/a-legalizacao-aborto-no-brasil-amar-ou-odiar.htm>. Acesso em: 27 de abr. 1988.

BBC BRASIL.COM. *Chega ao STF primeira ação que pode levar à ampla legalização do aborto*. Disponível em: <https://noticias.terra.com.br/brasil/chega-ao-stf-primeira-acao-que-pode-levar-a-ampla-legalizacao-do-aborto,479ceb8f6a2f82c854bbdcce9a61ee7f6tuuybfd.html>. Acesso em: 13 de abr. 2017.

BICUDO, Hélio. *O Direito à vida*. Disponível em: <http://helio-bicudo.blogspot.com.br/2012/04/o-direito-vida.html>. Acesso em: 31 de mar. 2017.

BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 de abr. 2017.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De12848.htm. Acesso em: 02 de abr. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 31 de mar. 2017.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de Novembro de 1992*. Pacto de São José da Costa Rica. Disponível em: http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf. Acesso em: 27 de abr. 1988.

CLEMENTE, Aleksandro. *“O direito à vida e a questão do aborto”*. Disponível em: <http://portaldafamilia.org/artigos/artigo400.shtml>. Acesso em: 31 de mar. 2017.

GRAU, Eros Roberto. *Juízes que fazem suas próprias leis*. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/opiniaojuiizes-que-fazem-as-suas-proprias-leis-20622275>. Acesso em: 13 de abr. 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. 9. ed. Niterói: Impetus, 2012.

JORGE, Paulo. *A legalização do aborto no Brasil*. Disponível em: <http://blogs.ibahia.com/a/blogs/portugues/2015/06/08/a-legalizacao-do-aborto-no-brasil/>. Acesso em 13 de abr. 2017.

OLIVEIRA, Edmar. *Legalização do aborto e o STF*. Disponível em: <http://direitonarede.com/legalizacao-do-aborto-e-o-stf/>. Acesso em 13 de abr. 2017.

PORTAL EDUCAÇÃO. *O aborto e a legislação brasileira*. Disponível em: <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/o-aborto-e-a-legislacao-brasileira/32255>. Acesso em: 05 de abr. 2017.

ROCHA, Alexandro Jeronimo Santos. *A legalização do aborto no Brasil: amar ou odiar*. Disponível em: <http://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/saude/a-legalizacao-aborto-no-brasil-amar-ou-odiar.htm>. Acesso em 13 de abr. 2017.

SILVA, Tiago Carneiro Batista. *Aborto: aspectos morais, legais e sociais*. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/aborto-aspectos-morais-legais-e-sociais/23104/>.

SEDICIAS, Sheila. *Entenda o que é anencefalia e suas principais causa*. Disponível em: <https://www.tuasaude.com/anencefalia/>. Acesso em: 13 de abr. 2017.

XAVIER, Luciana. *Direito à vida*. Disponível em https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=245. Acesso em 11 de abr. 2017.

WIKIPÉDIA. *Aborto no Brasil*. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Aborto no Brasil](https://pt.wikipedia.org/wiki/Aborto_no_Brasil). Acesso em 11 de abr. 2017.