

HAVERÁ UM DIREITO AO ABORTAMENTO EM FACE DA CONSTITUIÇÃO?

Elcias Ferreira da Costa *

Resumo

O autor examina o aspecto inconstitucionalidade que inquina o Projeto-Lei nº 20- B, bem como o artigo 127, do projeto de reforma do Código Penal, e faz comentário sobre as conseqüências morais que poderão resultar para a sociedade, caso sejam aprovados.

Palavras-chave: aborto, código penal, institucionalidade

Tramita, desde 1991, na Câmara dos Deputados, o Projeto-Lei n. 20- B, de iniciativa dos Deputados Eduardo Jorge e Sandra Starling, propondo a obrigatoriedade para o Estado de efetuar, por meio do Serviço Único de Saúde, o abortamento nas hipóteses de exclusão de punibilidade para o médico, previstas no art. 128, do Código Penal Brasileiro, a saber, o chamado “aborto necessário”, dito também “terapêutico”, e o aborto conseqüente de estupro. Aprovado na Comissão de Seguridade Social e da Família e na Comissão de Constituição e Justiça e Redação, o Projeto-Lei, aguarda a oportunidade para ser votado em plenário.

Se convertido em Lei, o Projeto n. 20-B marcará, na sociedade brasileira, a institucionalização de um dos crimes contra a vida e a discriminatória negação de uma das garantias individuais que ca-

* *Mestre em Ciências Jurídicas e Professor Adjunto da UNICAP.*

racterizam todo Estado Democrático de Direito, a saber, o “devido processo legal”. Na verdade, pela prática do abortamento com utilização do serviço do SUS, o Estado destrói uma vida humana, sem possibilidade de defesa conforme o devido processo legal, que é assegurado pela Constituição a toda pessoa indigitada para sofrer penalidades por parte do Estado.

Uma avaliação responsável e objetiva dos aspectos jurídicos do aludido projeto-lei permite verificar *vícios de inconstitucionalidade*, os quais desautorizam a sua conversão em lei.

Na análise do aspecto constitucional do Projeto-Lei 20-B91, consideraremos quatro itens, a saber:

- I – a inconstitucionalidade do Projeto-Lei n. 20-B;**
- II – incompatibilidade do Projeto-Lei n. 20-B com o dever jurídico dos órgãos do estado de tutelar o direito à vida;**
- III – o Projeto-Lei n. 20-B em face do princípio constitucional da moralidade administrativa;**
- IV – o art. 128, do Código Penal, em face da vigente Constituição.**

A Inconstitucionalidade do Projeto-Lei n. 20-B

O projeto de lei que se propõe impor ao Estado o dever de favorecer a prática do abortamento, utilizando-se da rede hospitalar pública do Sistema Único de Saúde, padece de uma gritante inconstitucionalidade frente ao que se consagra no artigo 5º, *caput*, da

vigente Constituição Brasileira, no qual se dispõe 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, nos termos seguintes...” (incisos I a LXXVII “*ommissis*”).

Cinco princípios básicos do nosso Direito são assegurados no citado artigo, destacando-se como primordial a inviolabilidade do direito à vida. Considerando que nenhum direito é absoluto em face do bem comum, o qual, eventualmente, poderá se sobrepor ao bem individual, o Constituinte preveniu que aqueles direitos fundamentais seriam assegurados, *nos termos dos 77 incisos*, que se seguiram no desdobramento do *caput* do mesmo artigo.

É de importância para a interpretação do Projeto-Lei n.20-B em face da Constituição observar que, na explicitação dos termos do art. 5º, da Constituição, restrições várias, excepcionantes foram previstas no que se refere aos direitos à igualdade, à segurança e à propriedade. Entretanto, no que se refere ao direito à vida, nenhuma hipótese de restrição foi prevista, permitida, suposta ou presumida, razão por que nenhuma lei infraconstitucional tem poder de permitir ou autorizar a eliminação da vida e, *a fortiori*, “preceituar” – como se pretende no Projeto de Lei Nº 20/91 – a eliminação da mesma por qualquer processo ou a qualquer pretexto.

Assim, pois, em face do poder constituinte do povo brasileiro – poder vivo, no qual assenta o suporte ontológico de que resulta a vigência e a efetividade da Constituição formal –, nenhum poder constituído, o Congresso inclusive, tem competência

para sequer autorizar ou permitir o abortamento da vida e, *muito menos*, preceituar aos órgãos da Administração Pública o dever de efetuar-lo, qual se propõe no aludido projeto de lei. Consoante ensinamento do jurista Sergio Ferraz, “com muito mais ênfase do que a Constituição de 67/69, quando o que se assegurava era ‘a inviolabilidade dos *direitos concernentes à vida*’, agora não, na Constituição vigente, o *caput* do artigo 5º, inequivocamente, apanha todo e qualquer projeto vital (inclusive células, tecidos etc.), vocacionado à vida, ainda quando incapaz de manter, por si só, a existência.” (FERRAZ, 1991, p. 25)

O destaque feito pelo autor citado permite perceber a diferença entre o texto da Constituição de 1988 e o texto das Constituições anteriores, à medida que, na Constituição vigente, assegura-se não apenas a *inviolabilidade, dos direitos “simplesmente concernentes à vida”* mas também a *“inviolabilidade do direito à vida”*. Ora, “uma coisa é indiscutível” – assevera o citado jurista – “desde o zigoto, o que se tem é vida: vida *diferente* da do espermatozóide e do óvulo; vida diferente da do pai e da mãe, mas *vida humana*, se pai e mãe são humanos. Pré-embriônica a início, embriônica após, mas vida humana. Em suma – conclui Sergio Ferraz –, “*desde a concepção há vida nascente a ser tutelada*” (Op . cit., p. 47).

E tão certo é que há vida humana, que Clóvis Beviláqua já opinava que se pode falar em “personalidade do nascituro”. O Código Civil, nessa mesma linha de conceituação, assegura os direitos “daquele que vai nascer” (art. 4º), prevê a legitimação do filho apenas concebido (art. 353), providencia curatela para o nascituro (art. 462).

E não faltou jurista renomado, como Altavilla, citado por E. Magalhães NORONHA (1965, p. 62), o qual não hesitou em considerar o sujeito concebido, como já sendo dotado de personalidade jurídica autônoma.

Não se trata de discutir sobre se a garantia assegurada ao nascituro no art. 4º, do Código Civil, alcança o embrião. Trata-se de entender que a vida que a Constituição tutela é o valor-fonte de todos os outros valores personalíssimos. Como diz a Dra. Rita Maria Paulina dos SANTOS (2000, p. 15), de nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, se não erigisse a vida humana como fonte desses direitos. Enfaticamente afirma a autora de substancial estudo sobre transplantes e clonagem que, “manifestando-se desde a concepção, sob a condição do nascimento do ser com vida, esse direito permanece integrado à pessoa até a morte. Basta que se trate de forma humana, concebida ou nascida natural ou artificialmente” (Op. cit., p. 9).

Ora, se essa é a realidade jurídica, que envolve e resguarda o ser humano antes de nascer, a inferência lógica a extrair-se é que nele há vida, e, se há vida, necessariamente *ex vi* da Constituição, configura-se como crime a sua destruição mediante técnicas abortivas. Considerando-se que a vida consiste em um impulso espontâneo e imanente, emergindo de um princípio individuado e incomunicável de movimento, tendo por fulcro uma substância de natureza “hominal”, não há por que recusar ao embrião, que se move por si mesmo, a categoria de pessoa.

Em abono dessa conceituação do feto como detentor de um princípio vital individuado, embora relativamente condicionado

ao fisiologismo do princípio gerador materno, pode-se aduzir a informação de fato, que foi comunicada, na abertura da **X Semana de Estudos Docentes da UNICAP**, pelo arcebispo de Diamantina, D. Luciano Mendes de Almeida, nos seguintes termos : “Há poucos dias tive acesso a uma fotografia – dizem – do novo século : uma mãe grávida, sabendo que seu filhinho, ao nascer, segundo os médicos, seria deficiente por falta de irrigação da medula, ficou aflita. O médico então sugeriu tirar a criança, porque nasceria deficiente. Aí começa a pesquisa nos Estados Unidos para saber onde poderiam encontrar uma solução para o caso. Então, um pesquisador de medula que já estava especializando-se em operações intra-uterinas solucionou o problema daquela criança de três meses graças a essa beleza de tecnologia médica moderna. Interessante é que, ao se abrir o útero e ao se tocar aquele ser pequenininho, este segurou com a mãozinha o ferro do médico” (UNICAP, 2000, p. 27). O fato, se historicamente provado, evidencia um movimento de autodeterminação do feto, em obediência ao instinto de autoconservação. Se vida e se autodeterminação, então existência de um “Eu” dentro do ambiente intra-uterino.

Considerando esse mesmo aspecto, escreveu o criminalista Roque de Brito Alves (1993, p. 20): “A partir de sua concepção, o feto não é um objeto, uma coisa, um mero acréscimo ou apêndice no corpo da mãe e sim, ao invés, científica e juridicamente, um ser vivo que necessita do amparo da lei penal. E sendo vida (e não coisa, objeto, entranha ou víscera somente), é ação criminosa, punível qualquer ação contra ele, pois, como um ser vivo, não se confunde com o ser da mãe embora viva no ventre materno. Absurda “liberdade de

abortar “ – afirma o Professor da UNICAP - que seria uma mais absurda “liberdade de matar”.

Há uma outra consequência de natureza constitucional envolvendo o ser humano, que o Direito Civil brasileiro tutela com garantias sociais. Tal consequência consiste no fato de que, se, no inciso III, do artigo 5º, da Constituição, ficou assegurado que “ninguém será submetido a tratamento desumano, cruel ou degradante”, parece evidente que a ação de destruir, pela prática do abortamento, a vida daquele que, consoante a expressão do Papa Paulo II, é “ *o mais inocente dos seres humanos*”, e, de certo, *o mais indefeso dos viventes*, uma tal ação preenche, sem dúvida, a figura penal-constitucional designada como “tratamento cruel e desumano”..

Incompatibilidade do Projeto-Lei nº 20- B com o Dever Jurídico dos Órgãos do Estado de Tutelar o Direito à Vida

A interpretação do art. 5º, da Constituição, coloca o jurista perante um aspecto de capital importância: é que, como titular do direito subjetivo público, expresso com as palavras *inviolabilidade do direito à vida*, deve ser considerado “não apenas o sujeito adulto, que” – como já fora advertido pelo Deputado Osmani Pereira em brilhante voto em separado, formulado na Sessão da Comissão de Seguridade Social e da Família (sessão de 27.08.1995) – “está geograficamente situado na terra, mas todo ente, vindo à luz ou não”. Pois bem, correlativamente a esse direito subjetivo constitucional de ter a vida tutelada pelo Estado, impõe-se a todas as pessoas que agem como

órgãos do Poder público – compreendendo na espécie não só a Administração Pública como também os congressistas e os magistrados – o dever jurídico de não só tutelar a vida de todo ser humano, mas também, e sobretudo, o *dever de não violarem eles mesmos esse que é o maior bem jurídico: a vida*.

Considere-se ainda, o seguinte aspecto: diante do que pretende dispor em lei o aludido Projeto-Lei, fica esvaziado de sentido e totalmente inócuo um dos itens do art. 1º, da Constituição, a saber, aquele que estabelece como fundamento do Estado brasileiro “*a dignidade da pessoa humana*”. Poder-se-ão, com fundamento, levantar dúvidas sobre se restará para o ser humano algum valor acima da arbitrariedade dos agentes políticos, quando a sua vida incipiente puder ser destruída pelo próprio Estado, “independentemente de qualquer culpabilidade”. Efetivamente, todo fundamento desaparecerá para se acreditar no enunciado constitucional referente à *dignidade da pessoa humana* como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, quando o maior bem da pessoa – a vida – fica a depender da decisão de uma mãe, cuja vida não é mais importante do que a do ser por ela concebido. Violado também estará, pelo mesmo motivo, o princípio fundamental da *igualdade*, à medida que o Estado tutela a vida da mãe enquanto sacrifica a do filho por ela gerado.

Para se justificarem quaisquer dos pretextos argüidos, com o fito de legalizar a prática do aborto pelo Estado ou por particulares, com certeza necessário se faz que se proceda a uma Emenda Constitucional, retirando do texto, que até agora vigeu, os dispositivos que consagram os valores fundamentais do Estado brasileiro e que são preciosa herança do cristianismo, a saber, tanto a dignidade da pessoa

humana como a inviolabilidade do direito à vida e do direito à igualdade. Autorizar, mediante lei infraconstitucional, a prática do abortamento pela administração pública e manter na Constituição aqueles princípios e enunciados fundamentais tem toda a característica de um “estelionato constitucional”.

O Projeto-Lei n° 20-B em face do Princípio da Moralidade Administrativa

Lê-se no art. 37, da Constituição, que “ a administração pública obedecerá aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade”. Parece que o Projeto-Lei n° 20-B é incompatível também com esse princípio constitucional, regulador da administração pública.

Em primeiro lugar, desconhece-se qualquer argumento de direito, de ética ou mesmo de filosofia que demonstre ser compatível com o senso de moralidade, expresso no texto constitucional, eliminar a vida de um inocente. Se, porém, se levar a interpretação do termo “moralidade”, enunciado no art. 37, da Constituição Federal, para o terreno da “moralidade constitucional”, parece consentâneo inferir que fere a moralidade constitucional todo ato normativo que viole algum dos princípios e direitos fundamentais da Constituição, considerados pelo Deputado Asdrubal Bentes como pertinentes à categoria das chamadas cláusulas pétreas, insusceptíveis de alteração por Emenda Constitucional e, *a fortiori*, de violação por norma infraconstitucional.

Em segundo lugar, dois outros aspectos de contrariedade com o espírito da Constituição e com a própria interpretação sistemática – a *ratio Constitutionis* – se detectam quando se considera que, não admitindo a Constituição pena de morte para qualquer tipo de crime, o Projeto-Lei nº 20-B, em obrigando o Estado a fazer o abortamento, quando solicitado pela mãe estuprada, decreta uma verdadeira “pena de morte, e o faz sem qualquer julgamento” contra um indefeso, assegurando-se, na hipótese em que a concepção foi conseqüência de estupro, que o autor da lesão praticada contra a mãe estuprada, este terá a sua vida amparada e tutelada pelo mesmo Estado. Por dois lados, é, pois, afrontada a *ratio Constitutionis*: primeiro, quando pune com a morte alguém evidentemente inocente, inerte e, segundo, quando o faz sem julgamento, com a finalidade de amenizar o mal-estar que não foi provocado pela própria vítima, no caso, o feto ou o embrião. Com a aprovação do referido projeto de lei, o Estado, para promover o bem-estar de uma pessoa, promove a destruição da vida de outrem.

Reconhecendo ao Estado tamanho poder, não estaria a sociedade, com esse precedente – caso transformado em lei o aludido projeto –, correndo o risco de entregar ao Estado onipotente a arma que poderá ser aplicada, por motivos outros, tais como os de natureza política ou mesmo ideológica? Haveremos de assistir ao Estado ser elevado à condição daquele deus mortal que tudo pode, da filosofia de Hobbes?

Sem dúvida, quem pode o mais, pode o menos. Se ao Estado for dado o imenso poder de matar os inocentes indefesos, quem

evitará que amanhã esse Estado, estimulado pelos poderes que lhe terão sido concedidos – caso convertido em lei o aludido projeto-lei –, quem evitará que usurpe o poder de matar também os adultos inocentes por motivos outros, como discriminação ou indesejabilidade, reconhecendo-lhe como pressuposto aquele mesmo critério com que Hans Kelsen justificou o genocídio praticado pelos Estados totalitários? É conhecido o pensamento do jurista tcheco, famoso por sua *Teoria Pura do Direito*. “ Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos – enfaticamente afirma o famoso jurista – condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados” (KELSEN, 1962, p. 78).

O Artigo 128, do Código Penal, em face da Constituição

Tem-se repetido, na justificativa do Projeto-Lei nº 20, que o artigo 128, do Código Penal, teve sua vigência consagrada por todas as Constituições, desde a de 1946 até a atual.

Na realidade, o art. 128, do Código Penal, institui duas hipóteses de exclusão de punibilidade – não de criminalidade ou culpabilidade –, exclusão inspirada em motivos de política criminal. Textualmente: “Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

Efetivamente, admitindo-se que a promoção do bem comum é a razão de ser de toda lei, inclusive a penal, a consciência jurídica dos povos civilizados tem reconhecido ao Estado juiz a faculdade de, em circunstâncias especialísimas, em que o bem comum seria mais preservado com a não-punição do culpado que, sob o aspecto legal, seria objeto de punibilidade, tem reconhecido faculdade de usar a equidade e a magnanimidade, absolvendo o autor de conduta punível. É de se recordar o fato ocorrido em uma cidade dos Estados Unidos, há uns dez anos ou menos e amplamente divulgado pela imprensa, envolvendo um casal que, infringindo a lei local, conduzia, na boléia do carro, uma filha de dois anos e marchando pela contra-mão – outra infração à lei de trânsito vigente naquele país, tipificando imprudência culpável - atritou-se involuntariamente com um veículo que vinha em direção oposta, causando a morte da filha. Indiciado por homicídio culposo, o juiz absolveu o casal, considerando que pena muito maior já lhes fora infligida com a morte da filha, morte causada por sua própria imprudência. Caso de jurisprudência equânime vem descrita por Claudio Souto, tendo por autor o juiz federal Arthur Maciel, o qual absolveu réu acusado de crime de contrabando, considerando a especial situação de um homem que tentava sobreviver e sustentar a família com aquele comércio ilegal (SOUTO, 1980, p. 331).

Não estamos considerando aqui a natureza moral da conduta do médico que praticou o aborto nas aludidas hipóteses do art. 128, do Código Penal. Conhecido é o posicionamento da Igreja a esse respeito. Estamos considerando aqui a *ratio legis* que – supomos – inspirou o legislador na redação do artigo comentado, recusando

ao Estado o *ius puniendi* naquelas situações especialíssimas, em que a paciente se vê apavorada ante o risco de vida declarado pelo médico, ou quando traumatizada por carregar no ventre o produto de uma violência sexual, produto genético indesejável de um facinora. Não é difícil avaliar o estado de pânico que envolve a mulher em uma e outra situação descrita. Sob o ponto de vista puramente ético, não se justifica que, para colocar alguém em situação confortável, extermine-se a vida de outrem impossibilitado de defesa.

No decorrer da existência, a vida pode colocar a pessoa ante o dilema moral de comportar-se ou como herói, ou como canailha; tais são, entre outras, as circunstâncias, (aliás, previstas também no Código Penal) com que se depara o bombeiro, tendo que enfrentar as chamas para penetrar perigosamente em prédios invadidos pelo fogo, o soldado em campo de batalha recebendo ordens para avançar debaixo de saraivadas de metralhadoras ou das sofisticadas armas modernas, o juiz, quando ameaçado de morte para não proferir sentença justa de que resultará imenso prejuízo econômico para a parte responsável. Todas essas são situações perante as quais não resta ao homem terceira alternativa; está diante de um dever, não só jurídico mas também moral, que não admite omissão ou prevaricação (C. P., art. 24, § 2º). Entretanto, sob o ponto de vista psicológico – e um nexos de causalidade psicológica ligando o evento à autodeterminação do agente é pressuposto para qualificar culpabilidade moral –, nem toda mulher tem a virtude heróica para dizer: “salve-se a criança e entreguem-me às mãos da Providência”, atitude que – diga-se – é a única compatível com os deveres da moral cristã e da mesma Lei Natural.

Exemplo de tal heroísmo foi-nos dado, faz alguns anos apenas, por uma médica obstetra, a doutora italiana Joana Beretta Molla. Engravidada depois do terceiro filho e, constatando-se a presença de um fibroma no útero, foi avisada pelos colegas de profissão sobre o risco de vida que seria consequência de se dar prosseguimento da gestação até o parto, aceitou heroicamente o sacrifício da própria vida, vindo a falecer, em meio a dores atrozes, uma semana depois de ter dado à luz um filho vivo. Joana Beretta Molla foi beatificada pelo Papa João Paulo II em 1994.

Os santos estão no diminuto rol dos que são capazes de tamanho heroísmo, embora se contem, entre as que não estão no *Catalogus Sanctorum*, razoável número de mulheres que superaram o pavor do dilema abortivo e sobreviveram para amamentar e educar o filho, nascido contra toda expectativa. Faz uns setenta anos, sobre a vida do que hoje é titular da cadeira de Direito Penal, da Universidade Católica de Pernambuco, professor Tarcísio Barreto Campello, foi pronunciada por um médico sentença de morte antes de nascer. Sua mãe, Dona Lilia Araujo Barreto Campello, fora, durante a gestação, acometida por toxemia gravídica acompanhada de vômitos incoercíveis, diagnóstico que induziu o médico assistente a sugerir o aborto como alternativa de sobrevivência. Por sua convicção religiosa, e fortalecida pelo apoio irrestrito do marido, o Prof. Francisco Barreto Campello, resistiu à sugestão do ginecologista e deu à luz seu filho, sem qualquer contratempo.

Admitindo-se que, em face dos progressos da medicina contemporânea, tem-se suscitado a controvérsia sobre se, na evolu-

ção da gestação até o parto, existe ou não real perigo de vida para a mulher, perigo que justifique a isenção de punibilidade para o aborto, entretanto, no que se refere aos critérios axiológicos que terão inspirado o legislador, entende-se que, enquanto houver controvérsia em torno da matéria, não se justifica que o legislador escolha a hipótese da qual pode resultar pior solução jurídica para a paciente. A sociedade, da qual o legislador é apenas órgão – e se presume que seja intérprete – não pode exigir que todos os cidadãos possuam a virtude em grau heróico e, conseqüentemente, não considera como adequado ao bom conviver social punir aquelas mulheres que, encontrando-se em situação análoga à que envolveu a bem-aventurada Joana Beretta Molla, não tiveram a virtude necessária, que apenas em reduzido número ocorre, para evitar a prática de infração não apenas moral mas também jurídico-penal.

Para justificar a decisão do legislador isentando de punibilidade a prática do abortamento nas hipóteses do art. 128, do Código Penal, poder-se-ia invocar o ensinamento de Santo Tomás de Aquino, debatendo na *Quaestio 96, da I-II da Summa Theologica*, sobre se é próprio da lei humana reprimir todos os vícios. Efetivamente, o santo Doutor invoca o seguinte trecho do “*De Libero Arbitrio*”, de Santo Agostinho: “A lei que se estabelece para reger a cidade faz muitas concessões e deixa sem castigar muitos delitos que a divina providência castiga; mas não porque não possa fazer tudo, há de tirar-lhe a força naquilo que de resto pode fazer” e, em seguida, conclui, dizendo: “A lei humana não pode proibir tudo aquilo que a proíbe a lei natural”. Todavia, mesmo reconhecendo que “a lei humana não pro-

ibe todos os vícios, de que o homem virtuoso se abstém, mas só se proíbem os mais graves, dos quais é mais possível a maior parte dos homens abster-se”, acrescentou o santo Doutor: “principalmente aquelas coisas que são para o prejuízo dos demais, sem cuja proibição a sociedade não poderia conservar” e exemplificou: “como são os homicídios”. Ora, não há como excluir da categoria “homicídio” o tipo penal feticídio¹. Como se verifica, o legislador afastou-se da restrição feita pelo Doutor Angélico e optou por isentar de punição a prática abortiva naquelas duas hipóteses do art. 128, do Código Penal.

Dúvida não há de que superar o trauma psicológico decorrente de gravidez conseqüente à violência sexual – no caso de estupro – ou – quando advertida pelo médico – aceitar a própria morte a fim de não interromper a gestação implica algo de heroísmo, de que poucas são capazes.

Entretanto, sob o aspecto moral, em tese, não há justificativa para se destruir uma vida inocente a fim de salvar outra ou a fim de afastar o tormento psicológico de um estupro. A esse problema moral se pode entender aplicável o que disse o Mestre: “*Aquele que quiser salvar a sua vida, vai perdê-la; mas, o que perder a sua vida por causa de mim e do Evangelho, vai salvá-la*” (Marcos, 8, 35) O preceito jurídico em vigor, sem deixar de considerar um mal jurídico o abortamento, mesmo naquelas circunstâncias do art. 128, entendeu que deixar de punir a sua prática poderia compatibilizar-se mais adequadamente com o bem comum temporal, tomando por paradigma a especial problemática psicológica que normalmente envolve o psiquismo da mulher em tais casos.

Há, sem dúvida, uma presunção mais do que válida – e é esse o lado negativo da isenção de punibilidade prevista no art. 128, do Código Penal – a saber, que, acobertados pela isenção de pena pelo abortamento, estabelecida para as hipóteses do aludido artigo, muitas pessoas inescrupulosas – médicos e gestantes – promovam o abortamento levados por motivos outros que não os legalmente previstos. E sabe-se que esse abuso existe, repetindo, em nossa sociedade, o feito de Herodes, que mandou matar todas as crianças de Belém com menos de dois anos, e a respeito do qual está na Escritura : “Ouviu-se em Ramá uma voz, choro e grandes lamentos: É Raquel chorando seus filhos e sem querer consolação porque eles já não existem”. (CAMPELLO, 1987, p. 7) Esse – volto a repetir – é o terreno da consciência moral, onde o temor de Deus constitui opção de sabedoria para os que crêem, terreno no qual cada um responde perante Deus pela sua culpa, mesmo quando o legislador achar conveniente deixar sem punição. A atitude da consciência moral é, sem dúvida, pressuposto da eficácia das normas jurídicas² e não há técnica legislativa possível que substitua a consciência moral, a educação da virtude, a convicção religiosa e, sobretudo, a aceitação integral do Evangelho.

No que se refere ao argumento dos abortistas, de que as Constituições anteriores teriam consagrado a constitucionalidade do aludido artigo 128, do Código Penal, o que se pode constatar é o contrário, ou seja, que nenhuma das Constituições anteriores consagrou – quer direta, quer indiretamente – o direito de destruir a vida intra-uterina, tanto quanto não cuidou de tipificar as demais hipóte-

ses excludentes de punibilidade ou de criminalidade constantes do Código Penal, deferindo ao legislador infraconstitucional regular a matéria, sem afastar-se dos princípios e do espírito da Constituição.

O abortamento no texto de reforma do Código Penal.

Já o projeto de reforma do Código Penal, ora em tramitação no Congresso, avança muito mais, na liberação do aborto. Ali, diversamente do que estabelece o Código Penal vigente, lê-se:

“Art. 127. Não constitui crime o aborto provocado por médico se: I – não há outro meio de salvar a vida ou preservar de grave e irreversível dano à saúde da gestante; II – a gravidez resultante da prática de crime contra a liberdade sexual; III – há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável.”

As considerações acima expendidas demonstram que a redação que se quer dar ao Código Penal a ser votado constitui um retrocesso da nossa tradição jurídica no que concerne ao respeito que sempre se devotou à Constituição e, sobretudo, à dignidade do ser humano consagrado em seu texto.

Como não ser crime destruir uma vida humana, quando a Constituição veda até a pena de morte de um facínora, qualquer que seja o grau de hediondez do crime? Como não ser crime eliminar violentamente a vida de um ser que já existe, apenas porque se formulou uma probabilidade, atestada por dois outros médicos – que médicos? –, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomali-

as que o tornem inviável? – Como se arvorar o médico ou o legislador em senhor da vida e da moral para autorizar a eliminação de uma vida, apenas por uma probabilidade, embora fundada – fundada em quê? –, de que o nascituro apresenta anomalias graves ou irreversíveis que o tornem inviável? Será que o direito de viver é uma concessão do legislador? Será uma dádiva do Estado, do qual os agentes – legislador ou funcionários – podem dispor, como se donos fossem? Será que compete a um médico ou a dois médicos o poder e o direito de selecionar entre os que foram concebidos com anomalias ou deficiências quais os que deverão ser abatidos ou destruídos? Que diferença há – sob o aspecto “direito à vida” – entre um feto com anomalia julgada irreversível e o deficiente físico adulto? Também estes perderão o direito de viver por serem portadores de deficiência incorrigível?

No acima citado livro da dra. Rita Maria Paulina dos Santos, encontra-se a seguinte citação do constitucionalista José Afonso da Silva: “A riqueza significativa da vida é de difícil apreensão porque é algo dinâmico que se transforma incessantemente. É mais um processo[...] que se instaura com a concepção [...] transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que mude de qualidade, deixando, então, de ser vida, para ser morte.” E, ao fim da citação, está o recado para os nossos legisladores: “Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante **contraria a vida**” (SANTOS, 2000, p. 14).

Orientar a opinião pública e, sobretudo, as consciências dos legisladores sobre os prejuízos para a sociedade brasileira, caso venha

a ser ensejada a legalização do feticídio em proporções de genocídio, eis uma tarefa que se oferece aos juristas, católicos ou não católicos, que se consideram comprometidos com os valores morais que têm alicerçado a consciência axiológica do nosso povo, cujos cidadãos, se não sabem fazer leis, nem por isso perderam o bom senso de considerar a vida um “presente do Criador” e não “um produto de engenharia jurídica”. Já dizia o poeta latino: “*Ne sutor ultra crepidam*”. Não queira o sapateiro passar além da capacidade de fazer sapatos. No caso do projeto de reforma do Código Penal, não queira o legislador arrogar-se um poder que lhe não foi dado pelo Senhor da vida nem mesmo pelo constituinte brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVES, Roque de Brito. **Aborto: Crime ou Direito? A Problemática da pena de morte**. Recife: [s. n.], 1993.

CAMPELO, Maria do Carmo Barreto. Uma Nova Matança dos Inocentes. In: **JURISTAS Pernambucanos e o Aborto: em defesa dos que ainda não podem falar**. Recife : Círculo Católico de Pernambuco. 1982. 31 p.

“Osservatorio Romano”, edição portuguesa, n. 18, 30.04.1994, p. 2.

KELSEN, Hans **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1962. V. 1.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 3. ed. São Paulo. Saraiva 1965. 613 p. V. 2

SANTOS, Rita Maria Paulina dos. **Dos Transplantes de Órgãos à Clonagem: nova forma de experimentação humana rumo à imortali-**

dade? Rio de Janeiro : Forense. 2000. 110 p.

SOUTO, Claudio; FALCÃO, Joaquim. **Sociologia do Direito** : leituras básicas de sociologia jurídica. São Paulo: Pioneira, 1980.

TOMÁS DE AQUINO Summa Theologiae

UNICAP – Anais X Semana de Estudos Docentes da UNICAP, 1-4.02.2000, p. 27.

NOTAS

- ¹ “Et ideo lege humana non prohibentur omnia vitia, a quibus virtuosi abstinere; sed solum graviora, a quibus possibile est maiorem partem multitudinis abstinere; et praecipue quae sunt in nocumentum aliorum, sine quorum prohibitione societas humana conservari non posset, sicut prohibentur lege humana homicidia et furta et huiusmodi.”

- ² Em nosso livro *Deontologia Jurídica – Ética das Profissões Jurídicas*, enfatizo esse aspecto, que deve ser valorizado por todo jurista: “A preeminência da ordem normativa da moral sobre a ordem normativa do Direito resulta da circunstância de que a moral reside no interior do Homem e é ali, no santuário da sua consciência, onde se decide o destino da norma jurídica” (p. 7).