

## A "legalização" do aborto e a "civilização cansada"

CARLOS DAVID S. AARÃO REIS (\*)

*"Voando em círculos cada vez mais abertos  
O falcão não pode ouvir o falcoeiro;  
As coisas se desintegram; o centro não se mantém  
A pura anarquia está solta no mundo,  
Cresce a maré obscurecida pelo sangue, e em toda a  
parte  
A cerimônia da inocência é afogada;  
O melhor perde toda a convicção, enquanto o pior  
Está repleto de intensidade apaixonada  
Certamente alguma revelação está próxima  
Certamente o Segundo Advento está perto".*

W. B. YEATS (1)

### I. INTRODUÇÃO

Durante o interrogatório de Jesus Cristo por Pôncio Pilatos, este indaga: "Logo tu és rei?" E obtém a resposta impressionante em sua simplicidade lapidar: "Tu o dizes, sou rei. Nasci, e vim ao mundo para dar testemunho da verdade; todo o que está pela verdade, ouve a minha voz". Mesmo assim retruca o romano: "O que é a verdade?" (Evangelho segundo São João, XVIII, 37-38) (2).

(1) *"Turning and turning in the widening gyre  
The falcon cannot hear the falconer;  
Things fall apart; the centre cannot hold;  
Mere anarchy is loosed upon the world,  
The blood-dimmed tide is loosed, and everywhere  
The ceremony of innocence is drowned;  
The best lack all conviction, while the worst  
Are full of passionate intensity.  
Surely some revelation is at hand;  
Surely the Second Coming is at hand."*

(The Collected Poems of W. B. Yeats, New York, Macmillan, 1948, p. 215).

(2) Não ficou registrada pelo evangelista a resposta do Salvador a esta última pergunta. No entanto, anteriormente, diante da indagação de São Tomé ("Senhor, nós não sabemos para onde Tu vais; e como podemos nós saber o caminho?"), Jesus Cristo esclarece: "Eu sou o caminho, a Verdade e a Vida; ninguém vai ao Pai senão por mim" (Evangelho segundo São João, XIV, 5-6). Também

Comentando a passagem do Novo Testamento, KELSEN denomina Pilatos “representante de uma civilização antiga, cansada”<sup>(3)</sup>. O mestre de Viena referia-se à civilização romana, mas sua expressão serve bem para designar a da época atual. Cansada, ela se serve de vários expedientes para contornar problemas graves, deixando de realmente resolvê-los. Um deles consiste em uma das fórmulas mais em voga na sociedade contemporânea, a da “legalização”. Campeia desenfreada a jogatina, com a omissão da polícia em reprimi-la? Propõe-se “legalizar” o jogo em todas as suas modalidades perniciosas. Aumenta o consumo de estupefacientes e o tráfico de entorpecentes, na ausência de uma vigorosa decisão social de extirpá-los? Exige-se “legalizar” a utilização de drogas “leves” (e não só delas), postulando-se até o auxílio do Estado no envenenamento dos indivíduos.

Nenhuma destas propostas contém uma solução verdadeira. Resultam apenas do desespero de uma “civilização cansada”, impotente para combater males sociais, alguns criados, outros agravados por ela própria. Ilude-se com a “legalização”, que apenas reflete o cansaço coletivo em lidar com questões decisivas, enfrentando-as corajosamente.

Nesta mesma linha, com os mais variados pretextos e as mais disparatadas alegações, defende-se de uma maneira simplista a “legalização” do aborto.

## II. EM DEFESA DA VIDA: A IGREJA CATÓLICA E A SOCIEDADE PLURALISTA

No entanto, lastimavelmente, os sequazes da “cultura da morte”<sup>(4)</sup> têm revelado uma atitude ditatorial, encontrando nos meios de comunicação uma acolhida desproporcional ao seu ponto de vista, pretendendo impedir que a Igreja Católica resguarde e divulgue sua doutrina. Afirmando ser a sociedade atual pluralista, insistindo na ausência de uma religião oficial, não desejam somente alterar a legislação relativa ao aborto, querem também silenciar os defensores da vida.

Ora, internamente fundada por Jesus Cristo, portadora do Evangelho, boa e feliz notícia do domínio de Deus sobre o mundo<sup>(5)</sup>, depositária da Revelação, a Igreja Católica tem o **dever** de esclarecer seus fiéis e orientá-los no caminho da doutrina segura, mesmo contra os desatinos seculares. *“L’important n’est pas pour l’Eglise de se mettre à la mode du siècle, mais de convertir le siècle à l’invariable*

---

a Marta, irmã de Lázaro, disse Nosso Senhor: “Eu sou a ressurreição e a vida; o que crê em mim, ainda que esteja morto, viverá; e todo o que vive e crê em mim, não morrerá eternamente” (Evangelho segundo São João, XI, 25-26). Pilatos teve a oportunidade de conhecer a Verdade, mesmo assim não quis vê-la, daí o silêncio eloqüente de Jesus.

<sup>(3)</sup> KELSEN, Hans. *La Democratie – sa nature – sa valeur*. Trad. Charles Eisenmann. Paris, Sirey, 1932, p. 115.

<sup>(4)</sup> Papa João Paulo II, Carta Encíclica *Evangelium Vitae*. Trad. port. 2. ed. São Paulo, Paulinas, 1995, p. 57, I, 28 e *passim*. O documento pontifício será citado, nas notas seguintes, apenas como *Evangelium Vitae*.

<sup>(5)</sup> *Evangelium Vitae*, p. 97 e 104, II, 50 e III, 52.

*Eglise*”, escreveu o grande estadista francês GEORGES BIDAULT<sup>(6)</sup>. Caso se omitisse, estaria traindo sua missão.

Por outro lado, o externo, exatamente porque se vive em uma sociedade pluralista, a qual admite as mais variadas concepções do mundo, a Igreja Católica, como instituição humana, como realidade social, tem o direito de preservar e difundir a sua<sup>(7)</sup>. Impedi-la seria uma intolerável violação da liberdade de manifestação do pensamento, constitucionalmente assegurada (art. 5º, IV, Constituição). Ainda mais, organizando-se o Brasil como Estado democrático de Direito (art. 1º, Constituição), proclamando-se a todo momento as vantagens da democracia, sendo a maioria da população de fé católica, ou logrando a Igreja persuadi-la da justeza de sua doutrina, seria antidemocrático criar obstáculos à sua propagação.

Além disso, como afirmou S.S. o Papa João Paulo II, “a defesa e a promoção da vida não são monopólio de ninguém, mas tarefa e responsabilidade de todos”, “o Evangelho da vida não é exclusivamente para os crentes: *destina-se a todos*”<sup>(8)</sup>. Basta lembrar a reprovação do aborto por outras religiões e por legislações nos mais diferentes lugares e épocas, demonstrando sua universalidade.

Na atualidade, o “bom combate”<sup>(9)</sup> é travado pela Igreja Católica, “que deve, com igual coragem, dar voz a quem não a tem”<sup>(10)</sup>, ocupando heroicamente a primeira posição de resistência às tentativas de introduzir o assassinato “legalizado” – e talvez precisamente por isto sofra tantas agressões, arrostando a incompreensão do mundo.

### III.A FALÁCIA DOS ARGUMENTOS UTILITARISTAS

#### 1. Os abortos clandestinos e a supressão do Código Penal

Voltando agora aos pretextos e alegações referidos inicialmente, o mais das vezes se revestem de um caráter puramente utilitarista. Afirma-se, por exemplo,

---

<sup>(6)</sup> BIDAULT, Georges. *D'une résistance a l'autre*. Paris, Les Presses du Siècle, 1965, p. 312 e também à p. 259: “non de se convertir au siècle, mais de convertir le siècle”.

<sup>(7)</sup> “Nascida desta ação missionária, a Igreja ouve ressoar em si mesma todos os dias aquela palavra de incitamento apostólico: “Ai de mim, se não evangelizar!” (1 Cor 9, 16). “Evangelizar – como escrevia Paulo VI – constitui, de fato, a graça e a vocação própria da Igreja, a sua mais profunda identidade. Ela existe para evangelizar”, *Evangelium Vitae*, p. 157, IV, 78, grifos do original.

<sup>(8)</sup> *Evangelium Vitae*, p. 182 (IV, 91) e p. 200 (IV, 101), grifos do original, e continuando: “A questão da vida e da sua defesa e promoção não é prerrogativa unicamente dos cristãos. Mesmo se recebe uma luz e força extraordinária da fé, aquela pertence a cada consciência humana que aspira pela verdade e vive atenta e apreensiva pela sorte da humanidade. Na vida, existe seguramente um valor sagrado e religioso, mas de modo algum este interpela apenas os crentes: trata-se, com efeito, de um valor que todo ser humano pode enxergar, mesmo com a luz da razão, e, por isso, diz necessariamente respeito a todos”.

<sup>(9)</sup> SÃO PAULO, II Epístola a Timóteo, IV, 7.

<sup>(10)</sup> Papa João Paulo II, Carta a todos os Irmãos no Episcopado sobre “o Evangelho da Vida”, *apud Evangelium Vitae*, p. 13, Introdução, 5.

que os milhares de abortos clandestinos ou o nascimento de milhões de “excluídos” justificariam a sua “legalização”.

Admitindo-se a verdade desta assertiva, se diariamente realizam-se assassinatos de nascituros inocentes e inermes, também são praticados os mais diversos delitos: homicídios, lesões corporais, estupros, seqüestros, estelionatos, falsificações. Se constitui uma impossibilidade evitar totalmente os primeiros, também não se pode impedir completamente os demais – nenhuma sociedade jamais conseguiu erradicar a criminalidade, apesar dos esforços nesta direção. Seguindo o mesmo raciocínio, aplicado ao aborto, dever-se-ia portanto “legalizar” os demais crimes, chegando-se ao ponto de abolir o Código Penal. Por absurdo, dificilmente alguém ousaria adotar tal ponto de vista. Como escreveu recentemente o Cardeal-arcebispo do Rio de Janeiro, “a argumentação fundamentada na sobrevivência a todas as tentativas de erradicação é falsa. A ser verdadeira, todo o Código Penal deveria ser suprimido, pois os cárceres estão cheios dos que o infringem”<sup>(11)</sup>.

## 2. A ILUSÃO DOS ABORTOS “SEGUROS”

Dir-se-ia que, “legalizado” tal crime contra a vida, o aborto deixaria de ser oculto, até realizado com segurança e higiene, nos hospitais públicos.

Não há, entretanto, qualquer dado objetivo, no Brasil, a corroborar uma eventual queda do número de abortos clandestinos. A prova só poderia ser produzida pela própria “legalização”, ou seja, autorizar a morte para verificar se as mortes diminuem ou não – um disparate. Além disso, a alegação está eivada de falsidade. Como lembra ALBERTO RODRIGUEZ VARELA, professor de Direito Político de Universidade Católica argentina, “a legislação do aborto gera um impressionante aumento de sua prática e incrementa sua execução clandestina. Sobre o ponto, o ilustre ginecologista FERMÍN R. MERCHANT, de acordo com o critério do dr. Tremblay, sustenta enfaticamente que o permissivismo legal constitui um estímulo para o aborto clandestino: “posto que o ato está admitido com a legalização, o delito já não é o ato mesmo, mas sim o fato de não declará-lo ou praticá-lo em outras condições, diferentes das admitidas. Em resumo, o delito se reduz à não declaração de um ato admitido, ou a sua execução fora de certas condições, o que o reduz a uma simples infração administrativa e constitui um estímulo evidente”<sup>(12)</sup>.

<sup>(11)</sup> SALES, D. Eugenio de Araujo. “A Expansão do Mal”. Rio de Janeiro, *Jornal do Brasil*, edição de 20 de janeiro de 1996. S. Eminência referia-se especificamente aos esforços para “legalização” do jogo, mas o argumento também pode ser aplicado relativamente ao aborto. No mesmo sentido, HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. 5, p. 281, n° 61.

<sup>(12)</sup> VARELA, Alberto Rodriguez. “Fundamentos del derecho a nacer”. In URIBURU, Oscar Alvarado *et al.* *El Derecho a nacer*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 20. A “legalização” do aborto na defunta União Soviética, em certa época, não evitou a sua clandestinidade. “Frustou-se a esperança que tínhamos de lutar facilmente contra o aborto criminoso e clandestino; a custosa experiência que fizemos resultou inútil”, lamentou-se um especialista (*Apud* HUNGRIA, Nelson, *op. cit.*, p. 283).

De qualquer modo, nenhuma segurança há no aborto. Como assinala o constitucionalista CELSO BASTOS, “cientificamente, ficou comprovado que o risco do malogro que a mãe corre é maior na extirpação violenta. Há mais problemas médicos. Assim, a desculpa da segurança não existe. O chamado risco da gravidez é sempre menor que o do aborto”<sup>(13)</sup>.

Por outro lado, os serviços relacionados com a saúde pública, no Brasil, não só os mantidos pelo Estado, mas também os particulares, atravessam uma crise de enormes proporções. Os abortos implicariam uma insuportável sobrecarga para eles, sem qualquer garantia das tais higiene e segurança, dado que seu padrão de qualidade deixa muito a desejar. Se feitos exclusivamente na rede hospitalar pública, sem ônus, resultariam em prejuízo dos doentes verdadeiros, afetando os esforços na luta contra as moléstias, atingindo sobretudo as camadas mais pobres da população. Não seria justo nem razoável desviar os já escassos recursos da saúde pública para atender mulheres sadias.

### 3. A POBREZA E O ABORTO

A alegação da necessidade do aborto para evitar o nascimento de um número ainda maior de pobres, de pessoas sem acesso aos bens mais elementares da civilização, a rigor, sequer deveria ser examinada pela sua monstruosidade.

A ninguém foi conferido o poder de decidir a respeito da vida de seus semelhantes. Arrogar-se a tal é assumir uma atitude desenganadamente ditatorial, usurpando o direito à vida de outras pessoas. Se esta autorização existisse no momento da concepção de seus defensores, quem garante estariam eles, hoje, vivos? O nascituro tem direito à vida, terceiros não são titulares de direito sobre a vida de outrem. “Os pobres enquanto estão vivendo, preferem viver. Preferem ser pobres a serem fuzilados. Da mesma forma, os nascituros, se pudessem opinar, prefeririam nascer sem dispor do número de calorias estipulado pela ONU, a serem abortados”, notou CELSO BASTOS<sup>(14)</sup>.

De qualquer maneira, se é lícito, algumas vezes, tolerar o mal menor para evitar um mal maior, ou para promover um bem superior, como proclamou S.S. o Papa Pio XII, nunca é lícito, nem sequer por razões gravíssimas, fazer o mal, para que daí provenha o bem, nas palavras de SÃO PAULO<sup>(15)</sup>.

### IV. A IMPOSSIBILIDADE LEGISLATIVA DE CONVERSÃO DO MAL EM BEM

Todavia, as questões não se resolvem unicamente com alegações utilitaristas. Há outros aspectos a considerar, até mais importantes. Um deles diz respeito

---

<sup>(13)</sup> Aborto – agressão covarde, assassinato sem escusa. Entrevista a *Catolicismo*, S. Paulo, Ed. Padre Belchior de Pontes, n° 525, setembro 1994, Ano XLIV, p. 17.

<sup>(14)</sup> BASTOS, Celso, *op. cit.*, p. 19.

<sup>(15)</sup> *Apud* PAULO VI, *Encíclica Humanae Vitae* e outros documentos sobre regulação da natalidade. Petrópolis, Vozes, 1968, p. 27, n° 14.

aos limites da atividade legiferante estatal.

Ao exercê-la, na época contemporânea, certamente o Estado pode muito, mas não pode tudo. Ao contrário do que supõe o positivismo legal – apenas uma das modalidades de positivismo <sup>(16)</sup> –, há limites para a legislação, mesmo não inscritos constitucionalmente.

Deve o legislador se mover, em primeiro lugar, dentro das fronteiras do fisicamente possível. A ele é impossível transformar mulheres em homens e homens em mulheres, segundo frase famosa e proverbial do francês DE LOLME sobre o Parlamento britânico <sup>(17)</sup>. Não pode determinar em 6 meses o período de gravidez, nem proibir, a um avião que se precipita ao solo, não ultrapassar a velocidade de 30 km horários <sup>(18)</sup>. Muito menos prescrever aos juizes realizarem audiências na Lua, conhecida afirmação, salvo engano, de PONTES DE MIRANDA.

Em segundo lugar, o legislador está limitado pela matéria social a regular, devendo respeitá-la, ele “não é um deus, cuja palavra crie o mundo do nada”, na observação de ALF ROSS <sup>(19)</sup>. Não lhe é lícito ignorar os costumes e tradições sociais, sob pena de realizar obra vã e fracassada. Diversos fatores formam um conjunto de estruturas normativas, um “material”, que, se não determinam, pré-estruturam a “nova” decisão <sup>(20)</sup>.

Finalmente, também há uma trama de princípios formais subjacente, que se impõe ao legislador, queira ele ou não. Nas palavras de WELZEL, as “estruturas lógico-objetivas atravessam integralmente a matéria jurídica”, ela está permeada por estas como “por um tecido” <sup>(21)</sup>.

<sup>(16)</sup> A respeito das espécies de positivismo, v. o meu “Fidelidade à Lei e ao Direito”, *IMB – Notícias* – órgão oficial do Instituto dos Magistrados do Brasil, Rio de Janeiro, Ano X, março de 1990, n° 21, pp. 5-8, com bibliografia, WIEACKER, Franz. *Von römischen Recht – Wirklichkeit und Überlieferung*. Leipzig, Koehler und Amelang, 1944, p. 277 e seg., do mesmo autor, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung. Göttingen. Vandenhoeck und Ruprecht, 1952, p. 253 e seg. (há trad. portuguesa da 2ª. ed. alemã por A.M. Botelho Hespanha, com o título *História do Direito Privado Moderno*, Lisboa, Gulbekian, 1980) e OTT, Walter. *Kann man heute noch Rechtspositivist sein? Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Basel und Stuttgart. Bd. 96, 1 Halbbd., H 5 (Neue Folge), Bd. 118 der gesamten Folge, 1977, p. 441 e seg. A confusão das diferentes modalidades, como feita freqüentemente nos dias de hoje, produz equívocos lastimáveis.

<sup>(17)</sup> *Apud* DICEY, A.V. *Introduction to the study of the Law of the Constitution*. 9. ed. with introduction und appendix by E.G.S. Wade. London, Macmillan, 1950, p. 43.

<sup>(18)</sup> Exemplos de WELZEL, Hans, respectivamente em *Derecho Natural y Positivismo Jurídico*. In *Mas alla del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba [Argentina], 1962, p. 35 e *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. 4. neubearbeitete und erweiterte Aufl. Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1962, p. 244.

<sup>(19)</sup> ROSS, Alf. *Diritto e Giustizia*. 3. ed. [do original inglês *On Law and Justice*], introduzione e trad. Giacomo Gavazzi. Torino, Einaudi, 1965, p. 334, § 83.

<sup>(20)</sup> HÄBERLE, Peter. “Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung”. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Basel und Stuttgart, Bd. 97, 1 Halbbd., H 1 (Neue Folge), Bd. 119 der gesamten Folge, 1978, p. 29, referindo-se à revisão constitucional, argumento igualmente aplicável ao trabalho legislativo ordinário, com maior razão.

<sup>(21)</sup> WELZEL, Hans, *op. cit.* (*Mas alla ...*), pp. 35 e 38 e *op. cit.* (*Naturrecht ...*), p. 244, nota 12, “sachlogischen Strukturen”.

Da mesma maneira, não pode o legislador converter o mal em bem pela legalização do primeiro, ele permanece sendo mal a despeito de seus eventuais esforços. Portanto, “legalizar” o aborto significaria apenas que não mais constituiria um tipo penal, acarretaria até o dever do Estado em cooperar na prática deste ato: apesar da decisão legislativa, sempre continuará a consistir em mal social <sup>(22)</sup>.

Ainda que “legalizado” por uma maioria, o aborto permaneceria maléfico. O número jamais foi critério de verdade, a decisão por maioria não é necessariamente correta ou melhor, resoluções majoritárias não representam qualquer maravilha, muito menos panacéia social. Pois “não seguirás a multidão para fazer o mal, nem em juízo te unirás ao parecer do maior número, para te desviareas da verdade” <sup>(23)</sup>.

Diante de uma certa confusão nos espíritos, própria da época contemporânea, acentue-se ser a liberdade o valor fundamental para o homem, não a democracia – podendo esta consistir também em fonte de tirania e opressão. Evite-se transformá-la em fetiche, na observação de HAYECK <sup>(24)</sup>. Não se pode mitificá-la até fazer dela o substituto da moralidade ou a panacéia da imoralidade <sup>(25)</sup>.

Majorias transitórias, por vezes apaixonadas e pouco esclarecidas, não raro resultam da influência das forças econômicas, da manipulação pelo poder político e da falta de conhecimento ou deformação preconceituosa dos meios de comunicação.

“Quando uma maioria parlamentar ou social decreta a legitimidade da eliminação, mesmo sob certas condições, da vida humana não nascida, porventura não assume uma decisão “tirânica” contra o ser humano mais fraco e indefeso? Justamente reage a consciência universal diante dos crimes contra a humanidade, de que o nosso século viveu tão tristes experiências. Porventura deixariam de ser crimes se, em vez de terem sido cometidos por tiranos sem escrúpulos, fossem legitimados por consenso popular?” <sup>(26)</sup>.

O bem e o mal não ficam ao alvedrio dos homens, já se encontram objetivamente fixados, como ensina PEDRO JUAN VILADRICH: “Que mais ou menos

---

<sup>(22)</sup> “Ai de vós os que ao mal chamais bem, e ao bem mal, que tomais as trevas por luz, e a luz por trevas, que tendes o amargo por doce, e o doce por amargo!”, Isaías, V, 20, também *Evangelium Vitae*, p. 50 e 116, respectivamente, I, 24 e III, 58.

<sup>(23)</sup> Êxodo, XXIII, 2. “Je suis seul contre trente mille? Point. Gardez, vous la cour, vous l’impature; moi la vérité: c’est toute ma force; si je la perds, je suis perdu. Je ne manquerai pas d’accusations et de persécutions. Mais j’ai la vérité, et nous verrons qui l’emportera”, PASCAL, *Pensées*, Paris, Garnier, 1925, p. 337, n° 921, *in fine*.

<sup>(24)</sup> HAYECK, Friedrich A., *Camino de servidumbre*. Trad. José Vergara. Madrid, Alianza, 1978 (reimpressão corrigida da 1. ed), p. 101, acrescentando: “A democracia é essencialmente um meio, um expediente utilitário para salvaguardar a paz interna e a liberdade individual. Como tal, não é de modo algum infalível ou certa” (p. 101). Já fizera eu tais observações em meu *Família e Igualdade* – a chefia da sociedade conjugal em face da nova Constituição. Rio de Janeiro, Renovar, 1992, p. 79/80.

<sup>(25)</sup> *Evangelium Vitae*, p. 142, III, 70.

<sup>(26)</sup> *Evangelium Vitae*, p. 141/142, III, 70.

gente se comporte de um determinado modo, não converte esta conduta em correta e boa. O mal não é o minoritário e o bem o majoritário ou o contrário. O bem e o mal não são frutos da quantidade, não são fatos sociológicos, mas sim a adequação e alheamento das condutas com respeito ao dever ser. E o dever ser não o inventam nem as massas, nem o poder econômico ou político. "Matar ao próximo inocente" é um mal e uma injustiça em qualquer tempo e em qualquer lugar da peregrinação histórica da humanidade. Porque se trata de um mal e de uma injustiça objetiva que contraria um dever moral e de justiça imutável: o direito à vida e o dever de protegê-la. Que em um determinado momento da História, a lei dos homens legalize o homicídio, a eutanásia ou o aborto, não é mais que um novo exemplo de como o homem pode degradar-se singular e coletivamente [... o] abortismo legal **legaliza** uma prática clandestina, mas não a **legítima** no sentido verdadeiro da palavra" (27).

## V. O INTERESSE PATERNO NA OPOSIÇÃO AO ABORTO

Um outro aspecto deste tema tem sido negligenciado. Cuida-se, em geral, do interesse da mãe, mas raramente se cogita no do pai. Mesmo assim, algumas menções a este podem ser encontradas.

Por exemplo, embora com uma disciplina muito deficiente em defesa da vida, neste ponto específico o Direito Romano contemplou o interesse paterno. A punibilidade do aborto, instituída por Sétimo Severo, por volta de 200 d.C., tinha como fundamento a frustração da paternidade do marido. O ato privava o pai de sua descendência (28). Com ele, observava CÍCERO, se "tinha destruído a esperança de um pai, a memória de um nome, a garantia de uma raça, o herdeiro de uma família, e um cidadão destinado ao Estado" (29).

Recentemente, em uma decisão sobre o assunto, a Corte Suprema americana reconheceu a igualdade dos interesses do homem e da mulher na vida de seus filhos (30).

(27) *Apud* VARELA, Alberto Rodriguez, *op. cit.*, pp. 21/22, grifos do original.

(28) MEZGER, Edmund. *Strafrecht. II. Besonderer Teil – ein Studienbuch. 3. ergänzte Aufl.* München und Berlin, C.H. Beck, 1952, p. 28, § 10, I e MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht – besonderer Teil – ein Lehrbuch. 4. erweiterte und bearbeitete Aufl.* Karlsruhe, C.F. Müller, 1964, p. 53, § 5, I, 2.

(29) *Apud* HUNGRIA, Nelson, *op. cit.*, p. 271, n° 59.

(30) *Apud* ALDERMANN, Ellen e KENNEDY, Caroline. *The Right to Privacy.* New York, Knopf, 1995, p. 64. Nos Estados Unidos, a Corte Suprema reputou inconstitucionais leis do Texas, que penalizavam o aborto, em *Roe vs. Wade*, no ano de 1973. Roe era pseudônimo de Norma McCorvey, cuja gravidez não chegou ao final por causas naturais. Recentemente, ela abandonou sua posição abortista para juntar-se, publicamente, a um dos mais poderosos grupos "pró-vida" americanos. Uma exposição detalhada e uma crítica percuciente daquele acórdão, qualificado pela Conferência Episcopal dos Estados Unidos, muito justamente, como "licença para matar" (*apud* VARELA, Alberto Rodriguez, *op. cit.*, p. 25), encontra-se em BARRA, Rodolfo Carlos. *La Protección Constitucional del derecho a la vida.* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 88-101. A decisão foi tomada por maioria, atualmente, entre os nove juízes daquele tribunal, dependente de apenas um voto, v. ALDERMANN, Ellen e KENNEDY, Caroline, *op. cit.*, p. 65/66.

Na literatura jurídica nacional, SILVIO RODRIGUES escreve que “não se pode negar ao marido (digamos, até mesmo ao pai) o direito de reclamar ressarcimento, se não se provar sua culpabilidade no ato criminoso [o aborto]”<sup>(31)</sup>, reconhecendo assim implicitamente o direito paterno de a ele se opor.

Como a geração dos filhos não se faz exclusivamente pela mulher – ainda não se inventou qualquer meio para substituir a natureza, dispensando a intervenção do homem –, precisa-se considerar igualmente o ponto de vista paterno. “A negar-se qualquer autonomia ao produto da concepção, ter-se-ia que reconhecer que ele não é apenas *pars mulieris*, senão também *pars patris*, isto é, também um depósito da vida paterna. O direito ao aborto livre, por parte da mãe, colidiria com o inegável direito à prole por parte do pai”, notava NELSON HUNGRIA<sup>(32)</sup>.

Se, muitas vezes, o aborto decorre do capricho masculino, como evasão da responsabilidade<sup>(33)</sup>, isto nem sempre ocorre, nem pode ser presumido.

Portanto, atender somente o interesse feminino criaria uma desigualdade, vedada constitucionalmente, aliás muito combatida pelas próprias mulheres.

No entanto, apesar daquela admissão mencionada, a mesma Corte Suprema entendeu ocorrer um impacto maior na liberdade e integridade física da mulher que nas do homem, antes do nascimento de uma criança, mediante qualquer regulamentação do Estado. Assim, a mulher deveria ter a autoridade de tomar a decisão final<sup>(34)</sup>.

Também aqui, mais uma vez, manifesta-se uma “lógica proporcionalista e de puro cálculo”, ao confrontar e ponderar a vida daquele que ainda não nasceu com outros bens<sup>(35)</sup>. Ora, a oposição estabelecida por aquela Corte repousa num equívoco<sup>(36)</sup>. Os interesses em discussão consistem no paterno na vida do embrião, de um lado, no pretense bem estar materno, de outro, e a vida não pode ser sacrificada para atender a este último.

“Na realidade, unicamente é possível contrapor em nosso sistema jurídico o direito à vida do concebido com o direito da mulher em decidir não ser mãe. Mas esta hipótese também deve ser descartada. Não se podem comparar direitos de tão distinta hierarquia, em especial quando a mulher teve a oportunidade de exercer seu direito a não ser mãe – ou o direito a seu corpo, ou à sua sexualidade,

---

<sup>(31)</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral*. 16. ed. revista e atualizada. São Paulo, Saraiva, 1986, v. 1, p. 95, n° 30-E, *in fine*.

<sup>(32)</sup> HUNGRIA, Nelson, *op. cit.*, p. 277, n° 61.

<sup>(33)</sup> “A decidirem a morte da criança ainda não nascida, a par da mãe, aparecem, com freqüência, outras pessoas. Antes de mais, culpado pode ser o pai da criança, não apenas quando claramente constringe a mulher ao aborto, mas também quando favorece indiretamente tal decisão, ao deixá-la sozinha com os problemas de uma gravidez”, *Evangelium Vitae*, p. 117, III, 59.

<sup>(34)</sup> *Apud* ALDERMANN, Ellen e KENNEDY, Caroline, *op. cit.*, p. 64.

<sup>(35)</sup> *Evangelium Vitae*, p. 138, III, 68.

<sup>(36)</sup> O erro deriva de um outro: a Corte Suprema recusou-se a discutir a questão do início da vida e este é precisamente o ponto central de todo o debate. Quando se escolhe o caminho falso, forçosamente os equívocos se sucedem.

ou à sua autonomia reprodutiva, como a queiramos chamar – antes da gravidez”, escreve RODOLFO CARLOS BARRA <sup>(37)</sup>.

Conciliam-se interesses do mesmo grau, eventualmente um deles adquirindo prevalência sobre outro, mas os inferiores não podem preferir os superiores. “Não pode ser comparado o direito à decisão reprodutiva da mãe com o direito à vida dos filhos, quando se trata, obviamente, de bens de hierarquia essencialmente diferente [...] simplesmente, em caso de colisão, deve-se proteger o direito de maior hierarquia”, acrescenta o jurista argentino <sup>(38)</sup>.

Conseqüentemente, **porque fundado na vida do filho**, o interesse paterno contrário ao aborto prefere o da mulher.

## VI. A PERSPECTIVA JURÍDICO-PENAL

### 1. A impossibilidade de defesa da vítima

O Concílio Vaticano II define o aborto, juntamente com o infanticídio, “crime abominável” <sup>(39)</sup>. Com efeito, a vítima, o ser humano em botão, é inocente, frágil e, sobretudo, completamente inermes.

“A pessoa eliminada é um ser humano que começa a desabrochar para a vida, isto é, o que de mais **inocente**, em absoluto, se possa imaginar: nunca poderia ser considerado um agressor, menos ainda um injusto agressor. É frágil, indefeso, e numa medida tal que o deixa privado inclusive daquela forma mínima de defesa constituída pela força suplicante dos gemidos e do choro do recém-nascido” <sup>(40)</sup>.

Ora, do ponto de vista jurídico-penal, a norma jurídica sanciona mais severamente o crime cometido de modo a impossibilitar a resistência da vítima. Assim, o homicídio, praticado mediante “recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido”, considera-se qualificado, acarretando um aumento da pena (Código Penal, art. 121, § 2º, IV). Seria uma contradição eliminar o tipo penal, incriminando o aborto, no qual o “conteúdo de desvalor” <sup>(41)</sup> adquire maior densidade, dada a covardia do agressor e a absoluta ausência de meios de defesa da vítima, e, no entanto, manter aquela qualificadora do

<sup>(37)</sup> BARRA, Rodolfo Carlos, *op. cit.*, p. 101.

<sup>(38)</sup> BARRA, Rodolfo Carlos, *op. cit.*, p. 99. “Em matéria constitucional, quando se opera semelhante colisão, a interpretação deve tender a harmonizar ambas as liberdades mediante uma recíproca relativização que permita a subsistência de todas elas, anulando suas manifestações naqueles espaços onde se produz o conflito. Mas, no caso que analisamos, resulta impossível lograr semelhante harmonia, sem desconhecer ou desnaturar alguma dessas liberdades. Concretamente, se trata de um conflito inconciliável, na medida em que a liberdade de abortar conduz, necessariamente, à destruição de uma vida humana”, BADENI, Gregorio. El derecho constitucional a la vida. In URIBURU, Oscar Alvarado *et al*, *El Derecho a nacer*, cit., p. 33.

<sup>(39)</sup> *Apud Evangelium Vitae*, p. 115, III, 58.

<sup>(40)</sup> *Evangelium Vitae*, p. 116, III, 58, primeiro e segundo grifos do original, restantes meus. “Não farás morrer o inocente, nem o justo”, já consta do Êxodo, XXIII, 7.

<sup>(41)</sup> *Unwertgehalt*, WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 10. Afi. Berlin, Walter de Gruyter, 1967, p. 266, § 37.

homicídio. Nenhum sistema legislativo pode abrigar tal incoerência.

## 2. Os efeitos da proibição do aborto

Acena-se, com freqüência, com uma deficiente efetividade da proteção jurídico-penal da vida do nascituro, a justificar a "legalização" do aborto.

Por um lado, se isto realmente acontece, a solução está em melhorar a repressão ao crime: o erro não deixa de sê-lo apenas porque se repete.

Por outro lado, faz-se necessário inverter os termos do problema. Se a penalização não impede o aborto, quantas vidas não foram salvas exatamente em virtude dela?

E, se aquela tiver sido bastante para assegurar o direito à vida de um só feto, desestimulando o ato criminoso, já alcançou a sua finalidade. Como escreve NORBERT HOERSTER, "nada demonstra e, além disso, é muito improvável, que o efeito de uma penalização do aborto seja **nulo** com respeito à vida não nascida. Mas se o feto, por ser um indivíduo humano, possui um direito à vida e merece proteção, então a salvação de um só deles é um objetivo que pode fundamentar a penalização do aborto" (42).

Bastaria isto para justificar a manutenção da disciplina legal vigente, proscrevendo o aborto, defendendo-se a vida humana e evitando uma desastrosa "legalização".

## VII. CONCLUSÃO

Exausta e envenenada por teorias e ideologias geradas por ela própria, a sociedade contemporânea está dilacerada por contradições e incongruências, que não procura resolver adequadamente.

Exalta os direitos humanos, mas não protege o primeiro deles, sem o qual os demais sequer existem: o direito de nascer.

Rejeita a pena de morte, por vezes talvez necessária diante da criminalidade e do terrorismo crescentes, mas tolera o extermínio em massa de inocentes indefesos.

Proclama o respeito aos menores, tratando-os como se tivessem vontade madura para o exercício de direitos, mas não para a atribuição de responsabilidades e, todavia, olvida os nascituros, futuras crianças e adolescentes.

---

(42) HOERSTER, Norbert. "La prohibición del aborto: presupuestos religiosos y consecuencias jurídico-políticas." In \_\_\_\_\_ *En defensa del positivismo legal*. Trad. Jorge M. Sena. Barcelona, Gedisa, 1992, p. 228, grifo do original.

Preocupa-se com o meio ambiente, nem sempre de maneira pacífica e equilibrada, empenha-se em salvar baleias, lobos selvagens e águias em extinção, mas, simultaneamente, facilita o homicídio dos que se encontram no seio materno, incoerência já apontada pelo Presidente Ronald Reagan <sup>(43)</sup>.

Muito ganharia a sociedade se ao menos meditasse a respeito da terrível advertência de médico argentino: “a geração que hoje mata seus filhos se arrisca a ser vítima da eutanásia, quando os irmãos vivos das crianças abortadas forem adultos” <sup>(44)</sup>.

---

<sup>(43)</sup> *Apud* Varela, Alberto Rodriguez, *op. cit.*, p. 25/26.

<sup>(44)</sup> RAY, Carlos Abel. “Aborto, toxicos y adolescencia”. In URIBURU, Oscar Alvarado *et al*, *El Derecho a nacer, cit.*, p. 54.

---

<sup>(\*)</sup> CARLOS DAVID SANTOS AARÃO REIS é juiz federal aposentado.