

RICARDO HENRY MARQUES DIP

UMA QUESTÃO
BIOJURÍDICA ATUAL:
A AUTORIZAÇÃO JUDICIAL
DE ABORTO EUGENÉSICO
– ALVARÁ PARA MATAR

Separata da

REVISTA DOS TRIBUNAIS

Ano 85 - v. 734 - dez. 96 - Fasc. Pen. - p. 517-540

Primeira Seção

UMA QUESTÃO BIOJURÍDICA ATUAL : A AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DE ABORTO EUGENÉSICO - ALVARÁ PARA MATAR

RICARDO HENRY MARQUES DIP

Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo;
Membro da Academia Paulista de Direito.

SUMÁRIO: 1. *Referência introdutória ao biodireito:* 1.1 *Um novo enfoque para antigos problemas;* 1.2 *Distinguindo o biodireito natural e o biodireito positivo* - 2. *O aborto eugênico e o biodireito natural:* 2.1 *A qualidade de vida no centro das ocupações eugenésicas;* 2.2 *Socialmente inúteis? Pessoalmente infelizes? Terceiros infelizes?;* 2.3 *A qualidade de vida é título para o ser?;* 2.4 *As escusas sentimentais e utilitárias...;* 2.5 *Adeptos do feticídio, em busca de uma fórmula... (não importa qual);* 2.6 *O aborto, homicídio de inocentes* - 3. *O aborto eugenésico e o biodireito positivo brasileiro:* 3.1 *Há abortos diretos positivamente lícitos ou os há somente isentos de pena?;* 3.2 *Uma licitude que, acaso houvesse, maltrataria a Constituição;* 3.3 *O aborto eugenésico não é, no direito brasileiro, sequer hipótese de escusa absolutória* - 4. *Autorização judicial para o aborto eugenésico - ou alvará para praticar um crime:* 4.1 *A ilimitação dos alvarás possíveis (enfim, os crimes autorizados)* - 5. *Bibliografia.*

Ao Desembargador Márcio Martins Bonilha, cuja trajetória de Magistrado é um exemplo para os Juizes humanistas.

"Le respect de l'homme en chaque homme est une obligation inconditionnelle..." (Jean Bernard).

1. REFERÊNCIA INTRODUTÓRIA AO BIODIREITO

Poucas dezenas de anos tem o termo *bioética* (de *bio*, vida, e *ética*; ética da vida), vocábulo, parece, atribuível, na origem inglesa, a Van Rensselaer Potter com seu livro *Bioethics: Bridge to the Future* (New Jersey, 1971). Ainda pendente a discussão acerca de sua larga compreensão e autonomia disciplinar, sobretudo no que respeita à ética geral – sem embargo de a origem da bioética retragar, como quer que depois se entenda essa pretendida autonomia, seu caráter de disciplina moral específica dos temas biológicos (não é já célebre dizer, com Elio Sgreccia, que a bioética é “filosofia moral da investigação e da prática biomédica”?) –, acha-se em marcha, e em postulado regime de urgência, a instituição de um *biodireito* (tome-se como exemplo a obra *De la bioéthique au bio-droit*, dirigida por Claire Neirinck).

Nessa linha, já em 1991, Paulo Ferreira da Cunha, no seu imperdível *Pensar o Direito*, proclamava “a urgência de criação de um biodireito”, disciplina impulsionada, em parte, por “um novo espírito de preocupação pelo Homem e pela sua dignidade, a que os próprios exageros da ideologia dos Direitos Humanos beneficentemente conduziram também” (t. II, p. 183).

1.1 Um novo enfoque para antigos problemas

Desde logo, não parecem evitáveis algumas questões epistemológicas sobre o biodireito. O primeiríssimo de seus problemas diz com seu estatuto científico, com seu relacionamento quer com a ética, quer com as ciências experimentais da vida. Tem razão Ferreira da Cunha quando põe em destaque a preponderância de um *novo* enfoque de antigos problemas como capital para o biodireito: “uma nova maneira de entender certos problemas jurídicos, atravessando as novas descobertas e as novas práticas”.

Não se trata somente de reconhecer uma nova *perspectivização* de um objeto material já encontrado na bioética. Isso renderia ensejo a uma discussão acerca da diversidade e, mais profundamente, da hierarquização dos saberes próprios do biodireito. Achamo-nos, mais além, em face do tema da separação, da subalternação ou da autonomia do biodireito em relação à ética, e, mais agudamente – mérito ainda de Ferreira da Cunha foi sublinhá-lo –, estamos diante da rediscussão dos pressupostos *naturalísticos* dos ilícitos (se não de todos, da maior partes deles).

Afastada a separação entre o direito e a moral – velha tese kantiana de cujos resultados este século é suficientemente ilustrativo –, resta dizer que a juridicidade opera como diferença específica em relação ao gênero ético. Em outros termos, o direito é parte da moral, mas essa subalternação – de natureza *formal* (vale dizer, a ética fundamenta o direito, regulando ultimamente as condutas proximalmente versadas no plano jurídico) – não exclui a *relativa autonomia* dos saberes jurídicos, *rectius*: sua ontonomia.

Esse predicado (também) do biodireito – o de sua ontonomia – corresponde, na celebrada lição de Paniker, ao reconhecimento de leis próprias à esfera biojurídica, com distinção relativa à esfera superior da ética, mas não separação, nem (o que muito importa) “interferências injustificadas” (p. 11).

1.2 Distinguindo o biodireito natural e o biodireito positivo

Retomou Ferreira da Cunha, a propósito, uma antiga lição de Aristóteles, que se agudizou com Santo Tomás de Aquino e, adiante, com a escolástica das Espanhas: a divisão do justo político em *justo natural* e *justo legal* (ou *justo positivo*). A referência

básica é a da *Ética a Nicômaco*: “A justiça política é de duas espécies: uma, natural, a outra, legal. É natural aquela que tem em toda parte a mesma força e não depende desta ou daquela opinião; legal é aquela que, à origem, pode ser indiferentemente isto ou aquilo, mas que, uma vez estabelecida, impõe-se” (Bkk. 1.134 b 18). Santo Tomás aprofunda essa lição, como se acha, por exemplo, na passagem que segue:

“... o direito ou o justo é algo adequado a outro, conforme a certo modo de igualdade. Mas uma coisa pode ser adequada a um homem de duas maneiras. Primeira, atendida a natureza mesma da coisa; por exemplo, quando um dá tanto para receber outro tanto; e isto é direito natural. Segunda, por convenção ou comum acordo, é dizer, quando alguém se manifesta satisfeito com receber tanto; por um convênio privado, como o que se constitui mediante um pacto entre pessoas particulares; ou por convenção pública, v.g., quando todo o povo consente em que algo se considere como adequado ou ajustado a outro, ou quando o ordena assim o príncipe que tem a seu cargo o cuidado do povo e representa sua pessoa. E isto é direito positivo” (*Suma Teológica*, IIa.-IIæ., Q. LVII, art. 2.º, *respondeo*).

Em outra questão da *Suma Teológica*, o Dr. Comum discute se se deve julgar sempre segundo as leis escritas, concluindo:

“Deve dizer-se que (...) o juízo não é outra coisa que certa definição ou determinação do que é justo. Mas algo se faz justo de dois modos: de um modo, pela natureza mesma da coisa, o qual se diz *direito natural*; e, de outro modo, por certa convenção entre os homens, o qual se diz *direito positivo*” (IIa.-IIæ., Q. LX, art. 5.º, *respondeo*).

Paulo Ferreira da Cunha, filiado a essas sólidas lições, sustenta que “quando o Direito exige coisas que a Moral não exige, não a contrariando nos seus princípios, tais coisas passam a ser moralmente exigíveis”, isto é: “o Direito é capaz de ‘moralizar’ certos problemas sujeitando-os à jurisdização” (II – p. 181-182).

Essa divisão do justo político restitui uma perspectiva formal adequada a todo segmento jurídico, e; particularmente, ao que nos importa aqui, ao biodireito, pois seu objeto material – as questões biológicas humanas – não somente se aprecia desde o ângulo do justo legal (é *dizer*, de um dado direito posto, *hic et nunc*), mas, igualmente, a contar do justo natural.

A condição, de resto, para que o justo legal seja moralmente exigível está posta, como fez ver Ferreira da Cunha, em que o direito não contrarie os princípios da ética. Por certo: o justo natural independe da vontade humana, de modo que a lei positiva a contrariá-lo só pode constituir um injusto *contra naturam*. Ou, em palavras de Santo Tomás:

“Assim como a lei escrita não dá força ao direito natural, tampouco pode diminuir ou tirar sua força, porque a vontade do homem não pode modificar a natureza” (IIa.-IIæ., Q. LX, art. 5.º, *ad primum*).

Pode-se, então, cogitar de uma dogmática do biodireito (a ciência do biodireito posto) e, não menos, de uma verdadeira *dogmática* (queira-se ou não) do biodireito natural.

2. O ABORTO EUGÊNICO E O BIODIREITO NATURAL

Pelo termo *aborto* (do latim *abortus*, *us*: *ab*, privação, *ortus*, nascimento) compreende-se a interrupção da gravidez, com a morte do feto, antes de sua viabilidade extra-uterina

(fala-se, pois, e coerentemente, em feticídio). É a morte do produto da concepção “antes das vinte e duas semanas de vida dentro do útero materno”, porque “um feto é dificilmente viável, fora do útero, antes dos cento e oitenta dias de gestação” (Domingo Basso, p. 360). Distinguem-se, de um lado, o aborto – parto antes das dezesseis semanas de vida intra-uterina –, e, de outro, a antecipação do parto ou parto prematuro, que ocorre a partir da décima-sexta semana da vida do feto dentro do útero materno (Zalba, I – 1.599 e 1.600: “*Abortus intelligitur eiectione fetus immaturi ex utero materno. Differt ab acceleratione partus, quae est eiectione praematura fetus nondum plene maturi sed viabilis*”; também Walter Maffei, Vol. I – p. 396). Essa distinção é apenas terminológica: nuclear é que, parto prematuro ou aborto (*sic et simpliciter*), se está a versar a interrupção da vida de um ente que ainda não nasceu.

Aborto eugênico ou eugenético é o aborto fundado em indicações eugenéticas, equivale a dizer, em indicações referentes à qualidade da vida.

A eugenia (ou eugenesia), em sua origem, era o estudo dos fatores que podem elevar ou diminuir as qualidades raciais – físicas ou mentais – das gerações futuras. Desde sua aparição – com Francis Galton, primo de Charles Darwin e fortemente influenciado do evolucionismo – até nossos dias, a eugenia sofreu intensas mudanças, sob o influxo não apenas das aportações científicas, mas igualmente de pressões ideológicas.

Galton e seus seguidores sustentavam que a seleção natural já não se realizava entre os homens, porque os governos e as instituições de caridade passaram a proteger os fracos, os doentes, os incapazes, o que levou e ainda leva à decadência da raça humana e ao surgimento de toda espécie de doenças que contaminam a sociedade. Para interromper esse declínio, continuavam as idéias de Galton e de seus corifeus, deveria impedir-se a propagação dos degenerados, dos débeis mentais, dos alcoólatras, dos criminosos, em resumo, de todas as pessoas indesejadas na sociedade. É o princípio da *eliminação dos indesejáveis* (Willke e Willke, p. 80) – nalgum tempo, de alguns; adiante, de todos os indesejáveis. Aos governos, diziam, caberia providenciar a proibição do casamento de pessoas de “raças inferiores”, esterilizando-as, ao tempo em que se encorajariam e auxiliariam as “raças superiores” (as do Norte da Europa) a propagar “sua própria espécie” (Andrew Varga, p. 77).

Prevalece hoje entre as tarefas que, de fato, estão incumbidas à eugenia, “a eliminação de rasgos considerados não desejáveis para a espécie humana, de caráter físico e mental” (*eugenia negativa*), seja por meio (i) da contracepção, seja mediante (ii) a eliminação de entes defeituosos, antes ou pouco depois de seu nascimento – vale dizer, por meio do aborto ou do infanticídio (Elizari Basterra, p. 117-118).

2.1 A qualidade de vida no centro das ocupações eugenéticas

O núcleo da tese abortista eugenética é a *qualidade de vida*: existem malformações genéticas – disse um autor contemporâneo – devidas a anomalias hereditárias, alimentos tóxicos, radiações atômicas etc., malformações que, verificáveis por técnicas de diagnóstico precoce, devem levar ao aborto, para evitar que as criaturas, suscetíveis de nascer deformadas, sejam fonte de sofrimento para si próprias e para os demais (apud Herrera Jaramillo, p. 377). Por isso, fala-se em uma *eutanásia pré-natal* (Willke e Willke, p. 135). (Assinale-se, no entanto, que parte considerável, senão a maior, das prognoses eugenéticas são *predições meramente estatísticas*: tenho em mãos cópia de um pedido de *alvará para matar* formulado perante um órgão judicial de “”, pedido esse instruído com um atestado de diagnóstico médico que afirma, de modo textual, serem “praticamente nulas as

oportunidades de sobrevivência do recém-nato”. Está dito, em resumo, que a sobrevivência ultra-uterina da criança a ser assassinada, fato contingente, é estatisticamente improvável... Se soubera o médico prognosticante, ele que se mostrou tamanhamente cauteloso em seu juízo futurológico, que facilmente se obteria, no caso em exame, o alvará *administrativo* para o pretendido feticídio, dispensaria, provavelmente (prognóstico estatístico), o eufemismo com que tratou de amenizar a traição de seu juramento profissional. Paradoxalmente, porque o feto não terá condições – projeta-se, de modo conjectural – de viver futuramente, decidiu-se que ele não poderia viver desde logo. Sobre o suposto hipotético de que ele não terá condições de viver ou de bem viver – embora viva (fato naturalmente incômodo) –, autorizou-se que não vivesse mais. Ao profano aparentaria que a *jurisdição* tudo pode... Até, ousaria alguém indagar, aos juízes se desculparia a instigação ao cometimento de um crime – art. 31, CP? E, por acaso, o feito corria perante uma seção da *corregedoria* do Juízo “”. Nem de jurisdição se cuidava, pois. A vítima, esta não se defende. Ninguém recorre por ela. O *curator ventri* é uma reminiscência do direito romano).

Sabe-se que já em Esparta se adotara o aborto eugênico, e Aristóteles o perfilhou na *Política* (Livro IV, cap. XIV); em nossos tempos, avulta como expressão das preocupações eugenéticas o regime nacional-socialista alemão: a lei nazista conhecida como “Lei Esterilizadora”, datada de 14.07.1933, destinava-se à “prevenção da descendência hereditariamente mórbida”. Essa lei – diz Elizari Basterra (p. 119) – “pode considerar-se como o ponto de partida de um amplo programa eugenético intitulado ‘destruição da vida privada de valor’”. Não está demais observar que era nodal, no direito da Alemanha nacional-socialista, a invocação do “sadio sentimento do povo”, fonte alternativa para o direito posto.

Pode afirmar-se que esse fato histórico – o das preocupações e o das práticas eugenéticas no socialismo hitlerista alemão – se acha à raiz das declarações pró-vida encontradas, proximamente, na *Declaração Universal dos Direitos Humanos* da Organização das Nações Unidas (1948) e no chamado *Código dos Investigadores de Nuremberg*, e, mais remotamente, em estatutos especificados como o *Convênio Europeu sobre a Proteção dos Direitos do Homem* (Roma, 1950), a *Declaração dos Direitos da Criança* (Resolução n. 1.386, ONU, 1959), a *Carta de São José da Costa Rica*, a *Declaração dos Direitos do Deficiente Mental* (Resolução n. 2.856, ONU, 1971) e a *Declaração de Helsinki*, da Associação Médica Mundial (1964). Com efeito, concluindo o processo de Nuremberg, um juiz norte-americano se admirou do excesso das atrocidades ali comprovadas, a que outro magistrado respondeu: “chegaram a esse extremo desde a primeira vez em que condenaram um inocente” (apud Herrera Jaramillo, p. 381).

Essas apontadas *declarações*, surgidas historicamente como um contraponto imediato ou reflexo da praxe nazista, corroboram a sólida afirmação doutrinária de que os abortos eugenéticos – a bem dizer, todos os abortos diretos – *são opostos do justo natural*.

Com efeito, o pressuposto fundamental do aborto eugênico é o de que só têm *direito a nascer e a viver* os sadios físicos e mentais, porque os enfermos serão infelizes e farão sofrer terceiros. Mas “o homem não perde, devido a essas limitações, por mais graves que elas sejam, o seu direito à vida e a sua dignidade pessoal, como a não perdem os idosos decrepitos e os doentes em estado desesperado” (Bigotte Chorão, p. 327). Af se acha, exatamente, um dos graves perigos da biotecnologia: o risco, diz Jean Arnold de Clermont, “de passar da prevenção dos deficientes à recusa de aceitá-los, de assisti-los e de amá-los quando eles existem” (p. 29).

2.2 Socialmente inúteis? Pessoalmente infelizes? Terceiros infelizes?

Há um pressuposto, para logo, na proposta eugenésica que acena a uma hipótese não-comprovada, qual a de que as pessoas humanas incapacitadas são verdadeiramente infelizes. Socialmente inúteis. Além disso, de que elas fazem sofrer os que as rodeiam. Impedir-lhes a vida – deve supor-se – faria menos infelizes os que as cercam.

Socialmente inúteis? Jérôme Lejeune, o famoso descobridor da síndrome de Down, participou certa vez de um debate, pela televisão, com um médico abortista, Monod, e, a tantas, lhe fez esta indagação: “Sabendo-se que um pai sífilítico e uma mãe tuberculosa tiveram quatro filhos: o primeiro, cego de nascença; o segundo, morto logo após o parto; o terceiro, surdo-mudo; o quarto, tuberculoso. A mãe ficou grávida de um quinto filho. Que fazer?”. Respondeu-lhe Monod: “Eu interromperia essa gestação”. A isso, concluiu Lejeune: “O senhor teria matado Beethoven” (Herrera Jaramillo, p. 379). (Na verdade, tal o disse Tihmar Toth, todos devemos ser gratos pela circunstância de que os eugenésicos não hajam vivido em épocas antigas, não podendo, pois, impedir o nascimento de figuras mundiais pelo só fato de se prognosticarem corcundas, coxos ou baldados – apud Filemón Castellano, p. 159).

Pessoalmente infelizes? Reflita-se sobre o texto seguinte, de Hellegers: “em 1967, fiz um estudo em Baltimore, sobre duzentos e cinquenta suicídios consecutivos, precisamente em razão do debate sobre o aborto; porque nos diziam: é preferível não viver sendo um incapacitado. Em minha estupidez, pensava que provavelmente haveria muitos incapacitados entre os suicidas. Dos duzentos e cinquenta casos consecutivos, zero, zero, nenhum incapacitado. Somos nós que pensamos que eles preferem não viver... não eles!” (apud Basso, p. 408).

Terceiros infelizes? Em certo sentido, essa hipótese não é de todo desacertada: “não é o medo à infelicidade alheia o que impulsiona ao aborto ou ao infanticídio, mas o medo à infelicidade própria” (Basso, p. 408). A anomalia do filho é uma vergonha para alguns pais. Há nisso um racismo cromossômico mais enraizado do que se costuma pensar: mas “é desumano e intolerável – disse Bigotte Chorão (p. 327) – sacrificar os débeis ao bem-estar e egoísmo dos fortes”.

Tributário diretamente desse egoísmo é o resvala para o aborto econômico ou de mascaramento social: a idéia de que alguns tipos de vida não são dignos de serem vividos emprega-se, assim o observou Arleen Salles, “para encobrir casos onde não existem problemas físicos, mas a mulher não tem os meios para criar o menino que vai nascer, ou em que a gestante é uma adolescente” (p. 176).

Alguma vez se alardeia a “piedosa” preocupação dos eugenistas com o “melhoramento da espécie humana”. Suposta essa intenção, caberia, em todo caso, objetar “não ser lícito a uma geração dispor das gerações futuras” (Oliveira Ascensão, p. 21).

2.3 A qualidade de vida é título para o ser?

Esta é a indagação fundamental: a de saber se a qualidade de vida constitui um título para o ser. Assim formulada, a questão afasta-se dos argumentos meramente sentimentais, das pretendidas justificações de caráter utilitário (com suas pressuposições implícitas) e das consecutivas inferências generalizadoras a partir da análise emocional de casos singulares. Capital é afirmar que a qualidade da vida futura não é um título para o ser.

Pois, se o fosse, seria de, coerentemente, asseverar que a má qualidade de vida dos nascidos (de não importa qual idade) lhes justificaria a morte. É o reino puro e simples do despotismo do mais forte. Se fosse assim, convenha-se (pois é a lógica da cultura da morte), Hitler teria razão...

“Poucas pessoas se lembram – disse Kenneth Mitzner (*Life in America*) – de que os primeiros fornos crematórios foram instalados pelos nazistas nos hospitais do Estado, e eram os próprios médicos os que efetuavam os crimes. Ao princípio, executavam-se apenas os mais tarados, os que ocasionavam maior moléstia. Mas, progressivamente, o preço da vida foi abaixando. Esvaziaram-se os hospitais psiquiátricos. Foi então a vez das instituições para crianças defeituosas, logo, das prisões, das casas de convalescença, dos asilos para velhos. Enfim, chegou a vez das raças inferiores. Antes mesmo de que Hitler apanhasse os judeus, trezentos mil alemães de raça pura haviam sido liquidados como consumidores inúteis. Durante os dez anos que haviam precedido esse massacre, o aborto a pedido havia preparado os espíritos à idéia de que a vida humana somente valia de conformidade com o grau de inconvenientes ou dor que pudesse ocasionar àqueles que a rodeavam. A mentalidade *antivida* estava criada. Hitler apenas lhe aperfeiçoou as técnicas” (apud Willke e Willke, p. 137).

A lógica interna desse processo antivital permite inferir que, uma vez admitido o aborto por indicações eugenésicas – é dizer, o aborto fundado em uma prognose de malformação –, caberia admitir, *a fortiori*, a eutanásia: com efeito, se uma vida projetada como defeituosa merece ser interrompida, com maioria de razão cabe a morte de quem é factualmente defeituoso. Já não se trata, para já, somente do infanticídio, mas da morte (piedosa...) de todos os que, ao largo da existência, com não importa qual idade, se revelarem *handicapés*, incapacitados, defeituosos... É a lógica da cultura da morte (pobre Beethoven).

Paradoxal, contudo, se revela essa lógica, quando, pretextando com a qualidade da vida, conclui por destruir exatamente o suposto substancial dessa qualidade, e, acenando à felicidade terrena, busca aniquilar a condição primeira dessa felicidade: a vida, bem a que, naturalmente, se subordinam, de comum, todos os demais.

O título da vida humana não pode achar-se na qualidade da existência dos homens, porque a substância (é dizer, a vida) não se funda ou justifica por um seu acidente (isto é, a qualidade dessa vida). É todo o contrário: a qualidade, que é um acidente, não existe em si, senão que adere a um suposto que lhe é distinto; por natureza, ao acidente incumbe existir em outro, ao passo que a substância tem existência em si, independente do predicamento qualitativo.

A vida humana atualiza-se por meio de uma forma, de um princípio (justamente diz-se vital) que anima o corpo, de tal sorte que há a formação da vida do homem pela assinação da forma (princípio determinante e atual) a um corpo material (princípio potencial e indeterminado: o corpo tem a vida em potência; a alma é o princípio que atualiza a vida). Esse dado não pode ser menos do que universal, independente da qualidade posterior da existência, se é que se quer falar em uma espécie humana determinada (com efeito, se essa formação não fosse um elemento universal, não seria possível cogitar mais do que de um efeito particular; estar-se-ia, assim e designadamente, no âmbito do nominalismo: inútil seria falar em “homem”, em “essência”, em “substância” ou em “vida”). É a forma, o princípio vital humano – ou alma – o que atualiza a potência da vida humana; aí se acha o título da vida do homem, o título de seu ser; não num acidente, qual o de sua mais qualificada ou mais deficiente existência.

Além disso, a consideração da vida *racional* do homem conduz à conclusão de que seu princípio vital é, necessariamente, de natureza espiritual. Porque entre seus atos há os de caráter imaterial – em particular, pense-se no conhecimento intelectual –; logo, a potência de que advêm (*scl.*, o intelecto) tem natureza imaterial (seria impensável que o ato imaterial não fosse a determinação – ou atualização – de uma potência também imaterial: *nemo dat quod non habet*). Essa potência intelectual, por sua vez, procede da substância humana, que há-de possuir, pelas mesmas razões, a natureza verificada em suas potências. Disso resulta que o princípio vital humano é de caráter imaterial; em rigor, tem-se de ir mais além: não apenas imaterial, senão que também *espiritual*; a imaterialidade pode ser meramente conceitual – por exemplo, os conceitos objetivos, os entes de razão –; se, ademais, é real, como no caso do homem em concreto, cuja existência é um fato, especializa-se a imaterialidade como espiritualidade. Ora, o que é espiritual não se destrói com a corrupção da matéria, *não* morre: o princípio sensitivo e o vegetativo, estes sim *morrem*, desaparecem, restituindo à potencialidade a matéria a que foram aplicados; o princípio vital racional, ao reverso, porque espiritual, subsiste à corrupção da matéria, *não* morre. Logo, a forma substancial humana, título da vida do homem, é espiritual: não é extraível da matéria, nem é redutível à maior ou menor deficiência do corpo a que se aplica.

Afirma-se, pois, que a alma racional é a forma substancial do homem: é por ela que o homem alcança seu *ser humano*, independentemente do desenvolvimento histórico da vida do composto humano. Esse é o *título fundamental* para a antropologia, o título também jurídico do direito à vida: um título que, por ser universal, é título de igualdade (como convém à justiça). Diversamente, se o direito à vida se fundara em sua “qualidade histórica”, o título jurídico seria um suposto *naturalmente* desigual: os entes humanos se teriam por desiguais em sua essência, em seu valor, em sua dignidade. Eis o reino típico da discriminação. A porta aberta às arbitrariedades. O caminho largo das aversões raciais.

No prólogo de seu *Venir au monde*, Robert Debré, depois de considerar essa expressão uma das mais belas da língua francesa, disse que ela, outrora, somente se utilizava em relação às grandes personagens. Hoje em dia, continuou o autor, “de todos os homens dizemos que *vêm ao mundo*. Que prova de igualdade!” (p. 18).

Enfim, a racionalidade do homem especifica-o num quadro tenso peculiar: o homem deve guiar-se pela razão, sob pena de comprometer, de recusar sua própria natureza; mas, em contrapartida, o homem tem a liberdade (física, por certo) de negar sua natureza, de aniquilar seu ser racional. Essa escolha é livre: com o ser ou contra o ser, com a natureza ou *contra naturam*.

2.4 As excusas sentimentais e utilitárias...

A fundamentos de ordem ética e, mais além, de ordem metafísica *não* cabe responder com apelos sentimentais (valha o exemplo dos debates na mídia) ou utilitários. Peço licença para um testemunho pessoal: estávamos no ano de 1975; uma senhora de Lisboa, com já quatro filhos, vivia então no Brasil, fugida da chamada Revolução portuguesa dos Cravos, e passava necessidades econômicas; soube um dia que engravidara: um quinto filho era coisa que, segundo seu próprio querer, não estava a desejar, embora a tanto, por motivos religiosos, se resignasse. Um grupo de mulheres – para mais, frequentadoras de uma igreja da Capital de São Paulo –, sabendo das agruras econômicas da gestante lusitana, sugeriu-lhe que praticasse um aborto, por evidentes motivos utilitários. A senhora portuguesa não vacilou em responder a essas mulheres: “Dão-me ótima idéia. Não matarei a pequena criança que trago no ventre, mas sim meu filho mais velho. Ele me dá mais despesas do

que me dará, de pronto, o futuro recém-nascido”. (Ora, quem lhe arguirá de vício algum de lógica? Se o problema é de utilidade, com graduá-la se resolve...).

Argumentos sentimentais? Melhor se diria, com uma escritora de nossos tempos, que se trata de um *sentimentalismo desumanizante*: “Quais são os critérios para julgar e avaliar a “dignidade” e a “aceitabilidade” de uma vida? A saúde? O bem-estar social ou econômico? A aceitação pela própria família, pela sociedade ou pelo vivente mesmo? Quem decidirá a avaliação e a aplicação desses critérios? Quem tem poder para decidir a vida ou a morte?” (María del Carmen Fernández de la Cigoña Cantero, p. 522).

As arbitrariedades práticas e “lógicas” dos abortistas poderiam compor um notável anedotário, não fora que, por seu conteúdo, antes componham uma grande tragédia humana: a tragédia de um *totalitarismo* que sobreviveu aos escombros da Segunda Guerra Mundial e à queda do Muro de Berlim.

O disparatado da “lógica” abortista, contudo, insere-se notavelmente no irracionalismo a que se podem perfilar-lhe as teses. Tome-se este exemplo, referido por Lamsdorff-Galagane: “Algumas legislações (como a dos Estados Unidos) chegam ao absurdo de que um bebê nascido aos sete meses de gestação, instalado em sua incubadora, goza da proteção da lei, enquanto outro, cuja gestação seja normal, está exposto durante dois meses mais ao perigo de que a mãe decida matá-lo” (p. 27). O mesmo autor lembra do argumento “lógico” de alguns abortistas, no sentido de que o feto não passa de *umas células*, e conclui, de modo consistente, que todos nós, então e da mesma forma, não passamos de *umas células*... Mas, ao mesmo tempo em que símile descaso com a vida humana intra-uterina provoca aplausos de uma claqué permissiva, materialista e que passa por *democrática*, não se pense que o aborto de um animal possa merecer a mesma complacência democrática: observou Francisco Faus, numa pequena mas valiosa obra, que um importante diário paulistano publicou, em janeiro de 1994, a notícia de que se tomara prenhe a égua Luna, coberta que fora por um pangaré; o dono da égua não desejava um potrinho sangue-sujo e decidiu pelo aborto (desta vez, lembra Faus com razão, ninguém falou em “interrupção da gravidez”, eufemismo freqüente no jargão abortista); eis que a União em Defesa do Cavalo e do Jegue, com nobilíssimos propósitos de defender a vida, protestou e afiançou que ajuizaria medida cautelar para impedir esse aborto. No mesmo dia, adverte Francisco Faus, outra notícia se estampava no jornal: reclamava-se da lentidão do procedimento de revisão constitucional, a retardar a *mais ampla legitimação* do aborto de entes humanos... Passam ainda por *liberais* os que, entre suas liberações, livram-se da vida alheia: não se vê que maior defesa da liberdade se acha na preservação da vida? São palavras de Germain Grisez: “...minha postura seria extremadamente liberal, não no sentido de aprovar o aborto, mas no de favorecer a liberdade do neonato para fazer sua própria eleição no que se refere à vida e defender seu direito para viver o suficiente e assim ser capaz dessa eleição” (p. 12.).

2.5 Adeptos do fetíclidio, em busca de uma fórmula... (não importa qual)

Não faz muito um jurista sustentava, em favor da tese abortista, a tese de que a normativa brasileira (constitucional e infraconstitucional) apenas protegia a *vida de relação*, não a vida vegetativa (isto é, a vida socialmente inútil).

Passando ao largo de que esse passional intérprete faz apropriadamente distinções onde o legislador brasileiro, manifestamente, não as fez – isso é o que se chama, propriamente, de *encontrar a fórmula* (enfim, se não fosse essa fórmula arbitrária, seria outra...) –, cumpre ver, a bem da lógica, que não há exemplo de mais palpitante *vida de relação* do que a existente entre o feto e sua mãe. Porque há uma diversidade de *relações* a considerar na

coexistência do feto (De Dinechin, p. 25): há, como se vêem por primeiro, as relações de caráter biológico; as há, para mais, no plano familiar; no âmbito psicoafetivo (sobretudo com a mãe); até mesmo as de dimensão espiritual (freqüentemente indiscutidas: é uma arbitrária pauta iluminista a que, de modo apriorístico, cerceia a liberdade de discussão sobre a realidade sobrenatural).

De toda sorte, se se estima a vida de relação sob o aspecto exclusivo de uma vitalidade intelectual, a apontada tese do jurista pró-feticídio estaria a *justificar* mais do que o aborto; *justificaria* a eutanásia, *justificaria* a morte de todos os enfermos socialmente inúteis (não é de olvidar as oscilações desse conceito elástico de inutilidade social...) e daria razão ao totalitarismo eugenésico. “Quando se admite – disseram coerentemente os Willke – que a vida pode ser destruída à origem, se ela não é útil nem produtiva, quando se faz desse princípio uma lei nacional, não há mais fronteira racional, lógica, entre o massacre dos deficientes dentro do ventre materno ou fora dele. Passa a ser inútil opor o aborto, eutanásia pudicamente chamada ‘pré-natal’, à eutanásia propriamente dita, ao infanticídio. Se se aceita uma política de eutanásia em um estágio qualquer da vida humana, onde se encontrará o limite?” (p. 138).

Não falta que alguns abortistas cogitem da comodidade das mães e de seu consentimento para o feticídio. Tudo como se o direito à vida fosse disponível (o que faltaria aos abortistas exatamente demonstrar) e como se a vida fosse *bem menor* em relação ao (suposto) conforto materno. Ao qual conforto, se a tese fosse verdadeira, estaria logicamente subordinado (por que não?) o direito à vida dos filhos já nascidos, sobretudo se doentes.

Há ainda uma tese *quantitativa*. O que, em rigor, estaria a justificar o aborto eugenésico, segundo uma sustentação mais implícita que expressa, é o provável tempo de sobrevivência extra-uterina do feto. Esse argumento esbarra, para já, num problema inicial: qual o tempo de sobrevida intra-uterina que se considera suficiente para vedar o feticídio? A quem cabe determinar esse tempo? Ao médico de turno? À gestante? A quem cabe decidir sobre a morte de outrem? Qual o tempo *útil* de sobrevivência? Um minuto, dois, uma hora, um dia, um mês... se calhar um ano ou mais?

Há uma enfermidade letal – a chamada coréia crônica ou coréia de Huntington (em homenagem a George Huntington, que a descreveu em 1872) a que, particularmente, se referiu Jean Bernard, relacionando-a ao tema do aborto por indicação eugênica (1994, p. 50-51; 1993, p. 174-175). Trata-se de uma doença do sistema nervoso, hereditária e familiar, que atinge pessoas de ambos os sexos e se caracteriza tanto por hiperinesia, quanto por alterações mentais. É enfermidade de prognóstico sempre grave, conduzindo o doente à demência e à morte (Maffei, I – p. 58, 652-653). Calha que a coréia de Huntington pode ser diagnosticada no período pré-natal. Caberia, então, dentro da “lógica” feticida dos eugenistas, cogitar de um aborto sistemático que, ao cabo de algumas dezenas de anos, permitiria a desaparecimento completa dessa enfermidade. O problema primeiro que se pode, no entanto, sugerir à reflexão dos abortistas é relativo ao *tempo* da sobrevida extra-uterina: ocorre que os sintomas da coréia de Huntington se manifestam, salvo raríssimas *antecipações* (Maffei, I – p. 652), quando os afetados atingem a *quarta década* de sua vida. Quem dirá que quarenta anos de vida é hoje bastante a justificar a repulsa ao aborto e não o serão dois minutos, ou três dias, ou seis meses? Acrescente-se, com Jean Bernard, que ao *largo* dessa sobrevida é possível legitimamente esperar que o doente se beneficie dos progressos das ciências do sistema nervoso.

Eis, pois, em breves traços, um retrato da *lógica* dos adeptos do feticídio. De admitir-lhe os supostos, não só estariam por isso autorizados o infanticídio e a eutanásia, mas, no fim e ao cabo, não importa quais ofensas a todos os bens jurídicos inferiores à vida.

2.6 O aborto, homicídio de inocentes

A reprovação do aborto por indicações eugenésicas, nada obstante a especialização de certos argumentos e críticas, é contributória do reproche de *todos os abortos diretos* (com Zalba: *graviter illicitus, nec ullo unquam praetextu iustificari potest*), repúdio esse que, por seu turno, participa da condenação de todo *homicídio de inocente* (Zalba, I – n. 1.606; Donald Marquis, p. 177).

Santo Tomás indaga se é lícito em algum caso matar um inocente (*Suma Teológica*, IIa-IIae., Q. LXIV, art. 6.º) – *interficere innocentem*. E, como é do método de sua exposição na *Suma Teológica*, depois de alistar algumas teses aparentemente inclinadas à admissão, *in aliquo casu*, do homicídio do inocente, invoca, no *sed contra*, uma passagem veterotestamentária: *Innocentem et iustum non occides* (*Êxodo*, XXIII-7). Segue, então, sua breve mas precisa solução:

“Pode considerar-se um homem de dois modos: em si mesmo e em comparação com outro. Considerando o homem em si mesmo, não é lícito tirar a vida de ninguém, porque em todo homem, ainda pecador, devemos amar a natureza, que Deus fez e que a morte destrói. Segundo se expôs, a morte do pecador só se faz lícita em atenção ao bem comum, que se destrói pelo pecado; ao passo que a vida dos justos é conservadora e promotora do bem comum, já que eles são a parte mais eleita da multidão. Por essa razão, de nenhum modo é lícito matar o inocente”.

A ilicitude, *ex toto genere suo*, do homicídio do inocente deriva conclusivamente dos princípios primeiros da lei natural – os princípios sinderéticos, e a Revelação não acrescentou preceito algum à regra jusnatural, senão que a *declarou*. Ao passo que os primeiros princípios exprimem a lei puramente natural, por isso mesmo designando-se lei natural *primária*, os preceitos segundos consistem em conclusões próximas e imediatas dos princípios sinderéticos, podendo, assim, designar-se lei natural *secundária*, de que constituem exemplo os Dez Mandamentos da Lei de Deus. Por derradeiro, as conclusões mais remotas podem chamar-se lei natural *terciária* ou de terceira instância (por exemplo, a vedação do duelo).

Os preceitos primeiros da lei natural, a que se reduzem todas suas demais disposições segundas e terceiras, sintetizam-se em fazer o bem e evitar o mal: *bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum*. Com efeito, do mesmo modo como o *ser* é o primeiro objeto de apreensão da razão especulativa, o *bem* é o primeiro objeto de apreensão da razão prática; dessa maneira, voltada a razão prática à ação humana, dirige-se, por isso, a seu fim, que é a causa primeira da ação; ora, esse fim é, por essência, um bem; logo, o fim de toda ação é o bem, cujo fazer impõe a lei natural e cujo estorvo (isto é, o mal) ela prescreve evitar.

Essas distinções, embora concernentes ao objeto, refletem no plano da cognoscibilidade da lei natural. A variação de seus preceitos – primários, segundos e de terceira instância – importa em sua diversa cognoscibilidade, tanto no que respeita ao objeto (cuja apreensão gnoseológica varia conforme a categoria dos preceitos), quanto no que se refere ao *suppositum cognoscens* (o homem considerado não apenas individualmente mas, também, numa perspectiva histórica, num plano comunitário).

Os preceitos primários da lei natural são evidentes e, bem por isso, indemonstráveis, são intuídos – isto é, são conhecidos direta e imediatamente, sem mediação alguma *ex quo* entre a potência gnoseológica e o objeto do conhecimento. De que segue ser o juízo

imediatamente da sindérese absoluto e infalível, porque os preceitos intuídos são conaturais ao entendimento prático – ou seja, brotam espontaneamente do intelecto prático posto em presença de seu objeto.

Diversamente, o conhecimento dos preceitos *segundos* da lei natural é, *ut in pluribus*, insuscetível de falha. Não são eles passíveis já de intuição, mas se inferem mediante um discurso; são facilmente deduzíveis dos princípios sinderéticos, mas seu conhecimento, ainda que excepcionalmente, pode ser defeituoso. É o que diz Santo Tomás, examinando se a lei natural pode ser delida do coração humano: (Podem ser delidos os preceitos secundários) “quer por más persuasões, do mesmo modo por que, também na ordem especulativa, dão-se erros relativos às conclusões necessárias; quer ainda pelos maus costumes e hábitos corruptos, como se deu com certos, que não reputavam por pecados os latrocínios ou os vícios contra a natureza (...)” (*Suma Teológica*, Ia.-IIa., Q. LXIV, art. 6.º, *respondeo*). Cabe assinalar, por oportuno, que o Aquinense afirma que a culpa pode dissolver a lei da natureza quanto aos preceitos secundários (cf. o *ad primum* do mesmo artigo).

Freqüentemente, os jusfilósofos trataram a questão do homicídio a partir de uma visão teológica (por exemplo, Domingo de Soto, comentando a lição do Dr. Comum, diz que, considerado o ente humano em si mesmo, enquanto é de natureza racional, não há motivo algum que autorize a sociedade a matar o inocente; a sociedade, prossegue de Soto, “não é dona absoluta da vida dos cidadãos como é Deus; e por isso somente Deus tem poder sobre a vida do inocente” – Livro V, Q. I, art. 7.º), mas isso não a converte numa questão de teologia revelada. Diz, com razão, Jacques Leclercq, não haver regra mais universalmente admitida que a da proibição do homicídio de inocentes:

“Jamais se encontrou povo em que fosse admitido o direito de matar livremente os membros da tribo ou da cidade. Ao contrário, a organização social tem sempre como fim primordial proteger a vida de seus membros, e estes são solidários entre si. O assassino, é dizer aquele que matou um de seus compatriotas, é sempre, salvo motivos excepcionais, tratado como um criminoso” (t. IV, p. 20-21).

As exceções – explicáveis pela já apontada circunstância de que pode falhar a inferência de um preceito moral secundário – não inibem a afirmação de que a regra de vedação do homicídio dos inocentes se impõe, universalmente, com caráter ético-natural, avultando como o *mais caracterizado dos deveres morais dos homens*, qual o do respeito à vida dos inocentes. Não importa a *qualidade da vida* desses inocentes, não lhes importa a raça, não lhes diferencia, a propósito, o estágio de cultura ou de civilização: Francisco de Vitoria, por exemplo, no seu *Relectio de Indis*, aconselha os príncipes espanhóis a defender os índios *inocentes* da morte *injusta*, e diz mesmo que todos têm o direito de defender a vida dos inocentes (cap. III, n. 14).

3. O ABORTO EUGENÉSICO E O BIODIREITO POSITIVO BRASILEIRO

O biodireito natural complementa-se, de modo conclusivo e também determinativo, pelo biodireito legal ou positivo. Não fora o primeiro – o biodireito natural – e estar-se-ia incorrendo, de modo inevitável, em um sociologismo relativista, que terminaria por *justificar* as realidades segmentares apenas por serem *historicamente* locais. Não fora, em contrapartida, o biodireito positivo, e as exigências do justo natural permaneceriam no plano meramente ético, em detrimento manifesto do bem comum.

Não basta, pois, o biodireito legal: o Estado não pode legislar *contra naturam*. Há alguns anos, dois funcionários do governo de Espanha sustentaram publicamente que o Estado, uma vez que agisse dentro da competência legal, poderia regular o tema do aborto como bem lhe parecesse; a isso respondeu com vantagem Monsenhor Yanes, arcebispo de Zaragoza: “Os argumentos que defendem esses impugnadores justificariam os assassinatos cometidos por Hitler e por Stalin, já que, se se admite só o direito positivo como fonte da legislação, não se pode dizer com apoio nesse critério que qualquer dos dois haja agido mal”.

Por outro lado, não basta o biodireito natural. Ferreira da Cunha, depois de advertir que o direito pode “moralizar” certos comportamentos, salientou que “o inverso pode ser também verdade”. A omissão do Estado em punir o aborto – sua descriminalização – terminaria por levar ao incremento dos fetocídios: “Legalização que permita a liberalização do aborto ou da eutanásia – diz Ferreira da Cunha – tem (sociologicamente provada) a consequência nefasta de inculcar nas massas (malformadas, deformadas já por *media* e escola permissivas e imoralistas) a idéia de que tais comportamentos, já legais, são também morais, ou, pelo menos, não imorais” (II – p. 182).

O biodireito positivo brasileiro, nisso se afeiçoando ao justo natural, tem regra constitucional protetiva do *direito à vida*. Dispõe, com efeito, o art. 5.º da nossa mais recente Constituição Federal (a sexta do período republicano):

“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...”.

Além disso, outra norma constitucional afiança o escopo de assistir aos deficientes – o que exclui a idéia de matá-los, por certo:

“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

“IV – a *habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária*”.

E prossegue, noutra parte, a Constituição brasileira:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado *assegurar à criança* e ao adolescente, com absoluta prioridade, o *direito à vida*, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

“§ 1.º O Estado promoverá programas de *assistência integral à saúde da criança* e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos:

“I – aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

“II – criação de programas de prevenção e *atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental*, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivên-

cia, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos”.

Vê-se, pois, que a Constituição Federal brasileira prescreve garantir “a inviolabilidade do direito à vida”, impondo como dever específico de assistência social “a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária”; é dever da família, é dever da sociedade, é *dever do Estado* “assegurar à criança (...), com absoluta prioridade, o direito à vida”. Ora, como assegurar esse direito, como a família, a sociedade e o próprio Estado cumprirão seu dever correspondente, se, em face de uma prognose conjectural, pedem, consentem, autorizam o feticídio?

A garantia do direito à vida reclama o concurso da estatuição *penal*. Por imperativo abstrato da justiça. Por exigência concreta de defesa dos homens e da sociedade. “Porque a vida, disse-o Rodriguez Devesa, não é apenas o suporte biológico de uma existência individual, mas o suposto primeiro de subsistência da espécie humana” (Vol. II – p. 21). E porque a vida ocupa esse papel primeiro no plano individual e social humano, os demais valores perdem fundamento quando se maltrata o bem vital. Saliente-se a relevância individual – melhor dito, pessoal – de *cada* vida humana: no dizer de Jescheck, ela constitui “um valor pessoal incomparável”, de tal sorte “que o ordenamento jurídico não pode aprovar o homicídio ou o abandono de uma só pessoa em favor da sobrevivência de muitas outras” (§ 47 – I – 2).

Parece que, não raro, se vai implicando um conflito entre, de um lado, o interesse econômico familiar ou estatal, a comodidade, a honra, as razões políticas, as demográficas, e, de outro, a *vida*, como se fosse possível uma colisão entre *bens incomparáveis*. São palavras de Jean Bernard, da Academia francesa: “O respeito ao homem em cada homem é uma obrigação incondicional que deve ser mantida em face dos perigos do presente...” (1993, p. 223). É preciso insistir, ademais, na individualidade, na irrepetibilidade de cada vida humana: o embrião – diz Bernard – é uma pessoa potencial, o que significa afirmar que *ela existe desde a concepção*: “O embrião deve ser tido por ser cujo futuro possível assina limites ao poder de outrem” (1993, p. 216).

A legislação infraconstitucional brasileira, como não poderia deixar de ser ante as regras superiores, de porte constitucional, trata de proteger, de modo mais direto e próximo, o bem jurídico fundamental da vida, e, a esse propósito, para além de um preceito capital no Código Civil (art. 4.º: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”), de logo chamam a atenção as normas que se acham alistadas no designado *Estatuto da Criança e do Adolescente* (Lei 8.069, de 13.07.1990). Por exemplo, a de seu art. 4.º: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

Que se há-de entender por essa *prioridade* referida na lei? Ela compreende, entre outras coisas, diz o parágrafo único do mencionado art. 4.º, a *primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias*.

Proteção que, por certo, não é a de *morrer* adrede no ventre materno, quando a lei tem por expresso objetivo a garantia, com absoluta prioridade, dos direitos referentes à vida. No mesmo sentido prescreve o art. 7.º do *Estatuto*: “A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

Para mais, o Código Penal brasileiro arrola entre os delitos contra a vida (arts. 121 a 128), o *crime de aborto*:

“Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência”.

3.1 Há abortos diretamente positivamente lícitos ou os há somente isentos de pena?

O art. 128 do mesmo Código Penal relaciona hipóteses em que o aborto (como diz a lei) é *impunível*:

“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”.

A doutrina penal brasileira tende a afirmar que essas referidas hipóteses constituem ambas *causas de justificação*, vale dizer, excludentes da antijuridicidade (por exemplo: Magalhães Noronha, II – n. 286; Paulo José da Costa Júnior, II – p. 37; Damásio de Jesus, II – p. 136-137; Fabbrini Mirabete, II – p. 82; Mayrink da Costa, Parte Especial, II – I, p. 191; Fragoso, Parte Especial, I, p. 85).

Nada obstante a patente autoridade desses referidos mestres do Direito Penal pátrio, as hipóteses previstas em ambos os itens do art. 128, Código Penal, *ou* configuram isenções de pena – no limite, dirimentes (causas de exclusão da culpabilidade ou da punibilidade) –, *ou* se fulminam de manifesta inconstitucionalidade.

A leitura do *caput* do mencionado art. 128 (“Não se pune etc.”) está, para logo, a sugerir que aí se acham causas isentas de apenamento ou, quando muito, excludentes da punibilidade, como resulta de avultado critério hermenêutico, assim referido pelo grande penalista que foi Basileu Garcia: “...o nosso estatuto penal usou do seguinte sistema, segundo esclarecimentos prestados por um dos autores do projeto – Nelson Hungria: a expressão ‘não há crime’ indica a presença de causas justificativas; e as expressões ‘não é punível’, ‘não é passível de pena’, ‘está isento de pena’ e outras semelhantes compreendem as dirimentes” (I – n. 95).

Está a cuidar-se das chamadas *excusas absolutórias*, causas que, excluindo a pena, deixam subsistir, contudo, o caráter delitivo do ato a que ela se relaciona. Sua essência, é lição de Jiménez de Asúa, “reside em que não suprimem a ação, nem a tipicidade, nem a antijuridicidade, tampouco a imputabilidade e a culpabilidade, mas, *utilitatis causa* e por motivos atinentes à relação pessoal ou à peculiaridade da conduta concreta de um sujeito, a lei *perdoa* a pena” (VII – n. 1.963). Trata-se de causas que impedem a imposição da pena (assim se expressa Creus, 378), consagrando uma impunidade, nada obstante a existência de uma conduta típica, antijurídica e culpável (como se define o crime); pode dizer-se, com Maurach, que aí se encontra um *delito impune* (§ 32 – II – 2). Assim, no CP brasileiro, acham-se, por exemplo, excusas absolutórias previstas no art. 181 (crimes

contra o patrimônio praticados pelo cônjuge, na constância da sociedade conjugal, ou por ascendente ou descendente da vítima) e no art. 348, § 2.º (no crime de favorecimento pessoal, ser o prestador do auxílio ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso). Numa frase expressiva – muito embora seu autor a considere um tanto exagerada –, Jiménez de Asúa diz graficamente: “...nas causas de justificação não há delicto; nas de imputabilidade (e, pode acrescentar-se, também nas de inculpabilidade) não há delinqüente; nas excusas absolutórias não há pena” (VII – n. 1.959).

Deve-se, entre nós, a Walter Moraes, numa das mais valiosas contribuições recentes ao estudo jurídico do aborto, a lição de que as hipóteses previstas nos incisos do art. 128, CP, configuram excusas absolutórias – causas pessoais de exclusão da pena. Por preciso e claro seu ensinamento, vem aqui de molde sua reprodução:

“A punibilidade não pode confundir-se com a *punição* mesma, que coincide com a aplicação da pena: pois, induzindo um critério de *susceptibilidade*, é aptidão que afeta o ilícito, muito embora atire para a idéia de pena. Mas está no crime e não na pena. O crime é punível; a pena não pode ser ‘punível’. Acrescentada, então, a punibilidade, ao fato ilícito (típico e culpável), torna-o suscetível de pena, convertendo-o em crime.

(...)

“Mas pode também ser supressa só a punição – a pena – e, então, resta o crime inteiro. Um fato pode ser típico, antijurídico, culpável e ameaçado com pena, isto é, criminoso – é de Frederico Marques a lição – e, no entanto, anormalmente, deixar de acarretar a efetiva imposição da pena’.

“Então, uma coisa é ser crime, outra é suportar, o crime, pena.

(...)

“Ocorre, pois, que a lei, às vezes, autoriza o Juiz de não punir crime configurado, e que às vezes exime, ela mesma, da punição o delinqüente.

“Ao réu de adultério faculta a lei não lhe aplique a pena o julgador; se ao tempo já era cessada a vida em comum; mas o não apenamento do adúltero não importa certamente em desaparecimento do crime de adultério. Tanto isso é verdade que o juiz podia igualmente aplicar a pena (art. 240, § 4.º, inc. II). Ao filho que perpetra estelionato contra o pai, isenta-o a própria lei de punição, considerada a relação de descendência (art. 181, inc. II); mas a isenção mesma não elimina o delito punível.

“Outras vezes, dá-se que a lei suprime exatamente a punibilidade. Pode fazê-lo, ou em contemplação de um fato superveniente ao delito, ou considerada uma circunstância com o correspondente cometimento.

“Consumado o crime de rapto, se o agente se casa com a vítima, reza o CP que se extingue a punibilidade (art. 107, inc. VII, c/c 219). Irrogada uma ofensa em juízo, pela parte ou pelo advogado, na discussão do processo, diz o Código precisamente que tal ofensa não constitui injúria ou difamação *puniável* (art. 142, inc. I).

“Se a punibilidade, sendo aptidão para a pena, está no crime e não faz sentido que esteja na pena, segue que, num caso como no outro dos acima dados, o que a lei retira é a mesma criminalidade da ação, apagando o crime. Porque a punibilidade é componente distintiva do crime.

“Mas não é menos certo que, afastando a punibilidade e desfigurando, assim, o *crime*, a lei não está a apagar a *ilicitude* mesma da ação danosa já consumada. No caso do rapto, onde o casamento age como remédio, não deixa de ser ilícito o que já foi ilícito acabado;

assim como a doença curada não passa a nunca ter sido doença porque remediada depois. No caso da injúria irrogada em juízo, a lei que proíbe às partes e advogados de ‘empregar expressões injuriosas’ (CPC, art. 15), não pode estar ao mesmo tempo autorizando lançá-las às mesmas partes e advogados. Desaparece a punibilidade (o crime), permanece o ilícito.

“Não é nada disto, porém, que sucede no aborto para salvar a vida da mulher ou porque resultante de estupro a concepção. No caso do art. 128, a lei não declara excluída a punibilidade ou *não punível* o crime, como precisamente faz quanto à injúria ou difamação em juízo ou ainda quanto ao furto de coisa comum no valor da quota do agente (art. 156, § 2.º). Quanto ao aborto, a lei diz ‘não se pune’. Suprime a pena. Fica o crime.

“Mais: ainda que se entendesse este ‘não se pune’ como excludente de punibilidade, estaria a regra a excluir a ameaça de pena (o crime); subsistiria o delito” (p. 20-21).

Nessa mesma linha de entendimento, parece vir a pêlo invocar o abono, no direito penal argentino, do magistério de Sebastián Soler – que se refere, no concernente ao aborto, a *casos de impunidad* (III – § 85, X) – e de Fontán Balestra (p. 78 *et seq.*), e, no espanhol, das lições de Rodríguez Devesa (II – p. 85-86) e de Quintano Ripollés (I – I – p. 634 *et seq.*).

3.2 Uma licitude que, acaso houvesse, maltrataria a Constituição

Fez ver Walter Moraes que, uma vez prevista, sem exceção alguma quanto ao aborto, a garantia *constitucional* do direito à vida, não poderia, *nullo modo*, o legislador infraconstitucional considerar *licito* um direto maltrato desse direito:

“Pode uma lei ordinária abrir exceção a um preceito constitucional fundamental?

“Certo que não.

“Pela autoridade própria, não; só a Constituição pode estabelecer exceções aos seus próprios preceitos; ou autorizar o legislador a abrir exceções aos seus próprios preceitos.

(...)

“Como, então, supor, sem fazer injúria à lei fundamental, que o legislador penal pudesse autorizar, tornar lícita, a morte da pessoa por nascer?” (p. 23-24).

Com efeito, a proteção constitucional da vida não pode ser frustrada pela legislação ordinária, e o feto, já tendo “direito à vida que lhe foi transfundida no ato da concepção” (Adriano Marrey, p. 15), está desde logo protegido do homicídio, por força de regra de máximo porte no direito posto.

Entender, pois, as hipóteses dos itens I e II do art. 128, CP, como causas de justificação – *i.e.*, excludentes da antijuridicidade –, importaria considerar o aborto diretamente buscado como ato, em dadas circunstâncias, *positivamente* lícito, o que importaria licitude juspositiva aparente, pois em contraste, como visto, com regra maior, originária da Constituição Federal.

Caberia, de toda sorte, considerar que foi adotado no Código Penal brasileiro vigente (art. 24) o tratamento unitário do estado de necessidade justificante e da *necessitas* inculpável. Dessa maneira, alguns entendem que, em face do direito posto, tanto o aborto “necessário”, quanto o “sentimental”, embora não se configurem no plano de um estado de necessidade justificadora, constituiriam *necessitas* exculpante. Diz Welzel, a propósito: “Exclui-se a justificação do fato, se imprópria a utilização desse bem jurídico como simples

meio para salvar aquele” (como, por exemplo, o dar morte a um homem como meio de salvar outro homem; tal fato não pode ser justificado, senão apenas exculpado; § 14 - 4).

Daí que, ante a disciplina unitária do estado de necessidade no Código Penal brasileiro, essas hipóteses acabariam (no plano juspositivo) por ser causas excludentes da antijuridicidade. E, nessas circunstâncias, sem maltrato possível da regra constitucional, porque o estado de necessidade é de direito natural e, em face de sua ocorrência, deixa de impor-se a lei positiva (Amor Ruibal, I - n. 305). Ou, com célebre aforismo: *quod non est licitum in lege necessitas facit licitum*. É que, na situação de necessidade, não se busca, diretamente, sacrificar um bem jurídico, mas, isto sim, defender bem jurídico superior (ou, na *necessitas* exculpante, de igual valor), com o reflexo *indireto* de sacrifício de outro bem.

Quanto, porém, às referidas hipóteses dos chamados aborto “necessário” e aborto “sentimental”, calha, em resposta, que se negue o suposto: *i.e.*, não há nenhum estado de necessidade possível, sequer o exculpante, nessas duas hipóteses.

Para logo, caberia dizer que, se essas figuras, referidas na Parte Especial do Código, configurassem estado de necessidade, não se entreveria a razão pela qual se justificasse sua previsão, uma vez que a regra do art. 24, inscrita na Parte Geral, já estaria a abrangê-las. Com efeito: vai-se à disciplina específica do homicídio e lá não se acha referência especial à legítima defesa; vai-se ao tratamento peculiar do furto e ali não se encontra nenhuma alusão singular ao furto famélico; bastam-lhes as normas da Parte Geral do Código referentes à legítima defesa e ao estado de necessidade. Quando, porém, se cuida do aborto, por que se dirá que os itens I e II do art. 128, CP, são formas de *necessitas*? (Embora Fragoso procure afastar a superfluidade da suposta especialização dessas hipóteses como estado de necessidade - Parte Especial, I - p. 85 -, a “exculpação” da parteira, excluída da letra das hipóteses específicas, mostra, por exemplo, com Mayrink da Costa, a inocuidade da aventada especialização - Parte Especial, II - I, p. 192).

Além do mais, ainda que se quisesse ladear a racionalidade legislativa, admitindo-se que o CP prevê *duas vezes* a mesma *necessitas* - uma no gênero (art. 24), outra na espécie (art. 128), resta uma segunda etapa de negação do suposto -, a que se refere à situação factual. Não há, com efeito, nessas aludidas modalidades de aborto, situação de fato de que se possa afirmar extraível a *necessitas*.

Diz Oliveira Ascensão que, se “apenas a vida ou a saúde da mãe estão em causa, não há uma causa de justificação para a prática do aborto, no ponto de vista substancial, porque o filho não pode ser instrumentalizado em benefício da mãe” (p. 31).

Cabe aqui ceder a palavra ao médico. No que concerne ao aborto “necessário” ou terapêutico, Costa Júnior, que foi catedrático de Medicina Legal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ali prelecionando na inauguração dos cursos jurídicos de 1965, afirmou que a previsão do item I, art. 128, CP brasileiro, não encontrava apoio na medicina então coeva. E a tanto elencava razões:

“Primeiro, porque há outros meios para se tentar salvar a vida da gestante; segundo, porque, sendo conjecturais os diagnósticos médicos, nunca haverá certeza absoluta sobre o êxito letal; terceiro, porque a intervenção abortiva acarreta maiores perigos para a vida da gestante do que o prosseguimento da gravidez; e quarto, porque o ‘mal causado’ não é, pela sua natureza e importância, consideravelmente inferior ao suposto mal evitado” (p. 319).

Passou, então, em revista o mesmo autor, também professor de Medicina Legal na Faculdade de Direito da que foi a Universidade Católica de São Paulo, as indicações mais

frequentes para o aborto “terapêutico” - as cardiopatias, a hipertensão arterial, a tuberculose pulmonar, as perturbações mentais, os vômitos incoercíveis -, rematando o exame: “No longínquo ano de 1903, Eugene Vincent já escrevia: há 30 anos me dedico a partos e jamais me encontrei em situação que exigisse a prática abortiva para preservar a saúde materna” (p. 329). Por isso, Costa Júnior não hesita em dizer que “melhor se chamaria esse feticídio de aborto desnecessário ou aborto antiterapêutico” (p. 314). A regra do art. 128, I, CP, seria de todo inócua, salienta o eminente professor, pois jamais se daria o suposto de fato para essa espécie de aborto; mas, prossegue o autor, “o que, realmente, o dispositivo enseja é favorecer e ocultar o verdadeiro aborto criminoso” (p. 316).

Já em 1933, Carlos Fernandes, então docente livre de Clínica Obstétrica da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, escreveu uma erudita monografia sobre o tema do chamado aborto “terapêutico” - *De Jura Vitae Necisque* -, em que, depois de referir-se à larga lista de até então não raras indicações *médicas* para esse feticídio (tuberculose, asma, tifo, varíola, cardiopatias, leucemia, anemia perniciosa, nefrite crônica, diabete, glaucoma, miopia grave, otite média supurada, histeria, epilepsia, pielites, dermatose gravídica, entre outras), afasta-as como suposto para o feticídio terapêutico, dedicando-se, de modo particular, à refutação das indicações correspondentes às afecções cardiovasculares, à tuberculose e ao vômito incoercível (p. 104 *et seq.*). Em seguida, versando diferentes objeções, respondeu-as o autor, para concluir descaber, em todo seu gênero, o chamado aborto “terapêutico”.

Em resumo, como fez ver Euclides Custódio da Silveira, “o grande progresso da ciência médica demonstra dia a dia que (...) é possível salvar a vida da gestante, sem sacrificar a do feto, notadamente por meio da operação cesariana”, mas, ainda supondo que haja uma ou outra exceção (*datum sed non concessum*), “raramente - diz ele - o aborto é recurso eficaz, porque a mulher acaba morrendo, mais cedo ou mais tarde” (p. 127).

Por derradeiro, no tocante ao chamado aborto “sentimental”, é de todo manifesto que a superioridade da *vida* - ainda a do feto -, como bem jurídico, não autoriza possa concluir-se que a imposição de seu sacrifício em proveito de bem jurídico inferior (a honra da mãe ou seu mais satisfatório equilíbrio mental) caracterize um possível estado de necessidade. Com efeito, o estado de necessidade, propriamente dito, supõe a permissão de sacrifício do bem de *menor valor*, e, a *necessitas* desculpante reclama a igualdade de valor dos bens concorrentes (Fragoso, Parte Geral, p. 189; Mayrink, Parte Geral, I - I, p. 824; Magalhães Noronha, I - p. 195;), porque, para evadir um mal menor, não se pode causar malefício mais grave do que o evitado (Soler, I - § 32 - VIII).

Demais, cabe referir o intrincado problema de saber, efetivamente, e, sobretudo, prognosticar se o feticídio, na hipótese de mãe violada, causa o esperado bem psicológico - ou de *honra*, como dizem alguns (parece aí implicarem os abortistas que a mulher violada já não tem direito à honra, a não ser por meio de um homicídio). Em muitos casos, uma atenta e continuada observação psicológica leva a concluir que as mães violadas que consentiram no aborto direto sofrem uma *extravitação*: “O aborto, em lugar de tranquilizar - diz Domingo Basso (p. 411) -, constituirá um procedimento exacerbante de uma perturbação psicológica ainda maior, tal como a experiência demonstra”.

Em síntese, as hipóteses de aborto “necessário” e de aborto “sentimental”, previstas nos incs. I e II, art. 128, CP, caracterizam escusas pessoais absolutórias, em que o fato praticado segue sendo *illicito*.

Do que segue poder afirmar-se que, no direito positivo brasileiro, não há aborto direto algum que *não seja illicito*.

3.3 O aborto eugenésico não é, no direito brasileiro, sequer hipótese de escusa absolutória

Mais além, o aborto eugenésico não é, no direito pátrio, sequer causa de escusa absolutória. É um ilícito, como todo aborto direto. É, ademais, um crime, pois, em qualquer circunstância, é uma ação típica, antijurídica e *culpável*, na medida em que apenas o aborto “necessário” e o aborto “sentimental” constituem hipóteses legais de escusa absolutória.

É firme, neste ponto, a doutrina penal brasileira. Diz, a propósito, Magalhães Noronha, que o aborto eugenésico *não* é acolhido em nossa lei (II - p. 64):

“Não admite ela a cessação da gestação, no caso de possível deformidade da criatura que está para nascer, e convenhamos que a autorização, nesse caso, não deixaria de ser perigosa. Por identidade de razão, deveria ela ser estendida a outras hipóteses, como doença infecciosa da gestante, que podem produzir conseqüências danosas para o feto. A admissibilidade se tornaria ampla e por isso mesmo perigosa: acabaria por degenerar, tornando a exceção regra.

→ “Cumpra notar igualmente a falibilidade do prognóstico: no caso concreto, não haverá *fatalidade* do efeito pernicioso no ente em formação: é mais uma razão para não se admitir sua morte antecipada.

“Caso contrário, aberta estaria também a porta para a eutanásia ou homicídio compassivo, que é repellido pelas leis” (*id.*).

No mesmo sentido, diz Fragoso: “O aborto sentimental (que se realiza em conseqüência de um crime), todavia, não se confunde com o aborto eugênico (conveniência de evitar procriação indesejável) ou com o aborto por indicação social (miséria ou dificuldades econômicas do país), que são sempre criminosos perante nossa lei” (Parte Especial - I, p. 87; também nessa direção: Aníbal Bruno, IV - I, p. 174-175; Basileu Garcia, RT 324/8; Fabbrini Mirabete, II - p. 83; Mayrink, Parte Especial, II - I, p. 192; Paulo José da Costa Júnior, II - p. 39).

Vêm de molde estas palavras de Nelson Hungria:

“O Código não incluiu entre os casos de aborto legal o chamado *aborto eugenésico*, que, segundo o projeto dinamarquês de 1936, deve ser permitido ‘quando existe perigo certo de que o filho, em razão de predisposição hereditária, padecerá de enfermidade mental, imbecilidade ou outra grave perturbação psíquica, epilepsia ou perigosa e incurável enfermidade corporal’.

“Andou acertadamente o nosso legislador em repelir a legitimidade do aborto eugenésico, que não passa de uma das muitas *trouvailles* dessa pretenciosa charlatanice que dá pelo nome de *eugenia*. Consiste esta num amontoado de hipóteses e conjecturas, sem nenhuma sólida base científica. Nenhuma prova irrefutável pode ela fornecer no sentido da previsão de que um feto será, fatalmente, um produto degenerado” (V - p. 313).

É, pois, de concluir que, demais de *ilícito*, a exemplo de todos os casos de aborto direto perante a lei brasileira, o abortamento eugenésico, no Brasil, é sempre e caracterizadamente um *crime*.

4. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA O ABORTO EUGENÉSICO - OU ALVARÁ PARA PRATICAR UM CRIME

Veicularam algumas revistas jurídicas e, até mesmo, a grande imprensa, a existência de pedidos de autorização judicial para a prática de aborto “necessário”, “terapêutico” e eugenésico.

Surpreendente pretensão essa, que se volta a pleitear uma autorização judiciária para a prática, sempre, de um *ilícito*, e, alguma vez, tratando-se do aborto eugenésico, de um *crime*. Já o observara Walter Moraes: “Nenhum juiz está autorizado a permitir o cometimento de um crime (não importa que eximido de pena), ou, mesmo não sendo crime, de um ato ilícito, de uma ação contrária à lei” (p. 25).

Partilhando da *conclusão* a que chegou o referido magistrado paulista, Geraldo Batista de Siqueira sustenta que “a prática forense” dos mencionados pedidos de autorização para o aborto esbarra em “absoluta ausência de respaldo legal”. Diz o autor: “A conclusão pela inexistência de autorização judicial decorre de texto explícito, indicando, como pressuposto do aborto legal, apenas o consentimento da gestante ou de seu representante legal”. E prossegue: “É questão de tipicidade, expressa com a necessária nitidez redacional. A tipicidade da licitude excepcional prescinde de qualquer ato que não seja o consentimento da gestante ou de seu representante legal” (p. 301-302; tem ele o expresso abono de Fabbrini Mirabete, II - p. 83, e de Vicente Celso da Rocha Guastini, p. 1.663).

Da mesma *conclusão* participa Álvaro Mayrink da Costa: “Não há necessidade de autorização judicial para a prática do aborto sentimental” (Parte Especial - II - I, p. 194).

O tema está agudizado na lição de Walter Moraes:

“Em caso de cometimento de crime com circunstância excludente da punibilidade ou da própria criminalidade - cometido o fato, apura-se depois a excludente, e não tem cabimento ir o agente primeiro a um juiz requerer licença para o fato.

“Faria sentido alguém pedir permissão judicial para difamar um funcionário público, produzindo desde logo prova da verdade do fato que quer propalar?” (p. 25).

Está-se, em geral, nessas opiniões a referir-se ao aborto “necessário” e ao “sentimental”, que constituem, como visto, hipóteses de escusas absolutórias. Ora, se não tem sentido pleitear uma autorização para praticar um ato *ilícito* com escusa absolutória, que sentido haveria, *a fortiori*, em requerer um alvará para cometer um crime (*i.e.*, o de aborto eugenésico)?

Cabe observar, a propósito, que Geraldo Batista de Siqueira chega mesmo a afirmar que a autorização judiciária “é irrelevante como causa obstativa da persecução penal” (p. 302).

Diz esse autor que a autorização, embora dotada de judiciaridade, não se reveste dos atributos da jurisdição, e, por isso, “não tem o condão de produzir a descriminalização” (*id.*). Daí que, a despeito de um desses alvarás para matar, prossegue o mesmo jurista, “nada impede que a Autoridade Policial instaure, de ofício, inquérito policial ou prossiga na investigação já iniciada, os quais, remetidos ao Ministério Público, poderão dar ensejo ao oferecimento da denúncia” (*id.*). Abona-o expressamente Fabbrini Mirabete (II - p. 83).

A esses motivos, que dizem com a impossibilidade jurídica do pedido de autorização do aborto, cabe acrescentar que seu correspondente procedimento *administrativo* usurpa e frustra a competência jurisdicional própria, que é a do Jufzõ penal, *ex post facto*.

4.1 A ilimitação dos alvarás possíveis (enfim, os crimes autorizados)

Em artigo veiculado pelo jornal do Conselho Federal de Medicina (julho de 1993), Antônio Jajáh, então conselheiro da entidade, referindo-se a um caso concreto de concessão de alvará para o aborto eugenésico, afirmou, com todas as letras, que o fato revelava “a ação de uma quadrilha constituída por Juiz de Direito, médicos e Promotor Público. (...) Uma verdadeira quadrilha instalando um novo sistema de Justiça: a lei não vale, é antiga! O que vale é o que pensam alguns que estão em postos-chave – é o moderno!” (p. 12). À parte o forte da expressão verbal desse médico – em todo caso, há uma ira que é sagrada –, o fato é que, a seu modo, ele aponta quer (i) um factual confinamento da instância quanto a essas autorizações para o aborto, contra cujo deferimento ninguém recorre (embora o resultado final seja um feticídio), quer (ii) a circunstância de que se está, de maneira apropositada, a autorizar a violação da lei penal.

Fica-se, porém, a imaginar admitida a prática dessas autorizações, se não se estará afirmando, de caminho, equivalente possibilidade de autorização de não importa quais crimes. Hoje, o do aborto; amanhã, o da eutanásia; no futuro, o do furto, o do roubo, o das violações etc.

5. BIBLIOGRAFIA

- ADRIANO MARREY. “O crime de aborto”, in *RT*, v. 329.
- ÁLVARO MAYRINK DA COSTA. *Direito Penal*, Forense, Rio de Janeiro, 1994.
- ANDREW C. VARGA. *Problemas de Bioética*, trad. brasileira, Unisinos, São Leopoldo, 1990.
- ÁNGEL AMOR RUIBAL. *Derecho Penal de la Iglesia Católica*, Madrid, Barcelona, s.d.
- ANÍBAL BRUNO. *Direito Penal*, Forense, Rio de Janeiro, 1984.
- ANTÔNIO JAJÁH. “A Quadrilha dos acima da lei”, in *Jornal do CFM*, julho de 1993.
- ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, compulsada na versão francesa de Jean Tricot, ed. Vrin, Paris, 1987.
- ARLEEN SALLES. “La Controversia sobre el aborto”, in *Decisiones de Vida y Muerte*, organizado por Florencia Luna e pela citada Arleen Salles, trad. argentina, Sudamericana, Buenos Aires, 1995.
- BASILEU GARCIA. “Thalidomide e abortamento”, in *RT*, v. 324; *Instituições de Direito Penal*, Max Limonad, São Paulo, 4.ª ed., s.d.
- CARLOS CREUS. *Derecho Penal – Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- CARLOS FERNANDES. *De Jure Vitae Necisque*, Rio de Janeiro, 1933.
- CARLOS FONTÁN BALESTRA. *Derecho Penal – Parte Especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- CLAIRE NEIRINCK (direção). *Da la Bioéthique au Bio-droit*, LGDJ, Paris, 1994.
- DAMÁSIO DE JESUS. *Direito Penal*, Saraiva, São Paulo, 1981.
- DOMINGO BASSO. *Nacer y Morir con Dignidad – Bioética*, Depalma, Buenos Aires, 1993.

- DOMINGO DE SOTO. *De Iustitia et Iure*, IEP, Madrid, 1968.
- DONALD MARQUIS. “Por qué es inmoral el aborto”, in *Decisiones de Vida y Muerte*, organizado por Florencia Luna e Arleen Salles, trad. argentina, Sudamericana, Buenos Aires, 1995.
- EDGAR MAGALHÃES NORONHA. *Direito Penal*, Saraiva, São Paulo, 1971.
- EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA. *Direito Penal – Crimes Contra a Pessoa*, Ed. RT, São Paulo, 1973.
- FILEMÓN CASTELLANO. “Herencia y eugenesia”, in *Sapientia*, Buenos Aires, 1946, n. 2.
- FRANCISCO DE VITORIA. *Relectio de Indis*, Conselho Superior de Investigações Científicas, Madrid, 1967.
- FRANCISCO HERRERA JARAMILLO. *El Derecho a la Vida y el Aborto*, EUNSA, Pamplona, 1994.
- FRANCISCO JAVIER ELIZARI BASTERRA. *Bioética*, San Pablo, Madrid, 1994.
- FRANCISCO FAUS. *A Língua*, Quadrante, São Paulo, 1994.
- GERMAIN GRISEZ, *El Aborto – Mitos, Realidades y Argumentos*, trad. espanhola, Sígueme, Madrid, 1991.
- HANS-HEINRICH JESCHECK. *Tratado de Derecho Penal*, trad. espanhola, Bosch, Barcelona, 1981.
- HANS WELZEL. *Derecho Penal Alemán*, trad. chilena, Jurídica de Chile, Santiago, 1993.
- HELENO CLÁUDIO FRAGOSO. *Lições de Direito Penal*, Forense, Rio de Janeiro, 1995.
- J. B. DE OLIVEIRA E COSTA JÚNIOR. “Por que, ainda, o aborto terapêutico?”, in *Revista da Faculdade de Direito*, USP, São Paulo, 1965, Vol. IX.
- J. C. WILLKE e WILLKE. *Le Livre Rouge de l'Avortement*, trad. francesa, France Empire, Paris, 1973.
- JACQUES LECLERCQ. *Leçons de Droit Naturel – Les Droits et Devoirs Individuels*, Maison d'Éditions e Société d'Études Morales, Namur – Louvain, 1955.
- JEAN ARNOLD DE CLERMONT. “La perception des risques biotechnologiques – Le point de vue protestant”, in *Bioéthique et Droit*, vários autores, estudos reunidos por Raphaël Draï e Michèle Harichaux, PUF, Paris, 1988.
- JEAN BERNARD. *Espoirs et Sagesse de la Médecine*, Odile Jacob, Paris, 1993; *La Bioéthique*, Flammarion, Paris, 1994.
- JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO. “Direito e bioética”, in *Direito da Saúde e Bioética*, vários autores, Lex, Lisboa, 1991.
- JÚLIO FABBRINI MIRABETE. *Manual de Direito Penal*, Atlas, São Paulo, 1994.
- MARCELLINUS ZALBA. *Theologiae Moralis Compendium*, BAC, Madrid, 1958.
- MARÍA DEL CARMEN FERNÁNDEZ DE LA CIGOÑA CANTERO. “Bioética y tenocracia”, in *Verbo*, Madrid, 1993, ns. 315-316.
- MÁRIO BIGOTTE CHORÃO. *Temas Fundamentais de Direito*, Almedina, Coimbra, 1986.
- NELSON HUNGRIA. *Comentários ao Código Penal*, Forense, Rio de Janeiro, 1979.
- OLIVIER DE DINECHIN. “La perception des risques biotechnologiques – Le point de vue de l'Église catholique”, in *Bioéthique et droit*, vários autores, estudos reunidos por Raphaël Draï e Michèle Harichaux, PUF, Paris, 1988.
- PAULO FERREIRA DA CUNHA. *Pensar o Direito*, Almedina, Coimbra, 1991.

- PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR. *Comentários ao Código Penal*, Saraiva, São Paulo, 1989.
- RAIMUNDO PANIKER. *Ontonomía de la Ciencia*, Gredos, Madrid, 1961.
- REINHART MAURACH. *Derecho Penal - Parte general*, trad. argentina, Astrea, Buenos Aires, 1994.
- ROBERT DEBRÉ. *Venir al Mundo*, trad. espanhola, EMESA, Madrid, 1978.
- RODRIGUEZ DEVESA. *Derecho Penal Español*, Dykinson, Madrid, 1994.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*, BAC, Madrid.
- SEBASTIÁN SOLER. *Derecho Penal Argentino*, TEA, Buenos Aires, 1987.
- VICENTE CELSO DA ROCHA GUASTINI. Na obra coletiva de Alberto Silva Franco e outros; *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, RT, São Paulo, 1995.
- VLADIMIRO LAMSDORFF-GALAGANE. *Teoría del Derecho*, PPU, Barcelona, 1989.
- WALTER MAFFEI. *Os Fundamentos da Medicina*, Artes Médicas, São Paulo, 1978.
- WALTER MORAES. "O Problema da Autorização Judicial para o Aborto", in *RJTJSP*, Lex, São Paulo, v. 99.