

CONFERÊNCIA

A FARSA DO ABORTO LEGAL.

ESPAÇO CULTURAL DA CÂMARA DO DEPUTADOS

BRASÍLIA, DF, EM 24/09/97 ÀS 9:30 HORAS

AUTOR: PAULO DE TARSO MACHADO BRANDÃO

INTRODUÇÃO

Excelentíssimo Senhor Deputado Federal que preside os trabalhos, Excelentíssimos Senhores Deputados, demais autoridades, minhas senhoras, meus senhores.

Inicialmente, não poderia deixar de registrar o meu agradecimento ao Exmo. Sr. Deputado Severino Cavalcante pela oportunidade que muito me honra de falar para platéia tão excelsa, platéia que decide os rumos do meu país e, como conseqüência, dos meus filhos e de todos os brasileiros.

Passando ao tema, ou seja, ao Projeto de Lei n.º 20-A/91, pelo qual se pretende que a Rede Pública de Saúde SUS venha a praticar o aborto nos casos de estupro e de perigo de vida da gestante, dizem os defensores do projeto que se está apenas a regulamentar o art. 128 do Código Penal, conduta já aprovada, segundo afirmam, desde a década de 40.

A EXEGESE DO ART. 128 DO CP

Logo, a questão se prende no art. 128 já referido. Diz este artigo que, in verbis:

"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".

Logo, excelências, não precisa ser um jurista para, lendo a lei, se verificar que a mesma diz apenas **"não se pune"**.

Aliás, o Código Penal é muito cioso de seus termos, em obediência ao princípio da reserva legal ou da tipicidade, pois a lei é exigível dos doutos e dos menos favorecidos. Para todos a lei é obrigatória, razão do Código sempre procurar a simplicidade dos seus termos. Assim, quando diz "não se pune" é diferente de dizer "não é crime".

Alguém, poderia questionar se não seria a mesma coisa, ou seja, que pelo fato do código não apenar a conduta, ipso facto, estaria afastando o crime. Ou seja, pode haver crime sem pena?

A resposta surge facilmente mediante uma interpretação sistemática do Código Penal.

Fazendo-se uma análise nos seus artigos, o Código quando afasta o crime, utiliza via de regra expressões como: "não há crime" ou "salvo" para excepcionar a conduta.

Exemplifica-se com o art. 23, que dispõe, in verbis:

"Não há crime quando o agente pratica o fato:
I - em estado de necessidade;
II - em legítima defesa;
III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito" (grifou-se).

E, ainda, exemplifica-se com o art. 137, ad litteram:

"Participar de rixa, **salvo** para separar os contendores" (grifou-se).

Também é interessante o art. 181 para esclarecer, pois o mesmo diz que, in verbis:

"É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:

I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;

II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural".

Notem, excelências, que diz a lei é isento de pena quem comete qualquer dos crimes aqui previstos, ou seja, há o crime, mas não há a pena.

Outros exemplos poderiam ser citados, como o do §5º do art. 121, pelo qual se um pai vem a matar seu filho, por exemplo com disparo acidental de arma de fogo, via de regra também não se aplica a pena.

Logo, dentro da sistemática do Código Penal, quando ocorre uma isenção de pena, estamos diante do perdão legislativo, ou seja, o legislador por razões de política criminal, afasta a punibilidade, o que se chama em direito, escusa absolutória ou extinção de punibilidade.

Mas não é só. A própria Constituição, no inc. X do art. 7º, impõe, ipsis verbis:

"proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa".

Ou seja, é a própria Constituição que indica um crime, sem fazer previsão da pena. Será que por não existir a pena a mora salarial fica

permitida? É lógico que não, pois feriria a Carta Magna.

Transcrevo o magistério de S. Exa., Presidente desta Casa, o deputado **MICHEL TEMER**, sobre as normas constitucionais ditas de eficácia contida e de eficácia limitada. Aduz que há a eficácia jurídica, impedindo que "se edite normas em sentido oposto" (p. 28, Elementos de Direito Constitucional, 8ª Edição).

Assim, o direito penal, ramo do direito que tem por função tutelar bens jurídicos importantes para a sociedade, o pode fazer seja impondo a pena, seja qualificando uma conduta como crime, o que impede que por normas inferiores, tal bem jurídico venha a ser atacado.

É exatamente o caso em estudo. Ao qualificar o aborto em caso de estupro e em caso de perigo de vida da gestante como crime, impede que o particular ou mesmo o executivo venha a praticar tal conduta, pois sobre ela está a afronta a um bem jurídico tutelado, protegido pelo Direito Penal.

Assim, na sistemática atual, havendo uma ordem para o abortamento na rede pública, os médicos não podem cumpri-la por manifestamente ilegal, incidindo responsabilidade penal (art. 286 do CP c/c art. 3º, j, L.4898/65) e administrativa (art. 6º, L.4898/65 e art. 117, XVII, RJU) sobre o autor da ordem.

Não se pode olvidar que constitui o crime um fato típico – conduta descrita como crime na lei penal – e antijurídico, ou seja, contrário ao direito. A falta de punição não modifica em nada o caráter delituoso do fato, não podendo o Estado patrocinar o crime, inclusive com o dinheiro dos impostos. Seria um absurdo.

OUTROS EXEMPLOS DE CONDUTAS CRIMINOSAS NÃO PUNIDAS

Para o melhor entendimento de V. Exas., apresentam-se casos semelhantes de extinção de punibilidade, onde fica manifesto o caráter delituoso da conduta.

Inicialmente quando o criminoso em caso de estupro vem a casar-se com a vítima, a lei afasta a pena. Contudo, embora sem aplicação da pena, por persistir o caráter delituoso do fato, não pode o Estado manter hotéis com o dinheiro público, com a finalidade de permitir aos noivos estuprarem suas noivas em locais apropriados, pois os estupros, via de regra, ocorrem em locais ermos e sujos.

Outro exemplo, seria o furto praticado por filho contra seu pai (art. 181, II). Também, não pode o Estado patrocinar meios para que um filho furte o seu pai.

Mais um exemplo, seria o do pai que auxilia o seu filho homicida a se subtrair da ação da autoridade policial. Ninguém pensa em aplaudir tal conduta.

O DESPROPÓSITO DO PL-20-A/91

Assim, com tais exemplos fica patente que permanece o caráter delituoso, ainda que não haja a aplicação da pena. São razões pessoais, que por política criminal, o legislador afastou a aplicação da pena. Logo, não se pode falar em aborto lícito, seja por que razão for.

Esta é a sistemática atual. Se convertido em lei o Projeto n.º 20-A/91, tudo muda de figura. É uma barbaridade jurídica afirmar que se trata apenas de regulamentar algo já permitido.

É que o projeto de lei 20-A/91 transforma o crime em conduta desejada pelo Estado. Vejam V. Exas. como passa a haver uma mudança radical. Antes, crime; depois obrigação do Estado, através de sua rede pública, de praticar a conduta antes incriminada. Dizer que não há mudanças, que tudo permanecerá como antes, é fechar os olhos para as evidências.

E ainda, excelências, convertida em lei o projeto, a conduta antes incriminada não passa a ser apenas desejada, mas preferida. Ou seja, se houver num hospital público um paciente com câncer internado para uma cirurgia, por exemplo, o diretor, cumprindo a lei, o desalojará do seu leito para dar lugar ao abortamento.

Não pensem, excelências, que há exagero no que eu digo. Como é notório não há leitos suficientes nos hospitais. Havendo carência, a hipótese antes levantada pode ocorrer, pois para o paciente com câncer não há o privilegio que o PL-A20/91 dá ao aborto.

Outro aspecto jurídico importante destacar, é que para as adolescentes menores de 14 anos, havendo gravidez, o estupro é presumido. Assim, tal projeto de lei descriminaliza o aborto para todas as grávidas menores de 14 anos (art. 224, "a"). Para as demais, na prática também ocorre a descriminalização, pois bastam dois atestados médicos ou peças de investigação do estupro, pasmem, investigação do estupro, para que a rede pública seja obrigada a praticar em sete dias o aborto. Excelências, permitam trazer minha experiência de magistrado. Em todas as profissões há uma minoria de maus profissionais. É muito fácil conseguir atestados falsos.

LEGÍTIMA DEFESA OU ESTADO DE NECESSIDADE

Também não seria o caso de legítima defesa ou de estado de necessidade. A legítima defesa sempre exige injusta agressão (art. 25) o que é impossível de ser praticada pela criança dentro do útero.

Já o estado de necessidade exige o perigo atual que não pode ser afastado por outro meio (art. 24). No caso de estupro não existe o perigo real e atual contrário ao direito de vida da mãe e no caso de perigo de vida, este pode ser afastado por outros mecanismos ofertados pela Medicina. Aliás tal aspecto é objeto de outras conferências, razão pela qual não preciso me alongar.

Apenas gostaria de aproveitar o gancho para dizer que exige o inc. I do art. 128 o se **"não há outro meio para salvar a vida da gestante"**. Não diz a lei que este meio deve estar disponível no local onde está a gestante, mas tão somente que tal meio exista. Cumpre, assim, ao Estado nesses casos, em obediência ao querer da lei, não patrocinar o aborto, mas proporcionar este meio capaz de salvar a vida da criança e de sua mãe. É o que todos esperamos do Estado, a proteção da vida, proteção ao bem jurídico mais importante, pois sem ele nenhum outro tem sentido. Como defender os demais direitos humanos, se não se defende a vida?

À FARSA DO ABORTO LEGAL

Agora fica a questão: **vejam como é enorme a farsa do aborto legal**. Sabem que estão mudando substancialmente a lei. Então, por que não dizem a verdade? Por que não assumem que são contra a vida? Por que não dizem preferir seus interesses ao da vida não nascida? Não! Como estratégia de covardes preferem se esconder por traz de um

subterfúgio jurídico, que não se sustenta sob o mais elementar contraditório.

A INCONSTITUCIONALIDADE

E não é só excelências. Se nada fosse assim, ainda tal projeto de lei estaria viciado de inconstitucionalidade. Nossa lei maior como garantia individual não sujeita a emenda constitucional, pois protegida pela cláusula pétrea, diz no caput de seu art. 5º que, in verbis:

"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".

Assim, está constitucionalmente assegurado, sem qualquer restrição, o direito à vida e à igualdade de todos perante a lei. Não diz que protege a vida extra-uterina, mas a vida. Diz que **sem distinção de qualquer natureza, todos são iguais perante a lei**. Logo, o projeto de lei em questão fere a constituição em dois princípios fundamentais. Não respeita a vida humana do nascituro e o discrimina perante os seus iguais, somente pela razão de não ter nascido. Será que os nascidos são mais humanos do que os não nascidos? Será que ainda existe alguém que diga não haver vida intra-uterina? Lógico que não! E se há vida esta vida é humana, pois pais humanos só podem gerar serem humanos.

Mais, trata-se de um ser humano indefeso razão maior da tutela constitucional.

Permitam-me trazer à colação o dizer de médicos, onde em livro laureado pela Academia Nacional de Medicina, registram, *in verbis*:

"É fato cientificamente comprovado e amplamente difundido que o ciclo de uma nova vida humana tem início com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, ocasião em que estabelece todo o potencial genético do novo ser e tem início o seu desenvolvimento progressivo e ininterrupto até a morte" (28).

Aproveita-se o próprio texto transcrito para registrar que não existe vida em formação. Ou há vida ou não há vida. Em formação corporal está qualquer ser humano até a puberdade, mas não seria correto afirmar que até a puberdade há vida em formação.

A PERMANÊNCIA DA ILICITUDE

Assim, do ponto de vista jurídico, o aborto legal não existe e continuará a não existir mesmo se aprovado o PL20-A/91. Contudo, neste caso, na prática, o aborto estará aprovado no Brasil, ainda que ferindo a Constituição.

REPETIÇÃO DE CONCEITOS CHAVES

Peço vênua a V. Exas. para repetir o que julgo fundamental. O Código Penal mediante sua leitura não deixa dúvidas de que apenas não pune a conduta do aborto em caso de estupro e em caso de perigo de vida da gestante. Não afasta a ilicitude da conduta, permanecendo com a proteção da vida humana inocente intra-uterina. Condutas para as quais há isenção de pena são, por exemplo, o casamento do criminoso com a vítima em caso de estupro, filho que furta pai, pai que sem querer mata o filho ou, ainda, o pai que auxilia

seu filho homicida a fugir da polícia. Ninguém seria tão insano de dizer que deve o Estado patrocinar tais condutas. Como podem então querer que o Estado patrocine o aborto? Será que é porque a vida intra-uterina não está a vista deles? Será que mais importante do que a vida humana é a vida estar aparente, visível? Não! A vida humana deve ser defendida seja em que situação estiver. A ninguém é dado o direito de matar seu semelhante inocente.

CONCLUSÃO

Concluo, afirmando que este projeto de lei modifica sobremaneira o ordenamento infra-constitucional pois descriminaliza uma conduta criminosa, passando a privilegiá-la como a mais desejada pelo Estado, pois será a única internação hospitalar obrigatória no prazo de sete dias.

----- x -----