

ABORTO, PÓS-MODERNIDADE E PARADOXO

Joe Tennyson Velo*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O problema axiológico. 3. O problema ontológico. 4. O paradoxo. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas

RESUMO: Existe um sério paradoxo na proteção da vida humana através da legislação penal: aquela que é vítima de aborto tem valor e significado diverso daquela que é vítima de homicídio. A razão histórica disto tem a ver com a importância atribuída à liberdade após a consagração política dos ideais iluministas. Entretanto, perante o valor vida, a liberdade tem o *status* de mero interesse. O aborto continua sendo um dos maiores desafios éticos e jurídicos da modernidade.

ABSTRACT: There's a serious paradox in the protection of the human life through the criminal law: the life that is victim of abortion has a different value and meaning of the life from the one which is victim of homicide. The historical reason of this is related to the importance attributed to the freedom after the political consecration of the illuminist ideals. However, before the value life, the freedom has the status of mere interest. Abortion continues to be one of the biggest ethical and juridical challenges of the modernity.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto. Iluminismo. Liberdade. Valor. Ética.

KEY-WORDS: Abortion. Illuminism. Freedom. Value. Ethics.

* Prof. de Direito Penal e de Criminologia no Curso de Pós-Graduação da UNIPAR-Umuarama

Doutorando na área Criminal e Procurador do Estado do Paraná

| | | | | |
|--------------------|-----------|-----|-----|----------------|
| Este Artigo: 43-69 | Toledo-PR | v.3 | n.1 | Jan./jun.,2000 |
|--------------------|-----------|-----|-----|----------------|

1. Introdução

Em tempos modernos, a maioria das principais legislações de feição continental européia, dentre as quais as latino-americanas, dados os vínculos culturais, religiosos e até políticos dos países da América do Sul com os da Europa, tem disciplinado o abortamento no âmbito da ilicitude criminal. Em que pesem as opiniões acerca desse fato serem pouco uniformes e de tempos em tempos aparecerem críticas advindas da Igreja de um lado e de facções feministas por outro sobre o tratamento legislativo mais conveniente a ser dispensado ao tema, o que se observa é uma certa linearidade do pensamento político legislativo no sentido de que proceder a aborto, mesmo com o consentimento da gestante, implica ofensa a valores dignos de consideração criminal. No entanto, é sempre preocupante quando alguns critérios são colocados com radicalismo, pois em tais situações o que se vê são poucos cuidados com a amplitude do problema e irrefletida intenção de polarizar os sentimentos, segundo interesses mais ou menos egoístas. A impressão que se tem é de que há uma defesa de valores fundamentais, mas apenas aparente, pois na realidade o que se sustenta são interesses. Por outro lado, o feminismo (se é que ele realmente existe)¹ e o clero, neste assunto extremos entre si, divulgam pontos de vista que autorizam a imaginar o quanto desconfortável é, também para eles, firmar conclusão sobre o aborto. Mas, as aparências são tão verdadeiras quanto aquilo que está por trás delas. Uma verdade – filosófica ou psicológica – somente é autêntica quando seu oposto também é verdadeiro (Jung). Assim, a defesa radical da liberdade da mulher ou da vida futura da criatura concebida supostamente conservam um oposto igualmente radical. Não se quer usar este espaço para investigações em torno da personalidade oculta,

¹ Segundo escreve Danielle Ardaillon com base em Jürgen Habermas, desde o seu nascimento no Brasil (por volta de 1972) o movimento feminista tenta promover “maneiras novas de olhar mundo”, notadamente através da conscientização das mulheres a respeito da ordem hierarquizada na qual estão vivendo, e forçando o Estado a diminuir as desigualdades de tratamentos jurídicos entre elas e os homens (“*A insustentável ilicitude do aborto*”, “in” Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, 1998, 22:201).

supostamente existente no clero ou nas feministas. Importa o dito de que os seres humanos são paradoxais e a inicial observação de que o Direito Criminal, como não poderia ser diferente, também o é. Tal ambiência pode ser percebida no Código Penal Brasileiro quando, ao mesmo tempo em que tipifica o aborto consentido, comina para ele pena de pouca expressão se comparada a de outros crimes cujo bem jurídico protegido também é a vida.

É importante também dizer ser muito problemático para o sexo masculino enfrentar com razoável margem de segurança este assunto. É desconfortável para o homem avaliar em que consiste e significa enfrentar uma gestação ou, fazer um aborto. O homem quase não pode reconhecer qualquer tipo de sensação ou intuição relacionada, na forma e no conteúdo, ao processo de gestação, pois esse processo é genuinamente feminino e um dos fundamentos existenciais que caracterizam a mulher. Fazer reflexão ou sistematizar valores e idéias sobre o que significa fazer um aborto ou necessitar dele para o homem é pouco ou raramente autêntico e bastante imaginativo. Este aspecto nem sempre se manifesta imediatamente ou é contestado porque, como jurista, o objetivo da atividade é exatamente o de valorar. Embora, simbolicamente falando, os homens também abortem quando menosprezam relacionamentos, amizades, oportunidades e afetos, deve ficar agora declarado que tudo o que será escrito poderá ser apenas parcialmente confiável, pois a condição humana existente não autoriza um sopro de legitimidade. Outrossim, outra vez no espaço imaginativo, é preciso dizer que abortar com vontade um embrião ou um feto é muito mais do que extrair algo de si mesmo; é recusar afetos que estiveram inconscientes. O aborto voluntário é algo contundente, direcionado e impaciente, atitude mais típica da personalidade masculina. Enquanto a mulher que aborta age contra várias situações indesejadas (conscientes e inconscientes), recusando uma novidade que poderá implicar transformação, aquela que tem muitos filhos, sem perceber, poderá estar buscando a todo custo transformar sua vida. É neste ir e vir de energias psíquicas que o jurista tem de firmar normas. Por trás de tudo e para disfarçar o que não se quer ver, são manipulados valores importantíssimos como liberdade e vida.

Nos limites da credibilidade, o que suscita inquietação é a maneira pela qual o aborto vem sendo tratado como crime, principalmente se comparado com o homicídio. A postura jurídica

diante esses dois delitos tem sido um tanto diferente, ou melhor, paradoxal, se se tem em mente o valor que se quer dignificar. Quando o problema é colocado a partir disso, pertine a análise de dois direitos fundamentais, bem como do jogo e dos princípios que orientam o conflito que se estabelece entre eles, quais sejam, o valor vida e o valor liberdade. A real dimensão de cada um estrutura o alcance do juízo de valor sobre o abortamento. Em termos filosóficos e históricos, o tratamento jurídico penal do aborto tem sido resultado do enfrentamento do conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade; mas terá mesmo a liberdade um verdadeiro status de valor quando o assunto é o aborto? Daqui para frente o enfoque que se pretende desenvolver deverá se situar nos limites desta inquietação. Observar o crime de aborto de um ponto de vista o mais objetivo ou jurídico possível, ainda que seja quase inevitável não permitir a interferência dos sentimentos.

2. O Problema axiológico

A bem dizer, o Direito Criminal continental europeu existe a partir da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aprovada pela Assembléia Geral Revolucionária, em 26 de agosto de 1789 e que teve, desde logo, grande repercussão fora da França. É certo que Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, seguindo influência de iluministas que viviam em Milano, já em 1764 (*“Dei delitti e delle pene”*) havia realizado o primeiro passo, no campo das letras criminais, que desafiou o pensamento político anterior mas, como esclarece Bobbio, com a Revolução, *iniciara-se uma nova época na história, com uma explícita referência à Declaração, cuja finalidade era, a seu ver, a meta inteiramente política de firmar os direitos naturais, o principal dos quais é a liberdade, seguido da igualdade diante da lei, enquanto uma sua ulterior determinação*². Antes disso, os principais valores humanos foram juridicamente tratados a partir de princípios religiosos e que ainda estiveram casuisticamente estabelecidos conforme as pretensões políticas impostas, uma vez que o princípio da legalidade não era referencial e

² Norberto Bobbio, “in” *“A era dos direitos”*, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 87.

a frequência espiritual compactuava com o organicismo. É no século XVIII que a filosofia penal adquire maior evolução, viabilizando, com o tempo, a passagem adequada de hipóteses racionais para a análise da sociedade real.

Com a convenção acerca do estado de natureza – enquanto estado pré-estatal – e, num segundo momento, na época que vai da Revolução Inglesa à Norte-Americana e, finalmente, à Francesa, houve a demanda de liberdades civis contra toda forma de despotismo³. Para a Filosofia dos iluministas, o estado de natureza serviu como ficção doutrinária para justificar, como direitos inerentes à própria natureza do homem, exigências de liberdade dos que lutavam contra o despotismo das Igrejas e contra o autoritarismo dos governantes. Ora, sendo dessa ordem a preocupação filosófica e política, afeiçoadas sob a rubrica histórica do Liberalismo, o direito à liberdade adquiriu condição privilegiada e foi idolatrado dentre aqueles ditos “direitos fundamentais de primeira geração”; nasce em ambiente jusnaturalista como superpoder contra o que existia antes e paralelamente ao princípio do tratamento igual. Além de serem reconhecidos livres, os homens merecem tratamento igual, vale dizer, nenhum indivíduo pode exercer a sua liberdade em detrimento da liberdade do outro. É essa mesma igualdade que aparece no artigo 1º da Carta editada pela Organização das Nações Unidas, aprovada por sua Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1948, onde todos os homens nascem iguais em liberdade e direitos; não é justa qualquer distinção por razões de cor, sexo, língua, religião, opinião política, ou outra consideração, como ainda enfatiza o artigo 2º, I, da Declaração⁴.

O homem natural tem um direito supremo, original e fonte dos outros direitos: a liberdade, entendida como independência em face de todo constrangimento imposto pela vontade do outro, mesmo do Poder Público, já que todos os demais direitos, inclusive o direito à

³ Precedente da Declaração de Direitos francesa foi a tradição constitucional britânica, a própria Magna Carta de 1215 (indireto) e as Declarações Americanas a partir de 1776 (diretos). A Declaração de 1789 não foi a primeira que versou sobre direitos fundamentais, pois historicamente a idéia das cartas constitucionais pertence aos Estados Unidos da América e, antes, à Inglaterra, mas foi a mais famosa (cf. Manoel Gonçalves Pereira Filho *et alli*, “*Liberdades públicas*”, São Paulo: Saraiva, 1978, p. 39).

⁴ Norberto Bobbio, *ob. cit.*, p. 70.

igualdade, estão compreendidos nele. O Direito Criminal, alternando a mentalidade de antes, passa a ser compreendido como um conjunto de regras e princípios válidos para garantir a liberdade contra qualquer espécie de opressão injusta. É ele que garante o direito de ir e vir em todas as situações onde o Estado não está, positivamente, autorizado a privar o cidadão. O caráter essencialmente garantista atribuído ao Direito Criminal é fundamentalmente conseguido através da reserva legal.

Neste sentido, nem todas as eras e culturas foram tão entusiásticas em relação à importância da liberdade quanto a pós-revolução. Finalmente, houve a coragem de reclamar como o mais importante de todos os bens humanos. A impressão sentida é de que a ênfase sobre a liberdade inerente ao ser humano teve conseqüências específicas que se estenderam ao longo da História Ocidental ao ficarem profundamente gravadas no senso comum, dado o rigoroso prestígio e extraordinário encanto dispensado à capacidade racional do homem e sua disposição à liberdade em relação a qualquer espécie de ordem. Veja-se que com a superação do pensamento medieval e a generalizada e rápida laicização da filosofia, nasce uma cosmovisão antropocêntrica. Como bem asseverou L. Cabral de Moncada, o século XVIII se caracteriza como a *época em que se produz uma das maiores hipertrofias que se conhecem das faculdades racionais do homem, da Razão, em detrimento das restantes forças e faculdades do espírito humano, e essa hipertrofia afirma-se e cresce, não só no campo científico-natural, fecundado pelas matemáticas, como no das ciências morais, políticas e jurídicas*⁵.

Ao que parece esse foco cultural do passado, onde o homem é o poderoso criador de todas as regras, sempre pensadas segundo interesses que privilegiem o bem comum, ainda influencia o presente de várias maneiras. Por exemplo, a dificuldade até hoje sentida em alguns setores da intelectualidade em reconhecer a humanidade do nascituro é algo notável. Aqui se imagina a influência de um fantasma. Rousseau escrevera, no início do “*Contrato Social*”: *o homem nasceu livre* (...). A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. 1º repete a fórmula *todos os seres humanos*

⁵ “*Filosofia do direito e do estado*”, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 197-9.

nascem livres e iguais em dignidade e direitos, e não dispensa um único dispositivo ao nascituro. Não considerou todos os homens são livres, mas acentuou que eles nascem livres. A Declaração é de direitos universais *do homem que se fez homem*. À época de Rousseau, a intenção era não dar mais ouvidos à religião e a filosofia racionalista (ainda que, por influência de Rousseau, com pitadas de certo romantismo) que congregou os principais articuladores do pensamento jurídico no início da modernidade, não conseguiu inspiração suficiente para recuperar a dignidade de pessoa humana inerente ao nascituro. Ele teria sido esquecido? Talvez não exatamente. Sabia-se pouco sobre ele? É categórico dizer que, na dúvida, foi conveniente menosprezá-lo. Nas declarações de direitos a partir das Grandes Revoluções que caracterizaram o início da modernidade, ficaram bastante claros os direitos fundamentais da humanidade. Entretanto, em que pese a evolução no reconhecimento desses direitos, foi negligenciado o conceito do titular deles. O entendimento deixado é de que em relação ao nascituro sua natureza é incompatível com o caráter fundamental e universal de direitos. Basta examinar as Cartas que se sucederam no âmbito internacional nestes últimos quarenta anos, para perceber esse aspecto: em 1952, apareceu a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher; em 1959, a Declaração da Criança; em 1971, a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental; em 1975, a Declaração dos Direitos dos Deficientes Físicos; em 1982, em Viena, a primeira Assembléia Mundial dos direitos dos anciãos⁶. Onde está a declaração dos direitos do nascituro? Se os direitos são do *homem* e nascituro *ainda não é homem*, não se justificou, pelo menos por enquanto, uma carta de direitos do nível das anteriores em relação à vida que antecede ao parto.

Houve relevante dose de estratégia neste assunto. Com efeito, a legislação criminal de muitos países de influência econômica e cultural no contexto internacional optou por não tipificar o auto-aborto, preferindo privilegiar a liberdade da mulher em não desenvolver gestação⁷ e esteve muito à vontade para assim agir, haja

⁶ Cf. Norberto Bobbio, ob. cit., p. 69.

⁷ Em alguns Países orientais, como o Japão, a China e a Índia, o aborto é importante estratégia política e até mesmo obrigatório em certos casos, mas não porque se tem em conta os interesses da mulher, mas sim razões de controle populacional.

visto o descomprometimento histórico existente quanto aos direitos do nascituro e o extraordinário valor atribuído à liberdade. Um direito natural existe a partir de sua conscientização e o reconhecimento de vida humana logo a partir da concepção sempre foi um desafio científico, jurídico e filosófico deixado em segundo plano.

A ambiência ainda esteve comprometida com outros lances. O Prof. argentino Carlos Massini Correas comenta as seguintes características da filosofia moderna⁸, cujas implicações também exerceram efeitos na condução do pensamento criminal. Duas delas destacam-se: a) *perda da noção teleológica de natureza*: no início, a influência das novas descobertas no campo das ciências naturais, ao invés de contribuir para uma melhor compreensão do dinamismo da natureza, talvez até em razão do próprio estágio tecnológico vivido, acabou acentuando a opinião de que a vida não passa de matéria objetivável, mensurável e quantificável de que o homem, com o tempo e se tiver paciência, é plenamente capaz de alterar, controlar e produzir, tudo segundo suas necessidades aparentes (interesses). Surgiram as idéias de “controle” e “interesse” em detrimento da teleologia natural. Escreve Carlos Correas *que uno de estos equivalentes es la doctrina de los dos mundos en sus distintas formas: reino de las causas y reino de los fines, ser y deber, hechos y valores. Hechos desprovistos de valor y reino de valores opuesto a estos hechos es el producto de la desintegración de la entelequia (na natureza en cuanto fin) presente*⁹; b) *aparecimento da concepção moderna de sujeito*: para esse novo sujeito “conhecer é poder” (Bacon), o que o faz se dedicar a uma ciência quase que desprovida de alma, suficiente que o faça dono e senhor da natureza. Todo o existente cobra sentido com referência ao sujeito e aos conteúdos de eticidade. O homem, através da razão, é quem, com exclusividade e objetivamente, faz a história, deixando de contemplar a natureza e seu curso. Ele interpreta a natureza com maior coragem, podendo, inclusive, conformá-la para uma melhor vivência entre as pessoas. Como consequência disso tudo, entra em crise a noção clássica de “lei natural”, que é substituída pela capacidade do obrar humano em

⁸ “La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno”, “in” Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Milano: Giuffrè Editore, apr-giu., 1997, p. 235 e segs.

⁹ Loc. cit. p. 636.

descobrir e organizar (por que não fazer?) as leis fundamentais. Há a primazia da consciência enquanto o pensamento moderno se emancipa de toda sujeição possível, y *el Derecho Natural Moderno centrará sus esfuerzos en la mera construcción racional de un completo y metódicamente riguroso sistema jurídico*, conclui Massini Correas¹⁰. Em suma, a noção clássica de direitos naturais foi manipulada com postura racionalista. Principalmente por influência do pensamento de David Hume, para quem as noções de justiça e direito são meramente artificiais, o verdadeiro direito é aquele construído a partir de postulados racionais capazes de conjugarem quais são as reais necessidades sociais. Tudo era possível compreender, construir, sistematizar. Ocorreu uma miticização da ação (Bettiol), tendo o homem sido considerado uma espécie de “demiurgo”, chamado a transformar o mundo para, através dele exclusivamente, imprimir-lhe uma direção que compactua com os interesses sociais imediatos.

Esta atitude foi característica e precedeu o constitucionalismo do século XX e as principais codificações. Contribuiu, ademais, para a exaltação do sujeito dotado de personalidade, que figurou como elemento central na moderna noção de direitos humanos. O ponto de chegada do pensamento moderno, que foi germinado após as grandes revoluções no fim do século XVIII, está, portanto, vinculado à filosofia da consciência e à teoria do sujeito racional e capaz de viver (Blandine Barret-Kriegel)¹¹. Nessa frequência, o nascituro não tem poder algum diante o homem que já nasceu e sua capacidade e liberdade de controlar o mundo.

O anseio pôde levar a um tipo caricato de reação. Ainda que tardia, no final do século XIX e entrando pelo século XX e filha do pós-estruturalismo francês, apareceu a chamada crítica pós-moderna (Marx, Nietzsche, Freud e Heidegger), cuja desenvoltura, no mundo jurídico, assumiu um combate à concepção moderna do direito e da eticidade em geral, principalmente no que diz respeito à legitimidade das sistematizações e construções axiológicas capitaneadas pela modernidade, com o argumento de que as grandes construções em verdade significam alienação em relação à realidade. Em tal contexto, o Direito, principal produto da ética racional, é visto como

¹⁰ Idem, p. 638.

¹¹ “*Les droits de l’homme et le droit naturel*”, Paris: PUF, 1989, “apud”, Carlos M. Correas, loc cit p. 639.

instrumento de dominação, artifício de linguagem usado para disfarçar a tendência de opressão política e cultural. Daí porque Foucault propõe um trabalho de arqueologia (do saber), único caminho eficaz para o descobrimento das raízes das técnicas e dos valores do sistema jurídico que prendem grande parte da humanidade a um passado identificado pelo oportunismo e pela ilusão. O pós-modernismo é, assim, sobretudo marcado pelo nihilismo.

O problema é que a manifestação pós-moderna representa um pólo muito extremo em relação aos avanços e exageros do modernismo, na medida em que sua desfaçatez rompe o contexto de valores tidos como indispensáveis, porque fundamentais para a convivência, o que lhe retira algumas qualidades importantes. A perda da noção de sujeito, da forma como colocada, compromete sua história, implicando o risco de se perder também, no campo jurídico, a noção de direitos humanos ou mesmo a noção do próprio Direito. Ainda que a fundamentação jurídica clássica tenha atingido alguma performance de dominação, o jocoso desprezo pelos fundamentos das realidades jurídicas não satisfaz as exigências mínimas do homem e sua convivência social. A pós-modernidade, se radical em seu discurso, pode propiciar um vazio ético de real contraprodução. A ausência de um referencial ético pode viabilizar investidas científicas de duvidosa qualidade, onde o nascituro em particular, dadas as incertezas que ainda possam haver quanto ao seu caráter humano, torna-se alvo de investidas de várias ordens. Enfim, há um sério risco de, em nome do não aceitar qualquer verdade, desprestigiar-se a obstinação com que o cientista deve lutar pela verdade em sua ciência, isto é, deixar o investigador de agir com veracidade (Arthur Barthelme) e toda ética ir para os ares, além de os aspectos humanos ficarem vulneráveis à precipitação crítica. Com esse andar, uma tentativa de equilíbrio talvez seja a proposta *neoiluminista* ou de *tardo-modernidade* (Habermas)¹². Através dela seria possível desenvolver um retorno à tradição moderna, com o resgate das noções de sujeito moral, de certos princípios de justiça e de uma fundamentação racional-constructiva desses princípios. É pressuposta a recuperação de certas verdades que são os referenciais reflexivos norteadores da ética, mas sem pretender declarar obstinadamente e

¹² No campo criminal pode-se citar a proposta do *modelo garantista* de Ferrajoli.

sem um contínuo investigar, qual filosofia traduz a verdade “verdadeira”. A filosofia também pressupõe ajustes, tanto de ordem reflexiva, quanto científica. Não é mais possível fazer reflexão sem experiência. Qualquer verdade que se queira firmar, pressupõe, em algum momento, experimentações, sensíveis e espirituais, de realidades humanas, sempre com a ajuda da tradição jusnaturalista, desta vez com atenção aos problemas sociais, não dependentes de uma pretensão sistêmica rigorosa, porém universalista e em grau menor. O que se deve tentar fazer é um ajuste entre as idéias e a realidade. Nesta ocasião, a atração frenética pela liberdade receberá novos contornos e a capacidade de se vislumbrar outros direitos será ampliada.

Mas o que é a liberdade? Não se pode confundi-la com o “livre-arbítrio”. Este é função psicológica ou atributo espiritual, enquanto a liberdade é *status* sócio-existencial. Há uma crença de que quanto mais livre for o indivíduo, mais apto estará para realizar o bem comum e progredir moralmente. A afirmação não tem se mostrado verdadeira. Garantir a liberdade muitas vezes oferece ensejo para atrocidades e falsos juízos. A fórmula kantiana de que o exercício da liberdade é justo quando não compromete o exercício da liberdade do outro, hodiernamente merece novo aperfeiçoamento porque é imprescindível, para sua completa aplicabilidade, a recontextualização do conceito de “outro”. É difícil firmar um fundamento absoluto para o direito “liberdade”, além da consideração de um tal fundamento poder criar obstáculos ao reconhecimento de novos direitos, ou melhor, de novos sujeitos de direitos. Se algum direito superior existe, este será a própria vida e mesmo diante dele não se descarta a compreensão de atitudes excepcionais a mitigá-lo. Em nome da liberdade, pouco se aperfeiçoou acerca dos direitos do nascituro e, o pior de tudo, possibilitou-se que surgissem bandeiras no âmbito jurídico, no das ciências naturais e no espaço de algumas facções, profundamente contaminadas pelo espírito do passado.

Todas as pessoas vivem em uma complicada rede interna e externa de dependências e de liberdades e para se poder enfrentá-las no dia-a-dia sem maiores constrangimentos ou remorsos, é imprescindível um referencial claro de valores para que os mesmos possam ser facilmente conscientizados e criticados. Mas, uma coisa é certa, os valores devem ser precisos. Agravam-se os problemas quando as fontes de tais referenciais enfraquecem sobremaneira esta

precisão, substituindo os valores pela divulgação de interesses e de estratégias ou artimanhas capazes de garantir a defesa dos mesmos. Nesse caso, cria-se a falsa impressão de que valores existem, enquanto em realidade tem-se tão-somente os interesses e suas vantagens, que nem sempre podem ser adequadamente identificados a verdadeiros valores ou, melhor dizendo, a valores conscientes. Este é o risco criado com o ambiente pós-moderno. Criticam-se os pensamentos estabelecidos, ampliam-se as possibilidades de reflexão, mas se oferece pouco em seu lugar. O problema social e jurídico do aborto, sem dúvidas, esteve envolvido nesse complicado jogo entre valor e interesse. Em termos jurídicos, pouco se evoluiu neste campo.

Quanto à Parte Especial do Código Penal de 1940, o legislador brasileiro foi influenciado em vários setores pela tradição inaugurada com o Código Penal Italiano idealizado por Rocco (1930), porém, em relação à tipificação do aborto, resolveu pensar diferente e tratá-lo como uma atitude contra a vida do nascituro, mas nem por isso esteve distante dos espíritos modernistas. O *Tratato* de Manzini esclarece que o Código Italiano de 1930, ao contrário do anterior inspirado por Zanardelli (1889), não tutelava direitos do nascituro. Porque este não era reconhecido como pessoa, o crime de aborto foi inserido no capítulo dos delitos contra a integridade e a sanidade da estirpe¹³. Pouco antes da aprovação do Código de 1930, ainda havia o debate se o aborto deveria ser considerado como crime contra a vida. Prevaleceu o *interesse* pela manutenção saudável da estirpe em relação a um incerto *valor* inerente à vida do nascituro. Cerca de vinte anos depois de Cristo, quando o Direito Romano começou a punir o aborto, o crime significava frustração da esperança do pai à sua descendência¹⁴. É esse sentimento que Arturo Rocco vai recuperar e elaborar para

¹³ “L’interesse essenziale, che costituisce l’oggetto giuridico dei delitti d’aborto, non riguarda neppure il feto, come prodotto d’un singolo concepimento. Il feto non è soggetto di diritti, perchè non è persona, quantunque non sai una mera portio viscerum, come invece l’ovaia, l’utero, o la placenta, ma è considerato autonomamente per determinati effetti. (...) Il vigente diritto penale considera essenzialmente il pericolo o il danno, inerente ai delitti d’aborto, per l’interesse pubblico riguardante la potenza procreativa della nostra popolazione (...)” (“Tratato di diritto penale italiano”, Torino: UTET, 4ª ed., vol. VII, p. 570).

¹⁴ Cf. Aníbal Bruno, “Crimes contra a pessoa”, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 156.

pensar o Código Penal¹⁵. A lei brasileira, fiel a uma tradição cristã, e pouco familiarizada com interesses relacionados a raízes, raça, estirpe ou coisa do gênero, sempre incriminou o aborto como um comportamento contra a vida do nascituro ou da mãe. Porém, um fato é significativo, qual seja, disciplinou a punibilidade desse crime como um delito autônomo e que a princípio merecesse menor censura em relação ao homicídio. A nova Parte Especial para Código Penal, certamente, conservará a mesma mentalidade ao diminuir bastante a pena cominada. Qual o fundamento disso? É coerente compreender os crimes contra a vida humana em duas grandes *categorias*: crimes contra a vida pré-natal e aqueles contra a vida que sucede ao nascimento? Certa crítica pode ser feita aqui, ainda que se corra o sério risco de ser parcial.

O epicentro do problema jurídico-penal que envolve o aborto ao que parece não se restringe à liberdade da mulher em continuar ou não a gestação. Esta é apenas uma das faces da questão. Outra dificuldade para o jurista debater e valorar está relacionada à vida do feto e ao grau de censura que envolve o comportamento da mãe que consente o aborto. Exatamente este ponto é que se quer rapidamente

¹⁵ Pensamento que não mais prevalece na Itália. Hoje vigora na *bota* a Lei n. 194 de 1978 e compreende-se que o bem jurídico tutelado em primeiro lugar com a tipificação do aborto (com ou sem o consentimento da mulher) é a vida do concebido. Após alguns *referenduns* populares que modificaram parcialmente essa Lei, através de seu art. 4º há maior liberalidade para o abortamento realizado até o 90º dia de gestação e consentido pela gestante. Nesse caso, a interrupção voluntária da gravidez é permitida diante de *sério perigo* para a saúde da gestante. A Lei italiana somente tolera o aborto terapêutico, mas o adjetivo *sério* presente no art. 4º reconhece um grau de perigosidade inferior com respeito ao *perigo grave* previsto no art. 6º, tido pela generalidade da doutrina como de pouca determinação e que não censura o aborto em homenagem à saúde, física ou psíquica, da gestante, inclusive em atenção a condições econômicas, sociais ou familiares que possam comprometê-la. A maioria da doutrina admite não ser necessária a *inevitabilidade* do perigo, sendo suficiente que para a saúde da mulher ele derive da maternidade (cf. Alberto Crespi *et alli*, “in” *Commentario breve al codice penale*”, Padova: Cedam, 1992, pp. 1308 e segs). Na França a situação não é muito diferente. Nesse País o aborto continua sendo uma conduta punível, porém é autorizada a interrupção da gravidez, segundo condições previstas pelo art. 1.162-12 do Código de Saúde Pública, “antes da 10ª semana, por um médico, num estabelecimento hospitalar público ou privado, desde que a gravidez esteja colocando a mulher “numa situação de profunda aflição”.

enfrentar a partir de agora. A mulher é titular de liberdade. Então, quando o aborto consentido é tipificado criminalmente, qual fundamento justifica sua repercussão diante o valor vida, o bem jurídico tutelado? E ainda, qual deverá ser a censura? É curioso que Nelson Hungria, por exemplo, principal comentador do Código Penal Brasileiro de 1940, não tenha dispensado uma linha acerca do porquê a pena cominada ao auto-aborto ser extremamente menor do que a do homicídio simples. Mesmo Bruno não demonstra opinião pessoal sobre o assunto, apenas lembra que a tradição alemã, principalmente com Maurach, justificava um tratamento especial ao aborto como conduta punível contra a vida em formação, distinguindo-se, assim, dos fatos puníveis contra a vida do homem já formado¹⁶. A doutrina jurídica italiana, por seu turno, tem sustentado que a profunda diferença de disciplina entre a vida do nascituro e a do nascido, principalmente (mas não exclusivamente) nas hipóteses de aborto terapêutico, não radica no fato de um menor valor atribuído à vida do primeiro, mas sim porque, em certas situações de conflito com os interesses da mãe, é justo que se atribua maior prestígio à vida da gestante, sem, contudo, negarem que a vida humana nasce com a concepção, pois o embrião não é um homem em potência, mas apenas um adulto em potência, assim como um jovem é em potência velho¹⁷. A impressão que se tem é de a menor censura justificava-se em razão dos atributos da vida do nascituro não serem os mesmos inerentes a alguém já nascido. O espírito de precisão da mentalidade iluminista tem sido predominante¹⁸. Hoje, como pitoresco e coletivamente inconsciente, esse fantasma ainda procura governar os pensamentos, mas encontra dificuldades e gera inseguranças filosóficas por conta do modernismo não terminado e de sua tentativa de recuperação da idéia de direito fundamental. Poderia ser dito que o fantasma está perturbado, mas longe de ser resolvido. As ciências naturais, como a Biologia e a Medicina, não confirmaram a crença iluminista de que tudo seria descoberto e facilmente julgado. Não existem certezas – científicas ao menos – a respeito da qualidade da vida que surge desde

¹⁶ Ob. cit. p. 159.

¹⁷ Crespi, Zuccalà e Stella, “in” ob. cit. pp. 1296-7.

¹⁸ Com o Iluminismo – e o racionalismo que lhe era peculiar – surgiu um movimento pela atenuação das penas nessa espécie de crime, fato que rapidamente repercutiu sobre as legislações (Bruno, ob. cit. P. 158).

a concepção. O entrechoque de opiniões é insistente. Entretanto, cada vez mais legislações discriminam o aborto ou são reduzidas suas penas. O problema, ademais, não é só filosófico ou médico, é ainda sociológico. Fato é que, persistindo as dúvidas, têm-se preferido ajustar as normas para garantir interesses de liberdade e de organização social contra alguma vida que possa existir. Mas, nem por isso o jurista está isento de ter de valorar e justificar seu trabalho. Ele tem de assumir uma postura, pode-se dizer, não leiga. Ele não deve opinar somente segundo sua sensibilidade. O aborto para ele não é somente um problema a ser enfrentado quando ele aparece. É necessário antecipar conclusões que vão além do senso comum ou de mera engenharia social.

3. O Problema ontológico

Tratar o tema através da perspectiva ontológica não é menos dramático. O debate entre as diversas correntes acerca da natureza do embrião humano está longe de terminar. Somente para ilustrar, a primeira delas, conhecida como *concepcionalista*, reconhece a humanidade do embrião desde a concepção. Havendo a fecundação, não importando quantas células já se dividiram, o resultado é uma “pessoa humana” que somente difere de qualquer outra porque ainda está na fase inicial de desenvolvimento orgânico. Por conta dela, o Código Civil Brasileiro dispõe no artigo 4º que a *personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro*, enquanto o Código Penal tipifica o aborto como a interrupção da gestação que provoca a morte do embrião ou do feto em qualquer momento de sua evolução. Entre os direitos que lhe são reconhecidos está, certamente, o direito à existência, e por esta lógica qualquer conduta atentatória à vida do embrião terá de ser considerada ilícita, inclusive criminal. Trabalha-se com a constatação genética de que com a fecundação (quando a carga cromossômica do óvulo se completa com a carga cromossômica do espermatozóide) se estabelece a *programação* de um novo ser humano (zigoto), desencadeando em seguida um *comportamento específico*, cujo primeiro ato será contribuir para a nidificação (fixação, com sucesso, do ovo no útero). Esclarece o Prof. Aurélio Bolsanello *que por muito tempo e de forma axiomática, só o organismo materno era*

responsável pela implantação ou nidação do embrião no útero. Hoje se sabe que o embrião participa ativamente do processo e é o que passou a se chamar “sinal embrionário”¹⁹, o que autoriza supor que logo a partir da fecundação existe uma energia sendo manipulada não somente pelo organismo materno, mas também por algo diferente dele. Bolsanello então escreve que destruir estas células iniciais é sacar sobre o desconhecido. Mesmo assim, a própria Biologia se pergunta quanto ao fato de o processo embrionário haver começado ser suficiente para a consideração do caráter humano do embrião e criar a obrigação moral de jamais se impedir seu desenvolvimento. A opinião comum entre os médicos da Grã-Bretanha, por exemplo, que compactuam com o conhecido “Relatório Warnock”, não vacila ao dizer que durante as duas primeiras semanas após a fecundação, embora possuindo sua identidade genética, o embrião não é indivíduo, mas apenas “potência”, algo direcionado a se tornar humano²⁰. Tem-se aí um “processo” em vias de humanização. Este pensamento identifica-se com a corrente que vê o embrião como *potencialidade de pessoa*. Segundo ela, a concepção não inaugura um ser humano mas, por outro lado, ao contrário do que advoga outra corrente, a *desenvolvimentista*, o embrião não pode ser tratado como um simples “amontoado de células”. A autonomia de que é dotado o embrião não seria humana e menos somente “biológica”, mas “embrionária”, humana em potencial. Soa no mínimo esquisita essa posição que se diz eclética, pois não há coerência considerar algo como “quase humano” ou “pré-embrião”. Um processo vital é ou não é humano, não existe meio termo. Substituir a expressão “humano” por “processo embrionário” é avizinhar o embrião do nada, ou quase nada, um ser estranho e de difícil aceitação.

¹⁹ Grande manual de biologia”, São Paulo: Ícone, p. 399.

²⁰ Cf. Eduardo de Oliveira Leite, “O direito do embrião humano: mito ou realidade?”, “in” Revista da Faculdade de Direito da UFPR: Curitiba, n. 29, 1996, pp. 132-3. O autor também informa que a Comissão Warnock considera embrião o ser que se desenvolve da data da fecundação até o 14º dia, ou seja, duas semanas, pois para existir individualidade – e “personalidade” – é necessário que os fenômenos gemelares e de fusão embrionária não sejam mais possíveis de ocorrer. Mas observa que este prazo, certamente, foi fixado em função de certos imperativos de pesquisa e temendo que as experiências se tornassem impossíveis, se não se admitisse um prazo durante o qual se pudesse agir. Logo, tem uma conotação eminentemente médica (loc. cit. p. 128).

O Direito Criminal Brasileiro, a primeira vista, apresenta-se fiel à corrente concepcionista. É outra aparência. A rigor, a mentalidade jurídico-penal por aqui sempre esteve em terreno eclético. Com efeito, a vida que nasce com a concepção é considerada humana e a tipificação do aborto é expressão disso, mas a discrepância de sanções cominadas entre o aborto consentido e o homicídio em sua forma simples indica que a vida que já experimentou o fenômeno do parto não tem o mesmo valor daquela que ainda não viu a luz. Aquela vale mais. Imagina-se que a ausência de aperfeiçoamento das artes médicas pode até haver favorecido essa postura no passado. O homem da antigüidade sempre vacilou em incriminar o aborto porque era difícil para ele perceber que dentro da mulher havia uma pessoa viva. É interessante constatar que a Mitologia Greco-romana não descreve qualquer enredo envolvendo um aborto. Ao que tudo indica, segundo a Mitologia ocidental as vidas indesejadas eram sacrificadas logo após o nascimento, porém não durante a gestação. Talvez a precariedade tecnológica de certa maneira tenha contribuído para a menor preocupação da época clássica e pós-revolução francesa em reconhecer direitos ao nascituro. Com o aperfeiçoamento da Medicina, as conclusões mudaram, mas as dúvidas se multiplicaram. Como dito, hoje ainda é um dos desafios das ciências médica e jurídica construir estatuto para os embriões excedentes às experiências de fecundação “*in vitro*”, bem como enfrentar a questão do aborto, em que pese toda a história de seu tratamento do ponto de vista criminal se orientar, num primeiro momento, no sentido da penalização para, em seguida e modernamente, despenalizá-lo. Não é exatamente a ciência ou a filosofia quem dita essas mudanças, mas conveniências político-sociológicas. Quando o Direito Criminal prefere diminuir a sanção cominada ao abortamento ao invés de retirá-lo do âmbito da ilicitude, alguém poderá concluir ser precipitado supor que está conscientemente apenas desvalorizando a vida do nascituro, pois isso seria insensato do ponto de vista ético. O que ele está fazendo é diminuindo a censura que pesa sobre o comportamento da mulher que aceita o aborto. Contudo, mesmo assim agindo, o Direito acentua suas contradições e volta a enaltecer, a partir da lei, uma liberdade que está em conflito não simplesmente com um imaginário interesse do nascituro, mas com o valor vida *in genere*. São questões que chamam atenção e exigem explicação: por que o aborto consentido é um

comportamento menos grave do que o homicídio simples? Ou ainda, por que não existe tipo descrevendo lesões corporais em relação ao feto? Não é desprezível a hipótese de um médico, ao realizar intervenção cirúrgica em mulher grávida ou mesmo no feto, pela não observação de um dever de cautela lesionar o feto que venha a nascer e sofrer as conseqüências da lesão. Neste caso não convém considerar um crime de lesões corporais contra a gestante. Contra a integridade física do feto é impossível, pois para o sistema penal positivo “alguém” ou “outrem” são formas de se referir à pessoa que já nasceu, “pessoa humana”, portanto²¹. E se o feto morre? Não existe o tipo de aborto culposo. Quando há dolo, a diferença entre a tutela da vida nascida e a da ainda não nascida, desta maneira, é de característica apenas espacial. Sem qualquer rigor, mas o aborto passa a ser diferente do homicídio por razão de lugar: há aborto quando a vida suprimida estava dentro da mulher ou “*in vitro*”, e homicídio quando a vida atingida não estava nesses lugares. Sem dúvidas, o valor da vida do nascituro não se compara à luz do Direito Penal Brasileiro, à vida de alguém e, no entanto, é uma vida, que reúne todos os princípios teleológicos inerentes a qualquer vida humana: nascer, crescer, pensar, reproduzir, ser feliz, sofrer e partir. A contradição relevante insere-se exatamente aqui. Pretender valorar a dignidade humana desde a concepção, exigindo pois, coerência de todo o proceder jurídico. Poder-se-ia argüir que com relação ao aborto, deve-se diferenciar o que diz respeito à sua legalidade do que diz respeito à sua moralidade. Por conta disso, legisladores de vários países defendem a não

²¹ Alguns juristas, a exemplo de João José Caldeira Bastos, professor em Santa Catarina, preferem compreender que no caso de o feto nascer lesionado ou nascer e após morrer, seria possível identificar o tipo de lesões corporais ou homicídio, doloso ou culposo, pois, assim acontecendo, o nascituro passaria a ser “outrem” ou “alguém”. Com apoio na conhecida teoria da “*actio libera in causa*”, João Bastos argumenta que *somente um excessivo zelo interpretativo é que descarta a tipicidade criminosa no exemplo citado* (“*Lesões no feto: proteção jurídico-penal*”, “in” Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, 1994, n. 7, págs. 103-7). Contudo, é difícil aceitar esse raciocínio, mesmo reconhecendo o respeitável perfil ideológico de seu autor. Com efeito, para a compreensão dos tipos penais não são admitidos alongamentos interpretativos em respeito ao princípio da tipicidade, que proíbe a analogia contra o réu. Por outro lado, o artigo 4º do Código Penal também desautoriza compreender uma hipótese de lesões corporais, dolosas ou culposas, em relação ao nascituro. A única ação típica contra o feto é a de aborto doloso.

tipificação do aborto através do argumento da necessidade de retirá-lo da clandestinidade face as perniciosidades desta situação. Como é uma prática muito difícil de se evitar, não deve ser perseguida criminalmente, tolerando-se, assim, um mal para que se evitem dois ou mais. Mesmo assim, em qualquer lugar, persistem opiniões acerca de sua indiscutível imoralidade pois, de qualquer modo, o aborto interrompe um processo vital de conseqüências perturbadoras ao sentimento jurídico comum. Vale dizer, admitir que a vida, ainda que incipiente, seja sacrificada, significa ampliar o espaço para uma ética que não respeita a vida humana, mesmo que se reprove o homicídio. O cabedal axiológico que orienta a cultura e a *praxis* de um povo não convém tolerar incoerências éticas, sob pena de, em contrário, falir em diversos setores com graves conseqüências para a segurança da vida desse povo. Em Direito Criminal é muito arriscado, senão ilegítimo, firmar diferenciação entre a prática do Direito e a da Moral, ainda que, no plano metafísico, epistemológico ou didático, à primeira vista seja útil tal diferença. A Ciência Criminal deve conservar a pretensão de significar a projeção de sentimentos morais cuja positivação mostra-se indispensável à convivência harmônica em sociedade. Ainda, se o aborto suprime uma vida mesmo que só *potencialmente* humana, ele não é um problema só de moral. É de igual maneira jurídico, porque expressão de um conflito, no mínimo, entre dois interesses vitais: o de nascer e o de não querer gerar. O aspecto jurídico existe com o estabelecimento do conflito.

Ademais, a linguagem legislativa tem uma participação especial principalmente em relação ao aborto, sendo comprometedor por isso. Na medida em que existe diferença conceitual e vulgar entre *aborto* e *homicídio*, embora em ambas as situações o crime seja contra vida humana, menor desconforto psíquico e, portanto, menor inibição, haverá para com o aborto, tido como uma espécie particular de ofensa à vida, menos grave do que *matar alguém*. Ou seja, consagrar nomes jurídicos diferentes para condutas ilícitas de censuras sociais muito próximas, desde que a vida é o bem tutelado, enfraquece o propósito político criminal com a tipificação, pois cria a falsa impressão de que, no caso o aborto, é qualquer outra coisa, porém diversa e menos brutal do que o homicídio.

4. O paradoxo

Grande parte das contradições e angústias que giram em torno do aborto são decorrentes da perda do sentido teleológico que a filosofia aplicada ao Direito Penal vivenciou após a Revolução Francesa e que atingiu seu cume com o advento pós-modernista. Influência desta ordem aconteceu de maneira muito sutil, quase imperceptível. Ela penetrou na mentalidade jurídica sorrateiramente, através dos argumentos que enalteciam o racionalismo e a idéia de sistema, produzindo efeitos contundentes. O Direito Penal moderno se viu dogmatizado e enaltecido como artifício racional para a proteção de bens jurídicos, mas que se identificaram muito mais com interesses do que realmente com valores.

A pretensão de sistematizar os conteúdos afetos à ciência criminal não a livrou de paradoxos. O tratamento do aborto e do homicídio é expressão de um deles, demonstrando que os principais sistemas de Direito Penal modernamente construídos, a exemplo do brasileiro, são de índole excessivamente formalista em sua lógica, por isso pecam em seu caráter teleológico ou concreto e chegam às raias do positivismo. Como ensina Bettiol, um sistema de lógica formal resulta de deduções de conceitos precedentes colocados segundo gêneros e espécies e, é possível acrescentar, revela especial preocupação com a estrutura e com a didática na organização de dados. A lógica concreta, por seu lado, tem em conta categorias ou matérias colocadas com base em um critério teleológico²². Esta última colocação é construtivista, porque prima não só pela coerência interna, mas também pelo seu conteúdo e fins buscados. Um sistema teleológico quer, sobretudo, esclarecer o valor e o significado que o sistema deve traduzir segundo um plano filosoficamente organizado. Em seu âmbito, os princípios da sistemática fazem parte da estrutura ética do sistematizador; eles são seus valores mais íntimos e os pressupostos da atividade científica. O Direito Criminal não deve traduzir somente uma lógica do conhecer, mas também do querer. Por conseguinte, deve ser essencialmente teleológico, *realístico*, orientado segundo valores de vida. Neste sentido, é ilógico, do ponto de vista

²² “Sistema e valori del diritto penale”, “in” Scritti Giuridici, Padova: Cedam, 1966, tomo I, p. 450.

realístico, considerar o crime de aborto desvinculado dos vínculos concretos que unem a sociedade ao nascituro e à qualidade do relacionamento entre suas vidas. A natureza do relacionamento entre uma pessoa que já nasceu e outra vida ainda em gestação, não é, ou não deve ser, de menor qualidade ou significado do que qualquer outra relação entre seres humanos. Os vínculos estabelecidos são tão concretos e dinâmicos quanto qualquer outro vínculo intersubjetivo. E se é assim, a ruptura dessa relação por alguém, implicando a supressão da vida do nascituro, deve ser, ao menos a partir da lei, censurada tal qual o homicídio. Se a proclamação dos direitos do homem é a inspiração das legislações criminais, nas quais os bens e os interesses individuais representam o critério de avaliação de todo outro bem ou interesse, a simples eleição da vida como um bem fundamental pressupõe a proteção de toda vida vinculada à condição do homem na Terra. Absolutamente insensato, da perspectiva criminal, imaginar a vida do nascituro como uma vida de menor valor – ou de diversa natureza – em relação à vida de quem já nasceu. Fugir disso é amparar única e exclusivamente *interesses*, mas não autênticos *valores*. A vida é o valor humano mais verdadeiro; diante dela, a liberdade é simples interesse. É oportuno o pensamento de Bettiol, no sentido de que *il valore non è una categoria astratta di un mondo irreal che avrebbe una esistenza propria, parallela a quella del mondo reale, con il quale ogni tanto verrebbe dalla nostra mente messo in relazione, ma è un rapporto tra l'ordine che sussiste nella realtà e l'uomo considerato nella sua essenza di animale ragionevole e nella sua personalità morale*²³. Assim, compreende-se a adequação entre o valor (categoria reitora) e a vida (individualidade concreta) que auxilia a compreensão da realidade social necessária para a interpretação de que o aborto, além de dever continuar sendo considerado crime pressupõe, *in abstracto*, censura semelhante à dispensada ao crime de homicídio. Constatação interessante: o Código Penal tem o comportamento que dificulta a defesa da vítima de homicídio como uma hipótese qualificadora. A circunstância de maior censura também é prevista como agravante genérica, ou seja, a princípio aplicável a qualquer crime. No aborto com o consentimento da gestante, a defesa da vítima é praticamente impossível (embora alguns fetos até tentem se

²³ Loc. cit. p. 498.

defender) e, no entanto, não se cogita de censurá-lo com fundamento nesta hipótese. Não é apenas a lógica interna do sistema, sua coerência estrutural, que exige tratamento diferente, mas também sua pretensão lógica concreta que não dispensa uma visão teleológica da vida. Em suma, nunca é tarde, ou fora de moda, ressaltar a importância da superação de uma *jurisprudência dos interesses* por uma *jurisprudência dos valores*, notadamente no atual momento legislativo criminal que vivencia o Brasil, quando normas penais têm sido criadas “por atacado” e o crime de aborto aos poucos está adquirindo o status de delito de “pequeno potencial ofensivo”²⁴. A ciência criminal que defende interesses às custas de valores repousa substancialmente, como ainda preconiza Bettioli, sobre uma concepção *utilitarístico-materialista* da vida, daí porque não deve prevalecer sobre uma visão que defende substancialmente os valores, expressão de exigências éticas e culturais de uma sociedade organizada: *il concetto di “valore” è quindi, fondamentale per il diritto penale e questa espressione è preferibile a quelle di bene o interesse*²⁵.

5. Conclusão

Sendo de predominância teleológica o sistema penal, os valores que visa proteger, sem exceção, têm significados e recebem orientação segundo planos de escolha e avaliação, ou seja, os valores não estão situados todos num mesmo nível de importância, situação que daria azo a juízos de censura que melhor satisfizessem determinados interesses, tais como controle populacional, liberdade de não gerar ou a opinião de uma maioria ignorante. E o bem jurídico, ou o valor, que está acima de todos os outros, com certeza é a vida, pois ela é o pressuposto básico para a finalidade suprema de qualquer Estado dito moderno (ou pós-moderno), qual seja, viabilizar o *bem comum ou o desenvolvimento da personalidade* de seus cidadãos,

²⁴ O primeiro projeto para nova Parte Especial do Código Penal, apresentado em 1998, previu para o aborto consentido, embora mantendo o tipo no capítulo dos crimes contra a vida, a pena de detenção e 1 a 9 meses. A Comissão demonstrou certa ironia ao prever como pena máxima o tempo que duraria, em condições normais, uma gestação.

²⁵ *Idem*, p. 499.

atuais ou futuros²⁶. Em um outro texto de 1959, Bettiol enfatiza a participação estratégica que o conceito de bem jurídico desempenha para a compreensão de todo um sistema penal; considerado como a representação de valores, assume um significado que transcende seu titular e responde a uma *finalidade ética, política e jurídica*²⁷. Assim, são irrelevantes as incertezas que possam existir quanto à natureza da vida do nascituro. Importa considerar que se trata de uma vida que pode vir a ser implicante socialmente e que inaugura relações desde seu início, portanto, cumpre uma finalidade ética e deve ser ponderada em nível de seu valor e não das constatações de sua natureza ou estágio de organização celular. O artigo 5º da Constituição da República de 1988, que elenca os principais direitos individuais e coletivos dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no País, dispõe que a Carta garante a “*inviolabilidade do direito à vida*”. A consideração óbvia de que a vida é fundamental para a sustentação do Estado de Direito Democrático exige compreensão além do sentido clássico da expressão. Direito à vida (e não apenas *de vida*) é direito de nascer, a continuar vivo e de viver com dignidade, valores indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade. Este valor, assumido constitucionalmente, vincula toda atividade legislativa. Uma lei ordinária que diminua o valor vida do nascituro, como acontece quando comparamos a censura legal atribuída ao aborto e a atribuída ao homicídio, importa, em tal contexto, comportamento que fere o espírito constitucional e compactua, despercebidamente, com uma mentalidade formalista, utilitarista, preconceituosa e que deve ser rapidamente identificada. É claro que a lei não é o único critério de justiça, de modo que pode e deve ser superada quando de sua interpretação, para a concretização da justiça social. Porém, sempre deve ser preservado o propósito ético que fundamenta a própria existência do sistema, enfim, a substância do objetivo

²⁶ Como observa Maurício Antônio Ribeiro Lopes, *não há manual que ao estabelecer parâmetros daquilo que se entenda por “bem comum” deixe de trazer à consideração a definição do Papa João XXIII, que o retratou como o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana (“Direito penal, estado e constituição”, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997, pp. 187-8).*

²⁷ “*L’odierno problema del bene giuridico*”, “in” Scritti Giuridici, Padova: Cedam, 1966, tomo II, p. 918.

desenvolvimento da personalidade humana jamais pode ser ultrapassado por ocasião de oportunidades úteis *a priori*. Aliás, a filosofia que Kant defendeu acerca do Estado é bastante clara ao considerar justo o ordenamento jurídico que procura fazer com que todos os cidadãos possam usufruir uma esfera de liberdade, porém que não prejudique o desenvolvimento da personalidade de cada um. Se a liberdade inegavelmente é um direito natural, seu principal limite está na finalidade, não menos natural, dos seres desenvolverem personalidade. A prática do aborto, como expressão da liberdade de não querer gerar, mostra-se incompatível com o direito do nascituro desenvolver uma personalidade. A lei não pode ser construída ou mantida em benefício de interesses de liberdade quando compromete o modelo axiológico proposto pela Constituição. Não se trata aqui de visualizar o sistema constitucional segundo um modelo ideal, preexistente, concebido racionalmente para satisfazer a um fim não menos ideal. Acontece que o Direito Penal, em relação à Constituição, seu superior referencial, não pode desvirtuar um valor elementar, substância da existência do próprio Estado. Não se justifica a existência de um Público Poder sem tê-lo como organização voltada ao desenvolvimento de personalidades, concretas ou em vias de concretização. Desenvolver algo é vivenciar um processo, um dinamismo. A censura do homicídio advém da obstaculização do dinamismo e a do aborto idem, não é ilógico afirmar. Como em Direito Penal a gravidade da pena deve ser proporcional à importância da transgressão e do valor ofendido, superar um paradoxo não pressupõe tipificar o aborto como homicídio?

As observações aqui apresentadas não desconsideram a importância da inclinação minimalista que deve nortear as construções penalísticas em tempos de hoje. E a cada vez menor censura da prática do aborto, em relação à gestante, é uma resposta à necessidade de menor intervenção penal nos problemas existenciais que de regra estão presentes nesse caso. Mesmo assim, sem desacreditar que o Direito Criminal não deve ser o principal instrumento político para a concretização do bem-comum - ao contrário, ele tem feito o papel de um mal, por vezes não necessário - infelizmente ainda não pode ser superado em certos aspectos. O arcabouço valorativo que sustenta pressupõe coerência e feição ética mínima que não admite transigir com o valor vida.

É importante frisar que com o quadro esboçado, conscientemente não se quis enfrentar toda a problemática pertinente à natureza da vida do embrião ou às peculiaridades político-sociais – criminológicas e de saúde pública - que com a penalização do aborto requeiram atenção. Objetiva-se simplesmente alertar para o paradoxo em que tem se colocado o Direito Penal desde que, *modernamente*, emprega sentido político-criminal e racionalidade dogmática ao aborto. Se transformações significativas hoje não se apresentam fáceis de acontecer, até porque a imagem e o significado que o aborto tem expressado demonstram cada vez maior distanciamento em relação à censura dispensada ao homicídio, sendo pouco claros ou convincentes os fundamentos justificadores das diferenças, transformações éticas importantes, no seu conjunto, comovem um alargamento e reforço da tutela penal da personalidade. É isto que os legisladores sempre deveriam ter em mente a fim de não diminuïrem o alcance do *valor* vida em homenagem ao *interesse* de liberdade, bem jurídico de inegável importância, mas que, por influência da modernidade e da pós-modernidade transformou-se no apanágio do Estado de Direito Democrático.

6. Referências Bibliográficas

ARDAILLON, Danielle. *A insustentável ilicitude do aborto*, “in” Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, 22:199-230.

BETTIOL, Giuseppe. *Sistema e valori del diritto penale*, “in” Scritti Giuridici, Padova: CEDAM, 1966, tomo I.

_____. *L’ordierno problema del bene giuridico*, “in” Scritti Giuridici, Padova: CEDAM, 1966, tomo II.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLSANELLO, Aurélio. *Grande manual de biologia*, São Paulo: Ícone.

BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

CABRAL DE MONCADA, Luís. *Filosofia do direito e do estado*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CALDEIRA BASTOS, João José. *Lesões no feto: proteção jurídico-penal*, “in” Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, 7:103-7.

CORREAS, Carlos Massini. *La teoria del derecho natural en el tiempo posmoderno*, “in” Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Milano: Giuffrè Editore, apr-giu, 1997, 635-51.

CRESPI, Alberto et alli. *Commentario breve al codice penale*, Padova: CEDAM, 1992.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito do embrião humano: mito ou realidade?*, “in” Revista da Faculdade de Direito da UFPr, Curitiba: UFPr, 1996, 29:121-146.

MANZINI, Vincenzo. *Tratato di diritto penale italiano*, 4ª ed., Torino: UTET, vol. VII.

PEREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Liberdades públicas*, São Paulo: Saraiva, 1978.

RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio. *Direito penal, estado e constituição*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997.

Data de Recebimento: 23/05/2000

Data de Aceite: 20/06/2000