

## A FARSA DO ABORTO LEGAL \*

WALTER MORAES (†) \*\*

Senhoras e senhores presentes e amigos:

O que eu quero destacar nesta minha fala de poucos minutos é que existe diferença entre o que é simplesmente ilegal, o que é proibido, ou ilícito, e o que é crime. E que essa diferença é daquelas que vão do gênero para a espécie, ou seja, do todo para a parte: e aqui o gênero ou todo é o ilícito, e a espécie ou parte é o crime.

Daí que todo crime certamente é um ilícito, mas nem todo ilícito é um crime.

Para os advogados, é claro que discernir ilícito e crime não passa de lição elementar de Direito.

Seria dispensável se o intento desta pequena alocução não fosse trazer, ou tentar trazer, algum esclarecimento justamente aos que não são profissionais do direito; e também se não merecesse ser realçado quando se fala dessa ilicitude radical que é o abortamento.

A nossa Constituição, logo num de seus primeiros artigos, que é o 5º, garante a todos “inviolabilidade do direito à vida”. Vio-

---

\* Conferência proferida no seminário “A farsa do aborto legal”, na Câmara dos Deputados, em 24 de setembro de 1997. Publicado com autorização da família.

\*\* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Livre-Docente em Direito..

lar o direito à vida, simplificando, é matar. Aí está o ato humano solenemente proibido pela lei constitucional: matar.

O nome técnico deste ilícito é *homicídio*, porque se trata de matar um indivíduo humano. Homicídio é uma palavra latina que se compõe de *homo*, homem, e o verbo *caedo*, que significa abater, matar. Então, é matar um homem. Matar um animal não é proibido, porque a proibição consiste em violar o direito à vida, e um animal não tem direito algum.

O homicídio, além de ser um ilícito jurídico geral, é também crime. Aliás, compreende um conjunto de crimes, cuja figura central tem o nome legal de *homicídio simples*. Neste conjunto está o aborto provocado: o aborto é um homicídio.

Aquele que ainda vai nascer não é, entretanto, um animal: é uma pessoa humana, tem direitos, sua vida é protegida pela Constituição. Se não fosse assim, o aborto também não estaria incluído entre os crimes contra a vida da pessoa.

Então, uma proibição legal pode ser, além de simplesmente um ilícito, também um crime. Mas pode não ser.

Um bom exemplo de ilícito que não é crime pode ser encontrado no próprio artigo da Constituição que proíbe a violação da vida. Alguns incisos adiante, o art.5º proclama, com a mesma solenidade do direito à vida, que é inviolável a imagem das pessoas. É uma proibição grave, senão não estaria na Constituição. Mas violar a imagem não é crime.

Vou dizer que imagem é a aparência física, seja no original, seja representada em retrato, busto e etc., e que violar imagem é utilizá-la sem o consentimento da pessoa representada.

Violar a intimidade de uma pessoa também é um ilícito constitucional.

Aqui, algumas poucas formas de violação são definidas como crime. A maior parte, em geral quase todas, portanto, não, não são figuras criminais, nelas não crime.

O que faz uma proibição legal tornar-se crime?

Simplificando, de novo: é a lei. A lei descreve um comportamento e diz: isto é crime. Então aquele ilícito é crime.

Outro inciso do art. 5º da Constituição dispõe assim, que é o XXXIX, “não há crime sem lei anterior que o defina”. Aí está, portanto, na essência prática, é na definição legal que está o crime. Em geral o crime resulta em pena, mas a própria Constituição distingue crime e pena como coisas separadas, ao continuar a regra anterior a que eu me referi com estes termos: “nem pena sem prévia cominação legal”.

Então estes são os termos da lei: “não há crime sem lei anterior que o defina”, o crime, “nem pena sem prévia cominação legal”, a pena.

Outro ponto a pôr em destaque é que as leis se dispõem numa ordem hierárquica. No topo dessa ordem hierárquica está a Constituição. Para nós a Constituição Federal, pois existem as Estaduais e as Municipais, depois vêm as diferentes categorias de leis, e até mesmo certos decretos com força semelhante à das leis.

Quando a Constituição garante um direito ou coloca uma proibição, a lei inferior – que são todas as outras – não pode limitar tal direito ou tal proibição, a não ser que a própria Constituição tenha aberto a exceção que a lei ordinária estabelece.

A Constituição assegura, como vimos, o direito à vida, e ao mesmo tempo proíbe violar esse direito à vida: proíbe matar.

A Constituição, pergunto, abre alguma exceção a esse direito ou a essa proibição?

Sim, uma única, que é a pena de morte em caso de guerra declarada.

Neste caso, o criminoso de guerra pode ser morto, claro que oficialmente, como um ato de Estado, legalmente. Afora este caso, nenhuma lei, seja penal, seja civil, seja pública, tem autoridade para tornar permitido matar uma pessoa humana.

Se o aborto que o Código Penal chama de necessário, ou aquele por causa de estupro, não fosse crime, ainda assim seria um ilícito jurídico, pois é justamente uma forma de homicídio proibido na fórmula constitucional “inviolabilidade do direito à vida”.

Eu digo “se não fosse crime”.

Se.

Mas é crime.

A lei retira a “cominação legal de pena”, como diz a Constituição, mas não a definição legal de crime.







**IMPRESA UNIVERSITÁRIA**  
CENTRO GRÁFICO DA UFMG

