

**Sobre o aborto legal:
compreensão reacionária da normativa
versus
busca progressiva do direito**

Ricardo Henry Marques Dip*

[In "A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1999 - p. 355 a 402]

"...un bavardage de vieux juristes épilquant sur son passé" (MICHEL VILLEY)

"Sabemos que os clamores pela reinstauração da pena de morte e até pela prisão perpétua, podendo nalguns casos ser bem intencionados, constituem, realmente, retrocessos de civilização" (PAULO FERREIRA DA CUNHA)

Nota introdutória sobre a tematização do aborto legal

1. Em 1º de janeiro de 1942 entrou em vigor o atual Código Penal brasileiro, a teor do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1942, Código esse alterado ao largo do tempo não só pontualmente mas incluso em toda sua parte genérica.

* O autor é juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, titular da cadeira n. 42 da Academia Paulista de Direito e professor, atualmente, de Direito Penal.

Ao princípio de sua parte especial, o Código versou, em título relativo aos crimes contra a pessoa, os delitos contra a vida, entre eles o de aborto, considerado em cinco artigos:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

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.

Forma qualificada

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Os penalistas brasileiros, examinando as regras do mencionado artigo 128 do Código Penal, mostraram-se atreitos, desde já os primórdios da vigência do Código e depois repetidamente, a reconhecer no preceito uma **exclusora de ilicitude** — ou de antijuridicidade, como parece a alguns elegível dizer —,

de cuja base hermenêutica, desse modo, pôde extrair-se e popularizar a expressão de um supostamente ainda contemporâneo **aborto legal**, conceito compreensivo tanto do chamado aborto necessário ou terapêutico (inciso I do artigo 128), quando do aborto dito sentimental (inciso II do mesmo artigo).

A afirmação da existência desse possível aborto legal depende, à raiz, como visto, do reconhecimento de hipóteses normativas de exceptuação da ilicitude do aborto, vale dizer, do afastamento de sua antijuridicidade genérica, e não meramente da supressão de sua particular ilicitude penal ou, noutro aspecto, da elisão *tout court* da estreita caracterização delitiva (na linha do “não há crime”, “não constitui crime”, gênero sabidamente conglomerante de diferentes espécies, a saber: ausências de conduta, causas de atipicidade, de justificação e de exculpação).

É preciso sublinhar, entretanto: de um dado ilícito não ser, pontualizadamente, objeto suscetível de sanção penal não segue a contrapartida de sua liceidade. Atos ilícitos, integrados numa antijuridicidade genérica, não porque apartados do âmbito penal deixam por isso de ser ilícitos. Admitir a existência de um aborto legal exigiria reconhecer, indispensavelmente, hipóteses em que o aborto é lícito segundo toda a esfera do condicionamento externo local (vale dizer, todo o direito posto). A ilicitude é derradeiramente una e não se confunde com sua valoração segmentária pelos diversos ramos do direito: é elementar que nem sempre uma ilicitude avaliada administrativamente será por igual valorada no plexo civil, que nem sempre uma estimativa civil de ilícito será também sugestiva de reação penal, etc. A segmentaridade axiológica e seu reflexo no plano da responsabilização não implicam ruptura da unidade do antijurídico. Dessa maneira, é insuficiente para a caracterização de um aventável aborto legal o singelo arrolamento de um sistema de indicações normativas de sua não punibilidade, referência genérica aglomerante de uma série de eliminações de incidência penal: desde, como se adiantou, exclusões de ilicitude, ou de culpabilidade, ou de punibilidade, ou, extremadamente, de tipicidade (p.ex., o consentimento exclutor do tipo) e até de conduta (involuntividade e forças física irresistível). Não fora assim, por absurdo, nas hipóteses de não punibilidade de crimes patrimoniais, calcadas em patentes motivos políticos — só razoavelmente consagradores de escusas absolutórias de caráter pessoal —, admitir-se-ia falar em furto lícito, em estelionato juridicizado, em apropriação indébita legal, etc.

Pondo em pauta um pensamento penal *conservador*

2. Deixou-se dito já que a doutrina penal brasileira acha-se tendencialmente inclinada a reconhecer no artigo 128, Código Penal, a existência de uma eliminação de ilicitude.

Põe-se-lhe origem relevantemente em NELSON HUNGRIA —¹ que sobre sua meritoria autoridade de penalista, parecia acrescentar, *ad hoc*, o prestígio advindo de ter integrado a Comissão Revisora do projeto do Código vigente.

Assinala-se que, em situações como essas, não é infreqüente advertir-se certa sinuosidade passional do juízo doutrinário de quem, antes propondo uma regulativa determinada, verifica depois que o poder político termina por imperar coisa diversa. Tende em tal quadra o comentarista, muita vez, a restabelecer pela via interpretativa a regra que julgava melhor do que a efetivamente legislada. Isto é: o que não ingressou pela porta, pensa-se fazer adentrar pela janela. Às vezes forçadamente, outras com sutileza, mas sempre pela janela. Com o modo sutil, passa a opor-se ao direito formalmente imperado não uma resistência explícita ao vigor da regra mas uma sua *re-*leitura professoral, como está hoje de moda afirmar.

Fica feita essa a observação aqui como um simples indicativo heurístico, porque segue sendo um tanto misteriosa e controversamente debatível a história da revisão do Projeto de ALCÂNTARA MACHADO, não faltando que se tenha afirmado que as reuniões da Comissão Revisora se passavam “a porta e janelas cerradas, como se o trabalho tendesse, não à repressão, mas à prática

¹ Sem embargo de que possa essa doutrina proxivamente remeter-se referencialmente ao item 41 da Exposição de Motivos do Código Penal, assinada pelo Ministro FRANCISCO CAMPOS: “Mantém o projeto a incriminação do *aborto*, mas declara penalmente lícito, quando praticado por médico habilitado, o aborto *necessário*, ou em caso de prenhez resultante de estupro. Militam em favor da exceção razões de ordem social e individual, a que o legislador penal não pode deixar de atender”.

de crimes”.² Mas, haja ou não ocorrido, no caso da história interpretativo–doutrinal do artigo 128 do Código Penal de 1940, essa modalidade de hermenêutica regressiva, o fato é que o prestígio da exegese originária de NELSON HUNGRIA levou à formação quase de um *topos*, a que concorreram, alguns inadvertidamente, até mesmo os que adversavam eticamente a nova norma penal.³

Podem, com o propósito de ilustração do ponto, arrolar–se, *brevitatis studio*, as lições seguintes:

- “No art. 128, n. I, o Código reconhece, explicitamente, a licitude do *aborto necessário*, isto é, “praticado por médico, se não há outro meio de salvar a vida da gestante”. (...)

(.....)

A licitude do aborto necessário não depende do consentimento da gestante ou pessoas de sua família. (...) A permissão de intervenção arbitrária do médico, na espécie, se não estivesse implícita no art. 128, estaria reconhecida no artigo 146, § 3º, que declara não constituir *constrangimento ilegal* “a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”.

(...) Outra modalidade de aborto legal é da mulher engravidada em razão de estupro” (NELSON HUNGRIA e HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 5ª ed., 1979, volume V, ns. 72 e 73).

- “(...) o nosso direito reconhece no estupro causador da gestação motivo suficiente para excluir a ilicitude

² ALCÂNTARA MACHADO, “Para a história da reforma penal brasileira”, in *Direito*, Rio de Janeiro, março–abril de 1941, volume VIII, p. 9 *et seq.* (a citação é da p. 24).

³ Nessa direção, ilustrativamente, ADRIANO MARREY, “O crime de aborto – Espécies de infração – O crime de aborto qualificado pelo resultado – O chamado aborto necessário e o aborto *honoris causa*”, in *Justitia*, São Paulo, 3º e 4º trimestres de 1960, volumes 30 e 31, p. 43 *et seq.*, *maxime* p. 50.

do aborto" (ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal*, ed. Forense, Rio de Janeiro – São Paulo, tomo IV, p. 174).

- "Exclusão da antijuridicidade.

Estabelece o art. 128, CP, duas hipóteses em que o aborto não é punível, *desde que praticado por médico*:

1– Se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

2– Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido do consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal.

(.....)

Tanto no caso de aborto necessário, como no de aborto sentimental, não há crime por exclusão de antijuridicidade da ação" (HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1995, Parte Especial, volume I, ns. 90 e 93).

- "Segundo cremos, não é das mais felizes a redação do art. 128. Se o fundamento do inciso I é o estado de necessidade, e o do II, ainda o mesmo estado, conforme alguns, ou a prática de um fato ilícito, não nos parece que na técnica do Código se devia dizer "Não se pune..." Dita frase pode levar à conclusão de que se trata de *dirimente* ou de *excusa absolutória*, o que seria insustentável. Em tal hipótese, a enfermeira que auxiliasse o médico, no aborto, seria punida. Nos incisos do art. 128, o que desaparece é a *ilicitude* ou *antijuridicidade* do fato e, conseqüentemente, devia dizer-se: "Não há crime" (MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, ed. Saraiva, São Paulo, 1971, volume II, n. 286).

- "Prevê o artigo 128 casos de *aborto legal*, quando ocorrem circunstâncias que tornam lícita a prática do fato. (...)

São causas excludentes da criminalidade, embora a redação do dispositivo pareça indicar causas de ausência de culpabilidade ou punibilidade" (JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, ed. Atlas, São Paulo, volume II, n. 4.4.12).

- “Previu o art. 128 duas causas de exclusão da antijuridicidade: o aborto necessário ou terapêutico e o aborto consentido de mulher cuja gravidez resultou de estupro” (PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, *Comentários ao Código Penal*, ed. Saraiva, São Paulo, 1989, volume II, p. 37).

3. Essas lições doutrinárias — a que concorrem ainda a de outros eminentes penalistas —,⁴ sinalizam uma quase unanimidade da ciência penal brasileira no sentido de que a regra do artigo 128, Código Penal, configura uma excludente de ilicitude, mas não se uniformizam na fundamentação.

Adivinha-se, para logo, nessa míngua de uniformidade fundacional, a óbvia interdição do recurso cômodo à letra da lei. Confessou-o MAGALHÃES NORONHA, como se advertiu: “não é das mais felizes a redação do art. 128”. Referiu-o FABBRINI MIRABETE: “São causas excludentes da criminalidade, embora a redação do dispositivo pareça indicar causas de ausência de culpabilidade ou punibilidade”.

Não deixa de surpreender que autores de comum tão avessos a romper com a metodologia *simpliciter* normativista ou, quando menos, de primado normativista, ambas tendencialmente literalistas, nesse passo refujam com facilidade da letra da lei penal, negando-se a compreendê-la conformemente a sua literalidade. E evadindo, para mais, dos postulados do fictil legislador

⁴ Confirmam-se, p.ex.: ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, *Direito Penal*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1994, volume II, tomo I, p. 191 *et seq.*; DAMÁSIO DE JESUS: “A disposição não contém causas de exclusão da culpabilidade, nem escusas absolutórias ou causas extintivas de punibilidade. Os dois incisos do art. 128 contêm causas de exclusão da antinuridicidade. Note-se que o CP diz que “não se pune o aborto”. Fato impunível em matéria penal, é fato lícito” (*Direito Penal*, ed. Saraiva, São Paulo, 1997, volume II, p. 125. De modo que aí consagra o autor, *prima facie*, a identificação entre licitude e impunibilidade, vale dizer, a relegação da antijuridicidade não-penal: fica-se conseqüentemente a saber, por exemplo, que o inadimplemento doloso dos contratos é conduta *lícita*); GERALDO BATISTA DE SIQUEIRA, “Aborto Humanitário: Autorização Judicial”, *in Revista dos Tribunais* volume 675, p. 299 *et seq.*

apagógico e econômico, cujo figurino exige não se ponha a redigir redundâncias e inocuidades normativas.⁵

É interpelante, ainda, confrontar esse desapego da letra legal com, por exemplo, as substancialmente uníssonas conceituações de Direito Penal achadas nos manuais correntes na literatura penalística brasileira: conjunto de **normas jurídicas** editadas pelo Estado com o escopo de combater o delito, conjunto de **normas jurídicas** que, sobre o pressuposto do crime, relacionam um conseqüente jurídico punitivo. Ainda que se possa registrar, em boa parte desses manuais, uma certa permeabilidade secundária de acepções analógicas (o direito penal subjetivo,⁶ o direito penal enquanto ciência, arte ou técnica), é advertível a conservação da preeminência normativista, alguma vez como retroação do princípio da legalidade.

Mais além, ainda sob um influxo que se vem acentuando de linhas metodológicas (por assim dizer) politizantes, não falta, em todo caso, uma possível referência extrema às catalogações universalistas de direitos subjetivos: as celebradas *declarações universais de direitos do homem*. O que, nada obstante, não refoge do legalismo: aí a lei apenas se internacionaliza e globaliza, com obra da ficção de um legislador humano universal e consensual. Mas segue sendo lei. À maneira símile como dados jusnaturalistas aparentam só conseguir saber algo de direito natural se o incrustam, com uma graficidade anquilosada, no plexo de um Código de Leis, indiretamente naturais, por suposto, ou ao modo aparentado como outros jusnaturalistas parecem pensar reduzir o direito natural à Revelação, ainda, pois, num Código de Leis, agora diretamente divinas, por suposto. É sempre um estilo de um pensar geométrico.⁷ Não se sabe aí pensar em direito sem um código de leis, quase como um condutor de automóveis não saberia dirigir sem as placas de direção obrigatória e de parada proibida. Poderia romancear-se com a idéia de

⁵ Cfr. *brevitatis studio*, GIOVANNI TARELLO, *L'Interpretazione Della Legge*, ed. Dott. A. Giuffrè, Milão, 1980, p. 369 a 372.

⁶ Reduzido incompreensivelmente embora ao *jus puniendi*, ao passo que não faltam freqüentes alusões ao "direito subjetivo de *sursis*", ao "direito subjetivo de libertação condicionada", ao "direito subjetivo de progressão no regime carcerário", etc., direitos subjetivos todos, por suposto, acháveis no âmbito penal.

⁷ A que fez recente referência, p.ex., PAULO FERREIRA DA CUNHA, *A Constituição do Crime*, ed. Coimbra, 1998, p. 13 *et seq.*

condutores que não poriam seus carros em marcha se algum iconoclasta — ou normativoclasta — destruísse as placas de trânsito.

Coerente, cabe reconhecê-lo, foi o empenho singularizado de DAMÁSIO DE JESUS no intento de salvar a literalidade do artigo 128, Código Penal, ainda que, de modo conseqüente, à custa de, por implicitude, alçar a punibilidade ao plano de requisito da antijuridicidade,⁸ restringindo a ilicitude ao nível exclusivamente penal, com recusa, adicionalmente, do caráter seletivo da tipificação objetiva e do predicado sancionador que acompanha de comum o Direito Criminal.⁹

Perfilhada tão freqüentemente, por alguns doutrinadores, a radical concepção do positivismo legalista, é interessante, a propósito da exegese do

⁸ O que se agudiza quando se adverte a circunstância de ter esse autor adotado explicitamente um conceito analítico-formal binômico de crime: ação típica e antijurídica (*op.cit.*, volume I, p. 149), apartando o tradicional requisito da culpabilidade, que, a seu juízo, “constitui pressuposto da pena”. Isso resulta da identificação entre reprovabilidade e juízo de reprovabilidade, conceitos que, ao contrário, haviam sido já distinguidos por HANS WELZEL: “Ao representar-se aqui (...) ao ordenamento jurídico personificado pelo legislador ou o juiz, denomina-se também, muitas vezes, à reprovabilidade *reprovação* da culpabilidade e à culpabilidade *juízo de culpabilidade*. Isso não é nocivo se se tem sempre presente o caráter metafórico dessas expressões e se se recorda que a culpabilidade é uma *qualidade* negativa da ação mesma do autor e não está situada nas cabeças de outras pessoas que julgam a ação” (*El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, tradução castelhana de JOSÉ CEREZO MIR, ed. Ariel, Barcelona, 1964, p. 80). Para WELZEL, sublinhe-se, a culpa é um **elemento evidente** do delito (*Derecho Penal Alemán*, tradução de JUAN BUSTOS RAMÍREZ e SERGIO YÁÑEZ PÉREZ, ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 70). No mesmo sentido, diz CEZAR ROBERTO BITENCOURT: “Welzel deixou claro que, para ele, o crime só estará completo com a presença da culpabilidade. Dessa forma, para o finalismo, *crime* continua sendo a *ação típica, antijurídica e culpável*” (*Manual de Direito Penal*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, Parte Geral, p. 169).

⁹ Caráter sancionador que, noutra parte, afirmara o mesmo autor: “O Direito Penal é, por fim, sancionador, pois, através da cominação de sanção, protege outra norma jurídica de natureza extrapenal. (...) É, pois, o Direito Penal, um conjunto complementar e sancionador de normas jurídicas” (*op.cit.*, volume I, p. 6).

artigo 128, ver-lhes percorrer ora o caminho de uma aventável fundação no estado de necessidade (presumindo-o persistentemente justificador), ora a via do direito comparado,¹⁰ ora uma conjecturável equidade — propiciada à escusa das enfermeiras e das parteiras —,¹¹ como fórmula de esforço para concluir que, no fim e ao cabo, não vale o que a lei disse, mas o que acaso gostariam que dissesse. Não se anotou, no mais, com isso, ressalvado o denodo interpretativo, a inocuidade de um preceito específico, o do artigo 128, que só faria reproduzir regras já previstas na parte geral do Código, as dos artigos 23, inciso I, e 24.¹²

Uma indicação apropositada dessa discrepância entre a letra da norma do artigo 128, Código Penal, e a diligenciada compreensão que, como visto, lhe tratou de dar a quase unanimidade da doutrina penal brasileira acha-se impressivamente no fato de que, voltado, como se fez questão de proclamar, a introduzir inovações e escoimar de defeitos o Código Penal de 1940, o Anteprojeto de Código Penal elaborado nos anos sessentas por NELSON HUNGRIA¹³ pôs à mostra uma alteração redacional que, embora ainda insuficientemente, tratava de buscar a exclusão de antijuridicidade nas

¹⁰ Não houve até o caso, fortemente veiculado pela imprensa, de um célebre jurista ter pretendido resolver a questão do aborto no Brasil com uma alusão, julgada suficiente, à jurisprudência de turno nos Estados Unidos da América?

¹¹ É incitante julgar se há uma equidade seriamente possível no ambiente normativista.

¹² “Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

(.....)”.

“Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

(A propósito, ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, *op.cit.*, volume II, tomo II, p. 192, diz que a parteira, excluída do âmbito de incidência do artigo 128, Código Penal, poderá invocar o preceito do artigo 24, indicação da inocuidade daquele primeiro dispositivo referido. Diversamente, a norma do artigo 128, Código Penal, não é inócua quando explicada como hipótese elisiva de culpabilidade ou de escusa absolutória, exatamente em face da extensão da exculpabilidade ou impunibilidade a terceiros).

¹³ O Anteprojeto foi difundido em 1963.

hipóteses de aborto sentimental e terapêutico, afirmando seu artigo 127: “não constitui crime”. A insuficiência não pareceu logo advertida: não constitui crime também o injusto penal desnudado de culpabilidade...

Não se trata aqui de recusar a razoabilidade teórica de argumentar com uma elisão de criminalidade por estado de necessidade exculpante, referível à equipolência dos interesses legitimamente apontados no chamado aborto necessário:¹⁴ direito à vida *versus* direito à vida. Mas, ao reverso, implicitou-se na doutrina prevalecente uma desproporção dos interesses em conflito, direito à vida nascida *versus* direito à vida não nascida, dando-se arbitrária primazia ao primeiro. Só então poderia justificar-se a idéia de uma causa elisiva de ilicitude.

Tampouco se está a refutar, sem mais, o juízo doutrinário de que, no direito posto brasileiro, o estado de necessidade penal justificante se trate na ubiquação legislativa de modo unitário com a *necessitas* dirimente.¹⁵ Mas um novo problema ainda por enfrentar persistentemente é o de que não se pode retroceder da equivalência genérica — a eliminação da criminalidade — para o aplainamento da distinção entre elisão do crime e supressão da ilicitude global. Se é possível, sem embargo da unitariedade ôntica do crime, sua conceituação analítico-formal de matiz estratificado, como costumeiramente se vem afirmando, não se encontra motivo para nivelar uma causa dirimente, que elide, pois, a culpabilidade, com uma causa justificadora, que elimina a ilicitude, sob pena de antecipar, para o âmbito epistêmico da antijuridicidade, o que é só propiciado ao estrato seguinte. A elisão da culpabilidade não torna jurídico (*i.e.*, lícito) o que, em estágio gnosiológico anterior, já se houve de afirmar-se ilícito. Ou então seria inútil discutir sobre a culpabilidade. Ou ainda sua negação posterior não regridiria para suprimir a ilicitude anteriormente

¹⁴ Não extensível, por óbvio, sequer por hipótese ao chamado aborto sentimental.

¹⁵ Ainda que essa distinção, *ex hypothese*, seja colocada entre parênteses, a conclusão acerca do não cabimento da justificadora permaneceria inferível. Nesse sentido, cfr. meu artigo “Uma Questão Biojurídica Atual: a Autorização Judicial de Aborto Eugênico — Alvará para Matar”, separata da Revista dos Tribunais volume 734 (dezembro de 1996), em que às p. 533 e 534 se expendeu símile argumento, adotando-se, em leitura que se intentou clausulada por um *datum, sed non concessum*, a controvertida adesão ao influxo hermenêutico da chamada unitariedade normativa do estado de necessidade.

reconhecida. Tratando-se somente de uma exclusora de reprovabilidade e, conseqüentemente, de pena, não há eliminação das medidas de segurança (quando caibam), da responsabilidade extrapenal, da irrelevância do erro sobre a inculpabilidade, da ilicitude global, para rematar.

O só fato de um estado de necessidade dirimente versar-se, na regulativa local, num certo segmento comum de exclusões da criminalidade (artigos 23, inciso I, e 24, Código Penal), de maneira equivalente a uma causa justificadora, não aplanam as diferenças conceituais que objetivamente exibem uma e outra dessas exclusoras da criminalidade.¹⁶ Demais disso, se se quisesse insistir na linha da suposta eximente, poderia disputar-se sobre o tópico “*o que não está proibido está permitido*”, que não se resolve pelo enclausuramento dogmático da “plenitude do direito posto”: seria somente um tópico a solucionar-se com outro, e nenhum a solucionar coisa alguma. Nem toda exclusão do injusto está a importar numa valoração positiva de conduta, senão que alguma vez em sua neutralidade axiológica. É razoável, para um legislador que não se pretenda associado dos céus,¹⁷ supor uma zona de

¹⁶ São lições de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO: “O estado de necessidade é excludente da ilicitude quando, em situação de conflito ou colisão, ocorre o sacrifício do *bem de menor valor*. A inexigibilidade de outra conduta, no entanto, desculpa a ação quando se trata do sacrifício de *bem de igual ou maior valor*, que ocorra em circunstâncias nas quais ao agente não era razoavelmente exigível comportamento diverso, excluindo, pois, a *culpabilidade*. O estado de necessidade previsto no art. 24 do CP vigente, portanto, pode excluir a antijuridicidade ou a culpabilidade, conforme o caso” (*Lições de Direito Penal*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1994, Parte Geral, p. 211). Antes disso: “A legislação vigente, adotando fórmula unitária para o estado de necessidade e aludindo apenas ao sacrifício de um bem que, ‘nas circunstâncias, não era razoável exigir-se’, compreende impropriamente também o caso de bens de igual valor (é o caso do naufrago que, para reter a única tábua de salvamento, sacrifica o outro). Em tais casos subsiste a ilicitude e o que realmente ocorre é o estado de necessidade como excludente da culpa (inexigibilidade de outra conduta)...” (*id.*, p. 189). No mesmo sentido, HANS WELZEL: “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)” (*Derecho Penal Alemán, op.cit.*, p. 109).

¹⁷ E, sobretudo, que não pretenda ser sócio majoritário.

indiferença valorativo-jurídica nas condutas, que podem nada efetivamente dizer ao bem comum. Não teriam por que permitir-se ou vedar-se. Um extremo oposto previsível estaria em supor, graficamente, que o legislador permite que os homens respirem.

Outrossim, a rubrica introdutória do artigo 23, Código Penal, diz, com efeito, "**exclusão da ilicitude**", mas o texto desse mesmo artigo preceitua mais amplificadamente: "**não há crime**", que é, no aqui relevante, como dizer "se há estado de necessidade, não há crime: se justificador, porque não há ilícito; se dirimente, porque não há culpa". Sem ignorar que as rubricas, segundo pensava CUJACIUS, servem freqüentemente de *claves legum*, sua relevância exegética não vai ao ponto de que se possa recorrer a elas para contrariar literalmente a norma: o argumento *a rubrica* é sempre subsidiário.¹⁸

4. Registre-se, em acréscimo e significativamente, que uma parte bastante considerável dos penalistas brasileiros está ademais firmada de maneira vistosa na propensão ideológica de descriminalizar, se não todas, o mais possível, as hipóteses de aborto, o que levou já alguns de seus corifeus desde a suscitação de intrincadas teses de amplificação factual do objeto da tutela punitiva correspondente até à vinculação do maior número hipotético de abortos ao próprio desenvolvimento da ciência médica.

No primeiro tema, é realçável uma reflexão de NILO BATISTA, para quem a incriminação do aborto protege interesses obscurecidos pela retórica, porque, a seu juízo, a lei penal brasileira

"atinge um certo grupo de pessoas e beneficia outro.
São atingidas todas as mulheres que resolvem
praticar e praticam o aborto, sendo que o efeito

¹⁸ *Brevitatis studio*: CARLOS MAXIMILIANO PEREIRA DOS SANTOS, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, ed. Forense, Belo Horizonte – Rio de Janeiro, 9^a. ed, 1979, p. 266, n. 324 (com expresse apoio em PAULA BATISTA, BERRIAT SAINT-PRIX, FRABEGUETTES, BROCHER, SUTHERLAND, BLACK e CALDARA); ALÍPIO SILVEIRA, *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, volume I, p. 25 *et seq.*; FRANÇOIS OST, "L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur", in *L'interprétation en droit*, vários autores, sob a direção de MICHEL VAN DE KERCHOVE, ed. Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelas, 1978, p. 97 *et seq.*, *maxime* 142 e 143.

especificamente penal só recairá sobre as pobres. São beneficiados todos aqueles que se dedicam profissionalmente à prática do aborto. Beneficiados incondicionalmente: detêm o monopólio da atividade, sem concorrência dos hospitais públicos; não têm problemas com as autoridades sanitárias; não são perturbados pela polícia; não pagam imposto de renda pelo que recebem; etc.”¹⁹

Símile quadro, entretanto, pode ser referido, coerentemente, a toda uma série de delitos, especialmente os acantonados nas estatísticas das chamadas cifras negras da criminalidade, e, nessa boa lógica, não é da facticidade de uma deficiência do sistema de aplicação da lei penal que se deve regressar à valoração prudencial da criminalização e da penalização de condutas.²⁰ Também a lei penal relativa ao roubo, por exemplo, “atinge um certo número de pessoas e beneficia outro” (p.ex., os receptadores; segundo ironicamente ajuntou PAUL JOHNSON, isso é também propício à moderna política de redistribuição de rendas). Quanto ao mesmo roubo são beneficiados não menos aqueles que, dedicados profissionalmente a sua prática, logram, por um ou outro motivo circunstancial, escapar da ação da polícia (que, pois, não os perturba suficientemente), e tampouco seus autores e os receptadores das coisas subtraídas pagam um possível incidente imposto de renda. Não por isso (parece) se cogitará razoavelmente da descriminalização do roubo, ainda que não falte supor que se possa estimar muitíssimo grave a apontada infração fiscal, muito danosa ao caixa do estado, esse sinal reluzente do bem comum...

Mais emblemática do desvelo ideológico abortista — ressalvada, quiçá por assim calhar, a ocorrência de possíveis gralhas tipográficas — é a afirmação de JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, para quem “o progresso da ciência ampliou as

¹⁹ NILO BATISTA, “Aborto: a Retórica contra a Razão”, in *Revista de Direito Penal*, ed. Forense, Rio de Janeiro, janeiro – junho de 1979, n. 27, p. 40 *et seq.*; a citação no corpo do texto é da p. 45.

²⁰ De toda sorte, o argumento é dotado de reversibilidade: a equivalente antecedente já se relacionou solução diversa da sugerida por NILO BATISTA. Dizendo que, no Brasil, “os abortadores trabalham livremente, por toda a parte, desmoralizando a profissão (médica) e acarretando o desprestígio da classe”, LEONÍDIO RIBEIRO não concluiu na linha da descriminalização, longe disso, como se lê em seu “Aborto em Caso de Estupro” (*Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, outubro – dezembro de 1964, n. 2, p. 73 *et seq.*; a citação é da p. 76).

hipóteses de aborto terapêutico”.²¹ Com que progrediria a ciência médica à custa do incremento de situações hipoteticamente sugeríveis de intervenções letais.²² Faltava apenas que a semelhante “progresso” se amontoassem as hipóteses alguma vez doutrinariamente penhoradas do abortamento eugenésico, da eutanásia e do cancelamento de custosas políticas profiláticas.

Essas breves referências têm o fim de, impressivamente, revelar o forte empenho de alguns doutrinadores pátrios em defender a descriminalização do aborto, o que não terá deixado de comprimir a enervação óptica dos que tratavam de explicar o artigo 128 do Código Penal, extraindo-lhe a fórceps um significado normativo atritante de sua letra.

Tem-se, pois, campo aberto à indagação de uma ambigüidade no discurso dos positivismos, discurso que, em formulação estereotípica, muito visita inicialmente a linha normativista até que, circunstancialmente rompida, vê abrir-se ensejo a uma trilha sociologista ou judicialista, em que se supera o limite legislativo com apoio em supostas reivindicações sociais postas ao dia ou com o arbítrio criador judicial.

A primeira freqüente, sobretudo, uma oscilante opinião pública — opinião essa que, alguma vez, afronta a suposição de seus não raro adivinhos investigadores —,²³ e trata de legitimar o direito criminal no que se chamaria democracia de turno ou princípio da maioria eventual, a que,

²¹ JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, “Aborto, a Política do Crime”, in *Revista de Direito Penal*, ed. Forense, Rio de Janeiro, janeiro – junho de 1978, n. 25, p. 13 *et seq.*; a citação no corpo do texto é da p. 15.

²² Opostamente: “o grande progresso da ciência médica demonstra dia a dia que em todos esses casos é possível salvar a vida da gestante, sem sacrificar a do feto” (EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, *Direito Penal – Crimes Contra a Pessoa*, ed. Revista dos tribunais, São Paulo, 1973, p. 127).

²³ Deu-se assim com o recente plebiscito sobre a despenalização do aborto em Portugal. Não impressiona tanto a vitória marginal dos que sustentavam conservável a penalização do abortamento, como, patentemente, o fracasso da experiência democrático-participativa, com 68% de abstenções.

contemporaneamente, vem dirigindo forte adversidade a insuspeitada teoria do garantismo penal de color moduladamente positivista.²⁴

A segunda, a da arbitrariedade judiciária, implica uma vistosa fratura do princípio da legalidade: atrás de seus lineamentos hermenêuticos acha-se-lhe a ideologização, antes sugerida timidamente para os temas do direito constitucional e circunscrita às manifestações mais elevadas da jurisprudência dos Tribunais, hoje estendida a questões infraconstitucionais, muita vez, entregues ao magistrado de plantão: chegou-se já ao extremo de autorizar-se judicialmente a prática do crime de aborto eugenésico. É aí patente o critério do mero *judice volentem*, com o fraturamento do princípio da legalidade e a instauração fática de um certo direito penal máximo, antes historicamente caracterizável pela defesa doutrinária ou admissão legislativa da pena de morte, agora sintomaticamente muito mais configurável com a morte imposta a quem, por óbvio inocente, vê-se punido à margem de previsão normativo-penal, como ocorre com o aborto.

Decisivamente estranha atualmente que, a partir de um postulado cientificista, antes se afirmasse a impertinência de valorações extranormativas, pregadas, primeiro racionalizadamente, depois de modo implícito, com escora numa pauta de neutralização axiológica nos moldes propostos pelo iluminismo. É que agora, opostamente, se vê retomada a preocupação valorativa, já não a contar das antigas bases de estimativa — éticas e, não raro, religiosas —, mas das arbitrariamente assentadas “questões últimas” na metódica fundamental

²⁴ Isso que se disse modulação, p.ex., parece referi-la NORBERTO BOBBIO ao teórico garantista LUIGI FERRAJOLI, a quem, depois de assinar a recepção de influxo dos positivistas na tradição de Kelsen e Hart, atribui uma vertente crítica que o poderia acaso conduzir a um tipo de jusnaturalismo, não fora que, julga-o BOBBIO, o direito natural se ache de algum modo normativizado nas constituições modernas (cfr. o prólogo de BOBBIO, in LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, tradução castelhana, ed. Trotta, Valladoli, 1997, p. 17). Com lição de JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA poder-se-ia, de fato, extrair da apontada “modulação” como que um pouco advertido ingresso no ambiente jusnaturalista (“... os positivistas muitas vezes se aproximam, sem o perceber, dos princípios fundamentais do direito natural clássico, nem sempre conhecido suficientemente pelos seus adversários” — in *Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, p. 4 e 5).

iluminista. Historicamente, acusou-se um certo jusnaturalismo — que, de fato, racionalista, estava a comportar críticas — por esposar juízos axiológicos *a priori*, e, agora, adotada já a base normativista, perfilham-se novos juízos pretendidamente valorativos, igualmente apriorísticos, mas despidos da raiz ética que os poderia confortar: passa-se a uma simples *praxis* auto-suficiente, para não dizer mero exercício da *poiesis*. Voluntarismo, como quer que seja.

5. Em resumo, a afirmação de uma exclusora de ilicitude na regra do inciso I, artigo 128, Código Penal, demanda indispensavelmente que se aponte a sobrevalorização da vida da gestante sobre a vida do não nascido. Se essa supremacia axiológica não se afirmar, o conseqüente é apenas o do reconhecimento de uma elisiva de culpabilidade, com a negação conseguinte da existência de um vigente aborto legal.

De toda sorte, é incogitável categoria alguma de estado de necessidade sob a figura do inciso II, artigo 128, Código Penal, que é, pois, mera hipótese de eximente de punibilidade ou escusa absolutória.

6. Por algo deve justificar-se que o epíteto lançado à doutrina de rejeição do sentido literal do artigo 128, Código Penal, não seja impróprio ao chamá-la conservadora, nem excessivo, agora, quando ela se qualifica de reacionária²⁵ (sempre ressalvado o respeito que se almeja aqui tributar a eminentes de seus defensores).

De saída, como visto, resistiu parte avaliável da doutrina brasileira ao texto do artigo 128 do Código Penal de 1940, que, na linha já constante do Anteprojeto de ALCÂNTARA MACHADO e substancialmente antecipada no Projeto de SÁ PEREIRA, perfilhou solução menos desajustada à formação espiritual do povo brasileiro. A desenvolvimento histórica que, à frente, levaria ao surgimento da Constituição Federal de 1988 e à internalização jurídica da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) implicou para esse forte segmento da doutrina penal nova e decisiva reação: quis ela conservar o vetusto preconceito afirmado com NELSON HUNGRIA desde o

²⁵ Na acepção de “atitude daqueles que se opõem ao processo evolutivo da sociedade, querendo fazê-la regredir a situações ou fases superadas pela evolução” (JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA – =, CLÓVIS LEMA GARCIA E JOSÉ FRAGA TEIXEIRA DE CARVALHO, *Dicionário de Política*, ed. T. A. Queiroz, São Paulo, 1998, p. 453 a).

lendemain da vigência do artigo 128 do Código Penal. Terminou-se, ao cabo, numa resistência aos preceitos justamente estimáveis como progressistas que, na Constituição de 88 e no Pacto de São José, interditarão em definitivo a eliminação de ilicitude em qualquer aborto direto.

É intrigante a apreciação de que muitos dos juristas mais valiosamente empenhados em propalar e efetivar o chamado garantismo penal arquem, pontualmente, com o ônus do reacionarismo na temática do aborto.

Esses juristas que não hesitam — nem sempre acaso desamparados de boas razões — em incrementar a cifra negra da criminalidade, para isso atulhando os casos de prescrição das pretensões punitivas ante a descoberta de uma pequenina falta que fosse contra o formulário respeito devido ao princípio do contraditório.

Esses juristas que, de comum, não transigem, minimamente, com uma ligeira pena de multa imposta sem o rigor de uma dedicada fundamentação decisória e que fulminam de anatematização a mais leve das irregularidades no processo criminal.

Esses juristas que, estremecidos de uma apreciável santa ira penal, agigantam freqüentemente a voz para adversar como reacionária a mínima sugestão acometedora do regresso da pena de morte, para advogar, louvavelmente, a causa dos de fato oprimidos, e menos meritoriamente, a dos que pretextam opressão, para rescindir condenações entibiadas com a mais ligeira das dúvidas, esses mesmos destacados e combativos juristas já contudo não se abalam de ira alguma, não atritam com a pena fatal, não apadrinham a causa dos parvos ofendidos, não patrocina a rescisão de decretos — ultimados em lúgubre exercício de jurisdição voluntária²⁶ e à margem de inimaginável contraditório —²⁷, quando estão esses decretos a

²⁶ Como houve, efetivamente, quem largamente o dissesse e sustentasse pela imprensa especializada.

²⁷ Fortes mas, em todo caso, significativas são, a propósito, estas palavras de ANTÔNIO JAJÁH, num artigo veiculado pelo jornal do Conselho Federal de Medicina (julho de 1993): “ação de uma quadrilha constituída por Juiz de Direito, médicos e Promotor Público. (...) Uma verdadeira quadrilha instalando um novo sistema de

autorizar ou de fato a remeter à morte **pessoas** que, circunstancialmente, vivam de si próprias imprecadas no ainda misterioso universo intra-uterino. Uma curiosa volta da pena de morte, pois.

Uma compreensão progressiva e progressista

7. Vitorioso o golpe militar de 15 de novembro de 1889 que instaurou a forma republicana no Brasil, o governo de fato do Marechal DEODORO DA FONSECA, menos de um ano depois, por meio de um decreto, sob n. 847,²⁸ promulgou um novo Código Penal “inçado de defeitos”,²⁹ “assistêmico”, de “técnica primária”: viria esse Código a transformar-se em uma “colcha de retalhos”,³⁰ um Código de que JOÃO MONTEIRO³¹ chegou a afirmar ser o pior dos conhecidos.³² Com aparente primado legislativo no Brasil, o Código de 1890 referia-se expressamente ao aborto legal, que também designava por necessário:

“Art. 302. Se o médico, ou parteira, praticando o aborto legal, o aborto necessário para salvar a gestante de morte inevitável, ocasionar-lhe a morte por imperícia ou negligência.

Penas — de prisão celular por dois meses a dois anos, e privação do exercício da profissão por igual tempo ao da condenação”.

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).

²⁸ Datado de 11 de outubro de 1890.

²⁹ BASILEU GARCIA, *Instituições de Direito Penal*, ed. Max Limonad, São Paulo, 4^a. ed., s.d., volume I, tomo I, p. 125.

³⁰ ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, *op.cit.*, volume I, tomo I, p. 218.

³¹ Cfr. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado de Direito Penal*, ed. Bookseller, Campinas, 1997, volume I, p. 123.

³² Diz LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA: “Apenas comenzó a regir en Código de 1890, las críticas cayeron sañudamente sobre él, muchas veces exageradas y desprovistas de fundamento, como la que le tildó del “peor de todos los Códigos conocidos”. Como secuela de las censuras se piensa ya a los tres años en darle sustituto” (*Tratado de Derecho Penal*, ed. Losada, Buenos Aires, 1992, tomo I, p. 1.332).

Calçava-se presumidamente a figura desse aborto legal, minguido de tratamento específico, na previsão do artigo 32, § 1º do Código, qual a de que não seriam criminosos “os que praticarem o crime para evitar mal maior”, dispositivo esse complementado pelo artigo subsequente:

“Art. 33. Para que o crime seja justificado no caso do § 1º do artigo precedente, deverão intervir conjuntamente, a favor do delinqüente, os seguintes requisitos:

1º Certeza do mal que se propõe evitar;

2º Falta absoluta de outro meio menos prejudicial;

3º Probabilidade de eficácia do que se empregou”.

O Código Penal de 1890 terá, pois, excluído a ilicitude do chamado aborto necessário, referindo-o, suspeitadamente, à previsão genérica do estado de necessidade.

8. Mediando o precedente de, ao tempo do Império, se ter aprovado uma Consolidação das Leis Civis, obra de TEIXEIRA DE FREITAS, e, estendida a convicção de que “obsoleto e defeituoso”³³ o Código Penal de 1890 (suprido já por uma dispersão legislativa de regras penais), um novo governo de fato,³⁴ em dezembro de 1932,³⁵ aprovou e adotou, com o título Consolidação das Leis Penais, a obra *Código Penal Brasileiro, completado com as leis modificadoras em vigor*, de autoria do Desembargador VICENTE PIRAGIBE, juiz da Corte de Apelação do Rio de Janeiro, que era então o Distrito Federal.

³³ Foi o que escreveu, em nome da Comissão Legislativa, seu presidente LEVI CARNEIRO, em parecer datado de 21 de novembro de 1932 e remetido ao então Ministro da Justiça e Negócios Interiores.

³⁴ Tal como na Primeira República se intitulara oficialmente o governo ditatorial do Marechal DEODORO DA FONSECA de “governo provisório”, a ditadura instaurada com a deposição do Presidente WASHINGTON LUÍS, em outubro de 1930, e correspondendo ao primeiro período de GETÚLIO VARGAS, inaugurado em 3 de novembro seguinte, chamou-se oficialmente por aquela mesma e eufêmica designação “governo provisório”.

³⁵ Decreto n. 22.213, de 14 de dezembro de 1932.

Não se destinando a revogar nenhum preceito da normativa penal vigente,³⁶ a Consolidação reproduziu, em seu artigo 302, a regra do artigo 302 do Código Penal de 1890, com que reafirmadas então a conjecturável excludente de ilicitude, pelo chamado aborto necessário, e sua remissão ao estado de necessidade como previsão genérica de justificação ou de exculpação.

9. Antes de aprovar-se a Consolidação, entretanto, a um professor de direito privado, o Desembargador VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA, incumbira o Governo brasileiro, sob a presidência de ARTHUR BERNARDES, a tarefa de elaborar um novo projeto para a reforma do frustrado primeiro Código Penal republicano.³⁷

Tornado público em novembro de 1927, o Projeto de SÁ PEREIRA, ao versar o denominado aborto necessário, dispunha em seu artigo 196:

“Não será passível de pena o médico diplomado que, para salvar a vida ou a saúde de alguma mulher, lhe causar o aborto, como recurso extremo.

§ 1º Para que, neste caso, o estado de necessidade se reconheça, será mister:

1. que haja consentimento escrito da própria mulher, se o pode dar, ou de quem por lei a represente, ou das pessoas de sua família que, segundo as circunstâncias, presumidamente, sejam as mais idôneas e capazes;
2. que outro médico diplomado concorde por escrito com a provocação do aborto, e só a impossibilidade provada de se satisfazer a esta exigência lhe causará a preterição.

³⁶ Dispunha a esse respeito o parágrafo único do artigo 1º do Decreto n. 22.213, de 14 de dezembro de 1932: “A Consolidação, assim aprovada e adotada, não revogará dispositivo algum da legislação penal em vigor, no caso de incompatibilidade entre os textos respectivos”.

³⁷ Cfr. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *op.cit.*, tomo I, p. 1.333 *et seq.*; ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, *op.cit.*, volume I, tomo I, p. 219; BASILEU GARCIA, *op.cit.*, volume I, tomo I, p. 126 e 127.

§ 2º Se do aborto resultar a morte da mulher, por imperícia, imprudência ou negligência do médico que o provocou, a este aplicar-se-á a pena de detenção por seis meses, no mínimo, e mais a interdição necessária”.³⁸

Alvo de inúmeras críticas e sob a intercorrência de uma revolução política em 1930, o Projeto SA PEREIRA não se converteu em lei, a despeito de um seu substitutivo, elaborado pela sub-comissão legislativa integrada por SA PEREIRA, EVARISTO DE MORAIS e BULHÕES PEDREIRA, ter sido objeto de processo de elaboração normativa que se estendeu até 1937.

De toda sorte, o projeto não deixava de sinalizar uma certa propensão inovadora no tratamento jurídico-penal do chamado aborto necessário.

Para logo, já não se achava em seu texto referência nenhuma a aborto legal. Bem por isso, a esse propósito, sugere-se desde aí que a insistente alusão doutrinária à figura do aborto legal, em nossos dias, *maxime* propiciada por pensadores de cariz explícita ou implicitamente legalista, retraça uma certa nostalgia jurídica,³⁹ se se observa que a categoria do aborto legal ficou derradeiramente referida no Código Penal de 1890 e em seu adivinhável espelhamento na Consolidação VICENTE PIRAGIBE.

Ademais, sem embargo da remissão a um estado de necessidade, o Projeto SA PEREIRA não se alinhou expressamente com a idéia de justificação da conduta, antes enunciada no artigo 33 do Código Penal de 1890 (“Para que o crime seja justificado, etc.”), preferindo, salientemente, mencionar a não punibilidade do agente (“Não será passível de pena, etc.”). A limitação da ressonância do chamado aborto necessário ao plano da consequência jurídica guarda correspondência com a atenuação da reação penal prevista, no mesmo Projeto, para o abortamento por motivo de honra, igualmente, pois, objeto de redução da pena e não de eliminação de ilicitude.⁴⁰

³⁸ Cfr. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1929, volume 52, p. 5 *et seq.*, e, 1930, volume 54, p. 35 *et seq.*

³⁹ Bem sintetizado nesta sentença de MICHEL VILLEY: *un bavardage de vieux juristes épilquant sur son passé (Philosophie du droit*, ed. Dalloz, Paris, 1978, tomo I, p. 29).

⁴⁰ Artigo 197: “Quando fora da família não for conhecida a gravidez, ao motivo de honra atender-se-á no aborto, para que de metade se reduza a pena de prisão

10. Professor de Medicina Legal na Faculdade de Direito de São Paulo, JOSÉ DE ALCÂNTARA MACHADO, que fora convidado a elaborar um projeto de Código Penal, em 1934, pelo Ministro VICENTE RÁO, recebeu, em 1937, do Ministro da Justiça, FRANCISCO CAMPOS, nova incumbência de reformar o Código Penal da Primeira República.

Vivia-se, por então, entre nós, uma das costumeiras crises que em toda parte exhibe o sistema de representação partidária. Justificara-se o golpe de Estado de 1937 exatamente com a “crescente agravação dos dissídios partidários” —, e, dissolvido o Congresso com aprovação dos governadores estaduais e de quase todos os ministros de Estado,⁴¹ outorgou-se em 10 de novembro daquele ano uma nova Carta Magna.

O Projeto de ALCÂNTARA MACHADO foi apresentado ao Governo em meados de 1938,⁴² e, a propósito do aborto dito necessário e, inovadoramente, do aborto em caso de estupro, dispunha seu artigo 316:

“Não será punível o aborto provocado por médico habilitado, quando outro meio não houver de salvar a vida da gestante.

imposta aos parentes que o provocaram e possa o juiz convertê-la em detenção, desde que o art. 70 seja aplicável”. Esse artigo 70 do Projeto previa: “A pena de detenção, cujo mínimo é de um dia e o máximo de um ano, especialmente se aplicará aos delinquentes primários e de ocasião, que não revelarem temibilidade, nem se tenham movido de sentimentos vis ao cometer o crime”. Segue seu parágrafo único: “A detenção será substituída pela prisão e o máximo genérico da primeira poderá ser atingido, toda vez que a temibilidade se verificar, ou os móveis do crime forem vis”.

⁴¹ Ressalva-se a oposição do Ministro da Agricultura, ODILON BRAGA.

⁴² Data de 15 de maio de 1938 a exposição de motivos firmada por ALCÂNTARA MACHADO e dirigida ao Ministro FRANCISCO CAMPOS (cfr. ALCÂNTARA MACHADO, *Projeto do Código Criminal Brasileiro*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1938, p. 30; também: ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, *op.cit.*, volume I, tomo I, p. 219; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *op.cit.*, volume I, p. 126). JIMÉNEZ DE ASÚA, entretanto, indicou o dia 11 de agosto de 1938 como o da entrega do projeto ao Governo brasileiro (*op.cit.*, volume I, p. 1.342).

§ 1º — Também não será punível o aborto provocado por médico habilitado, com o consentimento da gestante ou, se esta fora incapaz de prestá-lo, de seu representante legal, quando a gravidez resultar de estupro.

§ 2º — Responderá, em todo caso, pela morte ou lesão resultante da intervenção, o médico que se houver culposamente”.

Nesse Projeto não se acha referência a nenhum aborto legal. Por duas vezes, diversamente, menciona o preceito, em seu *caput* e no § 1º, a **não punibilidade** do agente (“Não será punível, etc.”, “Também não será punível, etc.”), faltante alusão alguma a uma possível exclusão de ilicitude.

Tem-se ainda, passados mais de cinquenta anos, uma incitação histórica para o desvendamento do que ocorreu durante os trabalhos da Comissão Revisora do Projeto. Integrada por NELSON HUNGRIA, COSTA E SILVA,⁴³ ROBERTO LYRA, VIEIRA BRAGA e NARCÉLIO DE QUEIROZ,⁴⁴ a Comissão teve “divergências profundas” com ALCÂNTARA MACHADO,⁴⁵ que lhe dirigiu duras críticas:

“Aludia-se (que remédio!) ao projeto. Calava-se, porém, sistematicamente, nos comunicados oficiais, o nome de quem o fizera. Com o correr dos dias, as informações fornecidas à imprensa não mais se referiam ao trabalho de minha lavra. O ‘grilo’ se desmascarava: a comissão revisora se transformara manhosamente em comissão organizadora do novo código”.⁴⁶

⁴³ Acerca da participação do Desembargador paulista ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA nos trabalhos da Comissão Revisora do Projeto ALCÂNTARA MACHADO, confira-se a nota de RUI REBELLO PINHO aposta ao artigo do primeiro, intitulado “Ligeiras Observações sobre o Trabalho da Comissão Revisora na sua Primeira Fase”, *in Justitia*, São Paulo, primeiro trimestre de 1958, volume 20, p. 41 a 43.

⁴⁴ Cfr. ALCÂNTARA MACHADO, *op.cit.*, p. 24.

⁴⁵ Cfr. JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI, *Códigos Penais do Brasil – Evolução Histórica*, ed. Jalovi, Bauru, 1980, p. 12. Nada obstante o fato de ter dito NELSON HUNGRIA que o projeto de ALCÂNTARA MACHADO estava para o Código Penal, como o projeto de CLÓVIS BEVILÁQUA estava para o Código Civil (cfr. ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, *op.cit.*, volume I, tomo I, p. 221).

⁴⁶ ALCÂNTARA MACHADO, *op.cit.*, p. 24.

“O que me foi presente, com o rótulo de ‘Código Penal do Brasil’, era na realidade um decalque do ‘Código Criminal Brasileiro’, projetado por mim. Este reaparecia naquele, por mais que tentassem desfigurá-lo, mediante graves mutilações, enxertos insignificantes e emendas anódinas ou contraproducentes de redação. O que é pior: reproduzia muitos erros, que me haviam escapado e que eu já havia anotado para corrigi-los oportunamente. E o que é bem significativo: trasladava diversos dentre os dispositivos criticados acerbamente por alguns dos revisores”.⁴⁷

Ainda que muito se ignore do trabalho da Comissão, é fato que o texto do artigo 128 do resultante Código Penal de 1940 manteve, substancialmente, a regulação proposta por ALCÂNTARA MACHADO. Os juízos “não será punível, etc.”, “também não será punível, etc.”, constantes do Projeto, reaparecem no Código com a fórmula “não se pune o aborto, etc.”:

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

É interessante anotar que, entre as críticas dirigidas ao Projeto ALCÂNTARA MACHADO, uma se dirigiu ao tratamento do aborto. Formulou-a ENRICO ALTAVILLA, como segue, sem alusão ao tema do aborto por indicação terapêutica:

“Quanto ao aborto, o projeto adota a noção triunfante na opinião de parte da doutrina italiana, mas que eu não aceito:

⁴⁷ *Idem*, p. 26. Veja-se ainda no texto a carta que Alcântara Machado dirigiu ao Ministro FRANCISCO CAMPOS, contendo invectivas fortíssimas destinadas ao trabalho da Comissão.

'...expulsão prematura ou destruição, no próprio ventre, do produto da concepção' (art. 314).

Entendo que o aborto se verifica, não com a expulsão, mas com a morte do feto, de modo que, se este último sobrevivesse, havia aborto tentado. Se a expulsão fosse determinada pelo desejo de provocar o nascimento prematuro, poderia haver somente uma lesão em prejuízo da mulher.

Impossíveis se declaram a tentativa de aborto cometida pela mulher em si mesma e o aborto das mulheres que tenham concebido em consequência de estupro. Decide-se dessa maneira uma questão que dividiu a doutrina depois da última guerra".⁴⁸

Terminológica, pois, capitalmente, a questão suscitada por ALTAVILLA, firmando-se o Projeto em distinções que, com amparo na ciência médica e na doutrina moral,⁴⁹ estremavam outras intervenções obstétricas diretamente ocisivas do feto.⁵⁰

11. Não cabe, sem mais, reputar fortuita a mudança legislativa que, relegando o antigo aborto legal do Código de 1890, adotava a linha da não punibilidade.

Para já, não se pode menosprezar a influência que sobre a ponderável e prevalecente formação católica do povo brasileiro terá exercido, a contar de

⁴⁸ ENRICO ALTAVILLA, "Um novo projeto de código criminal brasileiro", *in Revista Forense*, Rio de Janeiro, novembro de 1939, volume LXXX, fascículo n. 437, p. 266.

⁴⁹ Nessa direção, cfr. HENRICI DENZINGER, *Enchiridion Symbolorum*, ed. Herder, Friburgo, s.d., 30^a ed., 1.889: *De craniotomia et abortu*, resposta do Santo Ofício ao arcebispo de Lyon, datada de 31 de maio de 1889. Consta um acréscimo, em resposta ao arcebispo de Cambrai: *quacunque chirurgicam operationem directe occisivam foetus* (DENZINGER, 1.890). Cfr. também MARCELLINUS ZALBA, *Theologiae Moralis Compendium*, ed. BAC, Madrid, 1958, volume I, p. 878 e 879.

⁵⁰ Assim, p.ex., a craneotomia e a embriotomia.

sua promulgação, em 1917, o Código de Direito Canônico, que, no cânon 2.350,⁵¹ previa a excomunhão *ipso facto*.

Mais influxo todavia terá advindo da publicação, em 31 de dezembro de 1930, da Encíclica *Casti Connubii*, do Papa Pio XI, que se refere ao aborto como “crime gravíssimo”, indagando a seguir, a propósito do aborto por indicação terapêutica: “que causa poderá jamais ter força para escusar de algum modo a morte diretamente procurada de um inocente?”.⁵² Por fim, advertia o Pontífice:

“...não é lícito aos que governam as nações e dão-lhes leis deixar no esquecimento que é função da autoridade pública defender com leis e penas convenientes a vida dos inocentes, e isso tanto mais quanto menos possam defender-se a si próprios aqueles cuja vida periga e é atacada, entre os quais ocupam certamente o primeiro lugar as crianças encerradas ainda nas entranhas maternas. E se os magistrados públicos não só não defendem essas crianças, senão que com suas leis e ordens as abandonam e, ainda mais, as entregam em mãos de médicos ou outros para ser mortas, lembrem-se que Deus é juiz e vingador do *sangue inocente, que da terra clama ao céu* [Gên. 4, 10]”.⁵³

Com esses impulsos vindos de Roma, fortaleceu-se no Brasil uma linha de resistência em favor da vida dos nascituros, cabendo aqui mencionar, de maneira impressionante, uma obra de CARLOS FERNANDES, docente da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, que, no começo dos anos trintas, fortificado em valiosa literatura, escrevia a páginas tantas de seu *De Jure Vitae Necisque*:

“Ou o nascituro é ser humano e tem todo direito à vida, tem essa vida integral que exige respeito ou não o é, e nesse caso não percamos tempo, eliminemo-lo

⁵¹ Cânon 2.350, § 1º: “Procurantes abortum, matre non excepta, incurrunt, effectu secuto, in excommunicationem latae sententiae Ordinario reservatam...” (“Os que procuram o aborto, incluída a mãe, incorrem, se o aborto se verifica, em excomunhão *latae sententiae* reservada ao Ordinário...”).

⁵² No original: “at quae possit umquam causa valere ad ullo modo excusandam directam innocentis necem?” (DENZINGER, 2.243).

⁵³ DENZINGER, 2.244.

à vontade, conforme às injunções das necessidades obstétricas, econômicas, eugênicas, estéticas ou libertinas.

Há pouco pão em casa, há muito baile a freqüentar este ano?

Aborte-se!

Já mingam os desportos! Não há mais em que 'matar' o tempo? Vá, aceite-se então essa prenhez que se iniciou. O filho, novidade recreativa, deixar-se-á então nascer vivo, se na parturição aliás não surgir dificuldade desagradável.

Que preceito de ética regula o corte dos cabelos ou das unhas, apêndices do corpo?

O mesmo então se faça ao nascituro *pars uteri vel viscerum*.

O absurdo surge à vista.

Se há dois seres humanos, há dois direitos iguais à vida e conseqüentemente um não se poderá sobrepor ao outro, mesmo porque já há muito afirmara o sábio autor do *Esprit des lois: Il n'y a pas de droit contre droit*.

Poder-se-á reconhecer aí a possibilidade de vantagens maiores ou menores com o sacrifício de uma vida em favor de outra, mas vantagens são vantagens e nunca direitos".⁵⁴

12. Ainda no plexo endonormativo, uma leitura desapassionada do artigo 128 do Código Penal de 1940 e seu cotejo com o Código Penal de 1890 deveriam conduzir ao indiciável conseqüente de mudança no entendimento legislativo.

O mito do "legislador penal",⁵⁵ a que se pode concernir, por empréstimo, esta aproximada sentença de PASCAL: "um homem que aprende sempre e não

⁵⁴ CARLOS FERNANDES, *De Jure Vitae Necisque*, ed. "O Livro Vermelho dos Telefones", Rio de Janeiro, 1933, p. 118.

⁵⁵ Como o refere, p.ex., PAULO FERREIRA DA CUNHA, *op.cit.*, *passim*.

morre nunca”, aquele “mito-legislador” mudara “de idéia”. Uma análise sumária da redação do artigo 128, Código Penal, e seu confronto com o antigo aborto legal sugerem o abandono da suposição do legislativo conservador.⁵⁶

Era insinuável uma progressão na linha de defesa dos direitos humanos, que passavam a reconhecer-se ainda na via intra-uterina de seu possível titular. Por aí, onde se escrevia “não se pune o aborto”, cabia ler e compreender-se “não se pune o aborto”, vale dizer: quando não mera escusa absolutória, uma eximente de culpabilidade.⁵⁷ E só.

Insistiu a corrente oposta: onde se lê “não se pune o aborto”, leia-se e compreenda-se “o aborto é lícito”. Ora, prevalecendo na doutrina penalista pátria essa corrente de reação contra a nova disciplina legal, representou ela um retrocesso para os (e nos) direitos humanos. É fato ainda que, tamanhamente predominou na doutrina a linha reacionária, julgou-se cabível reformar a lei penal para interditar o aventurável aborto “lícito”: o Deputado ARRUDA CÂMARA, em 30 de setembro de 1949, apresentou ao Congresso Nacional um projeto de lei, que recebeu o n. 810-A, para o fim de revogar o artigo 128 do Código Penal. Extrai-se da justificativa desse projeto:

“Os preceitos do art. 128 além de constituírem uma porta aberta, à sombra da qual se encampam todos os outros atentados à vida do nascituro, são infringentes da doutrina e da moral católica do povo brasileiro. Ademais, o chamado aborto terapêutico é insustentável em face dos direitos do nascituro e em face da própria ciência médica bem orientada”.⁵⁸

⁵⁶ Cfr. *brevitatis causa*, GIOVANNI TARELLO, *op.cit.*, p. 367 *et seq.*

⁵⁷ Nesse sentido: “... 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 de punibilidade) —, *ou* se fulminam de manifesta inconstitucionalidade” (de meu artigo “Uma Questão Biojurídica Atual: a Autorização Judicial de Aborto Eugênico — Alvará para Matar”, *op.cit.*, p. 531).

⁵⁸ Cfr. *Revista dos Tribunais*, volume 191, p. 48. Esse projeto mereceu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados — Comissão essa presidida pelo Deputado GUSTAVO CAPANEMA e que tinha como relator o Deputado ATALIBA NOGUEIRA — mas não veio depois a ser aprovado.

Era dos médicos que seguiam principalmente os ataques à falta de suposto de fato para o aborto necessário, como se verifica, por exemplo, das críticas de COSTA JÚNIOR, catedrático de Medicina Legal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ao afirmar, em 1965, que a previsão do inciso I, artigo 128, Código Penal brasileiro, não achava fundamento na medicina contemporânea:

“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”.⁵⁹

Não havendo hipótese médica de fato, a previsão do chamado aborto necessário mostrava-se propícia, como observara o Deputado ARRUDA CÂMARA, a “todos os outros atentados à vida do nascituro”. O que ainda e duplamente segue a justificar a revogação do inciso I, artigo 128, Código Penal: tanto pela mingua de suposto factual da necessidade, quanto, ao cabo, pelos efeitos de perversão da tarefa pedagógica da normativa.

Com sua opulenta imperação acadêmica, porém, a história da doutrina extremada permaneceu a salvo de enfrentamentos jurídicos mais efetivos até que, em meados da década de oitenta, se produziu um fulgurante estudo do Desembargador paulista WALTER MORAES, publicado na *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo*.

WALTER MORAES era reconhecido mestre no direito privado, a quem se atribuía, com justa indicação, a palma de maior teórico brasileiro dos direitos da personalidade. Tantos anos depois de, por assim dizer, assentada a linha conservadora em prol do aborto “legal” e robustecida ela de caminho pela adesão de novos e consagrados juristas,⁶⁰ coube a WALTER MORAES a ruptura

⁵⁹ J. B. DE OLIVEIRA E COSTA JÚNIOR, “Por que, ainda, o aborto terapêutico?”, in *Revista da Faculdade de Direito*, USP, São Paulo, 1965, volume IX, p. 319.

⁶⁰ Cfr., a esse propósito, a tese de doutoramento apresentada por IVETTE SENISE FERREIRA à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1982, com o título

da aparente unanimidade quanto à compreensão do significado normativo do artigo 128 do Código Penal.

Perfilhando a integração da punibilidade no conceito de crime,⁶¹ observou ele que

“A punibilidade não pode confundir-se com a *punição* mesma, que coincide com a aplicação da pena: pois, induzindo um critério de *suscetibilidade*, 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

“O Aborto Legal” (copiado e arquivado na biblioteca dessa Faculdade, sob n. 2.184 – Departamento de Direito Penal).

⁶¹ A exemplo do igualmente ensinado, entre nós, por BASILEU GARCIA, *op.cit.*, volume I, p. 197: “O coeficiente pena não pode ser omitido. Não havendo crime sem que lhe seja cominada pena, a idéia de punibilidade é essencial à conceituação”.

igualmente aplicar a pena (art. 240, § 4º, 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 Código Penal 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 *punível* (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 *licitude* 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’ (Código de Processo Civil, 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, § 2º).

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".⁶²

14. Entender, outrossim, que o artigo 128, Código Penal, prevê uma exclusora de ilicitude, disse ainda WALTER MORAES, implicaria atrito com a Constituição Federal, que consagra o direito à vida:

"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?"⁶³

Os bens jurídicos tuteláveis por exigência constitucional têm recebido mais de uma cunha desprotetiva, como se manifesta a partir de sua ocasional estimativa programática⁶⁴ e, particularmente, de uma tendencial relativização de sua tutela, abrindo ensejo a "margens de manobra" na presença de

⁶² WALTER MORAES, "O Problema da Autorização Judicial para o Aborto", *in Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo*, ed. Lex, vol. 99, p. 20 e 21.

⁶³ *Idem*, p. 23 e 24.

⁶⁴ Cfr., *brevitatis causa*, GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Teoría general de los derechos humanos*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 350.

conflitos de interesses constitucionalmente amparáveis,⁶⁵ apontando-se, no âmbito do tema aborto, a preponderância da clivagem ideológica abortista.

Não deixa de ser incitante, é verdade, essa desmitificação da normativa constitucional, embora renda espaço de fato a uma compreensão infraconstitucional retrocessiva sobre a regra maior, o que é particularmente agravado nos casos, assim o brasileiro, em que a Constituição se revele vistosamente alargada.

Relega-se aqui o exame da matéria,⁶⁶ apontando-se, em todo caso, a necessidade de indicações, no próprio plano constitucional, do âmbito possível do *posterius* da restrição normativa, especialmente nas hipóteses — que se avistam estendidas sob uma Constituição muito abrangente — de concorrência de direitos fundamentais. Manifesta é a atual insuficiência da mera alusão à necessidade lógica de restringir um dos direitos essenciais colidentes com remessa ao critério das “circunstâncias concretas” — outrora, dir-se-ia acaso: equidade; agora, talvez: *praxis* destituída de princípios —, se o conflito se entrega adrede à arbitrária escolha quer do legislador infraconstitucional, quer dos juízes.⁶⁷ O critério conseguintemente adotável seria apenas o da ausência de critérios sugeríveis na (e por meio da) lei maior, que estaria submetida, de fato, a uma instância superior com a omissão de pautas constitucionais obrigatórias expressas para a normativa inferior e as decisões judiciais.⁶⁸

Regressa-se logo ao tema da exclusora da ilicitude com a dificuldade de averiguar quando uma regra inferior, com o suposto de uma colidência de direitos fundamentais, pode tornar lícita uma afronta à norma superior. E, mais singularizadamente, caberia inquirir, nos casos do chamado aborto necessário e do aborto que se designa por sentimental, sobre a hierarquização

⁶⁵ Cfr. PATRICIA LAURENZO COPELLO, *El Aborto No Punible*, ed. Bosch e Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Málaga – S.P.I.C.U.M, Barcelona, 1990, p. 115 *et seq.*, *maxime* p. 118.

⁶⁶ Remetendo-se aos estudos sobre o tema constitucional publicados também neste livro.

⁶⁷ Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ed. Almedina, Coimbra, 1998, p. 1.140 e 1.141.

⁶⁸ Cfr. GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *op.cit.*, p. 352. De toda sorte, seria cogitável sempre o reconhecimento dessas pautas no plano de uma constitucionalidade material.

pretendidamente subordinante do direito do feto. Subordinação a qual direito? Ao direito da mulher à própria vida? Mas isso importaria em valorizar mais um direito à vida do que outro direito à vida. O legislador infraconstitucional teria, pois, reconhecida a tarefa de selecionar direitos à vida mais tuteláveis do que outros. Que pudesse elidir culpabilidade em casos de inexigência de conduta diversa ou até de, politicamente, isentar de pena uma dada ação de sacrifício de interesse valorativamente maior do que o beneficiado, uma e outra coisa não seriam *a priori* irrazoáveis. Mas que pudesse, para além, escolher seletivamente, entre direitos iguais, os acaso “superiormente” iguais, seria reduzir quase a nada a garantia dos direitos maiores.

A história deste século pode ser ilustrativa desse tipo de seleção:

“Uma célebre sentença do tribunal de Lunéville em 1937 declarou que o aborto não era punível se atingia um feto da raça hebraica; somente era punível se o feto era da raça ariana. E a horrível praxe das SS dos *Einsatzgruppen* na Romênia ordenava, para as represálias, o fuzilamento de dez romenos ou (*equivalentemente*) de *cinquenta judeus*”.⁶⁹

Dispondo a Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 5º, que “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, etc.”, não se vê como pode essa igualdade constitucional do direito à vida tornar-se desigual e violável por uma regra menor exclusora de ilicitude. Salvo se um certo direito à vida puder configurar-se como um bem axiologicamente inferior a outro direito à vida beneficiável em concreto, como no referido exemplo do tribunal de Lunéville.

Ainda no plano das concorrentes normativas infraconstitucionais, não se pode ignorar a ilicitude conglobante. Uma regra não pode outorgar liceidade a conduta que, a partir de outra norma de mesmo porte, se desenha como ilícita. A Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, preceitua em seu artigo 7º que “A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a

⁶⁹ ROMANO AMERIO, *Iota Unum*, tradução castelhana de CARMELO LÓPEZ-ARIAS MONTENEGRO, Salamanca, 1994, p. 295.

efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio, etc.” Ora, não se entrevê como se há de garantir um direito “a proteção à vida” da criança e a efetividade de políticas públicas que lhe “permitam o nascimento”, se o Estado confere liceidade à violação desse direito.

15. Reencontra-se, portanto, nuclearmente, a questão da possível supremacia de um direito à vida sobre outro direito à vida.

O debate sobre uma cogitável superioridade axiológica da vida de um ser humano em relação à de outro — *in casu*, da vida da gestante sobre a de seu filho nascituro — está muita vez, o que é compreensível mas não justificável, estabelecido sobre a personificação jurídica assinada numa regulação específica.

Para já, a conhecida controvérsia acerca do significado normativo do artigo 4º do Código Civil brasileiro⁷⁰ recomendaria, entre nós, que se estimasse discretamente (para não dizer negativamente) a possibilidade de perfilhar o tema da personalização jurídica à raiz do debate sobre o direito à vida, uma vez que não se pode seriamente disputar sobre o começo da vitalidade biológica ao ensejo da concepção. Não há debate possivelmente leal originável de uma base controvertida. As armas foram indicadas pelos normativistas, que as municiaram, pois, a seu gosto e com desigualdade.

Se isso não bastasse, caberia ainda observar que o debate, na formulação historicamente proposta, acha-se ajustado à metódica do normativismo. Em resumo, sugeriu-se aos jusnaturalistas que relegassem os fundamentos não-legislativos e, dentro desse cerrado círculo positivista, sugeriu-se a estreiteza de uma polémica de resultados previsíveis.

Dificuldades — para não dizer fraudações — metodológicas à parte, o fato é que, **progressivamente** (e pode dizer-se ainda: de modo **progressista**,

⁷⁰ Controvérsia prontamente estabelecida já em CLÓVIS BEVILÁQUA (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, ed. Rio, Rio de Janeiro, 1979, observações ao artigo 4º, p. 178 a 180).

no sentido legítimo do termo),⁷¹ o normativismo viu-se derrotado em seu próprio campo, com suas próprias e a partir de seus próprios e espartilhados fundamentos: enfim, a mesma evolução do direito posto arruina a tese dos juristas conservadores.

Incidência do Pacto de São José da Costa Rica

16. Em 22 de novembro de 1969, durante uma Conferência Especializada Interamericana realizada em São José da Costa Rica, foi subscrita a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Em vigor, quanto aos Estados ratificantes, desde 18 de julho de 1978, o Pacto de São José foi aprovado pelo Congresso Nacional do Brasil em 26 de maio de 1992 (Decreto Legislativo n. 27), tendo o Governo brasileiro determinado sua integral observância em 6 de novembro seguinte (Decreto n. 678).

Declara o Pacto em seu preâmbulo:

“os direitos essenciais do homem não nascem do fato de ser nacional de determinado Estado, senão que têm como fundamento os atributos da pessoa humana”.

Prescreve, adiante, seu artigo 3º, o direito à personalidade jurídica. De conformidade com o Pacto, os Estados–partes da Convenção não têm a faculdade de, a seu arbítrio, atribuir ou, mais significativamente, determinar a personalidade humana. A personalidade natural deve ser concluída pelos Estados em harmonia com a natureza das coisas. Não é, pois, o poder político quem constitui a personalidade do homem e decide quem é pessoa humana e quando ela começa ou deixa de existir: esses dados, nos termos do Pacto de São José, são anteriores aos Estados e, pois, são–lhes transcendentais.

Incisivamente, dispõe o artigo 1º, n. 2, do Pacto:

⁷¹ Cfr. JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA – =, CLÓVIS LEMA GARCIA E JOSÉ FRAGA TEIXEIRA DE CARVALHO, *Dicionário de Política*, cit., p. 436 e 437.

“Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”.

Assim, pessoa, para os fins do Pacto, é todo ser humano. Ponto e basta. Pessoas são entes humanos e não deixam de sê-lo por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou religiosas ou filosóficas, origem social ou nacional, posição econômica e financeira (artigo 1º); entes humanos, demais disso, que tampouco deixam de sê-lo pelo estado intra ou extra uterino de suas existências.

Esse é hoje, entre nós, o ponto capital legislativo para a caracterização do direito à personalidade jurídica e para a configuração do direito à vida.

Em síntese: o ser humano intra-uterino, nos termos da Convenção Americana dos Direitos Humanos (internalizado no Estado brasileiro), é pessoa e, pois, titular dos direitos elencados no Pacto de São José, entre eles, o direito à vida, objeto do inciso I, artigo 4º da Convenção:

“Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

A cláusula “em geral” — no original castelhano: *“Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”* —, presente no referido preceito do artigo 4º, foi-lhe aposta ao enunciado em virtude de propostas formuladas pelo Brasil e pelos Estados Unidos, quiçá para deixar à discricção das legislações locais os variados casos de aborto.

Ainda, contudo, que não se negue relativa importância aos trabalhos preparatórios das regulativas, a intenção dos proponentes de uma emenda legislativa — *in casu*, a ressalva “*en general*” — não necessariamente é engastada pela aprovação retificadora (na espécie, pelo *placet* dos demais pactantes). Dessa maneira, é de todo insuficiente para compreender uma aceção normativa afirmar que o sugerente de seu texto se inclinava num ou noutro sentido, se não se revela ter sido a intenção majoritária dos votantes a mesma dos proponentes. Ao contrário, caberia mesmo invocar o critério hermenêutico *contra proferentem*, pois na dúvida pertinaz quanto a um dado

significado normativo, deve beneficiar-se a solução que não favoreça o proponente.

Isso avulta para o caso, verificável que o termo “*en general*” não tem acepção unívoca. Pode significar o que é comum à espécie mas não a todos os indivíduos que a integram (propriedade *solí non omni*), ou um acidente contingente, ou ainda o que é sempre comum à espécie e a todos seus indivíduos (uma propriedade *omni, solí et semper*, vale dizer: um gênero). Desse modo, pela só textual indicação do termo “*en general*” não é possível concluir decisivamente em favor de qualquer das acepções em confronto.

Se às legislações internas, todavia, fosse outorgada a possibilidade de abrir exceções ao direito à vida, haveria afronta do preceito do artigo 3º do Pacto. Com efeito: relegado ao arbítrio das normativas locais a admissão de casos de aborto lícito, isso importaria em ofensa ao anterior direito de reconhecimento da personalidade jurídica.

Uma vez afirmada no Pacto a noção de que pessoa é todo ser humano, não se poderia, sem interpretação supressiva de direito (artigo 29), admitir exceção na regulativa interna.

Se, pois, pessoa, para o direito brasileiro, desde a internalização do Pacto de São José, é o ente humano, não apenas se acha ao menos derogado o artigo 4º do Código Civil — a existência da personalidade não começa com o nascimento, mas com a concepção —, como, igualmente, não há hipótese de exclusora de ilicitude em nenhum caso de aborto. Se essa elisão de antijuridicidade fosse admitida, violar-se-ia direito reconhecido no Pacto.

17. Não se justifica, para mais, diante da ratificação do Pacto de São José pelo Estado brasileiro, nenhuma prática estatal de auxílio ao abortamento direto, nem a omissão do Governo na ajuda material e psicológica às mulheres que engravidam vítimas de estupro, a fim de que evitem a prática do delito de aborto, embora, *in casu*, não-punível.

Não parece nunca demasiado, a propósito, considerar o preceito do artigo 29 do Pacto de São José:

“Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a. Permitir a alguns dos Estados–partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá–los em maior medida que a prevista nela”.

A circunstância de o aborto direto ser, em todo seu gênero, ato juridicamente ilícito, deve conduzir, por estrita coerência, à adoção de medidas políticas de sua profilaxia, até nas hipóteses em que o delito seja não–punível.

A ninguém de senso médio ocorreria que o Estado organizasse corporações de filhos furtadores, apenas porque escusados dos crimes patrimoniais praticados contra seus ascendentes (artigo 181, inciso II, Código Penal). Nem se pensaria seriamente num Estado que, fazendo–se eco de reivindicações feministas, ministrasse aulas para um melhor desempenho subtrativo de cônjuges — mulheres, por suposto — que furtem aos maridos, na constância da sociedade conjugal (artigo 181, inciso I, Código Penal). E está a versar–se casos de não punibilidade. Correlatamente, no entanto, não faltam projetos para que hospitais públicos realizem crimes de aborto.

Chamam ainda particular atenção fatos, noticiados pela imprensa, de que alguns magistrados, ao invés de fomentar a proteção do direito à vida, cheguem, *quodammodo*, a participar do crime de aborto, mediante a concessão de alvarás para matar.

18. Em conclusão:

(a) a regra do inciso I, artigo 128, Código Penal, referível ao aborto dito necessário, consagra hipótese, no limite, de dirimente ou elisiva de culpabilidade, quando não de escusa absolutória

(b) a norma do inciso II, artigo 128, Código Penal, versando o chamado aborto sentimental, concerne a mera isenção de pena ou escusa absolutória

(c) *de lege ferenda*, cabe a revogação do inciso I, artigo 128, Código Penal, por minguagem do suposto de fato de sua incidência

(d) uma política adequada de direitos humanos, para real efetivação das normas do Pacto de São José da Costa Rica, que foram ratificadas sem reserva pelo Governo brasileiro, impõe auxílio material e psicológico para as vítimas de estupro, com o escopo de reduzir os casos de violação impunível do direito à vida (inciso II, artigo 128, Código Penal)

(e) inexistindo, no direito brasileiro em vigor, a ultrapassada figura do aborto legal, toda e qualquer prática estatal de auxílio à efetivação de abortos não-puníveis (p.ex., mediante a concessão de alvarás para a prática do crime ou instituindo serviços públicos hospitalários para matar as crianças) é atentatória dos preceitos do Pacto de São José da Costa Rica e de todo o sistema americano de direitos humanos

(f) ainda que, outrora, pudesse cogitar-se da figura do aborto legal, essa categoria está apenas agora referida ao direito brasileiro antigo e, a exemplo da pena de morte, da escravidão e da prisão perpétua, configura um retrocesso histórico⁷²

(g) não se consegue firmar, sequer no plano do atual direito posto, a corrente de um penalismo que, *cum magna reverentia* a seus adeptos e salva sua intenção,⁷³ poderia qualificar-se de conservador e reacionário, patrocinador do chamado aborto legal. Em vez disso, uma busca progressiva e progressista do justo sinaliza na intransigente defesa do direito à vida.

* * *

⁷² "Sabemos que os clamores pela reinstauração da pena de morte e até pela prisão perpétua, podendo nalguns casos ser bem intencionados, constituem, realmente, retrocessos de civilização" (PAULO FERREIRA DA CUNHA, *op.cit.*, p. 103).

⁷³ Sobre a qual não se pensa aqui, *nullo modo*, submeter a inadequado juízo moral.