

## Reflexões sobre não “punir” e “autorizar” (Interpretação do art. 128 do Código Penal)

José Nedel  
Magistrado aposentado do RS. Doutor em Filosofia  
Professor universitário – PPG em Filosofia  
UNISINOS, São Leopoldo, RS.  
jnedel@unisinos.br

**Resumo.** A presente reflexão sobre matéria ética e jurídica, como a enunciada no título, não tem pretensões de exaustividade ou completude. Visa a ressaltar a pertença do direito ao universo da moralidade, em vista do que não deve ser interpretado em contradição com ela. Descarta o dogma positivista da onipotência do legislador que, ao declarar ou instituir o direito, não deve ultrapassar os limites da moralidade, regra também válida para os seus intérpretes e aplicadores, bem como para as atuações de todo ser humano consciente e livre. O foco do estudo é a interpretação do art. 128 do Código Penal, que versa sobre o aborto que não se pune, sem tematizar os muitos outros ângulos dessa matéria polêmica. Procedem-se por passos, evocando inclusive teses de alguns doutrinadores recentes, não só ponto de partida, mas também signo da atualidade do assunto que, aliás, sempre foi e continuará sendo polêmico. Penso que retomar essa matéria, já tão discutida, longe de ser inútil, pode induzir uma diferença, já que a palavra não circula em vão.

1 – **Direito e moral.** De acordo com a doutrina clássica na ética, o direito é parte integrante do universo da moralidade (Vaz, 1988, p. 135-180). Daí segue a regra comesinha de hermenêutica jurídica que um texto de lei, quanto possível, deve ser interpretado de sorte a se harmonizar com a moral. Não é o que acontece em muitas matérias, mesmo nas de extrema importância, como a que trata do assim chamado “aborto legal” (*Código Penal*, art. 128).

A regra do Código é de que “não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”. A primeira dessas hipóteses é geralmente conhecida como aborto necessário; a segunda, como aborto sentimental.

Constroem-se mil argumentos, cavilações, sofismas, para interpretar o dispositivo jurídico em sentido conflitante com a moral, por via de regra tendo como pano de fundo o dogma juspositivista da onipotência do legislador, que é falso de acordo com uma visão suprapositivista. Um caso desses é a interpretação do art. 128 do Código Penal. A questão é saber se, do ponto de vista moral, é possível interpretar o “não punir” como “autorizar”, de acordo com a tese defendida por muitos juristas, entre os quais os mencionados a seguir.

2 – **Interpretação do “não punir” como “autorizar”.** 2.1 – **Nereu José Giacomolli.** O desembargador Nereu José Giacomolli, é um dos que interpretam o “não punir” como “autorizar”, “excluir a ilicitude penal” do fato típico a que se reporta o dispositivo da lei,

ou ainda "outorgar licitude" ao fato. O autor afirma, em artigo intitulado *Autorização judicial para interrupção da gravidez: aborto eugênico, necessário e sentimental*, de 2001. que o aborto "legal", espécie ao qual se refere o art. 128 do Código Penal, também é denominado "permitido ou consentido" (2001, p. 263). E acrescenta: "O legislador brasileiro somente permite o aborto em duas hipóteses... Na primeira..., o abortamento se justifica no estado de necessidade... Na segunda..., na violência ou grave ameaça... causa especial de exclusão da ilicitude penal" (*ibid.*). Nessas hipóteses, de acordo com o articulista, "o médico não necessita de alvará judicial para realizar o procedimento, pois a própria lei outorga licitude ao abortamento praticado por médico, nessas duas situações" (*ibid.*, p. 268; ver também p. 269). Em suma, diz o jurista: "O legislador outorga licitude à interrupção da gravidez nas hipóteses de perigo de vida à gestante e da gravidez resultante de estupro. As duas são causas excludentes da ilicitude". Segundo o jurista gaúcho, a interrupção da gestação por motivo eugênico também pode ser justificada, admitindo-se tratar-se de uma espécie de aborto necessário ou de inexigibilidade de outra conduta, necessitando, porém, no caso, de autorização judicial (*ibid.*, p. 271). Para essa hipótese, o autor até defende previsão legal, de *lege ferenda* (*ibid.*, p. 266, nota 13). E ainda assegura: "Aplica-se também esta regra quando a gravidez resulta de atentado violento ao pudor" (*ibid.*, p. 268); hipótese em que se aplica a regara "por analogia" (*ibid.*, p. 271).

Obviamente, o ato capitulado como aborto no Código Penal tem a natureza de delito. O próprio desembargador Giacomolli o admite: "A interrupção da gravidez, em tese, se constitui em um delito". Mas logo acrescenta: "comporta exceções, cuja avaliação está afeta ao juízo criminal" (*ibid.*, p. 271). A exceção atua, pois, no sentido de excluir a ilicitude do ato.

2.2 – **Anelise Tessaro.** No mesmo sentido, a advogada Anelise Tessaro, no artigo *A anomalia fetal incompatível com vida como causa de justificação para o abortamento*, de 2004, em relação ao aborto defende que "não há crime quando a gravidez oferece perigo de vida para a gestante – aborto necessário – ou quando é decorrente de estupro – aborto sentimental" (2004, p. 45). É que o Código Penal "consagra duas excludentes de ilicitude para o crime de aborto. ... E particularmente com relação ao aborto sentimental, o legislador autorizou a interrupção da gestação" (2004, p. 55). A mesma autora também pretende o alargamento das hipóteses do assim chamado "aborto legal", para o caso de anomalia do feto; "Perfeitamente legítima é a interrupção da gestação de feto portador de anomalia que incompatibiliza sua sobrevivência extra-uterina" (2004, p. 58).

2.2 – **Outros.** Semelhante interpretação é fartamente encontrada em autores que tratam do tema, como os desta relação exemplificativa: Sílvia Pimentel, Ivone Gebara (ver Chemeris, 2005, p. 26-27), Débora Diniz, Aberto da Silva Franco (ver Tessaro, 2004, p. 49-50), além de outros de mentalidade impregnada de positivismo jurídico. Mesmo, porém, que todos os doutrinadores dessa área do direito sustentassem em uníssono a tese agora aventada por Nereu José Giacomolli e retomada por Anelise Tessaro, ela não resultaria moralmente correta. Para a tradição clássica, não-adepta da "verdade consensual" hoje acolhida pela Ética do Discurso, consenso não é critério de verdade nem de licitude ou correção moral de atos e condutas. Não raras vezes, a humanidade já fez a experiência de que todos podem incidir em erro unanimemente havido como verdade; e de que o mal não se transforma em bem, mesmo que praticado ou defendido por todos.

3 – **Contradição com a moral da tradição.** *Data venia* – para usar a expressão talvez mais usual dos juristas para introduzir opinião divergente – essa interpretação, como a de Giacomolli e Tessaro, se aplicada a ambas as hipóteses do art. 128 do Código Penal, conflita com a moral da tradição, que tem como injusta a destruição intencional, direta, de qualquer vida humana inocente. Em verdade, nenhum legislador, magistrado ou agente executivo tem poder para autorizar um aborto direto. Não existe a pretensa onipotência do legislador, nem do juiz ou do administrador, para autorizar uma violência contra a vida humana inocente e indefesa, pois isso significaria transmutar uma iniquidade intrínseca em bem moral, em ato de virtude ou em exercício de direito. Disso não é capaz a vontade humana, aliás, nenhuma vontade, ao menos em concepção teológica não-voluntarista.

De outra parte, não merece censura interpretar a "exceção" como operando tão-só no sentido de excluir a punibilidade e, pois, eventual punição para o ato, como, aliás, sabiamente reza o texto legal. É bem de notar que o legislador pátrio prudentemente não declara que as hipóteses I e II do art. 128 do Código Penal não constituem crime; só assegura que para elas não haverá punição. Mais do que intuitivo parece ser o entendimento de que, com base na literalidade do texto legal, não está excluída a ilicitude dessas formas de aborto, só a sua punibilidade. Aliás, ao proclamar que se não punem tais hipóteses, o legislador pressupõe que se trata de crimes. De outro modo sequer caberia falar de punição.

De outra parte, interpretar o "não punir" como "autorizar" positivamente os atos a que se refere a regra, é fazer tábula rasa da letra da lei e substituir a vontade do intérprete à do legislador, o que não se coaduna com a boa hermenêutica jurídica, razão por que é repudiável. No mais, semelhante interpretação não tem qualquer eficácia para legitimar um ato intrinsecamente injusto, como é o aborto direto, por violar o sagrado direito à vida de um ser humano e inocente e indefeso.

4 – **Contradição com o direito vigente.** No mais, fere também o direito legislado, como a Constituição da República que, no art. 5º, acautela o direito à vida, sem condições ou restrições. Pelos parágrafos 2º e 3º, este acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, a Constituição outorga o *status* de direitos e garantias constitucionais a direitos e garantias previstos em tratados internacionais de direitos humanos de que o país seja parte ou a que tenha aderido. No mais, por força do art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição, a proteção jurídica à vida humana desde a concepção não poderá ser abolida por Emendas. Se uma nova Constituinte viesse a fazê-lo, a decisão não teria qualquer eficácia moral, uma vez que decisão legislativa, judicial ou administrativa não tem poder de transformar o injusto intrínseco no justo ou equitativo, como já foi assinalado.

Nessa condição resulta incorporado ao direito nacional a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, que o país ratificou em 1992, e que, no seu art. 4º, acautela o direito à vida “desde o momento da concepção”. É, aliás, o que dispõe o art. 2º do Código Civil. Dessarte, as pretensas exceções ao direito à vida do Código Penal sequer foram recepcionadas pela Constituição, como ensinam os eminentes juristas Ives Gandra da Silva Martins (2004, p. 10-11) e José Renato Nalini (*apud* Nedel, 2004, p. 33). A esse coro associa-se a voz da desembargadora do TJ do RS, Rejane Maria Dias de Castro Bins, que afirma: “A Constituição Federal assegura a proteção à vida, sem qualquer restrição. A legislação infraconstitucional divergente, anterior à Carta Política de 1988, não foi recepcionada. A legislação infraconstitucional posterior, assim como os atos administrativos relacionados, que deixem de assegurar o

direito à vida plenamente, equivale a dizer, desde a concepção, estarão viciados de inconstitucionalidade. Por força do § 2º da Constituição, o direito à vida desde a concepção tem a natureza de norma constitucional, situação que só pode ser alterada mediante nova Assembléia Constituinte, por força do § 4º do art. 60, inc. IV da Constituição” (2006, p. 22).

Assim sendo, salta aos olhos ser forte equívoco sustentar que o direito à vida é restringido por condições aleatórias, ou que ele é condicionado, como afirma Anelise Tessaro: “O direito à vida pressupõe um mínimo de qualidade e dignidade. ... A qualidade de vida e dignidade da pessoa, ... devem complementar o conceito de direito à vida” (2006, p. 48-49. Sem dúvida, não cabe ao intérprete estabelecer condições desfavoráveis ao conceito onde a lei delas não cogita nem as prevê.

**5 – Direito como mínimo ético.** Em verdade, o direito representa, de algum modo, o que já foi chamada de “mínimo ético” (Georg Jellinek, *apud* Del Vecchio, II, p. 102), ou moralidade mínima, a que deve e pode submeter-se o *homo medius*. Nessa condição, não deve prescrever todos os atos de todas as virtudes, só os que são importantes para a vida na comunidade; nem proibir todos os vícios, apenas os mais graves, sem cuja coibição o convívio social se tornaria inviável. Caso contrário, isto é, se de um lado prescrevesse a realização de todo o bem possível, e de outro proibisse todo o mal imaginável, configurar-se-ia um rigorismo ético, ou perfeccionismo tal que seria inalcançável pela maioria das pessoas, em consequência do que a lei se transformaria rapidamente em letra morta. Semelhante situação, como é fácil de compreender, seria de todo indesejável. É a velha lição dos clássicos, como se pode ver em Tomás de Aquino (*S. th.*, 1-2, 96, 2).

O legislador (humano) não tem, pois, o dever de impor a realização de todos os atos virtuosos; nem o de punir a prática de todos os atos injustos. Desses, lhe é lícito tolerar alguns, de acordo com seu juízo prudencial. Isso vale dizer que poderá não puni-los – hipóteses do Código Penal ora examinadas. O legislador, sem deixar de considerar tais atos como crimes, assegura que não serão punidos, por razões de política criminal.

**6 – O injusto não é legitimável.** Não punir determinados atos de si criminosos, no entanto, não significa autorizá-los, a não ser naquele sentido analógico de o legislador reconhecer que é impotente para os coibir. “Diz-se que a lei humana permite algumas coisas, não como se as aprovasse (*non quasi ea approbans*), mas como se as não conseguisse governar” (*sed quasi ea dirigere non potens*), afirma Tomás de Aquino (*S. th.*, 1-2, 93, 3).

Mesmo assim, o reconhecimento da impotência do legislador humano relativamente à coibição de certas condutas, não lhes confere a qualidade de autorizadas ou lícitas. O legislador não pode (*rectius*, não deve) prescrever nem permitir positivamente a prática de quaisquer atos injustos. Se o fizesse, a decisão seria ineficaz sob o ponto de vista moral, por não ter a força para transmutar a prática de atos injustos em exercício de direito ou atos justos, o mal em bem, o vício em virtude. Rejane Maria Dias de Castro Bins o expressou perfeitamente: “A legalização de um comportamento não transforma sua natureza” (2006, p. 11). Em data recente, outro magistrado respeitável, Ivan R. Chemeris, escreveu: “É injusto tentar, por intermédio de leis e códigos, desrespeitar os preceitos éticos e provocar a morte de um ser humano inocente” (2005, p. 123). Vale dizer, a lei é incapaz de transformar em justo o que é viciado por injustiça intrínseca.

Em realidade, ato intrinsecamente injusto, como eliminar de forma direta a vida de um ser humano inocente, em nenhuma circunstância pode tornar-se lícito, quer seja por decisão administrativa, como a Portaria do Ministro da Saúde de n. 1.508, de 1º set. 2005, que institui “Procedimento de Justificação e Autorização de Interrupção da Gravidez”, quer por lei constitucional ou infraconstitucional, quer por decisão da Justiça em qualquer das suas instâncias, como as que têm pipocado país afora. Tampouco tem qualquer eficácia para transformar a natureza do ato sua redefinição ou designação eufemística, como “interrupção da gravidez”, expressão da portaria ministerial, ou “aceleração de parto” etc. Afirmar o contrário seria incidir numa ética de situação extremada – nesse aspecto realizando a essência do próprio maquiavelismo – que não reconhece qualquer limite moralmente intransponível para a atuação humana.

A razão profunda é o primeiro princípio do agir – fazer o bem (necessário) e evitar o mal (intrínseco) – que vale para todos, inclusive o legislador, o agente executivo, o juiz, o cidadão em qualquer de suas atividades humanas. Já o professava Aristóteles, ao sustentar que a lei “nos proíbe de praticar qualquer espécie de deficiência moral” (*Ética a Nicômacos*, V, 2. 1992, p. 95). Em face disso, ato legislativo, executivo ou jurisdicional contrário do direito natural é mais precisamente ato de violência. Aliás, o estagirita já o havia ensinado: “Tudo que é iníquo é ilegal” (*ibid*, p. 94).

**7 – Direito declarado e instituído.** De fato, o campo de atuação do legislador positivo é o do moralmente indiferente, onde os princípios do direito natural são completados por determinações estabelecidas com ampla margem de livre-arbítrio (v. g., no trânsito, na organização do poder, na especificação de prêmios e castigos). A vontade do legislador, nessa área, deve submeter-se ao princípio geral da equidade, que postula proporcionalidade entre crimes e penas, entre prêmios e recompensas, entre segurança e liberdade etc.). No que é de justiça natural, o legislador positivo, que ali procede por conclusões com rigor lógico, a partir da lei natural, não institui o direito, só o declara, obrigando-se a permanecer fiel à justiça natural, ciente de que lei injusta é antes corrupção de lei e ato de violência.

**8 – Aborto direto e indireto.** Sob o aspecto moral, no caso do aborto, cabe distinguir o direto do indireto. O aborto direto é o intencionado por qualquer motivo dentre os habitualmente enumerados: econômico, psicológico, sentimental, eugênico, etc. O inciso II do art. 128 do Código Penal trata de um deles, o assim chamado aborto sentimental. O indireto é o não intencionado, mas que decorre de uma intervenção inadiável no organismo de mulher grávida, por motivos de doença, acarretando a interrupção da gravidez – resultado não desejado, só permitido por inevitável, de acordo com a teoria da ação com duplo efeito. O assim chamado aborto necessário, o do inc. I do art. 128, é enquadrável nessa hipótese, desde que satisfaça todas as condições. É a única forma de aborto moralmente justificável, em relação à qual a “exceção” invocada por Giacomolli pode funcionar como excludente da ilicitude.

**9 – Pretensão de direito ao aborto.** Quem interpreta o “não punir” como “permitir” aborto (direto), como o do inc. II do art. 128 do Código Penal, dispõe-se a criar um suposto direito de suprimir uma vida humana inocente, que não passa de um esdrúxulo direito ao mal, insusceptível de justificação racional e, pois, moral. Neste sentido também vai a lição de Luiz Carlos Lodi da Cruz: “Não existe o direito de a mulher fazer aborto em caso de estupro. O que existe é uma suspensão da pena, por razões de política criminal (que os

juristas chamam escusas absolutórias)” (*apud* Chemeris, 2005, p. 112). Obviamente, sob pena de deixar de ser autêntico, o direito não pode ter por conteúdo um mal moral, ou uma injustiça. “O mal não pode ser conteúdo de um direito” (Junges, 1999, p. 134).

Lei injusta – a que prescreve ou autoriza injustiça – é antes “corrupção de lei”, ou “ato de violência”, do que verdadeira lei (Tomás de Aquino, *S. th.*, 1-2, 95, 2 e 1-2, 96, 4). Não sendo possível justificar moralmente nenhuma forma de aborto direto, é um contrassenso falar em “direito ao aborto” – entenda-se direito a interromper a gravidez de modo diretamente intencionado, sem a ocorrência da hipótese da ação com duplo efeito.

De acordo com a reta razão, o legislador não pode permitir ou autorizar tal aborto, só o pode não punir. Lei permissiva ou autorizativa nesse sentido seria impotente para suprimir a malícia intrínseca do ato. Afirmar que o aborto sentimental é lícito juridicamente, ainda que não o fosse moralmente, é um alibi que já não convence, pois ressuscita velho erro, de extração kantiana, da onímoda separação entre direito e moral, bandeira desfraldada pelo positivismo ao estilo de Kelsen. Em verdade, o direito integra o universo da moralidade, sob a égide de cujos princípios e normas há de ser instituído e interpretado.

10 – **Conclusão.** Em suma, segundo a concepção jusnaturalista não-voluntarística do direito predominante no pensamento clássico, nenhuma lei é capaz de transformar em bem, ou direito, qualquer ato intrinsecamente mau, ou injusto. Por isso parece inquestionável que deve ser considerada errônea a interpretação do “não punir” como “autorizar”, no caso do art. 128, inc. II, do Código Penal, que trata de uma das formas de aborto direito, sempre moralmente condenável, embora não seja punido, por razões de política criminal, ainda que por sua natureza continue sendo um crime.

Não é difícil perceber que a interpretação aqui rejeitada, além de contradizer a moral, não consoa com o texto expresso do legislador, mais prudente, no caso, do que muitos de seus intérpretes. Tampouco resiste a uma interpretação sistemática do direito, que leve em conta as normas constitucionais e as da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a que o país aderiu. Por último, a interpretação impugnada não faz jus à vocação autêntica do jurista, ao qual incumbe zelar pelo ponto de vista moral no direito, em virtude de este integrar o universo da moralidade.

É de fácil compreensão que “toda atividade humana ... não pode deixar de reconhecer a harmonia e a subordinação ao critério supremo, que é o critério ético. A independência [profissional] não exclui, mas em lugar disso postula, enfaticamente, estrita dependência à ordem moral”, como preleciona José Renato Nalini (1999, p. 187). É consenso que essa ordem tem por fim a realização dos valores da convivência, de modo especial os da segurança e da justiça.

Note-se que a justiça é uma das virtudes cardeais; vale dizer, virtude moral básica e insubstituível princípio de qualquer organização social que tenda à realização do bem comum distributivo, que por natureza é complexo, *constat ex multis* – compõe-se de muitas coisas (Tomás de Aquino, *S. th.*, 1-2, 96, 1). Os elementos essenciais que o integram são o respeito às pessoas e a seus direitos fundamentais; suficiente cópia de bens de natureza econômica e cultural, de valor instrumental; enfim, paz e harmonia social – condição necessária para que as pessoas possam perseguir e alcançar a realização plena de sua vida em perspectiva imanente e transcendente.

Este é o ponto de vista moral, “critério supremo”, no dizer de José Renato Nalini, apto a lançar luz sobre o sentido das leis, quer na sua constituição, quer no momento em que são interpretadas – caso deste estudo – e no de sua efetiva aplicação. Afinal, ao jurídico não é

dado evadir-se do âmbito geral da moralidade, por dela representar uma das partes integrantes, ainda que não necessariamente a mínima parte.

### **Referências bibliográficas.**

AQUINO, Tomás de. *Suma teológica (S. th.)*. Madrid: BAC, 1961. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília: EDUNB, 1992. BINS, Rejane Maria Dias de Castro. O aborto provocado é constitucional no Brasil? *Cultura e Fé*. Porto Alegre, ano 29, n. 112, p. 7-23, jan./mar. 2006. CHEMERIS, Ivan Ramon. A interrupção da gravidez e o direito. In: AUGUSTIN, Sérgio (org.). *A teoria e a prática dos saberes do cotidiano*. Porto Alegre: AJURIS. Escola Superior da Magistratura, 2005, p. 101-125. DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1972. GIACOMOLLI, Nereu José. Autorização judicial para interrupção da gravidez: aborto eugênico, necessário e sentimental. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, ano XXVII, tomo I, Doutrina, p. 262-272, dez. 2001. JUNGES, José Roque. *Bioética*. Perspectivas e desafios. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 1999. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Produção de lixo hospitalar humano e o Supremo Tribunal Federal. *Cultura e Fé*. Porto Alegre, ano 27, n. 106, p. 10-11, jul./set. 2004. ---. Pena de morte para o nascituro. *O Estado de S. Paulo*, 19 set. 1997, p. A2. NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*, 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. NEDEL, José. Reflexões sobre “não punir” e “autorizar”. *Cultura e Fé*. Porto Alegre, ano 26, n. 101, p. 15-19, abr./jun. 2003. ---. Argumentos e contra-argumentos. *Cultura e Fé*. Porto Alegre, ano 27, n. 107, p. 32-35, out./dez. 2004. ---. Aborto e Estado democrático. *Zero Hora*. Porto Alegre, 21 dez. 2005, p. 20. TESSARO, Anelise. A anomalia fetal incompatível com a vida como causa de justificativa para o abortamento. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, ano XXXI, n. 93, p. 45-59, mar. 2004. VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e direito*. In: ---. *Escritos de filosofia II – Ética e cultura*. São Paulo: Loyola, 1988, p. 135-180.

São Leopoldo, RS, Unisinos, maio de 2006.

José Nedel