

REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DIREÇÃO

Desembargador DIWALDO AZEVEDO SAMPAIO

Desembargador MANUEL MENDES DE ALMEIDA FRANÇA

Desembargador MARINO EMÍLIO FALCÃO LOPES

Desembargador MILTON EVARISTO DOS SANTOS

Desembargador WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR

Colabora na revisão das ementas da 2.ª Seção Civil, junto à Diretoria de Serviço Técnico da Revista de Jurisprudência, o Juiz de Direito Dr. CYRO ANTÔNIO F. RIBEIRO DE SOUZA.

BIBLIOTECA

Tribunal de Justiça de São Paulo

VOLUME 99 — ANO 20

2.º BIMESTRE

MARÇO E ABRIL

1 9 8 6

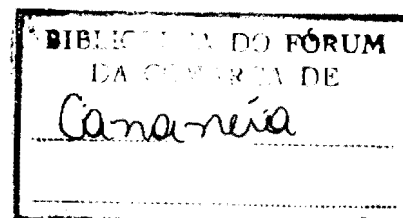
DISTRIBUIÇÃO

Seção de Expediente

GADI II - 1.3. - Biblioteca



SÃO PAULO



haver o chamamento atingido a sua finalidade, possibilitando a apresentação de defesa" (Acórdão 21.782, de 13/8/85, no Agravo de Instrumento 128/85, de Curitiba — 14.ª Vara).

Mencione-se, por derradeiro, ser hoje uma realidade entre os sistemas jurídicos alienígenas a representação processual presumida, nas hipóteses que a lei contempla, e a presente é uma delas, dentro de nosso ordenamento legal.

Urge, pois, por fim à prática protelatória referida, não só com base no respaldo legal antes exposto, como também colimando-se a celeridade processual e o decorrente maior respeito ao Poder Judiciário.

CONCLUSÃO:

Encontrando-se o representante legal da empresa de múltiplas filiais em local diverso do foro da causa, válida é a citação levada a efeito na pessoa de mandatário, administrador, feitor ou gerente, ainda que sem mandato expresso, quando a ação tiver por origem atos por eles praticados (*).

O PROBLEMA DA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA O ABORTO

WALTER MORAES

Juiz do 2.º Tribunal de Alçada Civil

COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Esta dissertação poderia levar, como título, a seguinte frase: "Pode um juiz deferir previamente autorização para o aborto?"

O que acontece, há muito tempo, e continua a acontecer, é que uma mulher, interessada em interromper sua gravidez mediante aborto, mune-se de atestados médicos dando conta de tal necessidade, e requer, a um juiz competente para julgar crime de aborto, que lhe autorize a prática desejada.

Com isto a mulher se assegura de que não será incomodada com uma ação penal. Sente-se — ela como também o médico — como quem está não só resguardado, mas ainda autorizado de antemão a praticar um fato definido como crime na lei.

O magistrado, às vezes autoriza, às vezes denega o pedido, de acordo com as suas convicções.

São considerados juizes rigorosos aqueles que só concedem a autorização pleiteada nas hipóteses de aborto dito legal ou lícito.

Não encontrei nos repositórios mais importantes da nossa jurisprudência um só julgado que versasse esta espécie; os dados que pude recolher obtive-os em fontes diretas: no cartório do Tribunal do Júri, na assessoria jurídica do Conselho Regional de Medicina, nas conversações com médicos, advogados, juizes, nos artigos de índole doutrinária, na minha própria experiência judicial.

Quanto à ocorrência de pedidos de autorização para o aborto, posso dispensar-me, com tranqüilidade, do empenho de fazer-lhe prova, porque a grande imprensa, vez que outra, propala um desses casos, sempre acompanhado de alarido feminista.

O que tenho a oferecer nesta exposição, são três razões de si suficientes para que um juiz jamais conceda autorização para o abortamento, — qualquer que seja a hipótese deduzida em juízo.

NÃO EXISTE NO DIREITO BRASILEIRO HIPÓTESE ALGUMA DE ABORTO LEGÍTIMO

A primeira razão é que, no nosso direito, não existe uma hipótese, ou situação especial sequer, de abortamento lícito, ou, como se tem dito, "legal".

A matéria tem sido abordada invariavelmente no terreno penal; e eu penso que este encarará-a pelo prisma exclusivamente penal, fechado dentro de um dos comparti-

(*) Conclusão aprovada, por votação unânime, no VII Encontro Nacional de Tribunais de Alçada.

mentos do Direito, tem contribuído para uma visão incompleta do assunto, com certo desvio de ótica.

O argumento da licitude de alguns casos de abortamento, em elementar resumo, pode pôr-se deste modo: o aborto é incriminado pelos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal, parte ainda em vigor do Código de 1940, e o art. 127 define uma forma qualificada do crime. Mas o art. 128 o exclui em duas hipóteses, sendo o aborto praticado por médico a uma, o "aborto necessário"; outra, o "aborto no caso de gravidez resultante de estupro".

Dá o falar-se, correntemente, nos dois casos de aborto "legal" ou "lícito": o "necessário", ou "terapêutico", ou de "indicação médica", como diz ANÍBAL BRUNO (1), e o "sentimental", ou "moral", ou "de honra", ou "humanitário" etc.

Aborto legal ou lícito, se diz.

Mas aborto lícito, por quê?

Por que não é crime?

Mas o não configurar crime um certo comportamento, já o torna legalmente lícito?

Além disso, será verdade que as circunstâncias do art. 128 do Código Penal excluem a mesma antijuridicidade, ou seja, na linguagem da nova lei, a ilicitude?

PELOS TERMOS DA LEI NÃO SE CONCEDE EXCLUSÃO DE ILICITUDE PENAL

O art. 128 citado diz "não se pune": "não se pune o aborto praticado por médico: ...".

Que quer isto dizer?

A doutrina penal é ciosa de sua própria precisão científica, e timbra em apurar uma terminologia técnica que responda à necessidade de bem determinar os componentes analíticos da norma, do crime e da pena.

Assim é que os doutores penalistas têm definido o crime pelas suas partes ou atributos estruturais. É, como ensinou BASILEU (2), a ação: antijurídica, típica, culpável, punível.

Isto é o crime. A pena é outra coisa.

A punibilidade, em si mesma, parece algo que flutua entre o crime e a pena. Mas não. Não há crime se o fato típico, antijurídico e culpável, não for punível; porque é a punibilidade — a ameaça de pena — a nota distintiva do delito penal. Sem a sanção pena, pode restar delito, sim; mas delito civil.

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.

Esta espécie de sutileza, já a notara COSTA E SILVA (3) ao discorrer sobre as controvérsias dos penalistas Italianos, sobre se a punibilidade era do crime ou da pena.

Da noção precisa de punibilidade, segue o entendimento de que, destacado e excluído este atributo, só ele, já não resta crime, muito embora reste um delito sem a ameaça de castigo.

Mas pode também ser surpresa só a punição — a pena — e, então, resta o crime inteiro. "Um fato pode ser típico, antijurídico, culpado e ameaçado com pena, isto é, criminoso, — é de FREDERICO MARQUES a lição (4) — e, no entanto, anormalmente, deixar de acarretar a efetiva imposição da pena".

Então, uma coisa é ser crime, outra é suportar, o crime, pena.

O famoso NELSON HUNGRIA (5): "A licitude penal de um fato não deriva da *sanctio*, mas do *praeceptum* da norma penal. No preceito é que se encerra o juízo de reprovação que inspira o legislador na incriminação de tal ou qual fato. O preceito é um *prius* em relação à sanção, de sorte que, quando, por uma questão de necessidade ou oportunidade (e não pelo fato em si mesmo), é suprimida, no caso concreto, a sanção, não desaparece a ilicitude penal do fato".

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 igualmente aplicar a pena (art. 240, § 4.º, inc. I). 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 coexistente 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 ilicitude 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 as 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, § 2.º). 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 ilícito.

A POSIÇÃO DESFAVORÁVEL A ESTE ENTENDIMENTO NA DOUTRINA PENALISTA

Não é esta a opinião da doutrina penal. Domina-a, pode dizer-se que em peso, a idéia de que o art. 128 do Código é um caso de exclusão de antijuridicidade. Isto se dá, no mais das vezes, sem o menor empenho de demonstrar a interpretação; talvez, mesmo, por ser tão incontroversa a orientação.

Mas não falta quem se tenha dado conta do problema.

MAGALHÃES NORONHA⁽⁶⁾ critica a redação do artigo no ponto que diz "não se pune"; devia dizer "não há crime"; exatamente para não ficar a errada impressão de que se trata de uma dirimente ou de uma escusa absolutória. E considera que se a exclusão fosse apenas da punibilidade, a enfermeira que assiste a operação não estaria isenta de pena, pois a lei só exige o aborto praticado por médico.

Opõe-se FREDERICO MARQUES⁽⁷⁾ ao reparo: a norma legal está excluindo a ilicitude do aborto e não eximindo o médico; quando a lei dispõe que não se pune alguém que pratica o delito, então sim se trata de dirimente, porquanto a impunibilidade deriva de desvinculação subjetiva; mas quando declara impunível o próprio fato, o que se dá é exclusão da mesma ilicitude penal; por isso, se para a lei o que se não pune é o aborto (e não o médico), é o mesmo fato típico que é afastado da órbita da ilicitude.

Qual a base objetiva dessa linha de argumentação?

Que sustento técnico-penal ou que fundamento hermenêutico nos autorizaria reconhecer que a lei, quando dispõe que não se pune o agente está a reprimir a pena e quando dispõe que não se pune o fato está a excluir a ilicitude?

A verdade é que a imperfeita uniformidade e as imprecisões da nomenclatura legal são fatores desfavoráveis à interpretação. Pelo contrário, muitas vezes alimentam entendimentos contraditórios, perplexidades e discussões sem fim.

Considerando apenas os elementos punibilidade e pena, observe-se como o Código se exprime: "não se pune" a tentativa impossível (art. 17); "ninguém pode ser punido" (agente) por crime culposo a não ser nos casos expressos (art. 18, parágrafo único); é "isento de pena" autor de crime putativo (art. 70, § 1.º); "não é punível" quem age sob coação irresistível ou em obediência a ordem não manifestamente ilegal (art. 22), etc.

Não são, todas estas, hipóteses onde faltam componentes da ilicitude objetiva ou do elemento subjetivo do crime?

Franqueada ao intérprete essa versatilidade de soluções, os arrazoados penais perdem às vezes muito de sua seriedade, assemelhando-se mais a um engenhoso arranjo de palavras, tanto melhor sucedido quanto mais habilidade verbal tenha o escritor, do que a uma verdadeira argumentação jurídica.

Parece oportuno lembrar, ainda, que, também comum entre os escritores do direito penal, é a opinião de que as hipóteses do aborto dito "legal", constituem uma espécie de **estado de necessidade**. Mas logo acrescentam: os casos previstos no art. 128 não se igualam exatamente a estados de necessidade na acepção estrita do art. 24.

Esta é a verdade.

O estado de necessidade é uma **situação** eventual e não um padrão típico de fato determinado. É uma situação imprevista, de **perigo atual**, não provocada pela vontade do próprio agente. E nada disso se dá necessariamente no caso do art. 128, que é uma regra da lei, não concernentes a perigo atual, e que ademais requer seja a ação praticada por médico.

Não se trata de estado de necessidade; a não ser por comparação, por aproximação.

Estado de necessidade verdadeiro e próprio poderia, sim, ocorrer, eventualmente, em caso de aborto, mas não por ajustar-se às descrições do art. 128.

ILICITUDE PENAL E ILICITUDE JURÍDICA

O aborto necessário e o que interrompe a gravidez decorrente de estupro, não se punem, mas não deixam de ser delituosos.

O argumento que a mim parece definitivo para demonstrar esta asserção, completarei na terceira parte desta exposição.

A indagação que aqui se propõe, porém, é outra.

Procuramos resposta para a pergunta: se um juiz pode autorizar previamente o abortamento.

A questão se o aborto chamado legal é, ainda assim, criminoso, não chega a ter a importância de uma premissa para o nosso arrazoado; se bem que expressiva a visão penal já que é na sua órbita que o assunto mais se agita.

Mesmo que (digamo-lo para argumentar) a prática do abortamento do art. 128 não configure crime, por eliminada sua antijuridicidade, não quer isto significar que não seja ela um delito civil, um ilícito.

São coisas diferentes ser crime e ser ilícito.

Para ilustrar: o dano não doloso não é crime. Quem, numa colisão de automóveis, danifica por imprudência o carro do outro, não incorre em nenhum artigo da lei penal; mas é certo que comete ilícito civil e que responde pelos danos. Os pais que dão má educação moral ao filho sem incidir em nenhuma das causas dos arts. 245 e 247 do Código Penal, não cometem crime; mas estão sujeitos a sanções jusfamiliares (Código Civil, art. 394). O sujeito que imputa a outrem fato falso mas não defluido como crime, sujeita-se às sanções civis pelo ilícito (Lei n. 5.250, de 1967, arts. 29 e segs.), conquanto não incorra em calúnia. E assim adiante.

Ilícito é um gênero do qual crime é espécie.

São crimes alguns ilícitos, estabelecidos pela lei segundo um critério seletivo; virtualmente, os ilícitos mais graves, os que mais profundamente atingem as condições da vida social, segundo a idéia-base da célebre conceituação de JHERING⁽⁸⁾.

Certamente, a grande maioria dos ilícitos jurídicos que se cometem no embate da vida social, não são crimes.

Então, dizer que o aborto terapêutico (ou o de honra) é legal ou ilícito só porque não configura crime, seria incidir em formidável simplismo.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA

Qual a sede fundamental desta matéria?

É o princípio da inviolabilidade da vida, inscrito na cabeça do art. 153 da Constituição: "assegura ... a inviolabilidade dos direitos concernentes 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.

E não há exceções constitucionais ao preceito da inviolabilidade da vida?

Há, sim; uma só: a da pena de morte, em caso de crime de guerra, autorizado o legislador ordinário a disciplinar tal pena (§ 11).

Mas é a única exceção.

Como, então, supor, sem fazer injúria à lei fundamental, que o legislador penal pudesse autorizar, tornar lícita, a morte da pessoa por nascer?

Está claro que não é possível.

Mas — e esta é a objeção mais divulgada contra a proteção legal da vida do feto — a vida do indivíduo que ainda não nasceu não pode estar protegida pela norma constitucional ou por lei alguma, já que, de acordo com a mesma lei, ele não é pessoa (Código Civil, art. 4.º): o feto não tem personalidade.

O argumento não deixa de agasalhar um sofisma pouco discreto. Não precisamos mesmo de recorrer a demonstrações extrajurídicas para removê-lo.

O nascituro não tem uma personalidade civil **formal**; é verdade.

Mas não deve haver dúvida alguma de que a lei contempla sua personalidade **material** ou **real**. Tanto assim que sobre ela funda toda disciplina dos direitos do nascituro: a personalidade começa do nascimento com vida, diz o referido art. 4.º, mas, continua, a lei põe a salvo desde a concepção **os direitos do nascituro**.

O nascituro tem direitos, declara a lei.

Se tem direitos é porque a lei reconhece que ele é **sujeito** de direitos; e ser sujeito de direitos é, justamente, ser pessoa.

Por outras palavras, a lei está a afirmar que o nascituro não tem personalidade civil (conceito formal), mas logo acrescenta que ele é sujeito de direitos (conceito material).

A suspensão da personalidade formal, ou seja, a concessão de personalidade civil sob a condição suspensiva do nascimento com vida, é um procedimento que obedece à conveniência da técnica jurídica, supostas as complicações, v.g., da sucessão do natimorto. A lei poderia também inverter a situação, e atribuir ao nascituro uma personalidade sob condição resolutiva. Mas não se vê como essa inversão poderia aproveitar à redução dos problemas práticos.

Mas não se pode negar que a lei reconhece no nascituro uma subjetividade jurídica verdadeira, pois toda a disciplina legal que atende ao nascituro é fundada nessa personalidade material.

E é o que se dá também na órbita penal; pois, a lei penal não capitula o aborto nos crimes contra a vida e entre os crimes **contra a pessoa**?

Não é a vida da pessoa do nascituro o objeto da tutela penal?

Outra questão (esta já implicitamente respondida): o nascituro tem o direito à vida assegurado na Constituição?

Que direitos tem o nascituro?

Todos.

Todos os que um sujeito possa ter: patrimoniais e pessoais; sem nenhuma exceção.

O art. 4.º do Código Civil tutela **os direitos** do nascituro.

Não põe discriminações nem limitações específicas.

Está claro que certos direitos se adquirem, e que outros dependem de legitimação especial para serem adquiridos; mas isto, para qualquer pessoa.

Se o nascituro pode ser proprietário, credor, devedor, herdeiro e tudo mais, a **maiori** pode ser titular dos direitos de personalidade, guardada a compatibilidade com o seu estado atual.

Mas o nascituro tem direito à sua vida, antes de todos os outros direitos, e tem um direito à sua integridade física e psíquica, e assim adiante.

Assim, mesmo que o aborto sem pena, do Código criminal, não fosse crime, não podemos ter a menor dúvida de que é contra o direito; de que é um ilícito.

DESCABIMENTO PROCESSUAL DO PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA O ABORTO

A segunda razão para que um juiz não conceda autorização de abortamento é que não há, no sistema processual, lugar para esta sorte de expediente ou medida.

Isto, simplesmente, porque nenhum juiz está autorizado a permitir o cometimento de um crime (não importa que eximido de pena), ou, mesmo não sendo crime, de um ato ilícito, de uma ação contrária à lei.

Em caso de cometimento de crime com circunstância excludente da punibilidade ou da própria criminalidade, — cometido o fato, apura-se depois a excludente, e não tem cabimento ir o agente primeiro a um juiz requerer licença para o fato.

Faria sentido alguém pedir permissão judicial para difamar um funcionário público, produzindo desde logo prova da verdade do fato que quer proparar?

E vejam que neste caso a criminalidade desaparece.

Ou, então, faria sentido o co-proprietário de certa mercadoria requerer autorização para subtrair para si (furtar) parte dela, ainda que abaixo do valor de sua quota?

Tudo isso é fora de propósito, embora a ação pretendida não seja punível.

Mas, isto — diriam — é diferente do aborto terapêutico ou de honra!

Os fatos típicos são diferentes; não a hipótese causalmente considerada.

NÃO SE TRATA DE AÇÃO PENAL

Casos como estes não podem, aliás, qualificar-se como ação penal.

O processo penal é um instrumento do direito penal. Serve para compor lides onde, ao interesse correspondente ao **ius puniendi** do Estado, se contrapõe o interesse do **ius libertatis** do particular.

A ação penal é direito de invocar a jurisdição para decidir: ou sobre o direito de punir, ou sobre o direito de liberdade.

Vejam que o interessado em provocar o aborto não está a impetrar uma espécie de **habeas corpus** preventivo.

Claro que não.

Ele, ou ela, pleiteia uma autorização, um "alvará", para cometer certo fato, sabido que a intenção é por-se a salvo de uma condenação penal.

Esta pretensão não tem nenhum caráter cautelar penal tampouco (falando tecnicamente), pois não está ligada a um processo penal futuro ou em curso, em concreto.

NÃO SE PODE CLASSIFICAR COMO UMA AÇÃO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

O tipo de tal medida se afigura antes como alguma coisa da jurisdição civil.

Há matérias previstas na lei penal e que, no entanto, constituem causas civis; p. ex., o pedido de explicações feito por quem se julga ofendido por alusões a seu respeito (art. 144): é uma ação da jurisdição civil, muito embora venha a deduzir-se perante um juiz penal.

Não obstante, assim como não pode o pedido de autorização para o aborto ser considerado ação cautelar penal, tanto menos pode sê-lo cautelar civil, pois não existe aquele referencial, que é a ação civil, figurando como suporte principal da cautela.

E falar em poder cautelar geral do juiz, por mais impressionante que sejam a expressão e a idéia, não prescinde de um ponto real e concretamente enquadrável nos planos do sistema processual.

Seria, então, um caso de jurisdição voluntária?

Também aqui não é possível o enquadramento, mesmo com muita liberalidade e boa vontade, e mesmo que ocorresse de fato alguma hipótese de aborto lícito.

Porque o processo de jurisdição voluntária serve para determinados casos apenas.

Que casos?

A doutrina processualista ensina que há certos atos jurídicos, para cuja validade é necessária a participação de um órgão do Estado; um juiz, no caso.

Estes atos são da vida privada dos cidadãos. Eles são as partes, deles é o interesse e, por isso mesmo, em substância, não necessitariam de intervenção de ninguém para celebrá-los.

Mas estes atos da vida privada são atos que repercuem de algum modo na comunidade, dada a sua importância civil. E não obstante continuam atos da vida privada.

Pela repercussão social deles é que a lei exige, para a sua **validade**, como diz o moderno manual de GRINOVER, DINAMARCO e CINTRA (?), a intervenção de um órgão público: "o Estado se insere naqueles atos que do contrário seriam tipicamente privados".

É, então, uma questão de forma, de validade.

É a própria lei que diz que atos jurídicos são estes, pois a intervenção do Estado é condição formal de validade deles.

Não se trata, então, de uma intervenção **ad libitum**. Não são os interessados que dizem: vamos procurar a participação de um juiz neste negócio para maior segurança dele.

Isto é jurisdição administrativa ou voluntária.

Se acontecesse de deduzirem, pessoas interessadas, um pedido de intervenção judicial por sua conveniência ou capricho, fora das previsões da lei, ao juiz não restaria outra alternativa senão a de indeferir de plano a petição inicial, por impossível, juridicamente, o pedido.

FALTA DE INTERESSE LEGÍTIMO E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Por esta mesma razão, quando pessoa interessada em provocar aborto, requer a um juiz que lho autorize, que "sacramento" o seu comportamento, — ao magistrado não resta senão indeferir **in limine** o pedido, por impossibilidade jurídica. Aliás, impossibilidade processual e material.

E isto, além do indeferimento por faltar-lhe legítimo interesse: o abortamento, sendo delituoso ou ilícito, carece de amparo legal o correspondente interesse.

RAZÃO DE DIREITO NATURAL

A terceira razão, de si mesma suficiente como as duas anteriores, para denegar licença de abortamento, é de direito natural.

Limito-me, aqui, a relembrar duas ou três premissas, considerando, por suposição, que as linhas mestras do direito natural concernente à vida estejam abundantemente demonstradas.

A primeira é a de que a lei natural não admite, em hipótese alguma, o abortamento direto.

Quer dizer: nenhuma ação, nenhum comportamento dirigido diretamente a matar o feto, quer no ventre materno, quer pela expulsão inviável, se admite como lícito — ainda que a benefício da saúde e mesmo da vida da mãe.

Isto está fora de questão.

Mas — indagariam — o direito natural não reconhece nunca uma possibilidade de matar legitimamente?

Sim. Reconhece.

Para o direito natural, p. ex., não é ilícito uma pessoa matar em legítima defesa da própria vida; desde que a repulsa letal seja rigorosamente necessária, moderada e proporcional à agressão: **moderamen inculpatae tutelae vitae**.

Por fundamento algo assemelhado, o direito natural não reprova também, em princípio, a pena de morte, se bem que com muitos resguardos quanto às condições concretas de tal pena e quanto ao meio e momento social.

Mas o direito natural não reconhece, nunca, **direito de matar**.

A morte em defesa legítima (para ilustrar) é um princípio de direito à vida, e não à morte. Permitir defesa legítima com morte é confirmar o direito à vida do defensor.

Seria bom perceber a distinção.

Uma coisa que a lei natural jamais tolera — jamais — é matar o inocente; como é o caso do aborto: que tem a ver o filho com o fato de ter sido concebido através de estupro?

A doutrina penal também não é insensível a esta agressão repugnante.

No "Tratado" de MARQUES, já citado nesta exposição, encontra-se uma página eloqüente a este respeito: "Não nos parece, diz um trecho, que se possa transigir, desse modo, com o respeito à vida do **infans conceptus**, para submetê-la a tão brutal sacrifício. A "inviolabilidade da vida humana desde o seu alvorecer (como falava CARVALHO MOURÃO), que a lei penal tutela, sofre, aqui, violento atentado. Consoante a magistral lição de ALCANTARA MACHADO, "todas as maternidades são sagradas, todas as vidas são invioláveis", pelo que incompreensível é que o "produto do amplexo de dois desconhecidos ou de dois adúlteros seja forçosamente inferior ao

que desabrocha de uma união abençoada por Deus ou sancionada pelo Estado". E AFRÂNIO PEIXOTO, em página inexcusável, assim se exprime: "É santo o ódio da mulher forçada ao bruto que a violou. Concluir daí que este ódio se estenda à criatura que sobreveio a essa violência, é dar largas ao amor-próprio ciumento do homem, completamente alheio à psicologia feminina. Um filho é sempre um coração de mãe que passa para um novo corpo" (10).

E no caso de aborto para salvar a vida da mãe?

Por direito natural, assim como uma pessoa, como tal, não vale mais do que outra pessoa como tal, assim também uma vida humana não vale mais do que outra vida humana.

A vida da mãe não vale mais do que a do filho.

Em caso de periclitção da vida da mãe, deve o médico, ou quem opera, fazer todo o possível para salvá-la; e também para salvar o filho, para resguardar sua vida.

Pode ser que na tentativa de preservar a sobrevivência da mãe, cause o operador a morte do feto.

Admite-se ser inculpada essa morte, se a ação do operador não foi dirigida diretamente contra a vida do *conceptus*, se a operação não foi encaminhada para matá-lo. O comentário de uns canonistas da Universidade de Salamanca (11) a propósito da pena canônica para o aborto, é interessante para o espírito do direito natural: num caso destes, dizem eles, "poderá haver talvez *peccado*,... mas não delicto".

No entanto, o caso do aborto terapêutico acaba se tornando hoje uma hipótese impertinente.

Acusou o caso COSTA JÚNIOR, numa publicação de 1965 intitulada "Por que, ainda, o aborto terapêutico" (12).

Com os meios de que dispõe a moderna medicina, a idéia de aborto terapêutico se torna falsa e inteiramente ultrapassada.

INTERPRETAR E APLICAR A LEI POSITIVA SEGUNDO OS PRINCÍPIOS DO DIREITO NATURAL

Estas observações eu as faço só para pôr à mostra o fato de que, quando, ainda hoje, se invoca o aborto terapêutico para justificar o feticídio, na verdade se está lançando mão de um pretexto.

Todavia, mesmo que ocorresse situação real de perigo para a vida da mãe — vamos admiti-lo *ad argumentandum* — e não bastassem as razões técnicas que propus para convencer da ilegalidade de uma decisão judicial autorizando o abortamento, é certo que a lei natural não faculta, nem justifica, nunca, a provocação do aborto direto, quaisquer que sejam as circunstâncias de fato.

É segundo esta premissa que se há de encarar a questão que de início nos propusemos.

Atentem para esta advertência, de caráter hermenêutico, de VICENTE RAO (13): "O paradigma do modo correto de proceder também há de ser usado e invocado pelos julgadores. Nem devem eles afastar-se, jamais, dos preceitos supremos do direito natural, particularmente daqueles preceitos que definem os direitos inerentes à personalidade e à dignidade do homem".

A sentença encerra dois aspectos.

O primeiro é que a lei positiva deve ajustar-se à lei natural, que é a lei do justo.

O direito natural, sendo uma exigência da natureza essencial do homem, proporcionada à natureza também das coisas que se lhe atribuem, forma um campo de preceitos fundamentais e elementares, de cuja conformidade depende a eficácia intrínseca das regras convencionais que compõem a lei positiva.

A lei positiva que contraria (lei injusta) a lei da natureza, não vale.

Não obriga porque, sendo contra a natureza, é mero capricho irracional; e um capricho irracional não pode obrigar: na linguagem de JOÃO MESSNER (14), não é a "verdade jurídica"; na linguagem de TOMAS DE AQUINO (15), simplesmente, não é lei: "*nec (tales scripturae) leges dicuntur; sed potius legis corruptiones*".

O segundo aspecto da advertência de RAO é que o juiz deve julgar sempre com a mente (e o coração) posta nos ditames basilares do direito natural.

O aviso toca também às regras positivas justas e válidas. Quero dizer: que seja a lei da natureza o referencial de avaliação e de interpretação do sentido e do alcance da lei posta; que sirvam os seus princípios, sempre, de diretriz, em ordem a ajustar a regra legal (que é geral e pode às vezes ser ambígua e admitir vários sentidos) ao caso concreto.

E é aqui o lugar onde entra aquele argumento definitivo que eu anunciava no curso da dissertação, sobre a ilicitude do aborto previsto no art. 128 do Código Penal, cujos termos devem entender-se como simples supressão da pena.

Se, tecnicamente, e no campo fechado da lei penal, a interpretação daquele artigo é duvidosa e discutível, já que imprecisa, defeituosa, algo obscura é a redação do texto e não uniforme a terminologia do contexto codificado, e se se presta o conjunto a entendimento vário, — perante o princípio do direito à vida e os preceitos daí decorrentes por derivação necessária no que toca à vida do *conceptus* e ao aborto, já não pode haver dúvida nenhuma da ilicitude ou delituosidade do aborto, chamado terapêutico e sentimental como que por eufemismo.

Noutras palavras, os ditames do direito natural orientam a inteligência da lei penal e do ordenamento todo no sentido de que, com toda certeza, o aborto em questão, eximido embora de pena, é ilícito, não podendo nenhum juiz deferi-lo.

BIBLIOGRAFIA

1. "Direito Penal", IV/169 (ed. 1966).
2. "Instituições", II/60.
3. "Comentários", pág. 51 (ed. 1967).
4. "Tratado", II/54.
5. "Novas questões jurídico-penais", pág. 103 (1946).
6. "Direito Penal", II/71 (ed. 1960).
7. *Op. cit.*, IV/174 (ed. 1965).
8. "Der Zweck im Recht", I/490 (ed. 1884).
9. "Teoria Geral do Processo", 67.
10. *Op. cit.*, IV/178.
11. MIGUELEZ DOMÍNGUEZ, ALONSO MORÁN, CABREROS DE ANTAS, LÓPEZ ORTIZ, "Código de Derecho Canónico", com. can. 2.350.
12. In "Revista da Faculdade de Direito USP", LXVI (1971).
13. "O Direito e a Vida dos Direitos", I/389.
14. "Ética Social", pág. 401.
15. "Summa th.", q. 60, a. 5 da 2.ª 2.ªe

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÕES CÍVEIS

ALIMENTOS — Atualização — Alimentante desempregado — Conta de liquidação do débito em atraso feita com base no que percebia quando empregado — Inadmissibilidade — Inexistência de prova de melhoria na sua situação patrimonial — Reajuste que deverá ser feito na base proposta e paga pelo alimentante — Recurso provido para esse fim.

Apelação Cível n. 59.061-1.

A C Ó R D ã O

ACORDAM, em Oitava Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

1. O Magistrado homologou a conta de liquidação correspondente ao débito alimentício em atraso de J. A. G. relativamente à esposa E. M. F. G., e aos filhos J. e E. Apela o alimentante e aduz que a conta se fizera em função daquilo que ele percebia quando empregado, ou seja, 30% do ganho líquido, com o reajuste monetário, tanto que até sobre a indenização havida ao ser despedido houve a dedução de parcela atribuída aos alimentandos, nesse percentual. Aquilo que tem pago representa de fato 30% do que logra ganhar não obstante desempregado. A resposta argúi ter melhorado bastante a situação patrimonial do alimentante que tem filhos também de sua nova união, precluso o direito de impugnar a conta. Tanto a Curadoria como a d.

Procuradoria opinaram no sentido do não provimento, fazendo-o a última por não ter sido esclarecido na composição de fls. 97-98, a forma a ser adotada para atualização das prestações com o que imprescindível seria vir fundada em preceito legal.

2. Nada permanece precluso para o apte. quanto ao valor do débito, uma vez que o termo a quo para eventual impugnação é precisamente a sentença homologatória, tendo insistido sempre o alimentante em que a filha não permanecia com a esposa, que ele continuava desempregado, que estava a quitar os atrasados na forma convencional em composição, que o filho passava a maior parte da semana em sua companhia, que estava a ser praticamente sustentado pela companheira, etc.

A homologação se deu em 2/4/84, a intimação em 27/4/84 (fl. 147) e o recurso é de 16/5/84, no prazo por não ter havido expediente forense em 30 de abril (segunda-feira).

3. Deixou o emprego o alimentante em 10/6/81 (fl. 43). O valor do percentual de alimentos foi atribuído aos alimentandos (fl. 18), relativamente à indenização percebida.

Mas ainda sem vínculo com o emprego, cujo salário demarcava o valor dos alimentos, ainda assim, a conta de liquidação, objeto do recurso, levou em consideração como mês base o de