

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS – FDSM

CÍNTIA CARVALHO DE MELO

**A (IN)EFICÁCIA POSITIVO-NORMATIVA DO CRIME DE ABORTO
PROVOCADO PELA GESTANTE:**

um estudo a partir das decisões dos Tribunais Superiores e de Minas Gerais

POUSO ALEGRE

2020

CÍNTIA CARVALHO DE MELO

**A (IN)EFICÁCIA POSITIVO-NORMATIVA DO CRIME DE ABORTO
PROVOCADO PELA GESTANTE:**

um estudo a partir das decisões dos Tribunais Superiores e de Minas Gerais

Dissertação de Mestrado apresentada como exigência parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Área de concentração: Constitucionalismo e Democracia. Linha de pesquisa: Efetividade dos direitos fundamentais sociais

Orientador: Professora Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis

FDSM – MG

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

D46 DE MELO, Cíntia

A (IN)EFICÁCIA POSITIVO-NORMATIVA DO CRIME DE ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE: um estudo a partir das decisões dos Tribunais Superiores e de Minas Gerais. / Cíntia de Melo. Pouso Alegre: FDSM, 2020.

151p.

Orientadora: Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis.

Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. aborto. 2. ineficácia. 3. normativa . 4. história . 5. jurisprudência .
I Spaolonzi Queiroz Assis, Ana Elisa. II Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III Título.

CDU 340

AGRADECIMENTOS

Seria humanamente impossível citar todas as pessoas que fizeram desse meu sonho uma realidade. Não há como expressar a imensa gratidão por todos aqueles que me apoiaram e aturaram durante esse período.

No começo, achava que o tempo de duração do Mestrado seria o momento mais exaustivo da minha vida, no entanto, diante de tudo que vislumbrei, conclui que foi provavelmente a época mais revigorante que já vivenciei.

Além da qualidade excepcional do curso, com tantos professores talentosos e funcionários prestativos, percebi que o Mestrado não só abriu portas para o meu futuro profissional, mas também para a minha mente e concepção da realidade.

Graças aos meus professores e colegas, percebi que minha mentalidade e visão de mundo, principalmente do Direito, nunca mais será a mesma. Só tenho a agradecer a todos os meus professores, em especial minha orientadora, Dra. Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis, que não apenas me proporcionou auxílio com materiais e observações, mas também ouviu meus anseios pessoais e acerca do futuro político e jurídico do país. Agradeço sua presteza, sensibilidade, pontualidade e incrível inteligência, sem as quais a presente dissertação não seria possível.

Às incríveis Juliana e Jussara do PPGD, que sempre ouviram os lamentos da nossa sala e se comprometem, a todo momento, a resolver nossos problemas da melhor maneira possível. A todos os meus amigos, colegas de trabalho e familiares, de Varginha, Pouso Alegre e Belo Horizonte, que me apoiaram durante todo esse processo, inclusive com algumas das melhores e mais engraçadas discussões que já tive na vida. Ao meu irmão, Vítor e aos meus avós, Geraldo, Maria Aparecida, Sebastião e Déa.

Aos meus pais, Sérgio Santos Melo e Maria do Carmo Carvalho de Melo, cujo apoio e amor são imensuráveis. Nunca conseguiria chegar onde cheguei sem o carinho, a rigidez e todo o suporte que me deram. Não consigo nem imaginar o que faria sem vocês.

*“Seja menos curioso sobre as pessoas
e mais curioso sobre as ideias”.*

Marie Curie

RESUMO

MELO, Cíntia Carvalho de. *A (in)eficácia positivo-normativa do crime de aborto provocado pela gestante*: um estudo a partir das decisões dos Tribunais Superiores e de Minas Gerais. 151f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, 2020.

A discussão acerca da (des)criminalização do aborto encontra entreveros de cunho axiológico em todo seu processo político e jurídico. Movimentos sociais de diversos campos, desde o cultural, religioso e acadêmico até o econômico oferecem suas perspectivas singularizadas acerca do assunto. No entanto, muito se verifica a ingerência de elementos morais arrebatados que acabam por reduzir o conflito à famigerada ponderação de interesses pelo Judiciário. O objetivo da presente pesquisa é oferecer uma abordagem de caráter histórico-científico para tentar alimentar o discurso da suposta ineficácia normativa do artigo 124 do Código Penal, mormente no que diz respeito à penalização da própria mulher que decide pelo procedimento abortivo. Para isso, procura utilizar de elementos da metodologia prevista na teoria pura do direito, aliado às mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, para assim tentar conjecturar o seu possível futuro. Dessa forma, foram aplicadas as teorias kelseniana e bourdieusiana em concomitância com a metodologia de análise de decisões, na qual foram apartados acórdãos do Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) que decidem sobre o destino das mulheres processadas pelo artigo objeto do presente estudo. Esse método aliado a uma retrospectiva histórica bibliográfica que compara os Códigos criminais com as Constituições brasileiras ao longo dos anos permitiu que fossem destacados quatro fenômenos jurisprudenciais: a análise dos eventos reduzida a meras questões processuais; a miscelânea na determinação do sujeito ativo do crime; a falta de interesse dos Tribunais no encarceramento da mulher e a natureza acessória atribuída ao crime do autoaborto em relação ao crime de homicídio.

Palavras-chave: aborto; ineficácia; normativa; história; jurisprudência.

ABSTRACT

MELO, Cíntia Carvalho de. *The positive-normative efficacy of the crime of abortion caused by the pregnant woman: a study based on the decisions of the Superior Courts and Minas Gerais*. 151p. Masters dissertation – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, 2020.

The discussion about the (des)criminalization of abortion meets axiological difficulties throughout its whole political and legal process. Social movements from several fields, from the cultural, religious and academic ones to the economic one offer their own unique perspectives on the subject matter. However, there is a great deal of interference by rapturous moral elements that end up reducing the conflict to the notorious balancing of interests by the Judiciary. The objective of this research is to offer a historical-scientific approach to try and feed the discussion of the alleged normative ineffectiveness of the article 124 of the Penal Code, especially in regards to the penalty of the woman herself who decides for the abortion procedure. To this end, it seeks to use elements of the methodology provided in the pure theory of law, coupled with changes in the Brazilian legal system, in order to try to conjecture its possible future. Thus, the Kelsenian and Bourdieusian theories will be applied in concomitance with the decision analysis methodology, in which judgments of the Supreme Federal Court (STF), Superior Court of Justice (STJ) and Court of Justice of the State of Minas Gerais (TJMG) that decide on the destiny of women processed by the article that is the object of the present study, were separated. This method combined with a historical bibliographic retrospective that compare the criminal codes with the Brazilian Constitutions over the years allowed for four jurisprudential phenomena to be highlighted: the analysis of events reduced to mere procedural issues; the hodgepodge in determining the active subject of the crime; the lack of interest on the Courts' part in the incarceration of the woman and the accessory nature attributed to the crime of self-abortion in relation to the crime of homicide.

Keywords: abortion; ineffectiveness; normative; history; jurisprudence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 DEFINIÇÃO E FORMAÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ABORTO.....	18
1.1 Concepções científicas acerca do aborto.....	18
1.2 A aversão ao aborto como resultado de uma dominação simbólica.....	22
2 O ABORTO PROVOCADO E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS NO BRASIL	32
2.1 O contexto histórico e seu papel no estudo da formação do discurso.....	32
2.1.1 <i>Aspectos que modularam o tratamento jurídico e social dado ao aborto.....</i>	<i>35</i>
2.2 Mudanças do tipo penal do aborto no ordenamento jurídico brasileiro desde o século XIX.....	39
2.2.1 <i>Contexto histórico do aborto no Código Criminal de 1830.....</i>	<i>39</i>
2.2.2 <i>A Proclamação da República e o Código Penal de 1890.....</i>	<i>45</i>
2.2.3 <i>Século XX e o terreno sócio-político para pensar um novo Código Penal.....</i>	<i>50</i>
2.2.4 <i>A presença do Código Penal de 1940 diante de cenários políticos distintos</i>	<i>54</i>
2.3 O impacto do feminismo e dos movimentos sociais na discussão sobre o aborto.....	58
3 A APLICAÇÃO DA TEORIA POSITIVISTA PARA ANÁLISE DA INEFICÁCIA NORMATIVA.....	65
3.1 A norma e a dinâmica jurídica como técnicas sociais específicas.....	70
4. A FUNÇÃO INTERPRETATIVA DA JURISPRUDÊNCIA E A ANÁLISE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS	81
4.1 Da pesquisa de posicionamento jurisprudencial e discussão dos resultados.....	89
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	103
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	110
ANEXOS.....	126

INTRODUÇÃO

Historicamente, a discussão que congloba o aborto, tanto na sua natureza fisiológica, quanto normativa, sempre foi marcada por polêmicas que abrangem questões políticas, sociais e religiosas. Passando por fases controversas que variam desde a busca da emancipação feminina dos direitos interpostos pela norma sobre o seu próprio corpo até à utilização da prática abortiva para controlar a massa populacional e limitar grupos étnicos, o aborto sempre foi um assunto que gera desalento no mundo social e até mesmo acadêmico (GALEOTTI, 2004).

Devido às insurgências religiosas e científicas que englobam a questão, as discussões acerca da penalização do ato ficam imersas nos dissentimentos axiológicos do direito à vida, laicidade estatal, liberdade de escolha da mulher, dentre outros fundamentos. Esses fatores, no entanto, por não representarem uma exatidão na linguagem do direito, sofrem com o fenômeno do sopesamento e ponderação de princípios na jurisprudência (ALEXY, 2008).

Acerca do primeiro caso, qual seja, o conflito semântico da “vida”, mesmo com o Código Civil de 2002, em seu art. 2º, prevendo a proteção dos direitos do nascituro desde a sua concepção¹, não é possível precisar uma teoria correta e exata acerca do início da vida na Constituição Brasileira. As visões mais comuns, de acordo com Sanches, Vieira e de Melo. (2013), podem ser classificadas como a visão metabólica², visão ecológica³, visão neurológica⁴, visão embriológica⁵, e, por último, a visão genética⁶.

A Constituição Federal de 1988 não possui um texto específico que apresente a visão adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em se tratando do direito à vida, em seu art. 5º⁷, prevê que a mesma é um direito inviolável (BRASIL, 1988). No entanto, além de não detalhar a teoria adotada para conceitua-la, ainda a coloca em uma posição hierárquica semelhante aos direitos como liberdade, igualdade, segurança e propriedade privada.

¹ “Art. 2º: a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002, on-line).

² Considera que o próprio espermatozoide e o óvulo já são, em si mesmos, células vivas (SANCHES, et al., 2013).

³ Segundo a qual a vida começa quando o feto poderia, em tese, sobreviver fora do útero, ou seja, entre a 20ª e 24ª semana (SANCHES; VIERIA e DE MELO, 2013).

⁴ Considera vida o início das atividades cerebrais (SANCHES; VIERIA e DE MELO, 2013).

⁵ Em que apenas é possível verificar o início da vida a partir da individualização humana, qual seja, a partir da 2ª semana da gravidez (SANCHES; VIERIA e DE MELO, 2013).

⁶ Concebe a vida já no momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozoide (SANCHES; VIERIA e DE MELO, 2013).

⁷ “Art. 5º 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, nos termos seguintes [...]” (BRASIL, 1988, on-line).

O certame dessas teorias (embriológica, metabólica, etc.) em contraponto com os princípios constitucionais, há muito vem sendo objeto de estudos jurídicos e acadêmicos. Em 2012, por exemplo, foi julgada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, em que a questão da criminalização do aborto foi interpretada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que decidiu, através de um processo interpretativo, pela permissão da realização do aborto de fetos anencefálicos (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

Com a decisão permitindo a interrupção da gravidez quando se trata de feto anencefálico, a discussão acerca do aborto tornou a ser paralisada no Legislativo, mas não no Judiciário. O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a ADPF 442 em 2017, cujo objeto principal é propor a descriminalização do ato ante o comprometimento da dignidade da pessoa humana, cidadania das mulheres, princípio da não-discriminação e demais direitos constitucionalmente previstos que protegem a liberdade e dignidade da mulher em específico (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

Em que pese a Arguição tratar de questões como proporcionalidade e necessidade da norma que criminaliza o aborto, o pedido definitivo realizado pelo PSOL em sua petição inicial era “excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas” (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, p. 61).

Assim, ao limitar o debate acerca da descriminalização do aborto induzido nas 12 (doze) primeiras semanas, a ADPF, apesar de trazer pontos importantes para a discussão, fez com que o litígio fosse enquadrado na busca pela definição do que seria vida, por isso o foco excessivo em questões científicas e religiosas.

A relevância do presente trabalho é vislumbrada já que, por diversas vezes, tais discussões se revelaram infrutíferas devido à discrepância dos pensamentos de cada grupo. Por conseguinte, uma análise que se volte ao questionamento da eficácia da norma baseado em preceitos históricos e jurídicos ao longo do processo de construção do mundo social brasileiro poderia contribuir com horizontes diferentes daqueles já vislumbrados.

A dissertação busca abranger o estudo do aborto sob uma perspectiva que tenta contornar discussões de conteúdo político e axiológico que marcaram a trajetória do tipo penal durante a sua existência ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, a validade da norma prevista no artigo 124⁸ do Código Penal será perquirida a partir da perspectiva de sua eficácia,

⁸ “Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos”. (BRASIL, 1940, on-line)

sendo, neste caso, aquela definida no movimento neopositivista, especificamente o kelseniano.

Para Kelsen (2009), a eficácia representa uma condição da validade, sendo que uma ordem jurídica só é considerada válida a partir do momento em que sua capacidade de produzir determinados efeitos em um espaço e território é demonstrada. A lógica do autor é normativa deontológica, preocupando-se com o “dever-ser” e com a imputação, não sendo necessária - na análise de uma ação ou omissão – a determinação dos motivos e modos que englobam o ato cometido pelo sujeito. É sob essa perspectiva que a seção técnica-normativa da dissertação irá se pautar.

A importância da utilização da teoria da dinâmica jurídica kelseniana se justifica no sentido de que, mesmo sendo alvo de críticas, é atualmente a tese com maior probabilidade de aplicação sem que acarrete em um *backlash*⁹ de proporções magnânimas, devido à sua distância de argumentos morais.

Não obstante, o estudo dos aspectos históricos político-jurídicos e o momento em que determinado país se encontrava à época de formulação das normas é indispensável para a análise de motivações e prioridades estatais que eventualmente levam à decisão de se criminalizar ou não certa conduta, vez que o tema vai ao encontro de uma discussão democrática.

Seguidor de Wittegeinstein, Kelsen (2009) utiliza-se da filosofia da linguagem para dar sentido aos objetos do direito, sendo que as proposições jurídicas representam juízos hipotéticos que enunciam e, em certas condições, produzem determinada consequência jurídica; ao passo que as normas jurídicas não são juízos, mas comandos imperativos. Dessa forma, a Ciência Jurídica é diferente na medida em que estuda os conceitos e ideologias históricas, mas não representam conduções imperiosas, enquanto o Direito já é, em sua essência, uma ordem.

Assim, por mais que aqui também se esteja estudando aspectos históricos da ciência jurídica, o estudo da linguagem pura do Direito representa a utilização do poder metodológico específico da perspectiva kelseniana para determinar a norma em sua estrutura formal. Por vez, através desses elementos e do estudo da jurisprudência, verificar-se-á sua eficácia ou não.

O aspecto teórico e prático da dinâmica jurídica kelseniana será utilizado para atingir os objetivos buscados no presente trabalho. O impacto dos costumes na insuficiência e

⁹ Aqui definido como a insurgência de atitudes reacionárias contra um ato legislativo ou judiciário que modificou certo dispositivo normativo considerado polêmico. Essas atitudes possuem o propósito de voltar a questão ao seu *status quo*” (POST; SIEGEL, 2007).

incapacidade de uma norma em modular efeitos significativos na sociedade em geral compreende papel fundamental na pesquisa, pois dá ensejo ao consenso de que a norma estaria sendo má utilizada ou mesmo não aplicada de maneira ecumênica.

No momento em que esse costume é entendido como um dos fatores criadores de Direito, torna-se essencial buscar uma maneira de compreender como poderia afetar de forma prática uma norma escrita. Para isso, uma teoria que abrolha o suporte histórico de determinada conduta revela-se imprescindível para complementar a parte da dinâmica jurídica de Kelsen (2009).

Portanto, a dissertação também irá utilizar-se da teoria do poder simbólico de Bourdieu (1989) para auxiliar no entendimento da caracterização de uma conduta social como um ato humano costumeiro, ou seja, comum. Essa identificação, no entendimento da presente dissertação, se interliga com a teoria kelseniana no sentido de que ajuda a esclarecer porque determinados comportamentos são tidos como normais em determinadas épocas.

A tese de Bourdieu (1989), embora ofereça críticas ao positivismo, será utilizada como uma teoria não destrutiva, mas sim explicativa, no sentido de que irá auxiliar no entendimento das origens históricas dos enunciados kelsenianos, uma vez que o mundo social é composto da prática do Direito, pois ele se manifesta e é mediado pela realidade histórica. Isso se relaciona com a teoria de Kelsen (2009), ao ver da dissertação, na medida em que a eficácia da norma, para ele, também pode ser vislumbrada diante de sua aplicabilidade prática.

Far-se-á uma análise também tanto da questão da violência simbólica pelo corpo e sexualidade, quanto acerca daquela emanada de normas elaboradas por um grupo em específico que tomou para si o poder da fala através da submissão, obediência e reconhecimento. Isso enseja na possibilidade de que a criminalização de uma conduta possa não mais ser justificável em determinado período histórico.

Como exemplo, considere-se o adultério. A prática foi prevista como crime no Código Penal Brasileiro até o advento da Lei nº 11.106/05. Essa regra pode parecer impensável e efetivamente inaplicável nos dias de hoje, mas até mesmo a pena capital já fora outrora prevista para a mulher adúltera e o amante na época das Ordenações Filipinas (ICIZUKA; ABDALLAH, 2015).

No entanto, mesmo no tempo de vigência dessa lei penal, o dispositivo possuía grandes dificuldades práticas na sua aplicação, e seu fundamento axiológico, qual seja, os valores buscados pela sociedade como a justiça e a ética, já haviam desaparecido (ICIZUKA; ABDALLAH, 2015). Assim, mesmo que o adultério ainda fosse considerado um comportamento reprovável pela cultura em geral, a sua prática não causaria nenhum dano

efetivo à sociedade, e a sua permanência como tipo penal não era proporcional ao prejuízo causado por ele.

Neste diapasão, a dissertação faz um estudo acerca da jurisprudência que determina o futuro do sujeito passivo enquadrado no artigo 124 do Código Penal. A interpretação, pelos Tribunais, da problemática legal-constitucional que alimenta a polêmica da criminalização do aborto, foi realizada de forma a tentar definir a eficácia da norma, que é interposta considerando diversos fatores. A partir do momento em que mais de uma Instituição é legitimada para dizer ou modificar as regras, é possível verificar a descaracterização dos elementos que justificariam a sua existência na época de sua origem.

Outro problema seria a forma que a interpretação jurídica é realizada. Seja qual for a teoria utilizada para definir os procedimentos e características de tal interpretação, a presente dissertação irá adentrar na possibilidade de que a análise e defesa dos direitos sociais através do Poder Judiciário, do modo como é feita hoje, possa vir a se demonstrar debilitada, diante de fatores que o texto tentará demonstrar.

Essa é uma problemática contemporânea, uma vez que o Judiciário está sendo cada vez mais procurado pela sociedade e por partidos políticos para decidir sobre questões controversas, com o detrimento do apelo ao Poder Legislativo. Projetos acerca da interrupção da gravidez estão parados no Congresso desde 1989 (PASSARINHO, 2018).

No caso do aborto, a discussão é inevitável e necessária. Um estudo histórico realizado em 2009 pela Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos Departamento de Ciência e Tecnologia, cujos dados foram conferidos e aprovados pelo Ministério da Saúde para divulgação, confirmou que:

Um estudo recente sobre a magnitude do aborto no Brasil estimou que 1.054.242 abortos foram induzidos em 2005. A fonte de dados para esse cálculo foram as internações por abortamento registradas no Serviço de Informações Hospitalares do Sistema Único de Saúde. Ao número total de internações foi aplicado um multiplicador baseado na hipótese de que 20% das mulheres que induzem aborto foram hospitalizadas. A grande maioria dos casos ocorreu no Nordeste e Sudeste do país, com uma estimativa de taxa anual de aborto induzido de 2,07 por 100 mulheres entre 15 e 49 anos (BRASIL, 2009, p. 16).

Nessa situação de calamidade pública, a capacidade da norma de produzir efeitos na sociedade devem ser analisadas de acordo com a função praxiológica do direito, que possui como objetivo maior a proteção dos interesses da sociedade e também das minorias. A presente dissertação, portanto, seria uma tentativa de abertura de tal debate sob uma perspectiva kelseniana e bourdieusiana.

Importante também discutir, noutra esfera, o fato de que o aborto foi considerado crime pelo legislador a partir do momento em que esse determinou que o embrião ou o feto são pessoas físicas com direitos. Pode-se pensar, portanto, que o tipo penal do aborto não existe, melhor dizendo, seria sempre vinculado a outro, no caso, o homicídio. Entra-se, portanto, na questão da má aplicação da norma e, conseqüentemente, da sua ineficácia.

A presente proposta foi realizada através de uma pesquisa empírica qualitativa, pois tentará identificar o discurso padrão do Poder Judiciário acerca do tema abordado, buscando enquadrar sua forma de pensamento em um contexto histórico, social e cultural para entender a justificativa da criminalização do aborto e sua eficácia atual. A análise institucional torna possível uma explicação da motivação do pensamento de um grupo social de qualquer natureza, no caso, o Poder Judiciário (GALVÃO, 2017). A pesquisa, no entanto, será bibliográfica, e não de campo.

Utilizou-se da Metodologia de Análise de Decisões - MAD (FREITAS; LIMA, 2010), cujo recorte institucional abrange jurisprudências dos Tribunais Superiores, quais sejam, Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) acerca do crime de aborto, e quais os critérios escolhidos por eles para enquadrar os denunciados nos tipos penais estabelecidos no artigo 124 do Código Penal, além da leitura do conteúdo decisório dos acórdãos.

A análise de decisões representa um protocolo através do qual se busca uma organização de características inerentes aos acórdãos prolatados pelos órgãos judiciais mencionados, tentando estabelecer um ou mais padrões nos quais as decisões se encaixam (FREITAS; LIMA, 2010).

Esse procedimento ainda previu que as decisões fossem organizadas e analisadas diante de determinado contexto para verificar a coerência dos acórdãos prolatados por diferentes Tribunais (FREITAS; LIMA, 2010). Também não impede que identifique um momento decisório do aborto em comparação com o estado jurídico de outrora. Para se determinar tal protocolo, a pesquisa foi realizada através de uma base bibliográfica neopositivista.

Além disso, para o entendimento do processo histórico da criminalização do aborto, foi utilizado Bourdieu (1989) e sua contribuição para o entendimento da dominação simbólica como construtora da norma e percussora da aversão que a sociedade tem pelo aborto. Foram empregados, de maneira contingente, demais autores, como Bobbio (1995) e Durkheim (1983), que serviram como complementos explicativos, visando o alcance dos objetivos propostos pelo projeto.

A escolha da corrente positivo-normativista como marco teórico se configura como a ideal para que seja possível a desvinculação estrita do aborto com perspectivas principiológicas e morais, mesmo que não as exclua por completo, dada as características estática e dinâmica do ordenamento jurídico, conforme estabelecido por Kelsen (2009).

Tendo em vista que o estudo de casos nos quais a pessoa já foi condenada pelo crime de aborto - seja em primeira ou última instância - o método em vigor é aquele observacional (GIL, 2008), que será utilizado em conjunto com o comparativo. Isso devido ao fato de que as decisões dos Tribunais serão estudadas de forma que suas semelhanças e diferenças possam auxiliar na percepção de um padrão decisório, trazendo também o sujeito ativo para o qual são dirigidas as condenações.

Esse método se comunica com a MAD na medida em que se trata aqui de uma abordagem exploratória (GIL, 2008), pois, além do levantamento dos dados constantes nas decisões dos Tribunais mencionados, houve uma pesquisa bibliográfica acerca do problema jurídico do aborto, tanto a partir de uma análise filosófica e social, quanto sob uma perspectiva comparativa histórica acerca do seu tratamento ao longo das constituições, códigos e leis brasileiras desde 1824.

A leitura exploratória permitirá ao pesquisador identificar os elementos narrativos textuais em torno do tema, os dissensos argumentativos mais importantes no campo teórico e os conceitos, princípios ou institutos jurídicos sobre os quais há mais disputa (LIMA. et al., 2010, p.08).

A partir dessa leitura, foi possível identificar as questões-problema mais importantes e que direcionaram a pesquisa bibliográfica realizada. A utilização dos métodos observacionais e comparativos permitiu que as prioridades e interesses majoritários dos Tribunais e, tecnicamente, da população em geral (tratando-se o aborto de ação penal pública incondicionada) fossem definidos na atualidade e, ao analisa-los conforme a época e comparando-os com tratamentos jurídicos passados, colocados em questão.

Nessa perspectiva, a escolha do STF e STJ, que possuem em tese a mesma hierarquia funcional, se justificam por corresponderem à última instância judicial o que, conseqüentemente, representam a decisão final e universal daquele determinado caso. Além disso, tais decisões possuem a possibilidade de modular os efeitos de um caso concreto para que eventualmente sejam aplicados a todos os cidadãos brasileiros.

Já a escolha do TJMG se justifica pelo fato de que representa uma instância inferior aos outros e serve como prequestionamento da matéria em questão, auxiliando na definição

do padrão de pensamento do Judiciário no tratamento jurídico do aborto. A busca por tais decisões foram realizadas através dos sítios eletrônicos¹⁰ específicos das instituições mencionadas.

Um projeto comparativo territorial nacional, ou seja, que abrangesse, além do STF e STF, os tribunais de todos os estados brasileiros, iria demandar uma pesquisa exaustiva, dificilmente realizável no período da construção de uma dissertação de mestrado. Por isso a escolha de se manter restritivamente às decisões do TJMG.

Para a seleção das decisões dos três órgãos mencionados, foram utilizados acórdãos do início do ano de 2010 até o início do ano de 2020, considerando que um período de uma década compreende tempo considerável para a construção do pensamento padrão de uma Instituição. Ao mesmo tempo, no entanto, não foram encontrados números excessivos de acórdãos relativos ao assunto, mesmo com um lapso temporal de dez anos. Veja-se a seguinte tabela:

TRIBUNAL	QUANTIDADE DE DECISÕES POR ANO									
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
1) Supremo Tribunal Federal – STF	-	-	-	-	-	-	-	02	-	-
2) Superior Tribunal de Justiça – STJ	01	01	01	01	-	01	01	-	01	03
3) Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG	02	03	04	03	01	03	02	07	07	01
TOTAL	45									

Essas decisões são todas aquelas que mencionam o crime de aborto. Foram delas excluídos os acórdãos que se destinam a processo cujo tipo penal é o “aborto com o consentimento da gestante” ou o “aborto provocado por terceiro”. Ainda dentre essa agremiação, foram analisadas com maior afinco aquelas decisões que mencionam explicitamente o artigo 124 do Código Penal ou que se destinam à gestante em especial. Com isso, a tabela ficou substancialmente menor, veja-se:

¹⁰Jurisprudência STF disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Jurisprudência STJ disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Jurisprudência TJMG disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/jurisprudencia/consulta-de-jurisprudencia/#.XDVNd2nJ2po>.

TRIBUNAL	Quantidade de decisões que mencionam especificamente o artigo 124 do Código Penal ou a condenação da própria mulher gestante									
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
1) Supremo Tribunal Federal – STF	-	-	-	-	-	-	-	01	-	-
2) Superior Tribunal de Justiça – STJ	01	01	-	01	-	01	-	-	-	02
3) Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG	01	-	02	01	-	01	01	02	02	-
TOTAL	17									

Ressalta-se que, para a referida pesquisa jurisprudencial, na primeira tabela foram utilizadas apenas a palavra “aborto”. Para a segunda, foram utilizados, em pesquisa primordial, os caracteres “aborto” e “124” e, como alternativa, os termos “aborto” e “gestante”. Importante frisar que o aborto involuntário e demais exceções previstas no Código Penal não são consideradas crimes. Ressalte-se que apenas foram incluídas no montante aqui utilizado para se estabelecer a “dessuetude” aquelas decisões voltadas à penalização da própria gestante.

Outro aspecto a ser analisado é aquele concernente ao conteúdo das questões que eminentemente chegam aos Tribunais superiores para serem questionadas. A falta da análise do certame substancial ou, até mesmo, a estrita menção à matéria processual dos crimes de aborto que são processados e julgados, acabam levantando a indagação do real interesse na discussão de um assunto tão polêmico e que ainda não é abordado de forma específica pela Constituição Federal. Assim, indaga-se o verdadeiro papel desses tribunais, mormente o STF, no que diz respeito à efetivação e concretização dos direitos constitucionais.

A dissertação se dividiu em quatro partes. O primeiro capítulo traz uma noção do conceito científico da ramificação do aborto que efetivamente se encaixa no tipo penal objeto da presente pesquisa. Com efeito, também faz uma retrospectiva histórica da polêmica que tornou como tabu o assunto face à sociedade, contribuindo para sua eventual tipificação penal.

Para isso, trata o assunto de acordo com a teoria da norma como um produto da dominação em Bourdieu (1989) que, além de fornecer ideias que possam servir para o entendimento da utilização da teoria positivista e o porquê dela normalmente ser, de uma forma generalizada, de mais fácil aceitação, também destaca a questão da dominação simbólica, principalmente a masculina.

O segundo capítulo contribui para que seja possível analisar o porquê de um resgate histórico ser tão importante para a análise da eficácia de uma norma em específico. Ao comparar a situação política e social do Estado e o seu texto constitucional, é possível se chegar às motivações por trás de uma norma, mesmo a penal. Em que pese valores e princípios serem intrínsecos à construção de um perfil societário, é possível que, em certa época, a tipificação de uma conduta não fora fundamentada nas bases que aparentava ter.

Serão analisados todos os Códigos Criminais e Penais desde 1830 em comparação com as respectivas Cartas Constitucionais vigentes à época de cada um deles. Isso possibilita que o ordenamento jurídico seja visto como uma ciência em si, uma vez que o direito seria estudado de acordo com ele próprio, abordando a criação e modificação normativa como um processo interligado não apenas com o mundo social, mas com o texto jurídico em si.

Após tecer essa retrospectiva histórica e servir-se do direito como uma ciência específica, a terceira parte da dissertação irá centralizar na concepção positivo-normativa, utilizando-se principalmente da teoria pura do direito em Kelsen (1984), com foco na dinâmica jurídica, especificamente na questão da “dessuetude” e da eficácia da norma a partir da sua não aplicabilidade ou má utilização, questionando sua objetividade jurídica no mundo contemporâneo.

O quarto capítulo adentra efetivamente na metodologia utilizada para que a (in)eficácia da norma seja devidamente analisada. Na medida em que demonstra o Judiciário como detentor do poder do discurso, também tentará estabelecer uma conexão com o conteúdo das decisões analisadas com o real objetivo do Estado quando se fala em criminalização do aborto.

Com isso, além de tentar se chegar a uma conclusão acerca da eficácia da norma, também relaciona o tipo de pensamento que o Judiciário possui com uma possível inobservância da concretização ou até mesmo regulamentação própria e específica dos direitos constitucionais sociais. Questionar-se-á a motivação por trás das políticas públicas e até mesmo dos processos legislativos e judiciais que se abstenham de tratar constitucionalmente da questão do aborto.

1 DEFINIÇÃO E FORMAÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ABORTO

1.1 Concepções científicas acerca do aborto

Para discutir o aborto, faz-se necessário conhecer previamente sua natureza e a prática do abortamento. De acordo com dados fornecidos pelo sítio eletrônico oficial da Secretaria de Saúde (2019), atualizados anualmente, o aborto é, em termos técnicos, a extração ou expulsão de um embrião ou feto pesando menos de 500g. Ocorre aproximadamente entre 20 e 22 semanas de gestação e pode ser independente ou não da presença de sinais vitais

Importante salientar ainda que o feto é assim nomeado a partir de 08 semanas do desenvolvimento embrionário, e continua construindo definições e caracteres até o final da gestação, seja através do aborto ou do nascimento (ZEGERS-HOCHSCHILD, 2009). Já o embrião se caracteriza como a divisão do zigoto, que é o produto da fertilização, ou seja, do encontro do óvulo com o espermatozoide (ZEGERS-HOCHSCHILD, 2009).

A definição do aborto, conforme orientação da Secretaria da Saúde (2019), não deve ser confundida com a morte fetal, que pode ocorrer antes ou depois da expulsão e extração do produto da concepção e independe do tempo de gestação. Ela é caracterizada a partir do momento em que o feto não respira e não demonstra qualquer sinal de vida como, por exemplo, a realização de movimentos voluntários. Pode ser precoce, quando está compreendida desde a concepção até a vigésima semana de gestação; intermediária, entre a 20^a e a 28^a semana de gestação e a tardia, que pode acontecer desde a 28^a semana até o parto.

É possível classificar o aborto com relação às circunstâncias biológicas e sociais que o englobam. O tipo espontâneo é aquele no qual determinadas circunstâncias naturais fazem com que o próprio corpo da mulher, sem qualquer tipo de influência externa, acabe expulsando o feto ou embrião (ZEGERS-HOCHSCHILD, 2009). Há também a presença do fenômeno conhecido como aborto retido, no qual a tentativa realizada voluntariamente não logrou êxito (ZEGERS-HOCHSCHILD, 2009).

Já o aborto induzido se caracteriza pela expulsão ou extração voluntária do feto ou embrião através de um procedimento clínico ou por métodos não reconhecidos na medicina. Estes casos podem ser realizados pela gestante sozinha ou por terceiro que conta com seu consentimento; com o conhecimento da gestante, mas sem seu consentimento; ou até mesmo sem o conhecimento da gestante. (ZEGERS-HOCHSCHILD, 2009).

Fala-se também no aborto terapêutico, que é aquele no qual a prática é realizada pelo profissional da saúde no caso de risco de vida da gestante; além do aborto sentimental,

permitido a partir do momento em que é comprovado que a gestação foi fruto de um estupro (ALMEIDA, 2000). Ambos os casos não são considerados crimes no Código Penal brasileiro de 1940.

Essas diferenciações permitem que o leitor identifique com precisão o que seria o aborto provocado pela própria gestante. Outro assunto que possibilita a criação de pensamentos conflituosos em uma comunidade sem muitos conhecimentos específicos é a questão das pílulas anticoncepcionais, cuja utilização e aceitação englobam aspectos históricos aprofundados acerca da sexualidade, da bioética, dos direitos humanos e principalmente da liberdade de escolha da mulher.

Movimentos sociais como o feminismo foram imprescindíveis na conquista do direito ao uso de métodos contraceptivos. No entanto, a biomedicina também teve papel fundamental na construção de visões diferenciadas acerca do corpo e sexualidade feminina. Por muito tempo predominava a ideia de um sexo único, sendo que o masculino, além de predominante, era um padrão a ser utilizado como base para definições futuras, uma vez que era considerado hierarquicamente superior ao feminino (DE BEAUVOIR, 2014).

Dessa forma, as denominações feitas para caracterizar os órgãos sexuais femininos configuravam-se apenas como inversões, antônimos dos órgãos masculinos (BOURDIEU, 2012). Esse pensamento perdurou durante anos e mesmo com as evoluções no estudo da anatomia, algumas instituições detentoras do poder do discurso continuavam a obstar procedimentos e estudos mais aprofundados sobre o corpo e a sexualidade (MARTINS, 2004).

Foi a partir dos séculos XVIII e XIX que as produções científicas relacionadas ao sexo e gênero foram se alastrando e ganhando notoriedade. Tais estudos buscavam detalhar as diferenças sexuais entre o feminino e masculino. Destarte, a visão de um único sexo foi sendo afastada para compreender as necessidades específicas das mulheres (MARTINS, 2004). A biomedicina dedicou-se a fazer um tipo de inventário acerca das peculiaridades femininas, redefinindo o padrão de mulher considerada, na visão tradicional, normal, e criando maneiras de intervir em questões ginecológicas e comportamentais da pessoa (MARTINS, 2004).

Uma das maiores contribuições feministas no enfoque das diferenças sexuais da mulher foi de Simone De Beauvoir em seu livro “O Segundo Sexo” (2014), publicado originalmente em 1949. Seu maior auxílio para a discussão foi o fato de que o livro procurava explicar os pontos de vista biológico, materialista histórico, psicanalítico e econômico que ensejaram na subordinação da mulher por tantos anos, para depois desconstruir essa imagem. Segundo De Beauvoir (2014), o homem pretende, a partir da dominação da mulher, infiltrar

sua própria consciência e sua ideologia dentro dela, inclusive para lhe fornecer filhos legítimos e assegurar sua imortalidade e herança patriarcal através desses descendentes.

Assim, os avanços na busca pelos direitos das mulheres abrangeram diversos aspectos, sendo que nenhum deles foi ignorado na construção da história do feminismo e particularmente, do aborto. Tanto os aspectos sociais, biológicos, psicanalíticos, históricos, políticos e normativos foram imprescindíveis para que hoje a mulher seja vista não como o oposto do homem, mas como um ser autônomo e peculiar.

Esse avanço na biomedicina e nas teorias feministas contribuiu para a Revolução Sexual, movimento que abraçava as ideias evolutivas de meados dos séculos XIX e XX em prol da liberdade sexual da mulher, englobando sua fertilidade, seus direitos a estudar e obter informações diversas daquelas apresentadas previamente pelos homens em sua vida, trabalho e competição no mercado econômico (POLI, 2011).

Diante disso, em que pese a presente dissertação tentar se desvencilhar de aspectos axiológicos e principalmente psicológicos, o avanço da discussão sobre o aborto só é possível devido às conquistas femininas principalmente no final do século XIX e início do século XX. Pesquisas relacionadas ao assunto, sob qualquer perspectiva ideológica, apenas são admissíveis por obra do feminismo histórico.

Face às conquistas obtidas pela Revolução Sexual, foi aprovado, em 1961, o comércio do primeiro contraceptivo oral, também conhecido como pílula anticoncepcional, chamada Enovid (POLI, 2011). No momento de sua aprovação, suas funções já haviam sido explicadas e permitidas por profissionais da área da saúde.

O efeito principal da pílula anticoncepcional é a inibição da ovulação, um pequeno milagre farmacológico que esse medicamento produz. Assim, a principal consequência de seu uso pelas mulheres é a capacidade delas comandarem, de forma voluntária, a sua fertilidade e, conseqüentemente, assumirem o poder de desenvolver atividades sexuais sem o risco da procriação. Com os anticoncepcionais, as mulheres ganham controle sobre o seu potencial reprodutivo e as pílulas representam um método de fácil manejo, discreto e independente do controle do homem (POLI, 2011, p. 335).

Apesar de ficar claro que a utilização de tal pílula apenas concede o poder à mulher de controlar a sua fertilidade antes da fecundação, um grande número de pessoas ainda possuía dúvidas e preconceitos quanto aos efeitos diretos do medicamento e se a mulher teria o direito de controlar algo que seria, em tese, natural.

Uma questão acerca dos métodos contraceptivos que acaba gerando dúvidas na população em geral é a utilização da chamada Anticoncepção de Emergência (AE). Apesar de

não ser o objeto de pesquisa da presente dissertação, a questão da pílula do dia seguinte ainda recebe críticas de organizações e pessoas que a confundem com um método abortivo, como a Provida Família, setor que compõe a Igreja Católica, a CNBB e sua Comissão de Bioética e demais integrantes do poder legislativo (SOUZA, BRANDÃO, 2012).

Um exemplo mais recente foi a moção realizada pelo vereador Douglas Medeiros (2019), filiado ao Partido Progressista (PP), que repudiou a utilização da AE, comparando-a com o um método abortivo e criticando o art. 3º, inciso IV, da Lei 12.845/13, que dispõe sobre a profilaxia, ou seja, a prevenção da gravidez¹¹. Além disso, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 29/2015, chamada PEC da Vida, que foi desarquivada em fevereiro do ano de 2019, visa à alteração do art. 5º da Constituição Federal para explicitar que o direito à vida é inviolável desde a concepção (ESPIRITO SANTO, 2015).

Por variadas razões, a referida proposta poderia eventualmente ensejar na aparição de mais grupos que defendem a proibição da utilização da AE na medida em que for comparada a um método abortivo. Neste diapasão, ao ainda ser frequentemente comparada com o abortamento induzido, o enfoque na definição desse método contraceptivo se torna necessário para que seja possível limitar o objeto da presente pesquisa. Conforme Nota Técnica do Ministério da Saúde (2011), a AE é um método anticonceptivo que previne uma gravidez indesejada, não havendo nenhuma menção a uma suposta interrupção da gestação.

Não existe qualquer sustentação científica para afirmar ou fazer suspeitar que a AE seja método que resulte em aborto, nem mesmo em percentual pequeno de casos. As pesquisas asseguram que os mecanismos de ação da AE evitam ou retardam a ovulação, ou impedem a migração sustentada dos espermatozoides. Não há encontro entre os gametas masculino e feminino. Assim sendo, não ocorre a fecundação (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2011, p. 13).

Portanto, a pílula do dia seguinte, como é conhecida coloquialmente pela sociedade a AE, não se enquadra como um procedimento abortivo. Essa confusão é proveniente de bramidos que podem se encontrar predispostos a mesclar fenômenos científicos e jurídicos com as morais pregadas por morais religiosas ou culturais. No entanto, especialistas da área de saúde separam de forma clara a AE de um procedimento abortivo.

A Resolução nº 1.811/2006 do Conselho Federal de Medicina (CFM), por exemplo, dispõe que toda a comunidade médica deve aceitar a Anticoncepção de Emergência como método alternativo para a prevenção da gravidez, por não provocar danos nem interrupção da

¹¹ Notícia disponível no sítio eletrônico: <https://acoluna.co/vereador-de-jundiai-douglas-medeiros-pp-causa-indignacao-ao-repudiar-lei-que-trata-sobre-o-uso-da-pilula-do-dia-seguinte-em-casos-de-abuso-sexual/>. Acesso em: 21 mai. 2019.

mesma. Além disso, desde o ano de 2000 a pílula vem sendo distribuída gratuitamente pelo Ministério da Saúde a mulheres vítimas de violência sexual, sendo que sua comercialização também é livre em todo país. A utilização é recomendada e orientada pelo Programa de Planejamento Familiar, pela Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo), pela Sociedade Brasileira de Reprodução Humana (SBRH) e pela Sociedade Brasileira de Pediatria (SBP).

Há uma vasta gama de procedimentos que buscam a interrupção ou prevenção de uma gravidez. A separação axiológica de todos esses conceitos se revela imprescindível para elucidar frequentes confusões conceituais. A falta de conhecimento acerca das especificidades médicas e terminológicas pode acabar resultando na formação de ideias equivocadas acerca das particularidades históricas que contribuíram para a criminalização da prática de abortamento induzido.

1.2 A aversão ao aborto como resultado de uma dominação simbólica

A presente pesquisa não tem como objetivo agravar as discussões acerca do momento em que a vida se inicia. Em contrapartida, torna-se viável, antes de adentrar na evolução histórica do tratamento jurídico e político do aborto no Brasil, abordar as possíveis questões que levaram ao desmedido repúdio de tal prática ao longo da história, para melhor ajudar na compreensão da sua criminalização.

Aqui se adota o pensamento de que as várias revoluções e mudanças nas Constituições e Códigos em períodos históricos diversos no país estabeleceram relações de poder nas quais uma gama específica da sociedade detinha a palavra e a capacidade de elaborar uma norma. Os grupos em si não permaneceram os mesmos durante os séculos XVIII, XIX e XX, mas de antemão emanavam uma dominação sobre o restante da população.

A teoria positivo-normativista por si só não é suficiente para compreender a situação jurídica do aborto ao longo dos anos. Em que pese ser utilizada na dissertação como fundamento para análise da eficácia do crime de aborto, ela não oferece uma base aprofundada da aversão simbólica que tal ato obteve ao longo dos anos.

Para tanto, será abordada a tese de Bourdieu (1989) que, apesar de oferecer ideias diferentes da teoria de Kelsen, inevitavelmente ajuda a compreender a questão da dominação, principalmente a masculina, como a base de construção da norma. Mesmo que não seja aqui utilizado como a teoria de análise da eficácia jurídica da norma do aborto, o pensamento

bourdieusiano auxilia na compreensão histórica do mesmo. Para tanto, primeiramente deve se ter em mente o que seria o poder para o sociólogo.

O poder, segundo Bourdieu (1989), seria uma estrutura formada por vontades arbitrárias. É simbólico e invisível, podendo ser legitimado apenas a partir do momento em que conta com a cumplicidade e aceitação tácita daqueles que ignoram sua própria submissão. Essas forças simbólicas não são transcendentais, mas sociais, ou seja, arbitrariamente interpostas por certa gama da sociedade. A cultura dominante comunica o acesso a meias verdades e informações, promovendo uma falsa consciência nas classes dominadas. (BOURDIEU, 1989).

Esse poder é intimamente interligado com o Direito e contribui para a teoria de que a norma é que precede a relação jurídica, fazendo do Direito um campo relativamente autônomo. Para Bourdieu (2001), no entanto, os campos sociais resultantes de uma relação de dominação histórica constante acabam preenchendo e influenciando o conteúdo originário de uma norma. Para ele, isso representa um tipo de violência simbólica.

A existência de um universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física (BOURDIEU, 1989, p.211).

Assim, Bourdieu (1989) se alia à visão normativista no sentido de que a regra é que dita o Direito e torna uma relação social eminentemente jurídica. Além disso, não nega a existência de um direito puro (diga-se de acordo com a teoria kelseniana), livre de medidas externas e aberto a interpretações. Entretanto, sua visão é no sentido de que tais normas foram vislumbradas por um poder que, historicamente, vê à sua disposição todos os meios para influenciar a sociedade a aquiescer com tal norma e considerá-la natural. Para entender tal fenômeno, é preciso se ter em mente alguns conceitos da teoria bourdieusiana.

Primeiramente, tem-se o “habitus” que, nas palavras de Bourdieu (1989, p. 59-73), seria um conjunto de ações adquiridas ao longo do tempo que acabam se incorporando no âmago do indivíduo. Assemelha-se às regras de um jogo que não precisam ser compreendidas, uma vez que não necessitam de um raciocínio para serem aplicadas. Estão ali para serem aceitas como evidentes, não em um sentido jusnaturalista, mas sim semântico.

Isso acaba afastando o dualismo kantiano ao se referir à moral e às regras como frutos de uma ordem sistemática criada para naturalizar certos comportamentos, muito embora terem sido construídos historicamente e estarem em constantes modificações. Assim, o “habitus”

afeta o consciente, o inconsciente, o raciocínio lógico, as emoções, o corpo físico e os maneirismos do sujeito (BOURDIEU, 1989).

Dessa forma, pode-se entender que o “habitus” reproduz todas as peculiaridades de uma sociedade adquiridas ao longo da história. Na medida em que são naturalizadas e interpostas através dos meios de comunicação controlados pela classe dominante, acabam se tornando familiares aos indivíduos, que reproduzem tais condições sociais para as gerações futuras.

De certo que o “habitus” surge de algum lugar, que é chamado por Bourdieu (1989) de campo. Para o filósofo, o lugar no qual se dão as relações sociais, não sendo essas exclusivamente intelectuais, é responsável pelas interações políticas e disputas de interesses e valores. Tais campos se dividem de acordo com objeto de sua discussão, podendo representar o campo religioso, o intelectual, o filosófico, o político, o literário, o moral, dentre outros.

No entanto, uma coisa é comum em todos eles: a luta de interesses que eventualmente culmina em um grupo vencedor, que acaba sendo o responsável pelo “habitus” (BOURDIEU, 1989). Assim, as Instituições, na medida em que participam de uma luta simbólica, acabam por demonstrar suas vontades no seu discurso. A falta de interesse por parte do Judiciário em penalizar a gestante que comete o aborto, por exemplo, poderia ensejar na formação de um novo “habitus”.

Novamente é possível se fazer uma interligação com a perspectiva positivista uma vez que a teoria bourdieusiana considera o Direito um campo com relativa autonomia diante dos demais, que podem chegar a influenciar ou serem influenciados de maneira que seu influxo semântico sofra interferências das normas (TAVES, 2012). Isso não afeta a independência dos campos, apenas admite-se uma interação social entre eles.

Conforme a teoria de Bourdieu (1989), para que o agente do campo seja legitimado e tome o poder de forma simbólica, é necessário que aqueles que por um acaso se submetem, sem plena consciência, à sua arbitrariedade, sejam cúmplices nessa jornada de dominação da linguagem. Dessa forma, o discurso de quem conquistou o poder é aceito sem demasiada oposição, visto que o próprio elo fraco desse jogo de dominação aceita os enunciados do grupo hierarquicamente superior, mesmo que prejudiciais aos próprios interesses da sociedade.

Isso faz com que todos os outros dissensos excluídos da linguagem do campo sejam considerados profanos ou marginalizados, sendo, dessa maneira, possível compreender a relutância da sociedade em realizar mudanças no estilo de vida e cultura, mesmo que para o

próprio bem da população em geral. Considerando que o poder simbólico depende da cumplicidade dos subordinados, esses últimos aceitam os discursos como autênticos.

A lógica específica do campo jurídico é dada através das relações de força entre polos de conhecimento específicos que alimentam a dicotomia entre dominante e dominado, mas mantendo um mínimo de expertise para assegurar a imagem da autoridade detentora do poder de fala. A doutrina e a interpretação de casos concretos pelos juristas são exemplos de núcleos que participam desse embate semiótico.

Taves (2012, p. 165) ressalta que “as características próprias dos discursos jurídicos surgem da concorrência interna em cada um desses polos, entre aqueles que ocupam posições dominantes e os demais agentes”. O embate, no entanto, é limitado pelo racionalismo lógico-jurídico e as normas arbitradas pela autoridade competente. Coordenado e dirigido através de simpósios jurídico-normativos e desviando-se da política externa, o Direito é um campo em si mesmo.

Os sistemas simbólicos cumprem sua função política de dominação enquanto elementos estruturantes e estruturados de comunicação (BOURDIEU, 1989). Aqueles que detêm o poder, na medida em que foram assim reconhecidos, clamam que estão servindo aos interesses internos da população, mas acabam servindo aos externos. Há também uma desigualdade na distribuição do poder simbólico, que possui uma hierarquia até mesmo entre os agentes dominantes (BOURDIEU, 1989).

Dessa forma, as diferentes ideologias são duplamente determinadas, uma vez que aparentam estar atingindo os interesses da classe estruturante, mas que na verdade já foram estruturadas pela classe dominante (BOURDIEU, 1989). Tendo em vista que o poder simbólico depende da comunicação, pode-se dizer que ele é um poder linguístico.

O poder simbólico como poder de constituir o dado pela enunciação. De fazer crer ou fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo, portanto o mundo; poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física e econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário (BOURDIEU, 1989, p. 14).

O que se pode retirar dessa fala, na visão da presente dissertação, é que o pensamento de Bourdieu (1989) acerca da necessidade de cumplicidade e da comunicação por parte daqueles que ignoram o fato de serem subordinados, se assemelha à ideia kelseniana de que a eficácia de uma norma é condicionada à sua devida criação ou regulamentação pela autoridade competente. Neste sentido, é conferida, conscientemente pela sociedade, uma

parcela de autoridade a um indivíduo ou grupo específico, para que este defina as regras de conduta que irão prevalecer.

Para Bourdieu (1989), a ideia de uma teoria pura do direito, com autonomia para definir seus pensamentos, ações e linguagem jurídica, relaciona-se diretamente com a questão da dominação, pois representa um esforço dos juristas de construir um conjunto de doutrinas que esteja livre de pressões por parte da sociedade e fundamentando-se em si mesmo.

No caso discutido na dissertação, a utilização de conceitos internos da própria teoria positivo-normativista seria aceitável para mudar o entendimento da norma e chegar a uma conclusão acerca de sua eficácia. A teoria de Bourdieu (1989) auxilia no entendimento do surgimento de certas regras, pois, para que seja possível analisar a permanência ou exclusão de certa norma, seria imprescindível que se estudasse sua origem e justificativa. As relações sociais, até mesmo na teoria neopositivista, nunca poderiam ser descartadas na construção de um ordenamento jurídico.

Um dos campos estruturantes e estruturados pelo poder simbólico é exatamente o campo jurídico, composto pelas normas produzidas a partir desse processo de dominação/aceitação. Nesse campo colidem autoridades investidas de competência social e técnica para dizer o direito e a capacidade de interpretá-lo (BOURDIEU, 1989). Para tanto, os agentes jurídicos são investidos de certo grau de hierarquia, até mesmo para alimentar a aparência democrática de divisão de poder.

A própria configuração do *corpus*, sobretudo, seu grau de formalização e de normalização, depende muito estreitamente da força relativa dos *teóricos* e dos *práticos*, dos professores e dos juízes, dos exegetas e dos peritos, nas relações de força características de um estado do campo (em dado momento numa tradição determinada) e da capacidade respectiva de imporem a sua visão do direito e da sua interpretação (BOURDIEU, 1989, p. 211).

Dessa forma, o campo jurídico deve ser – ou ao menos passar a impressão de ser – composto por autoridades de áreas diferentes, com conhecimentos específicos para que assim possam concorrer para o monopólio do poder de dizer o direito. Isso resultaria em um corpo de textos que passem a ilusão de uma visão justa e legítima do mundo social. Conforme já visto, esse poder depende da aceitação do povo para que seja legitimado. É daí que surge a ideia da autonomia absoluta do Direito em relação a pressões internas e a interposição de um senso comum (BOURDIEU, 1989).

Os agentes e instituições, portanto, criam uma linguagem jurídica e, conseqüentemente, um ordenamento jurídico próprio através de procedimentos que eles

acreditam ser o correto, desde a discussão acerca do conteúdo de tais códigos, até a formulação de suas imputações, como no Direito Penal, no qual é definida qual conduta será considerada como crime e qual a sanção que irá, na visão desses agentes, ser uma punição proporcionalmente adequada.

Além disso, esses agentes constroem o meio jurídico para que contenha tanto profissionais do direito, quanto especialistas em outras áreas, de forma que os detentores do poder do discurso consigam obter a adesão, pela sociedade, dessas regras estabelecidas, pois justificam sua aplicação universal. Como há a presença de diversos especialistas, as normas passam a impressão de junção de ciência e ética. No entanto, essa adesão desmedida acaba legitimando o poder dos agentes e, como as pessoas estariam tecnicamente satisfeitas com as regras, não questionam a eficácia e os motivos por trás delas.

Segundo Assis, Vendovato e Simioni (2018), o campo simbólico e jurídico do direito, por ser uma estrutura resultante de capitais sociais de diversas origens, não é mais um atributo apenas dos bacharéis e advogados. A magistratura, por exemplo, dominou o espaço das decisões políticas que celebram o mínimo de importância no mundo jurídico, sob a justificativa de que estaria dentro de um modelo constitucional necessário.

As diferentes comunicações produzidas pelos juristas podem ser relacionadas não apenas aos diferentes campos profissionais, mas também aos campos simbólicos que constituem as atuais elites jurídicas do Brasil e as disputas pela ocupação desses espaços exclusivos de produção do direito (ASSIS; VENDOVATO; SIMIONI, 2018, p. 187).

Assim, é possível concluir que a tomada do discurso se dá através dessas disputas simbólicas pelo poder de dizer o direito. Disputas essas que não estão correlacionadas com o jusnaturalismo, moral ou busca pela verdade, mas sim no sentido epistemológico e social da interpretação jurídica.

O que Bourdieu (1989) tem a acrescentar ao mundo jurídico é exatamente o fato de que as diferenças e desigualdades existentes em um campo foram criadas a partir de um contexto histórico específico, em que autoridades detentoras do poder formalizaram normas jurídicas que eventualmente seriam aceitas pela população na medida em que a violência simbólica prevê a legitimação de tais autoridades pelos seus subordinados.

Segundo Bourdieu (1989), essa divisão hierarquizada de trabalhos faz com que a interpretação do texto jurídico não seja orientada para fins práticos, pois acaba sendo limitada pelos demais intérpretes autorizados. Dessa forma, a interpretação jurídica por muito tempo fica a mercê de análises superficiais do texto legal e não considera a norma diante da prática.

Na medida em que o Poder Judiciário, por exemplo, como uma das autoridades detentoras do poder de dizer o Direito, se limita a interpretar a norma de forma apenas a analisar seu texto legal ou insiste na utilização do sistema de ponderação de interesses, sem analisar a regra junto aos efeitos práticos que reproduz, não estaria exercendo, em parte, a sua função de fiscalizador das normas legais e, principalmente, de guardião da Constituição.

Por mais que a teoria positivo-normativista busque fundamentar o direito nele próprio, criando uma hierarquia na aplicação das normas, ela também questiona a eficácia das mesmas a partir do momento em que seus fundamentos de validade não são mais justificáveis diante de sua má ou mesmo não-aplicação. A utilização da lógica interna de um campo para regularizar a si mesmo não impede, no ver da presente dissertação, que o campo social e a forma como a norma está sendo empregada sejam utilizados para a reavaliação da mesma.

Kelsen (2003) também afirmava a imprescindibilidade de uma justiça constitucional eficaz nas sociedades democráticas para que possam oferecer auxílio e proteção às minorias que estariam a mercê das vontades da maioria. Dizia, inclusive, que atos considerados tecnicamente válidos uma vez que foram formulados pela autoridade competente e pelos procedimentos legais deveriam, mesmo assim, ser interpretados pela justiça constitucional, que avaliaria a validade da norma.

No caso do Brasil, por exemplo, é possível analisar o modo como o Judiciário formula suas decisões concernentes a processos penais de aborto voluntário, até mesmo porque são poucos os acórdãos que tratam do assunto, conforme vislumbrado pela pesquisa documental feita para esta dissertação. Por mais que possa haver um grupo de pessoas que procure tratar dessa questão de maneira a fazer um comparativo com a Constituição, é possível vislumbrar um padrão nessas decisões.

De acordo com Kelsen (2003), a jurisdição não deveria ser mera aplicação da lei na medida em que reproduziria valores e regras já consolidados pela legislação sem contribuir com análises significativas que eventualmente ensejariam na alimentação da discussão da eficácia das normas constitucionais. Ainda segundo o filósofo (2003, p. 254) “a justiça em geral na verdade só começa quando as normas se tornam polêmicas em seu conteúdo, pois do contrário só haveria controvérsia sobre fatos e não controvérsias jurídicas”.

Assim, ao apenas analisar questões processuais ou mesmo materiais, mas que se dedicam a decidir apenas sobre questões de execução de uma pena, o STF estaria sendo reduzido a uma instituição que não seria diferente das demais instâncias judiciais. Limitar o seu poder de discussão apenas aos casos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade e os

demais instrumentos de controle de constitucionalidade iria de encontro à efetiva função primordialmente atribuída a esse órgão.

Não se está aqui defendendo a tese de que o Judiciário deveria abraçar seu poder de discurso para criar ou modificar regras e leis previamente estabelecidas sem o procedimento específico, entrando na famigerada esfera do ativismo judicial. O que a dissertação trás como ponto de discussão é o fato de que órgãos como o Supremo Tribunal Federal ou mesmo o Superior Tribunal de Justiça não deveriam se limitar a aspectos discursivos, mas também se preocupar com os aspectos práticos e assumir seus papéis de guardiões da Constituição e das normas legais.

Assim, poderiam oferecer decisões que, mesmo não substituindo a regra formal, eventualmente iram contribuir para o ensejo de um pensamento mais crítico tanto da população, quanto daqueles profissionais da área jurídica e política para fomentar discussões acerca de questões com a eficácia, validade e eficiência da norma. Isso se aplica para qualquer tipo de matéria, inclusive penal e, mais especificamente, o aborto.

Como protagonista da disputa política pelo poder de dizer o direito, o Judiciário exerce um papel imprescindível na formação do campo jurídico científico e sua eventual legitimação pelos demais agentes que estariam, em tese, subordinados a ele. Isso faz com que se estabeleça uma espécie de relação simbólica de dominação entre os juristas e a população de um Estado.

Assim, é possível perceber que o Judiciário se encaixa atualmente como um dos maiores detentores do poder do discurso. No entanto, essa dominação não se refere somente ao campo jurídico. Tratando-se do assunto do aborto em específico, é indeclinável que se faça um resgate de outra ramificação teórica bourdieusiana.

Uma das contribuições que Bourdieu (2012) concede para a questão do aborto é a sua tese da dominação masculina. Para ele, a divisão antropológica e cosmológica de masculino e feminino sempre foi consagrada por diversas relações de oposições binárias, como alto/baixo, duro/mole, claro/escuro, dentre outras. De certa forma, esse conjunto de pensamentos, que seriam aplicados universalmente, contribuiu para que as diferenças biológicas e estruturais entre homens e mulheres fossem consideradas como naturais, lógicas e inevitáveis.

O corpo, seguindo a linha praxiológica, seria como uma forma de reascender memórias, maneiras e posturas já definidas por gerações anteriores, assim como o costume. Apresenta-se como manifestações físicas e verbais já seguras, não-estranhas, incorporadas ao inconsciente do indivíduo. Dessa forma, a arbitrariedade e a violência simbólica são

legitimadas de forma mais fácil, pois nada seria mais precioso do que os valores do próprio corpo (BOURDIEU, 2001).

Segundo o autor, as características referentes aos homens eram sempre relacionadas com adjetivos que remetessem a poder, como “alto”, “duro”, “sobre”, enquanto os relativos às mulheres repassariam imagens inferiores, como “mole”, “baixo”, “embaixo”, dentre outros (BOURDIEU, 2010, p. 15-16). Com isso, a força da ordem masculina sempre foi vista como algo que dispensaria qualquer tipo de legitimação, gerando, assim, uma consagração simbólica que dava a esse sistema um fundamento quase que objetivo.

Isso contribui para que as liberdades manifestadamente femininas sejam suprimidas quando apresentam supostos prejuízos a uma sociedade notadamente patriarcal. Como já visto, o poder para Bourdieu (2010) é proveniente de um conjunto de vontades arbitrárias que formam uma estrutura de pensamento imposta pela chamada violência simbólica. Essa violência é eminentemente sutil, o que faz com que esses pensamentos se apresentem como espontâneos e naturais, deixando de parecerem arbitrários aos olhos da sociedade. Isso interfere até mesmo nos trejeitos considerados tipicamente masculinos e femininos, que seriam considerados normais apenas se recaíssem sob certo gênero.

O trabalho do filósofo possui estreita conexão com a cultura, sendo que ele dedicou grande parte de sua análise a projetos educacionais na França (BORDIEU, 2013). Chegou à conclusão de que a cultura, a partir do momento em que é definida através dessa violência simbólica por parte da classe dominante, acaba exercendo grande influência no que será ensinado aos jovens. Mesmo que a escola procure questionar esses costumes herdados e valorizar diferentes trabalhos e perspectivas, a classe dominante sempre irá reproduzir notícias e informativos que procuram desmoralizar os ensinamentos livres de tais associações educacionais, com o objetivo de se voltar aos valores tradicionais daquela cultura específica (BOURDIEU, 2013).

Essa violência simbólica se perpetua em toda a vida do indivíduo. As próprias mulheres, em grande parte, se conformam e até mesmo concordam com o tipo de pensamento oriundo da dominação, chegando a sacrificar parte de sua liberdade para satisfazer uma tradição. Esse consentimento é chamado por Bourdieu (2010, p.22) de “ato de reconhecimento” de submissão ao homem. A mulher ao se contentar e aceitar uma posição considerada inferior estaria reconhecendo seu papel de ser submisso, na medida em que não luta pela sua igualdade de direitos. No entanto, isso não seria para o pensamento bourdieusiano uma mera escolha, pois qualquer movimento que vai de encontro à cultura dominante é considerado irracional ou não-racional.

Os dominados contribuem, com frequência a sua revelia, outras vezes contra sua vontade, para sua própria dominação, aceitando tacitamente, como que por antecipação, os limites impostos; tal reconhecimento prático assume, muitas vezes, a forma da *emoção corporal* (vergonha, timidez, ansiedade, culpabilidade), em geral associada a impressão de uma *regressão* a relações arcaicas, aquelas características da infância e do universo familiar (BOURDIEU, 2001, p. 216)

A dominação masculina, portanto, é capaz de afetar até mesmo os sentimentos das mulheres em relação a si mesmas e à sociedade. A humilhação e a vergonha experimentadas por elas acaso cogitem a realização de um aborto são maiores do que suas vontades pessoais e acabam ferindo suas liberdades individuais protegidas inclusive, no caso do Brasil, por uma Constituição que supostamente teria uma força normativa maior do que as demais regras do ordenamento jurídico. Bourdieu (2001, p. 207) diz que a submissão feminina para com o masculino é ao mesmo tempo “espontânea e extorquida”.

Ainda nessa consagração simbólica, Bourdieu (2010) comenta que a fecundidade feminina, ou seja, a gestação, é vista como um preenchimento da mulher através da semente do homem. Esse processo teoricamente precisaria ser preservado, tendo em vista que representa a germinação, a ressurreição e a continuidade da tradição masculina. Seria possível dizer, portanto, que uma eventual escolha da mulher em não continuar com a gestação seria uma afronta à continuidade, à herança da cultura dominante, eminentemente masculina.

É possível perceber por essa teoria que, até mesmo o ato sexual, o qual culmina oportunamente em uma possível gravidez, faz parte do fenômeno da dominação masculina. Não se está aqui afirmando que todas as relações sexuais, especialmente na atualidade, são programadas apenas para satisfazer as necessidades do homem. No entanto, é preciso analisar a possibilidade de que a oposição fervorosa a questões de interrupção da gravidez voluntária seja mais uma das consequências de um pensamento eminentemente androcêntrico.

Essa perspectiva do poder como uma estrutura originária de uma violência simbólica ajuda no entendimento do porque do aborto, mesmo estando em pauta como assunto de diversas controvérsias, ainda é considerado tabu, inclusive para as próprias mulheres. Ao se associar a gravidez com um fenômeno exclusivamente de preenchimento, eminentemente natural, extremamente fragilizado e sacralizado, é possível realizar uma conclusão, ao menos em parte, de que uma gestação forçada supre as liberdades de escolha da mulher.

2 O ABORTO PROVOCADO E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS NO BRASIL

2.1 O contexto histórico e seu papel no estudo da formação do discurso

Em qualquer tipo de análise de algum fato social, a questão histórica é de fundamental importância para se compreender seu desenvolvimento, visto que não é possível atribuir à questão do aborto, que envolve matérias científicas, filosóficas, morais, políticas e jurídicas, apenas uma solução lógica e cartesiana. Qualquer seja o marco teórico ou mesmo o objeto de uma pesquisa, a história sempre deve ser um tópico tratado em alguma fase do texto, especialmente quando se fala em fatos que envolvam ações humanas.

Para Bourdieu (2001), o único fundamento possível da lei deve ser buscado na história. O desenvolvimento dos seres e padrões normativos acaba sendo camuflado pela tautologia, ou seja, pela interposição de preposições que aparentam ser verdadeiras. A lei, pelo fato de ser aceita como é, esconde a necessidade de se estudar os costumes por detrás dela.

Apenas ela [a história] nos permite resolver uma instituição em seus elementos constitutivos, porque ela no-los mostra nascendo no tempo, uns após os outros. Por outro lado, situando cada um deles no conjunto das circunstâncias nas quais ele nasceu, ela coloca em nossas mãos o único meio que temos para determinar as causas que os suscitarão. Portanto, todas as vezes que se empreende explicar uma coisa humana, tomada em um momento determinado do tempo - quer se trate de uma crença religiosa, de uma regra moral, quer de um preceito jurídico, de uma técnica estética, de um regime econômico -, e preciso começar por retroceder até a sua forma mais primitiva e mais simples, procurar dar conta dos caracteres pelos quais ela se define neste período de sua existência, depois mostrar como ela se desenvolveu e se complicou pouco a pouco, como ela se tomou o que e no momento considerado (DURKHEIM, 1983, p. 206-207).

Dessa forma, por mais que aqui se verifique uma abordagem positivista acerca da eficácia normativa, não se pode negar a importância do historiador do direito e de uma retomada dos aspectos evolutivos do tratamento jurídico da prática do aborto provocado pela gestante. Nem mesmo a elaboração de uma norma na perspectiva kelseniana está livre do estudo do comportamento humano e suas nuances, vez que servem de base para a tese criadora de uma lei.

Cabe ao historiador do direito servir como uma consciência crítica do legislador, analisando os aspectos que criam as verdades absolutas de uma sociedade ao longo do tempo, para assim resultar na evolução do ordenamento normativo (GROSSI, 2004). Isso não significa que a abertura de pensamentos considerados críticos irá derrubar a tese de que a

validade da produção normativa decorre da competência da autoridade que a deduziu, mas irá auxiliar no questionamento da efetividade de uma regra baseada nos costumes.

Costumes esses que se tornam mais nítidos a partir do momento em que é feito um processo de recapitulação histórica do contexto, ambiente e tempo em que eram praticados, para que assim seja mais fácil compreender os motivos e circunstâncias que levaram à criminalização ou legalização de certo ato eminentemente humano.

Grossi (2004) dizia que a unicidade da fonte do direito decorrente do imperativismo da teoria positivista é perigosa, pois representa um ato de vontade e não um ato de conhecimento, que sujeita o poder da criação de normas a uma única autoridade que seria o legislador. No entanto, a dissertação desvencilha-se desse pensamento utilizando-se do próprio Grossi.

Aqui se entende que o problema não seria a imposição de um ato de vontade, mas o desconhecimento dos fatores históricos que influenciaram a elaboração de uma lei por esse ato de vontade e, na sequência, a possível má aplicação de uma norma sem que haja uma adaptação às peculiaridades fáticas de cada tempo. É nesse cenário em que a atuação se torna cada vez mais necessária.

O historiador tem um objetivo fundamental a alcançar: a compreensão do seu objeto historiográfico. Objeto difícil de ser alcançado, porque se trata de penetrar na tipicidade de um certo clima histórico e de sua mensagem. Pode acontecer – e frequentemente acontece – que tal tipicidade seja melhor exaltada por um instrumento precioso nas mãos do historiador: a comparação (GROSSI, 2004, p. 17).

A análise do aborto, particularmente no Brasil, desde a época da Codificação, torna-se, portanto, uma atividade valiosa que permite um estudo dos contextos e ambientes que ensejaram na tipificação penal do procedimento abortivo ao longo dos anos. Com isso, a compreensão da questão jurídica atual fica mais acessível e detalhada.

Ao mesmo tempo em que auxilia no entendimento do aborto, a retomada histórica em especial permite uma abertura ao pensamento crítico do direito penal e da criminologia como um todo, aproximando-o da discussão de direitos constitucionais fundamentais. O Direito deve ser visto como uma ciência única, mas como qualquer outro ramo científico está sujeito a pareceres que o ajudam a desenvolver e evoluir.

O pensamento crítico não significa que se realizará uma destruição total da ideologia sacralizada na cultura de uma sociedade em específico, mas sim que tentará apresentar formulações epistemológicas diferenciadas, fornecendo especificações dos sentidos políticos e sociais da normatividade (WARAT, 1982).

A compreensão do molde histórico no qual uma determinada norma foi consolidada auxilia até mesmo na compreensão do “habitus” e do campo jurídico em Bourdieu (1989) e da dinâmica jurídica em Kelsen (1984), pois, além de apresentar dados, o saber crítico analisa o jogo estratégico de certo grupo na busca do poder simbólico, da autoridade (WARAT, 1982).

Relacionando-se com a questão da utilização da ineficácia na dinâmica jurídica kelseniana, Bourdieu (1989) já dizia que a pesquisa científica deveria ser realizada racionalmente, e não através de uma busca baseada em misticismos e pressuposições clássicas de escolas jusnaturalistas, por exemplo.

O estudo do objeto científico deve ser feito a partir de uma sociologia reflexiva, onde é possível, através da análise do campo e do “habitus”, transformar objetos socialmente insignificantes em instrumentos científicos, uma vez que estariam sendo vislumbrados de acordo com o meio em que foram construídos e o meio em que agora se encontram.

Assim, mesmo que tal objeto seja, por exemplo, uma norma válida impositiva e construída por autoridade com competência para tanto, a sociologia reflexiva permite que tal norma seja estudada por um ângulo imprevisto, pois todas as suas origens históricas, inclusive no que diz respeito ao poder simbólico que a envolve, serão analisadas pelo pesquisador.

A própria noção de campo em Bourdieu (1989) exprime uma espécie de escrita conceptual dos conceitos do objeto a que se irá estudar. Por meio dela que se torna presente o marco que aqui se tenta defender e que contribui para a compreensão do mundo social: pensar relacionamente. Isso significa, segundo Bourdieu (1989), que qualquer coisa real, mesmo que aceita como evidente, pode e deve, no momento em que se torna objeto de um estudo científico, ser analisada em conjunto com demais elementos que a envolvem.

Em suas obras, Bourdieu (1989) se questiona quem são os artistas, os intelectuais, os filósofos ou políticos, chegando à conclusão de que seria impossível identificá-los sem se remeter à luta pelo monopólio do discurso. A autoridade legítima kelseniana, por exemplo, só poderia ser estudada e caracterizada a partir de uma análise histórica acerca dos conflitos em prol da detenção do poder.

A perspectiva de Bourdieu, parece-me, propõe, de uma forma sutil, uma relação dialética entre características objetivas que definem aquilo que, para um indivíduo, é possível enunciar, pensar, classificar — recursos estes que pertencem ao mundo das representações coletivas e que se ligam diretamente à posição no mundo social. Mas, ao mesmo tempo, a expressão destas representações coletivas constantemente deslocam, inventam, no mundo social, as divisões sociais (CHARTIER, 2002, p. 153)

Essa perspectiva se encaixa à teoria da dinâmica jurídica proposta por Kelsen (2003), o entendimento da dissertação, na medida em que os fatos e costumes são considerados para a construção normativa do ordenamento de um Estado. Os litígios políticos e filosóficos, bem como os hábitos sociais de uma população em determinado tempo histórico, apesar de não regulamentarem ou regerem o Direito como ciência própria, são imprescindíveis para sua compreensão.

A própria ideia da dominação simbólica em Bourdieu (2012) trespassa essa necessidade de enfrentamento e um tipo de submissão histórica, construída a partir de anos e transmitida de geração a geração, consolidando um pensamento concreto e supostamente axiomático, desconstruindo-se apenas com a insurgência de novos conflitos de poder ou pela rejeição, por parte dos dominados, do padrão estabelecido pelos dominantes.

A importância de uma retrospectiva histórica então se verifica a partir do momento em que serão analisadas essas rupturas, bem como os objetivos específicos do Estado em cada momento normativo, justamente para a utilização de uma teoria jurídica dinâmica, que possa analisar questões como costumes e conduta social.

2.1.1 Aspectos que modularam o tratamento jurídico e social dado ao aborto

A polêmica acerca do aborto não é nova. No entanto, o tratamento da eliminação do feto como um assunto que atinge tanto a população quanto o Estado começou a surgir com as modificações trazidas pela Revolução Francesa (GALEOTTI, 2007). A queda no número populacional gerou uma crise de natalidade, o que fez surgir a necessidade de proteção de qualquer mão-de-obra, mesmo que futura e incerta. O feto então começou a ser concebido como um ser autônomo, possuidor de direitos próprios de personalidade, protegido pelo fato de que poderia vir a trabalhar para garantir os rendimentos e a proteção de seu território.

Segundo estudo realizado por Galeotti (2007), a Antiguidade tratava o aborto como um assunto meramente feminino, não havendo interesse da população em geral no nascimento de um indivíduo comum. O pudor inerente ao corpo fazia com que nenhum médico do gênero masculino se imiscuisse no período gravídico de uma cidadã.

Hipócrates, por exemplo, considerado o pai da Medicina do mundo Ocidental, dizia que a vedação de procedimentos abortivos deveria apenas ser direcionada a médicos e pessoas estranhas à gestante, ou seja, o profissional da área da saúde não deveria encorajar, nem facilitar o fornecimento das ferramentas e substâncias necessárias para que a mulher

eliminasse o feto (TESSARO, 2006). A punição no caso do aborto não era dirigida às mulheres.

Aristóteles, antes veementemente contrário ao aborto, passou a analisar a prática como necessária para estabelecer um controle populacional, desde que não fosse contra o interesse pessoal da família (TESSARO, 2006). Com uma posição mais extrema, Platão (2006) aconselhava o aborto no caso em que fosse possível enxergar que o bebê nasceria com algum tipo de deformidade física ou mental.

O filósofo incentivava, inclusive, que toda mulher com mais de 40 anos realizasse o aborto. Para ele, a medicina e a jurisprudência deveriam se preocupar apenas com aqueles que, segundo ele, possuíam corpo e alma sãos, enquanto os outros indivíduos com algum tipo de má organização ou má formação deveriam ser deixados para morrer. A pena de morte seria uma medida de misericórdia, pois o corpo e alma de tais pessoas seriam, segundo ele, incorrigíveis (PLATÃO, 2006).

Não cabe aqui se fazer uma análise da história do aborto em um âmbito mundial. No entanto, deve-se ter em mente que ele foi abordado sob diversos ângulos, em um momento um método de controle populacional, noutro um ato de exclusiva escolha da mulher. Não é possível, dessa maneira, se pensar que o aborto sempre foi um fato social imutável, cuja ilicitude fosse logicamente presumida.

Até mesmo no Direito Canônico o aborto sofreu algumas mudanças no seu aspecto jurídico. Em determinado momento, o catolicismo permitia sopesar determinadas situações antes de punir a mulher (ALMEIDA, 2000). Caso ela se encontrasse sob um cenário de pobreza extrema, a ilicitude do ato seria excluída. Além disso, eram analisados caso a caso a fim de avaliar se o aborto não fora cometido para ocultar algum tipo de desonra. Tal pensamento se alastrou até mesmo no Código Penal de 1890 (ALMEIDA, 2000).

Todas essas ideias, teorias e posições só alimentam a polêmica da questão do aborto, uma vez que nunca houve um consentimento geral acerca de qual tratamento jurídico seria dado a esse fato social. Distanciando-se da questão moral e ética da definição de quando começaria a vida em si, o conflito que aqui se toma como mais importante gira em torno da interferência estatal em uma esfera eminentemente individual sob a justificativa de que se está garantindo o suposto interesse público. Outro aspecto que influenciou demasiadamente a visão que a sociedade possui do aborto é o religioso, que não poderia ser ignorado.

Desde a conquista pelos portugueses e do processo de conversão dos povos ao cristianismo, o Brasil foi um país predominantemente católico, tendo em vista a influência quadrissecular da religião advinda principalmente de Portugal (AZEVEDO, 2002). No

entanto, foi em meados do século XVIII, em que a Religião Católica passou a ser oficial¹², que o Estado começou a se preocupar com questões familiares as quais supostamente prejudicavam a imagem catolicista, como ociosidade, promiscuidade, dentre outras.

O Estado percebeu a necessidade de converter as famílias, através da higiene, aos propósitos do Estado. Esta foi a função da medicina higienista na época. Passou-se, pois, a disciplinar as crianças, os hábitos alimentares, buscou-se disciplinar as mulheres para que se dedicassem à gestação, alimentação das crianças e educação dos adultos do futuro. Tudo isso porque o Estado precisava de homens ordeiros, que vivessem no equilíbrio da ordem e do progresso, de modo que pudessem oferecer sua vida ao país (CASTANHO, 2012, p. 181).

Assim, em que pese o processo de intervenção estatal em face da vida privada não ter sido instantâneo, houve um progresso na elaboração de normas que viessem a dar forma às famílias para que pudessem servir, no futuro, aos interesses governamentais. Tratando de eficácia da norma sob a perspectiva kelseniana, a Constituição de 1824 foi um marco histórico para o processo que leva, hoje, à criminalização do aborto.

Esse aspecto da interferência da religião no tratamento jurídico do aborto pode se relacionar com a questão da dominação simbólica em Bourdieu (1989). Em que pese ter sido dado maior foco à dominação eminentemente masculina em relação ao feminino, um aspecto que não pode ser ignorado é justamente aquele inerente à Religião Católica, predominante no Brasil desde a chegada dos portugueses e a imposição de seus costumes aos nativos.

A expansão geográfica da Europa Cristã já havia começado desde o século XV ante as conquistas marítimas e ocupação de novos espaços com a imposição da cultura ocidental desenhada pelo catolicismo (FAUSTO, 1994). Evidente que tal expansão não se deu sem qualquer tipo de oposição e contramarchas, sendo que a crise camponesa dentro do próprio continente europeu e conflitos políticos, foram fundamentais para a conquista de Portugal sobre o Brasil (FAUSTO, 1994).

Diversos fatores contribuíram para que tal chegada eventualmente acontecesse. Não cabe à dissertação realizar uma análise específica de todos os elementos históricos que levaram a Família Real a se deslocar ao território brasileiro. O que se deseja explicar é que, após a decisão de Dom João III de instalar o Governo no país, iniciou-se o processo de cristianização da população nativa (FAUSTO, 1994).

¹² Como é possível perceber na Constituição de 1824, o catolicismo já era a religião oficial antes mesmo da formulação de um ordenamento jurídico brasileiro formal: “A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fôrma [sic] alguma exterior do Templo (BRASIL, 1824, art. 5º, on-line)”.

Vinham com o governador-geral os primeiros jesuítas - Manuel da Nóbrega e seus cinco companheiros -, com o objetivo de catequizar os índios e disciplinar o ralo clero de má fama existente na Colônia. Posteriormente (1532) criou-se o bispado de São Salvador, sujeito ao arcebispado de Lisboa, caminhando-se assim para a organização do Estado e da Igreja, estreitamente aproximados. O início dos governos gerais representou também a fixação de um pólo administrativo na organização da Colônia. Obedecendo às instruções recebidas, Tome de Sousa empreendeu o longo trabalho de construção de São Salvador, capital do Brasil até 1763 (FAUSTO, 1994, p. 26).

Após anos de dominação cultural por parte dos portugueses, a Religião Católica começou a exercer sua predominância. As instituições de Estado e da Igreja se confundiam e se apresentavam como complementares na hora de governar. O papel do Estado era garantir a administração das colônias e a soberania portuguesa, desenvolvendo políticas de povoamento, mão-de-obra e demais ações públicas (FAUSTO, 1994).

Dessa forma, é possível perceber o fundamental papel da Igreja no processo de influenciar a aceitação do Estado pela população. Para Fausto (1994, p. 35), a instituição religiosa, como exercia a função de educadora, “era um instrumento muito eficaz para veicular a idéia [sic] geral de obediência e, em especial, a de obediência ao poder do Estado”. Isso contribui para o pensamento de Bourdieu (1989) acerca da dominação simbólica, inclusive na utilização da educação para contribuir com o processo de nução da sociedade do poder do Estado.

A religião, mesmo que possua diferentes vertentes e tipos, trespassa uma ideia de unidade do pensamento de um grupo. Segundo Durkheim (1983), há um desenvolvimento mínimo de individualidades, sendo que a comunidade desenvolve uma uniformidade intelectual e moral ao mesmo tempo em que as ideologias comportamentais são baseadas em um modelo simplificado de certo e errado.

Tendo em vista que a maioria dos indivíduos já estaria dominada pelas técnicas de discurso expressadas por aquela religião, acabaria abrindo mão de questionamentos para se contentar com o indispensável, o essencial, encaixando-se em um padrão moral (DURKHEIM, 1983). Isso não quer dizer que a Igreja nunca encontre opositores dentro de sua própria instituição ou fora dela. Apesar disso, é possível perceber que a religião é uma forte detentora do poder da fala, sendo que seu discurso é capaz de influenciar sociedades inteiras e até mesmo o processo de criação de normas jurídicas.

Isso não significa que as religiões representam um mal para a sociedade. O que Durkheim (1983) e Bourdieu (1989) procuram esclarecer, cada um em sua relativa perspectiva, é que a religião, por muito tempo vista como uma fonte primária de educação, assim se consolidou como uma das grandes responsáveis pela construção do pensamento

político, jurídico e pelo comportamento cultural e social das pessoas. Na medida em que oferece um conjunto de oposições binárias simples, acaba sendo mais fácil para que a população compreenda e aceite seus dogmas. Isso se estende para a forma como a sociedade vislumbra o fato social do aborto.

2.2 Mudanças do tipo penal do aborto no ordenamento jurídico brasileiro desde o século XIX

O tratamento dado ao aborto no Brasil sofreu algumas modificações. Para que seja possível realizar uma comparação histórico-positiva do ato, tratou-se aqui da época em que o país desenvolveu sua primeira Constituição escrita, em 1824 e, por consequência, o primeiro Código que abordava condutas ilícitas passíveis de pena.

É possível notar que o tratamento legal do aborto no país foi modificado de acordo com o período político e cultural em que o país se encontrava, sendo que os objetivos e prioridades do Estado constantemente interferiram na lógica dos Poderes quando tratam de assuntos como o aborto.

Importante também ressaltar que todos os períodos, por mais que traziam consigo documentos em forma de Código, encontraram resistência de diversas classes sociais para modificar determinadas regras, principalmente no que tange àquelas puníveis com detenção ou retenção (VILLA, 2015).

Essa luta pelo poder do discurso se ampliou em diversos campos. No entanto, partir-se-á da premissa positiva de que, uma vez decretada pela autoridade competente, a norma era válida, e por isso será analisada como tanto. Contudo, é necessário se ter em mente que todo o processo legislativo e político sofre resistência de movimentos sociais, científicos e de demais campos, conforme será estudado no próximo capítulo.

2.2.1. Contexto histórico do aborto no Código Criminal de 1830

Primeiramente, é imperioso vislumbrar que o conceito de crime no Código Criminal de 1830 (on-line) era baseado em uma ideia normativa, e não subjetivista, uma vez que previa, em seu art. 2º, parágrafo 1º, que crime seria “toda a acção [sic] ou omissão voluntária contrária às leis penaes [sic]”. A regra era rigorosamente fechada. Dessa forma, não haveria questionamentos acerca de condutas

possivelmente imorais. O que se pode retirar dessa norma é que, se a conduta não fosse de encontro às leis penais, não era crime.

Neste mesmo Código o aborto realizado pela própria gestante não era considerado um crime por si só. Na realidade, a penalidade prevista era para os casos em que a mulher matava seu filho recém-nascido para “ocultar sua deshonra [sic]” (BRASIL, 1830, art. 198, on-line)¹³, sendo, neste quadro, equiparado ao crime de infanticídio¹⁴. Em nenhum momento o código mencionava a prática de provocar o auto aborto como um tipo penal passível de punição¹⁵.

Já no art. 199 do referido Código estava prevista a pena de prisão com trabalho civil para quem “ocasionar [sic] aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada [sic]” (BRASIL, 1830, on-line). A prática de fornecer de forma dolosa qualquer tipo de droga ou meio que facilitasse o aborto também era considerada um ilícito penal, conforme disposto no art. 200 do Código Criminal de 1830. Ou seja, o tipo penal incriminador possuía como preceito primário provocar o aborto “com o consentimento” da gestante, portanto, a sanção era voltada ao terceiro, e não à mulher.

O feto era considerado parte integrante do organismo materno, um anexo adventício do mesmo (BELO, 1999). Observando os limites concedidos à liberdade feminina na época do Brasil colonial, em outras palavras, até o ponto em que suas escolhas não prejudicassem a sacralidade do matrimônio, a mulher era relativamente livre para escolher manter sua gravidez ou não. O sujeito ativo do crime de aborto, por assim dizer, eram apenas aqueles indivíduos que auxiliavam de alguma maneira o processo abortivo.

Ainda neste mesmo Código, observa-se em seu art. 14, §2º que: “será o crime justificável [sic], e não terá lugar a punição dele [...] §2º: quando fôr [sic] feito em defesa da própria [sic] pessoa, ou de seus direitos” (BRASIL, 1830, on-line). Poder-se-ia realizar o argumento de que o artigo se assemelha às exceções previstas no Código Penal atual, em que o aborto é permitido em casos em que o feto é produto de estupro ou quando a vida da gestante corre perigo (BRASIL, 1940).

No entanto, o art. 14 do Código de 1830 é uma norma excludente de ilicitude que não mais se encontra no Código Penal de 1940. Ao justificar a prática de um crime apenas com o argumento de que foi cometido em defesa da própria pessoa, a falta de caracteres e preceitos

¹³ “Se a própria mãe [sic] matar o filho recém-nascido para ocultar a sua deshonra [sic]” (BRASIL, 1830, on-line).

¹⁴ “Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após” (BRASIL, 1940, on-line)

¹⁵ Conforme será estudado mais adiante na dissertação, a “deshonra” era assim classificada como uma afronta aos valores familiares e patriarcais. Era uma forma de proteção da masculinidade e controle da sexualidade feminina. (LAMEGO, 1993).

específicos projeta-se como uma excludente genérica. Dessa forma, qualquer tipo de situação poderia se enquadrar nesse artigo, inclusive a anulação da referida “deshonra”, termo que será analisado em momento posterior na presente dissertação.

As questões como legítima defesa, estado de necessidade e estrito cumprimento do dever legal não se assemelham a esta disposição, uma vez que tais excludentes, previstas nos artigos 23 a 25 do Código Penal de 1940, pressupõem a não existência do crime, não importando qual seja. O art. 14 do Código Criminal de 1830 é específico em relação ao aborto provocado por terceiro. Assim, é possível considerar que até mesmo o aborto realizado por pessoa alheia poderia ser justificado caso a mulher houvesse exercido o seu direito de escolha e requisitado auxílio no procedimento abortivo, uma vez que a liberdade era preceito básico e inviolável à época.

O Código Criminal de 1830 foi elaborado e consolidado à época em que vigorava a Constituição do Brasil Império de 1824. Embora grande parte do conteúdo da Carta fosse destinada à competência e estrutura dos Poderes, o Título 8 previa as disposições gerais e garantia dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros. O art. 179 em específico dizia que:

A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos [sic] dos Cidadãos Brasileiros [sic], que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio [sic], pela maneira seguinte. I. Nenhum Cidadão póde [sic] ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei. II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica.III. A sua disposição não terá efeito [sic] retroactivo [sic] (BRASIL, 1830, on-line).

O trecho do inciso I, “nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa [sic], senão em virtude da lei”, expressa a noção de uma Carta cujos objetivos estão focados em questões jurídicas diversas daquela da interferência estatal na liberdade da pessoa. Esse princípio da legalidade ainda se encontra previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, sendo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988, on-line). No entanto, esse artigo da Carta atual possui 78 incisos que representam tanto os direitos quanto deveres fundamentais do cidadão. Já a Constituição de 1824 previa apenas 25 dessas garantias e ônus dos cidadãos.

Tais direitos fundamentais presentes na Constituição de 1988 possuem aplicabilidade imediata, dessa forma, não dependem de alguma norma para que sejam regularizadas e colocadas em prática (PINHO, 2012). Ao mesmo tempo, vigora o entendimento hoje de que não são absolutos, ou seja, há a possibilidade de sua aplicabilidade ser questionada quando em

conflito com outro princípio também disposto no art. 5º (PINHO, 2012). Destarte, é possível dizer que o princípio da legalidade está na mesma posição hierárquica dos outros direitos previstos naquele artigo.

Essa presença abundante de princípios e garantias individuais na mesma posição hierárquica, no mesmo artigo da Carta, não estava presente na Constituição Política do Império do Brasil de 1824. O princípio da legalidade, sendo aquele preceito de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude da lei, ao se situar na Constituição e conforme a teoria kelseniana de aplicação da norma, possuía um grau de aplicabilidade maior do que qualquer outro que pudesse lhe ser antagônico.

Assim, especificamente em relação à prática do aborto, o Código Penal de 1830 foi relativamente omissivo quanto à sua criminalização geral, o que por si só já estabelece uma conexão com o princípio da liberdade, de que ninguém será obrigado a fazer ou não fazer algo senão em virtude da lei. Além disso, não há, na Constituição de 1824, norma específica quanto à proteção do feto em detrimento da liberdade da mulher. Portanto, a norma que decide por não criminalizar o aborto por parte da gestante era válida, pois não desafiava preceitos fundamentais.

É possível perceber que, apesar de ter seu conteúdo focado para a expansão do poder Monárquico e ainda ser escravista, a Constituição de 1824 era extremamente liberal no sentido de permitir uma vasta gama de direitos e proteção de comportamentos à sociedade e intervenção mínima estatal em questões eminentemente pessoais (VILLA, 2015). Grande parte desse liberalismo surgiu diante da necessidade que o Brasil tinha de se tornar uma nação independente de Portugal. Portanto, o objetivo primordial era estabelecer uma Monarquia forte e autônoma relativamente ao Império Português (VILLA, 2015).

Eis que se torna claro que a preocupação preponderante da Constituição de 1824 e das leis que dela se irromperam - como o Código Criminal de 1830 - não abrangia questões meramente individuais que, em tese, não afetavam a população como um todo ou a composição do poder Monárquico. O embate entre brasileiros e portugueses configurava-se como uma situação que merecia mais atenção do Poder Legislativo.

O Brasil nesta época se encontrava em momento de grande tensão entre os parlamentares, o poder militar controlado pelo Imperador e a própria população. A Assembleia desejava plena transparência e liberdade de imprensa, enquanto o Imperador tentava impedir uma revolução, justificando suas ações como atos para pacificar a sociedade e evitar uma anarquia. Com isso, outorgou a primeira Constituição em 1824 (VILLA, 2015).

Embora fosse um autoritarismo disfarçado de democracia e liberalismo, é interessante notar como as situações política, territorial e internacional da nação brasileira foram importantes para a escrita de uma Constituição. O Império estava muito mais preocupado em manter o poder da Monarquia do que em penalizar indivíduos por comportamentos que em nada afetariam a unidade do país e a autoridade do Imperador.

Com relação à família, por assim dizer, percebe-se que a Constituição de 1824 não possuía um capítulo específico acerca das famílias da comunidade geral. O que se havia eram dispositivos, particularmente os integrantes dos Capítulos III a V da Carta (BRASIL, 1824), que regulavam questões de sucessão, casamento e demais formalidades da Família Real. Considerando a inércia da Constituição, o ordenamento jurídico brasileiro ainda sofria influência das Ordenações Filipinas em matéria civil, não revendo a situação jurídica do crime de aborto, que continuava sendo tratado apenas como matéria penal, não havendo previsão de sanções ou circunstâncias cíveis que poderiam ensejar em uma possível mudança de pensamento acerca do ato abortivo.

Percebe-se ainda no artigo 179, inciso II, da Constituição de 1824, que a única limitação à criação de leis era a chamada “utilidade pública” (BRASIL, 1824), mas não especificava quais eram as situações que se encaixavam neste termo. Nos dias de hoje, essa expressão é atribuída à desapropriação e está disposta no Decreto-Lei nº 3.365/1941, com as alterações de leis posteriores. Em que pese tal decreto ter sido elaborado mais de um século após a Constituição de 1824, as definições contidas no seu art. 5º oferecem certo sentido à expressão, lê-se:

Art. 5º: Consideram-se casos de utilidade pública:

- a)* a segurança nacional;
- b)* a defesa do Estado;
- c)* o socorro público em caso de calamidade;
- d)* a salubridade pública;
- e)* a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;
- f)* o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;
- g)* a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;
- h)* a exploração ou a conservação dos serviços públicos;
- i)* a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais;
- j)* o funcionamento dos meios de transporte coletivo;
- k)* a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou

característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;
l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens moveis de valor histórico ou artístico;
m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios;
n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves;
o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;
p) os demais casos previstos por leis especiais. (BRASIL, 1941, DECRETO-LEI Nº 3.365/1941, on-line)

Certo é que tal Decreto se dispõe a elencar apenas os casos de utilidade pública que envolvam questões financeiras e imobiliárias, vez que dizem respeito à desapropriação de propriedade privada. No entanto, é possível se fazer a relação desse artigo com a época em que o Brasil se encontrava em 1824. Havia uma insegurança política na Corte. A autocracia, membros do Legislativo, militares e a população em geral em muito discordavam da direção que a Constituição deveria seguir. Além disso, o Imperador buscava veemente sua independência em relação aos portugueses (VILLA, 2015).

A preocupação maior estabelecida pela regra da utilidade pública era a garantia dos interesses do Imperador, fossem eles monetários, territoriais ou políticos. Destarte, apesar de restringir de forma clara a fala da população, visto que limitava o direito ao voto¹⁶ e colocava condições para o reconhecimento de um cidadão brasileiro¹⁷, a Constituição de 1824 não

¹⁶ “Art. 91. Têm voto nestas Eleições primarias: I. Os Cidadãos Brasileiros, que estão no gozo de seus direitos politicos. II. Os Estrangeiros naturalizados. Art. 92. São excluidos de votar nas Assembléas Parochiaes. I. Os menores de vinte e cinco annos, nos quaes se não comprehendem os casados, e Officiaes Militares, que forem maiores de vinte e um annos, os Bachares Formados, e Clerigos de Ordens Sacras. II. Os filhos familias, que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem Officios publicos. III. Os criados de servir, em cuja classe não entram os Guardalivros, e primeiros caixeiros das casas de commercio, os Criados da Casa Imperial, que não forem de galão branco, e os administradores das fazendas ruraes, e fabricas. IV. Os Religiosos, e quaesquer, que vivam em Commuidade claustral. V. Os que não tiverem de renda liquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos .Art. 93. Os que não podem votar nas Assembléas Primarias de Parochia, não podem ser Membros, nem votar na nomeação de alguma Autoridade electiva Nacional, ou local. Art. 94. Podem ser Eleitores, e votar na eleição dos Deputados, Senadores, e Membros dos Conselhos de Provincia todos, os que podem votar na Assembléa Parochial. Exceptuam-se I. Os que não tiverem de renda liquida annual duzentos mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou emprego. II. Os Libertos. III. Os criminosos pronunciados em queréla, ou devassa. Art. 95. Todos os que podem ser Eleitores, abeis para serem nomeados Deputados. Exceptuam-se I. Os que não tiverem quatrocentos mil réis de renda liquida, na fôrma dos Arts. 92 e 94. II. Os Estrangeiros naturalizados. III. Os que não professarem a Religião do Estado [...] Art. 96. Os Cidadãos Brasileiros em qualquer parte, que existam, são elegiveis em cada Districto Eleitoral para Deputados, ou Senadores, ainda quando ahi não sejam nascidos, residentes ou domiciliados. Art. 97. Uma Lei regulamentar marcará o modo pratico das Eleições, e o numero dos Deputados relativamente á população do Imperio”.(BRASIL, 1824, on-line)

¹⁷ “Art. 6. São Cidadãos Brasileiros: I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação. II. Os filhos de pai Brasileiro, e Os illegitimos de mãe Brasileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Imperio. III. Os filhos de pai Brasileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em sorviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil. IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil na época, em que se proclamou a Independencia nas Provincias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residencia. V. Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja

possuía o objetivo de interferir na vida privada ou em assuntos que não prejudicassem ou favorecessem, de forma significativa e substancial, o Imperador.

Pode-se chegar à conclusão, portanto, de que a não criminalização do aborto no Código Criminal de 1830 é fruto de um período histórico marcado por disputas e incertezas no cenário político, o que resultou em um foco maior, por parte dos legisladores e do Império, na conquista de um poder territorial e econômico independente. Apesar de ser marcado pela predominância da família eminentemente patriarcal, o governo não demonstrava grande interesse em controlar a escolha de mulheres em relação ao próprio corpo.

2.2.2 A Proclamação da República e o Código Penal de 1890

O Código Penal de 1890 entrou em vigor ainda na época de aplicação da Constituição de 1824, mas já foi elaborado com o processo de Proclamação da República em fase final. O conceito de crime, neste caso, não era baseado em uma ideia objetiva e normativa, uma vez que o considerava, conforme art. 7º, como “a violação imputável e culposa da lei penal” (BRASIL, 1890, on-line).

Tal conceito já é por si só mais subjetivo do que aquele encontrado no Código Criminal de 1830, pois abandona a formalidade deste para abranger uma visão material da conduta. O crime seria visto então como toda ação que prejudica ou coloca em risco um bem jurídico. Não havia uma diferenciação substancial acerca de dolo ou culpa. O que ocorria era apenas que alguns tipos de crimes prescindiam deste dolo para se consubstanciarem, como é o caso introdução de moeda falsa na circulação (BRASIL, 1890, art. 241, on-line).

É possível perceber, portanto, que o Código adotou uma visão que, a despeito de ainda recair sobre alguns ditames digamos, normativos, possuía uma concepção mais subjetivista do que seria crime. A imputabilidade pode aqui ser relacionada com o conceito kantiano (2001) de que imputáveis são todos aqueles comportamentos considerados reprováveis sob o ponto de vista moral, provenientes de juízos formulados pela sociedade do que seria considerado incorreto, perverso ou injusto.

a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalisação. Art. 7. Perde os Direitos de Cidadão Brasileiro I. O que se nataralisar em paiz estrangeiro. II. O que sem licença do Imperador aceitar Emprego, Pensão, ou Condecoração de qualquer Governo Estrangeiro. III. O que for banido por Sentença. Art. 8. Suspende-so o exercicio dos Direitos Politicos I. Por incapacidade physica, ou moral. II. Por Sentença condemnatoria a prisão, ou degredo, emquanto durarem os seus efeitos [sic passim]” (BRASIL, 1824, on-line).

Assim, o conceito de crime no Brasil começou a ser visto como algo que iria além das condutas que estariam escritas e positivadas no Código. A noção de imputabilidade prevê a vontade e o conhecimento do indivíduo, sendo que ele deve estar plenamente ciente, tanto física quanto mentalmente, de sua conduta (NUCCI, 2007). Já a violação culposa pode ser relacionada com a culpabilidade, que é o grau de reprovabilidade da conduta do sujeito, ou seja, o quão vil seria sua atitude de acordo com a moral da sociedade em que se encontra (NUCCI, 2007).

A ciência por trás da criminologia começou a se desenvolver, mas isso não eximiu o Código Penal de 1890 de duras críticas. Era possível, de certa maneira, questionar se essa conjunção entre o Direito Penal e a moral proeminente à época da elaboração do Código não seria prejudicial a certos grupos de pessoas, uma vez que estaria se limitando a princípios nem sempre aceitos universalmente.

Nesta época houve um movimento das associações médicas e religiosas que se colocavam contra a realização do aborto por uma questão axiológica, buscando, no caso, uma punição não apenas voltada ao terceiro que auxiliava no procedimento abortivo, mas também à mulher que decidira por sua realização (SILVA, 2012). A comunidade médica, em especial, repudiava o movimento neomalthusianista em crescimento na Europa, que enquadrava o aborto como uma técnica de combate à miséria. (SILVA, 2012).

O Código Penal de 1890 previa, em seu Título IV, Capítulo I (BRASIL, 1890), o aborto como um ilícito penal. Nele, tanto a própria mulher gestante, o médico que realizasse o procedimento e o terceiro eram penalizados de forma severa, mesmo no modo tentado do crime. Veja-se:

Art. 300. Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção: No primeiro caso: - pena de prisão cellullar por dous a seis annos. No segundo caso: - pena de prisão cellullar por seis mezes a um anno. § 1º Si em consequencia do abôrto, ou dos meios empregados para provocal-o, seguir-se a morte da mulher: Pena - de prisão cellullar de seis a vinte e quatro annos. § 2º Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina: Pena - a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condenação (BRASIL, 1890, on-line).

Havia apenas um único caso em que a penalidade do crime consumado pela gestante era reduzida: quando o procedimento houvesse sido realizado pela própria mulher para ocultar sua “desonra”¹⁸ que, neste caso, se comunica com a cultura patriarcal predominante na

¹⁸ Art. 301: Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante: Pena - de prissão cellullar por um a cinco annos. Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado

sociedade da época. O temor da ilegitimidade de um filho por parte do pai ou a busca pela pureza através da virgindade eram questões que incentivaram a criação deste crime.

A diminuição da pena concedida às mulheres que abortavam para esconder a desonra merece algumas considerações. Procurava-se justificá-la sob a alegação de que a sociedade já punia de forma bastante dura a mulher que engravidava fora dos parâmetros sociais considerados ideais para se gestar um novo ser, ou seja, fora do casamento (SILVA, 2012, p. 1250)

A justificativa para a diminuição da pena está interligada com a dominação masculina prevista anteriormente em Bourdieu (2012). A gravidez por parte de uma mulher solteira ou que não se comprometeu com os princípios civis e religiosos do matrimônio era considerada uma conspiração, o que culminava no isolamento e repulsão da cidadã. Isso, para o Estado, já era considerado uma punição por si só, razão pela qual a pena do aborto foi diminuída.

Percebe-se inclusive que no Código de Direito Canônico (1983, p. 243), que contém o conjunto de normas regularizadoras dos costumes e da organização da Igreja Católica Romana, religião oficial do Brasil desde 1824, mesmo tendo sido modificado ao longo dos anos, ainda prevê o aborto como um delito contra a liberdade do homem, sendo que no Livro VI, parte II, Título VI, Cânone 1398, “quem procurar o aborto, seguindo-se o efeito, incorre em excomunhão *latae sententiae*”¹⁹.

A procura por métodos abortivos, no entanto, não ocorria apenas nas classes mais inferiores e apenas por mulheres solteiras ou que exerciam a prostituição como sua profissão. Mulheres casadas por vezes optavam pelo procedimento (SILVA, 2012). No entanto, tal comportamento poderia ser entendido como um produto de infidelidade conjugal por parte da mulher ou uma afronta ao aumento da prole, o que serviu para que as associações médicas, responsáveis pelos procedimentos, fizessem campanhas veementes frente à punição da gestante que optasse pela extração do feto.

Essa preocupação com a preservação dos valores patriarcais se relaciona com a teoria da dominação masculina em Bourdieu (1989). A motivação do tipo penal não era referente ao recém-nascido em si, mas sim ao vitupério que a escolha causaria para a família tradicional

para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime for cometido para occultar a deshonra própria (BRASIL, 1890, on-line).

¹⁹ Trata-se da mais grave sanção penal prevista no Direito Canônico. Implica na excomunhão imediata, ou seja, sem a necessidade de prévia sentença pela autoridade competente, do indivíduo da Igreja. Como de exemplo, as únicas demais possibilidades de ocorrência dessa penalidade são: heresia, cisma, violência contra o Papa, consagração de um bispo sem mandato do pontífice, profanação da Eucaristia, absolvição de um cúmplice em caso de relações sexuais e a violação do segredo da confissão. Nem mesmo o homicídio é listado (CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO, 1983).

patriarcal. Essa diminuição da pena não era destinada a garantir o direito de escolha da mulher, mas sim a preservar a imagem do homem.

Mesmo que o Código houvesse sido outorgado ainda na vigência da Constituição de 1824, a Proclamação da República já havia ocorrido em 1889. Pode-se dizer que o conteúdo e a aplicação das normas penais se deram de acordo com a Constituição de 1891, uma vez que essa já estava sendo escrita à época do Código descrito. Assim, imperiosa a análise do mesmo em consonância com as normas previstas nessa Carta Magna.

Em um país no qual a Monarquia nunca foi consolidada de forma unificada e forte, parecia inevitável a derrocada do poder Moderador e, com a proclamação da República em 1889, havia uma necessidade da promulgação de uma Constituição que concedesse poderes aos republicanos, extinguisse os privilégios da Família Real e realizasse a efetiva separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário de acordo com a teoria de Montesquieu (GROFF, 2008).

Por “promulgada”, entende-se que a Constituição teria sido construída de forma democrática, ou seja, pelos representantes do povo. Essa “promulgação” da Constituição, no entanto, foi no mínimo duvidosa, pois não contou com a participação popular e concedeu o controle dos níveis de poder às oligarquias rurais, consagradas como a classe mais influente financeiramente para a República (VILLA, 2015).

A ascensão do regime republicano contou com forte apoio militar. Suas atribuições eram utilizadas constantemente para controlar a oposição e a imprensa, bem como para realizar desfiles objetivando a criação de uma imagem positiva da República que, em tese, traria consigo ordem e segurança (VILLA, 2015). A mudança para um governo representativo através da eleição popular aparentava, aos olhos do povo, uma abertura democrática. No entanto, em um país cujo índice de analfabetismo era gigantesco, o controle do voto pelas oligarquias e pelas Forças Armadas era comum, o que prejudicava a efetiva prática da democracia (VILLA, 2015).

Acerca dos direitos das mulheres, do voto feminino e outras garantias, os constituintes não possuíam nenhum interesse em concedê-los. Para eles, era mais vantajoso controlar o número e o aspecto ideológico daqueles que eventualmente participariam de uma eleição. Tais direitos não eram sequer considerados, pois, segundo os parlamentares, as mulheres representavam discórdia no poder político ao acentuarem as dissensões e comprometendo a harmonia do progresso social. A mulher era necessariamente e naturalmente reservada a um espaço moral, doméstico (VILLA, 2015).

Apesar dos defensores do voto feminino como, por exemplo, Machado de Assis (*apud* VILLA, 2015), esse exercício do poder simbólico do homem sobre a mulher se correlaciona com o que antes foi estudado em Bourdieu (2012). A dominação se convalidava a partir do momento em que a fala era legitimada tanto pelo poder a ela concebido, quanto pela aceitação intrínseca, pela mulher e outras minorias, desse discurso patriarcal, oligárquico e militar.

Percebe-se ainda que a Constituição de 1891 foi a mais sucinta e concisa que o Brasil já teve, com apenas 91 artigos e 08 disposições transitórias. Não contava com uma gama extensa de princípios e dispositivos prolixos. No entanto, essa celeridade pode ser atribuída ao fato de que a Assembleia durou 58 dias e elaborou a carta apenas duas semanas depois (VILLA, 2015). Neste aspecto, pode-se dizer que, ainda que tivesse o objetivo de ser clara e direta, contava com várias inconsistências em seu conteúdo.

Uma situação que clama atenção é o fato de que a pretensão política da República e dos constituintes era retirar a Igreja Católica do poder e manter a segurança e a ordem. O parágrafo 7º do art. 72 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 expressava claramente que não existia uma religião oficial no Estado²⁰, enquanto o parágrafo 4º dispunha que: “a Republica só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita” (BRASIL, 1891, on-line). Neste giro, percebe-se que não mais era reconhecido oficialmente pelo Estado o casamento estritamente religioso.

É uma situação quase que antagônica, uma vez que, à época em que o catolicismo e a Igreja possuíam forte poder, o aborto cometido pela própria gestante não era punido, enquanto que no período da República, marcado pela separação de Estado e Igreja, o aborto induzido pela mulher possuía uma penalidade severa.

Outro aspecto que se observa na Constituição de 1891 é que, na Seção III, que continha a Declaração dos Direitos dos Cidadãos, não havia nenhuma menção ao direito à vida em si. O artigo 72 se limitava a dizer que: “a Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes” (BRASIL, 1891, on-line). A única proteção efetiva dada à vida do cidadão era a norma que proibia a pena de morte, prevista no parágrafo 21 desse mesmo art. 72²¹.

²⁰ “Art. 72 [...]: §7º Nenhum culto ou igreja gosará de subvenção official, nem terá relações de dependencia ou alliança com o Governo da União, ou o dos Estados. A representação diplomatica do Brasil junto á Santa Sé não implica violação deste principio” (BRASIL, 1891, on-line).

²¹ “Art. 72, § 21: Fica igualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra” (BRASIL, 1891, on-line).

Pode-se dizer então que a criminalização do aborto no Código Penal de 1890 não era justificada por questões religiosas e sequer adentrava em discussões científicas a respeito do início da vida (visão embriológica, metabólica, ecológica, etc.). A separação do Estado da Igreja Católica proclamava a laicidade no processo de elaboração das normas, enquanto que as pesquisas científicas em relação à sexualidade e vida estavam apenas em seu processo inicial, conforme visto no capítulo anterior.

A motivação que levou o fato social do aborto em 1890 ser severamente penalizado pode ser correlacionada ao modelo militar e estritamente patriarcal da época. O dispositivo que prevê a diminuição da pena da mulher para ocultar sua “deshonra” já alimenta o argumento de que o Estado não estava, à época, preocupado com a vida do feto ou mesmo da mulher, mas sim com a imagem do homem chefe de família e com o aumento efetivo da prole.

Chega-se à conclusão de que Constituição de 1891, uma vez que possuía por objetivo maior a implantação do modelo federativo, a separação dos poderes e o regime oligárquico, implementou no constitucionalismo brasileiro uma série de direitos fundamentais cujos conceitos eram materialmente abertos, além de deixar de mencionar diversos outros assuntos, o que justifica o surgimento da doutrina de direitos fundamentais “implícitos e decorrentes” (SARLET, 2007, p. 92).

2.2.3. Século XX e o terreno sócio-político para pensar um novo Código Penal

O século XX foi marcado por crises econômicas e disputas entre a classe industrial e rural, militar e humanitária. A quebra da bolsa norte-americana em 1929 afetou diretamente o comércio do Brasil (VILLA, 2015). O conflito ideológico entre o avanço industrial e os direitos dos trabalhadores que se deu à época serve de exemplo para demonstrar as diferenças principiológicas que afetaram a formulação das normas brasileiras.

A Constituição de 1890 foi suspensa uma vez que os tenentistas revolucionários da década de 1920 extinguiram o Poder Legislativo, fazendo com que o todo o poder de elaboração de leis ficasse nas mãos do Executivo. O governo aproveitou a situação econômica turbulenta na qual o país se encontrava para converter inclusive o Judiciário à sua vontade. O Supremo Tribunal Federal teve seus ministros aposentados compulsoriamente ou até mesmo cassados (VILLA, 2015).

Nessa época foi realizada a primeira Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926 (VILLA, 2015). Além de aumentar significativamente as situações de intervenção do

governo federal nos negócios particulares dos Estados, tal Emenda também afetou a matéria penal. O “habeas corpus”, por exemplo, que antes poderia ser impetrado quando o indivíduo se encontrasse em eminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder, com a Emenda de 1926 passou a ser possível apenas nos casos em que alguém sofresse ou estivesse em iminente perigo de sofrer ofensa à sua liberdade de locomoção.

Isso remete à questão do poder simbólico em Bourdieu (1989) e sua noção de campo. O conflito entre ideologias resultou em um grupo retendo o poder do discurso, neste caso, não um específico, mas geral. O Poder Executivo formulava a linguagem do campo intelectual, filosófico, político, normativo, religioso e moral. Sua palavra foi fundamental para definir os costumes da época.

Esse movimento possuía um caráter eminentemente nacionalista. Os interventores, que na época foram designados para comandar os estados, eram meros delegados do poder central (VILLA, 2015). O discurso do Governo era de inovar e trazer progresso ao país. Não obstante, os métodos utilizados para tanto eram arcaicos, beirando o autoritarismo e remetendo àqueles oriundos da República Velha. O reconstitucionalismo prometido pelo Poder Executivo foi sendo postergado até a ascensão de Getúlio Vargas no poder em 1930, inicialmente como governo provisório e sem uma eleição formal.

Nessa época falava-se em inúmeras promessas progressistas, mas os métodos e ideologias aplicados eram considerados conservadores. A cassação de direitos políticos e os conflitos de ideologias levaram a uma guerra civil (VILLA, 2015). Durante esse período, o desembargador Vicente Piragibe decretou a Consolidação das Leis Penaes (sic) em 1932 (BRASIL, 1932, on-line), para reforçar e fazer pequenas mudanças no Código de 1890.

O aborto em si não sofreu modificações, permanecendo como crime passível de punição, sendo que a única atenuante ainda era a realização do procedimento para ocultar possível desonra por parte da mulher. A reformulação penal só se deu efetivamente em 1940. Nessa época, Getúlio Vargas já havia convocado a Assembleia Constituinte, com as eleições ocorrendo em 1933 (VILLA, 2015).

Para o estágio do país tal eleição foi algo realmente revolucionário. Foi criada a Justiça Eleitoral e pela primeira vez o voto feminino foi contado, após uma longa luta motivada por movimentos feministas e humanitários tanto no Brasil quanto no resto do mundo. Mesmo com tal avanço social, os votos das mulheres representaram apenas 15% do total apurado (VILLA, 2015).

Foi então promulgada a Constituição de 1934, que possuía mais que o dobro de artigos de sua precedente. Alguns de seus dispositivos representavam a abrangência e inclusão de

minorias, como era o caso do art. 17, que proibia a União, Estados, Municípios e Distrito Federal de “favorecer uma religião específica e embaraçar cultos religiosos” (BRASIL, 1934, on-line). Ao mesmo tempo, no entanto, a Carta restringia significativamente as liberdades individuais e privilegiava a segurança nacional.

No campo das liberdades democráticas, a Constituição restringiu os direitos fundamentais. A introdução do conceito de segurança nacional recebeu destaque especial. Era uma novidade, produto do autoritarismo da década de 1930. Foram reservados nove artigos à segurança nacional e apenas dois aos direitos e garantias individuais. Foi concedido o estado de guerra, que implicava a suspensão das garantias constitucionais. A obsessão pela segurança chegou a tal ponto que “nenhum brasileiro poderá exercer função pública, uma vez provado que não está quite com as obrigações estatuídas em lei para com a segurança nacional” (art. 163, § 2.º). (VILLA, 2015, p. 33-34).

O modelo que serviu de base para a Constituição de 1934 era o europeu, que à época beirava o totalitarismo. As ideias liberais eram duramente criticadas e o foco do Governo era a criação de um Estado forte, que pudesse eventualmente competir com os demais Estados do globo. Para isso, foram concedidas diversas atribuições ao poder Executivo e à União em si. Getúlio Vargas acreditava que, para se formar um país fortificado, era necessário que os trabalhadores, que garantiam a produção e desenvolvimento da economia, fossem protegidos pela esfera estatal e as liberdades individuais fossem restringidas (VILLA, 2015).

Deve-se observar que a Constituição foi promulgada antes mesmo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas em 1948. Dessa forma, algumas ambiguidades poderiam ser previstas na Carta de 1934. Entre os “direitos e garantias individuais”, no capítulo II, estava prevista a censura, que é uma forma de controle estatal em detrimento da liberdade individual (BRASIL, 1934, on-line). Mesmo que, aos olhos da população, a vasta gama de direitos individuais previstos no documento poderia até mesmo parecer liberal, na prática essa censura poderia ser aplicada em diversos casos. O ministro da Justiça à época, Antônio Maciel, afirmou que deveriam ser censurados:

[...] a – as críticas ao governo, em termos acrimoniosos; b – agressões e referências pejorativas aos seus membros; c – notícias que, de qualquer forma, possam prejudicar a ordem pública e estimular subversões; d – agressões pessoais a quem quer que seja; e – críticas aos governos estrangeiros e seus representantes; f – quaisquer informações que possam produzir alarme ou apreensões, mesmo no terreno financeiro e econômico; g – meros boatos, de tendenciosidade manifesta (*apud* VILLA, 2015, p. 35-36).

Dessa forma, tem-se que o nacionalismo exacerbado, o Poder estatal e a necessidade de industrialização, com a migração dos trabalhadores do campo para a cidade com o intuito

de desenvolver a economia brasileira foram o foco da Constituição de 1934. O aborto, além de ser moralmente rejeitado, ainda representava uma ameaça ao crescimento da classe trabalhadora.

Já a Constituição de 1937 surgiu como a necessidade que o presidente Getúlio Vargas tinha de deter um poder discricionário. Utilizou-se da suposta ameaça comunista para reforçar a ideia de que o país necessitava de uma Constituição focada no Poder estatal, afastando-se do liberalismo que impedia a gestão governamental (VILLA, 2015).

As intrigas internas, em especial a revolta do Partido Comunista do Brasil, fizeram instalar certa histeria na população e no Governo Federal. Grupos neofascistas foram assomados, foi criado o Tribunal de Segurança Nacional, que julgava até mesmo crimes considerados ínfimos, para não ameaçarem a segurança e unidade do Estado. Os presídios ficaram abarrotados (VILLA, 2015).

É possível perceber que o maior temor do Estado à época era a ascensão de um ideal comunista no Brasil e de todos os seus apoiadores. Qualquer convicção ou atitude remotamente reminescente ao pensamento bolchevique era duramente criticado e penalizado.

De certa forma, a histeria temerária de comunistas e simpatizantes remetem a uma das facetas do pan-óptico, que aufere íntima relação com as formas de detenção do poder e do controle social: o ban-óptico. Bauman (2001), dizia que o controle dos “estranhos” se dava na forma de mecanismos institucionais e artefatos físicos que aprimoram e mantêm o exercício do poder através de uma vigilância contínua, que busca sempre evitar que os subordinados não percebam que estão sendo vigiados e controlados, garantindo a sua dominação.

Segundo Bauman (2001), o panoptismo era uma medida autoritária e imediata à desordem, à doença, e aos indivíduos considerados estranhos à sociedade. A constante vigilância que levava a uma ordem moral e espacial era uma resposta a confusões como doenças advindas de uma mistura, de uma miscigenação.

A marginalização e demonização de um grupo, no entanto, como ocorreu à época da Constituição de 1937 e do Estado Novo, se encaixa na ideia do ban-óptico. A partir da teoria de Bigo e Tsoukala (2008), decorrente de um estudo acerca dos Estados Unidos da América após o desastre de 11/09/2001, a propagação da ideia de que a segurança global deveria ser protegida em face de supostas armas de destruição em massa demonstrava o interesse do Estado em isolar certos grupos sociais.

Em que pese a análise ter sido moldada em época ulterior à Constituição do Brasil de 1937, Bigo e Tsoukala (2008) relatam que tal prática se perpetuou durante toda a história mundial, baseando-se em três critérios de dominação: práticas de excepcionalismo, ato de

traçar perfis específicos do indivíduo que oferece certo perigo à sociedade e contenção de estrangeiros e a redução da mobilidade através de normas. Foi o que ocorreu no Estado Novo, com a massiva propagação de uma histeria anticomunista.

O objetivo, guiado por ideias extremamente conservadoras de Getúlio Vargas, era de manter no poder e aumentar sua capacidade e abrangência governamental (VILLA, 2015). A Constituição de 1937 instituiu o Estado Novo e limitou demasiadamente a atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário, além de propagar valores tradicionalistas.

O aborto era impensável nesta época. A própria Constituição introduziu uma parte específica para regulamentação da família. O artigo 124 dizia que a família era embasada em um casamento indissolúvel. Além disso, “às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos” (BRASIL, 1937, on-line).

A compensação financeira estimulava o crescimento populacional e, por consequência, o aumento da classe trabalhadora (VILLA, 2015). A possível legalização do aborto não era sequer discutida, pois além de ir de encontro aos valores tradicionais neofascistas da época, ainda se mostrava como uma ameaça ao processo de industrialização e crescimento citadino.

A elaboração de um novo Código Penal era de extrema importância dado o panorama político do cenário brasileiro. Um fato curioso, no entanto, foi a escolha de Alcântara Machado, integrante da chamada Revolução Constitucionalista, para elaborar o Código (MORAES, 2009). A escolha de um especialista na matéria era uma forma de embarcar a população e garantir sua concórdia. No entanto, o pensamento de Machado estava longe de ser liberal e suas ideias convalidavam o pensamento político anti-comunista, uma vez que comentava na epígrafe sobre a necessidade do Estado de se defender contra forças profundas do mundo moderno.

2.2.4 A presença do Código Penal de 1940 diante de cenários políticos distintos

Com relação especificamente ao crime de aborto, o Código Penal de 1940 manteve a pena de detenção de 01 (um) a 03 (três) anos para a gestante que provocasse o auto-aborto ou consentisse para tanto. No entanto, inseriu duas exceções no art. 128, segundo o qual não se pune o aborto provocado pelo médico quando não há outro meio de salvar a gestante ou quando a gravidez tenha sido resultado de estupro (BRASIL, 1940). Apesar da legalidade do aborto para poupar a vida da gestante em 1890, o caso do estupro era inusitado no

ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não havia essa inimizabilidade nas normas anteriores.

O Código Penal de 1940 permaneceu em vigor durante panoramas jurídicos completamente distintos, sofrendo apenas algumas mudanças em seu texto original. Elaborado e promulgado durante a Época do Estado Novo, tal lei sustou-se durante o Governo Militar e a redemocratização do país, apesar de seus ordenamentos jurídicos possuírem propostas totalmente diferentes.

Com o fim da 2ª Guerra Mundial e a queda da Era Vargas, o país passou por um período de redemocratização, instalando a Assembleia Constituinte em 1945 (VILLA, 2015). A Constituição de 1946 foi marcada por um apreço ao regime democrático e à liberdade de expressão. Com relação à família, o casamento deixou de ser indissolúvel e o art. 164 mencionava somente que “a lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa” (BRASIL, 1946, on-line).

A Ditadura Militar se instaurou definitivamente em 1964, com a consequente outorga da Constituição de 1967. Nessa época, segundo Villa (2015, p. 66), “Os novos donos do poder foram pródigos na imposição de uma renovada ordem legal marcada pelo arbítrio e violência”. Na necessidade de desvinculação com certos ditames do Governo na Constituição de 1946, como a sucessão legal do poder e direitos individuais, o regime passou a outorgar Atos Institucionais e a modificar a Constituição.

Em 1967 foi oficialmente outorgada nova Carta. Nota-se que a maior mudança adveio na Organização Governamental e Forças Armadas, promovendo um nacionalismo acerbado e uma ferrenha preocupação com a segurança nacional. Com relação aos direitos e garantias individuais, o texto manteve-se correlativo aos ordenamentos anteriores. A pluralidade intelectual dos veículos de divulgação de informação, no entanto, ficou comprometida.

Artigo 166, §2º - Sem prejuízo da liberdade de pensamento e de informação, a lei poderá estabelecer outras condições para a organização e o funcionamento das empresas jornalísticas ou de televisão e de radiodifusão, no interesse do regime democrático e do combate à subversão e à corrupção (BRASIL, 1967, on-line).

O combate a uma suposta subversão poderia se alastrar dependendo do que a força estatal considerava perversão moral. Movimentos sociais e intelectuais eram fortemente combatidos, inclusive com a utilização da pena de morte e tortura, sob a justificativa de que estariam aguilhoando perspectivas que ameaçavam a segurança nacional e a base tradicional

da sociedade. Não é de se espantar, dessa forma, que textos e movimentos sociais em prol da descriminalização do aborto eram tratados com extrema hostilização (SILVA, 2012).

O Estado, no entanto, decidiu manter o Código Penal de 1940 em sua forma normativa, criminalizando o aborto provocado e prevendo as duas exceções existentes no texto original. Entretanto, face ao caráter eminentemente conservador do militarismo, qualquer mudança normativa possuía cunho punitivo.

No primeiro momento analisado – 1964 a 1979 –, as discussões públicas sobre o assunto eram escassas. Na esfera do Estado, o Executivo chegou a decretar um novo Código Penal em 1969, que acabou não entrando em vigor e teve desdobramentos até 1978: mantinha a incriminação do aborto, com exceção dos dois permissivos do código anterior, mas alterava as punições, introduzia controles do Estado para o aborto permitido por lei e aumentava a pena para a mulher que provocasse o auto-aborto, ou que permitisse que alguém o fizesse, embora a reduzisse na situação da denominada defesa da honra. Refletia, assim, a ausência de um debate democrático sobre o tema (ROCHA, 2006, p 370).

Mesmo a partir da reabertura democrática na década de 1980, o conteúdo jurídico e legislativo acerca do aborto ainda era escasso. Algumas propostas foram levantadas, inclusive acerca da descriminalização do aborto em todas as ocasiões como forma de evitar uma gravidez indesejada e eventuais problemas de abandono familiar, saúde pública, dentre outros (SILVA, 2012). Contudo, a represália por parte da maioria política e da sociedade civil e religiosa sustou qualquer avanço significativo na norma escrita.

Nota-se que na exposição de motivos do Código Penal de 1940, há dois itens inteiros destinados à justificativa da criminalização do homicídio, seja ele doloso ou culposo. Já com relação ao aborto, há apenas um parágrafo, que sequer determina qual seria a teoria adotada para considerar quando se iniciaria a vida, o que seria imprescindível em razão de seu enquadramento em “Dos crimes contra a vida”.

Mantém o projeto a incriminação do aborto, mas declara penalmente lícito, quando praticado por médico habilitado, o aborto necessário, ou em caso de prenhez [sic] resultante de estupro. Militam em favor da execução social e individual, a que o legislador penal não pode deixar de atender (BRASIL, 1984, on-line).

Vislumbra-se que o legislador, ainda na lei que expõe os motivos da elaboração e modificação do Código Penal (BRASIL, 1984), se atenta ao fato de que os diversos aperfeiçoamentos e deslindes no ordenamento positivo, sendo que as reivindicações da sociedade não foram e provavelmente nunca serão atendidas em sua totalidade. Índices importantes como a desigualdade e rejeição social dos apenados, que afetam diretamente no

número de caso de incidentes, além da não diminuição da criminalidade em si, são fatores imprescindíveis que devem levar ao aprimoramento dos instrumentos jurídicos.

O Código afirma que foram estabelecidas comissões revisoras para exame de sugestões, projetos e críticas oferecidas por instituições e especialistas, para que assim o legislador possa proceder a alterações normativas em harmonia com as mudanças sociais (BRASIL, 1984). A promessa era a de que haveria deliberações acerca da Parte Especial do Código nas quais seriam discutidas questões polêmicas, uma vez que as concepções de delitos foram modificadas ao longo do tempo, especialmente pelo afastamento entre Estado e Religião, o que poderia resultar em uma possível descriminalização.

Observa-se que essa exposição de motivos teve seu texto formulado em 1984. No entanto, as discussões acerca da natureza do delito do aborto ficaram estagnadas dentro da suposta Comissão Revisional legislativa. A Comissão de Juristas para a Elaboração de um Anteprojeto do Código Penal foi criada apenas em 2011 pelo Senado Federal, tendo em vista os requerimentos n^{os} 756 de 2011 e 1.034/2011 (BRASIL, 2012).

Dentre os diversos temas discutidos, como os crimes na esfera digital, o crime de aborto sofreria significativas mudanças, uma vez que o projeto acrescenta dois incisos que descriminalizam o procedimento, sendo que o III determina que “se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina, em ambos os casos atestado por dois médicos; ou” (BRASIL, 2012, on-line), enquanto o IV iria mais além, afirmando que o procedimento abortivo seria permitido “se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade” (BRASIL, 2012, on-line).

A regra atual do art. 124, que penaliza o aborto provocado em si mesma ou consentir que outrem lho provoque é a detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos. O art. 126, que penaliza a conduta do terceiro com o consentimento da gestante, é a reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos (BRASIL, 1940). O anteprojeto propunha que a prisão em ambos os casos fosse diminuída para 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, em caso da conduta não se enquadrar nas excludentes de ilicitude previstas no art. 128 do Anteprojeto.

Entretanto, foi só em 2012, através do julgamento da Ação Direta de Preceito Fundamental n. 54 pelo Supremo Tribunal Federal que o Código Penal sofreu uma modificação para incluir, entre os tipos lícitos de aborto, aquele do feto anencefálico. Depois de mais de quase 30 anos entre a atualização da elaboração de motivos do Código Penal de 1940, que previa uma Comissão Revisional Legislativa, uma mudança significativa veio

apenas em forma de decisão judicial. Dessa forma, vê-se que, apesar da existência de projetos legislativos, eles nunca tiveram um deslinde efetivo, sendo que seu andamento se concretizou em passos considerados demasiadamente lentos.

Por exemplo: devido à identificação das práticas científicas médicas e biológicas como uma ciência pura e integral, foi possível que demais questões baseadas em morais religiosas fossem trespassadas a outra esfera. Na década de 1990, por exemplo, foi aprovado projeto de lei n. 90/91, que discorria acerca da obrigatoriedade do atendimento legal pelo Sistema único de Saúde que sofreram um aborto legal, previsto nas exceções do art. 124 do Código Penal (BRASIL, 1991).

Nessa mesma época, foram publicadas diversas pesquisas de opinião, inclusive entre os católicos, revelando que boa parte da comunidade era contra o pensamento dominante da Igreja e a favor do direito de decidir da mulher em casos de estupro ou de risco de morte da gestante. Isso demonstra que até mesmo integrantes do próprio grupo podem expor as dissidências do discurso oficial dominante (RAMIREZ-GALVEZ, 1999).

Evoca-se a teoria bourdieusiana novamente acerca da necessidade de anuência e legitimação do discurso por parte dos elementos afetados para que seja concretizada a dominação simbólica. A partir do momento em que não é possível obter a corroboração expressa ou tácita dos subordinados, o discurso e conseqüentemente, a norma, não conseguem se manter incólumes.

Tal exemplo apenas convalida a ideia de que o discurso tradicional, dominante e amparado pela dominação simbólica é capaz de criar, manter e validar normas na ordem jurídica. Nesse diapasão, passa-se então a análise dos elementos teóricos da teoria neopositivista que auxilia em uma percepção alternativa acerca do crime de aborto, que tenta se desconchavar de questões políticas e religiosas.

2.3 O impacto do feminismo e dos movimentos sociais na discussão sobre o aborto

A questão do aborto ainda se configura como um assunto demasiado polêmico mesmo com diversos avanços feitos em sua regulamentação. A utilização de uma teoria neopositivista não exclui a importância que os movimentos sociais tiveram ao focar em tal assunto. Na verdade, a análise da forma como o aborto foi abordado ao longo dos anos apenas contribuiu para evidenciar uma possível necessidade de análise da eficácia da norma através da dinâmica jurídica neopositivista.

Ao se tratar de um assunto intimamente interligado com questões feministas, estar-se-á sempre se sujeitando a uma análise histórica de movimentos sociais que influenciaram as alterações normativas no tipo penal do aborto. Como já visto anteriormente, a criminalização do ato nem sempre foi lidada com a mesma intensidade, sendo que o objetivo estatal da época refletia diretamente na flexibilidade das leis que falavam sobre o tema.

No entanto, a questão do direito à vida e da liberdade da mulher sempre foi objeto de movimentos sociais embasados em ideologias que devem ser estudadas para que se possa demonstrar a necessidade de uma abordagem neopositivista na presente dissertação, bem como explicar os caminhos percorridos pelas ciências sociais ao desafiar a dominação simbólica do discurso tradicional.

Em que pese o feminismo ser um movimento extenso e com diferentes ondas e ramificações, como o anarquista, marxista, dentre outros, far-se-á, na presente dissertação, um conglomerado de ideias que, de certa maneira, contribuíram para a revolução sexual e a discussão do aborto em si.

A problemática acerca do controle de natalidade teve força no início do século XX, principalmente com as obras de Margaret Sanger nos Estados Unidos. Havia sido aprovado no país, em 1873, o Ato de Comstock, que tornava ilegais a distribuição, literatura e a venda de métodos contraceptivos (CHESLER, 2007). Sanger desafiava a norma imposta na medida em que, como enfermeira obstétrica, possuía uma visão clara do impacto negativo que as múltiplas gestações causavam na mulher, principalmente nas mais pobres (CHESLER, 2007).

Em sua obra “The Woman Rebel”, Sanger (*apud* CHESLER, 2007), foi a pioneira na expressão “controle de natalidade”, que hoje não é usada apenas para defender o direito da escolha da mulher, mas também por nações cujo número populacional é considerado preocupante. Crítica ávida do movimento conservacionista de Comstock, Sanger acreditava que as mulheres eram escravas das convenções patriarcais acerca do sexo e da gestação, vista como uma necessidade pelos costumes e pelas leis.

O pensamento de Sanger e de demais adeptos foi fundamental para conquistas dos direitos femininos. Em 1918, por exemplo, um tribunal de Nova York permitiu que médicos prescrevessem contraceptivos e em 1921 foi aberta a primeira clínica de controle de natalidade no Reino Unido (CHESLER, 2007). Foi possível perceber, no entanto, que tais triunfos se deram quase que exclusivamente pela observância do direito de escolha da mulher.

No entanto, mesmo nos dias atuais, ínfimas são as decisões dos Tribunais Superiores que analisam a questão material e substancial do aborto. A discussão teve seu início há décadas, mas o Poder Judiciário, especialmente as instâncias que supostamente deveriam

analisar a norma em si, ainda evitam debater e se limitam a analisar a parte processual de cada caso. Junto ao conjunto de 45 (quarenta e cinco) decisões levantadas para a realização da pesquisa, foi possível encontrar uma, de autoria dos Ministros Marco Aurélio e Roberto Barroso, que integra em sua argumentação a questão moral da liberdade individual e dignidade da mulher.²²

Conforme é possível verificar, o julgador se dispôs a tratar de peculiaridades até mesmo econômicas e raciais, o que não foi encontrado na maior parte da jurisprudência utilizada. Vislumbra-se inclusive que a eficácia jurisdicional da penalização da mulher foi analisada, de forma que o julgador chegou até mesmo a dizer que se constitui ineficaz, pois não produz impacto no número de abortos do país.

Mesmo que os julgadores tenham trazido à tona uma discussão de alta relevância e complexidade, oferecendo até mesmo alternativas à criminalização, a dinâmica jurídica da norma em si que, no caso da presente dissertação, utiliza-se a teoria neopositivista, foi pouco explorada, enquanto que as matérias axiológicas e políticas foram a base da argumentação.

Em que pese tais temas serem fundamentais para qualquer argumentação jurídica e crítica social, a discussão acerca do controle de natalidade, seja por pílulas contraceptivas, seja pelo aborto provocado, foi por muito tempo marcada pela dualidade entre direito à vida e liberdade de escolha da mulher. No entanto, por décadas essa discussão encontra calvários até mesmo entre integrantes da mesma contiguidade.

²² EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (BRASIL,2017,on-line).

A dificuldade para se limitar conceitos principiologicos como o direito de liberdade individual de escolha da mulher não é contemporânea, uma vez que tais definições não eram axiomáticas dentro de um grupo específico. Feministas pioneiras conterrâneas de Sanger como a ativista britânica Josephine Butler, por exemplo, acreditavam que havia limites para a liberdade feminina na questão da maternidade. Explicitamente contrária à liberação de métodos contraceptivos, a liberdade de escolha, para determinadas ramificações feministas, era a possibilidade de a mulher recusar exigências sexuais do homem, escolhendo quando engravidar (McCANN, 2019 *apud* CHESLER, 2007).

Diante do entroveiro de conceituar princípios que por longo tempo foram assim construídos a partir de práticas valorativas, a análise da dinâmica jurídica de uma norma encontra estorvos de todas as partes envolvidas. Isso justificaria, portanto, a técnica e metodologia utilizadas na presente dissertação, uma vez que tentam escapar de certos litígios morais. Tal método não retira a importância do estudo da história evolutiva do tratamento jurídico dado ao aborto, haja vista sua transformação semântica no Brasil e no mundo.

A luta pela legalização do aborto tomou força nas décadas de 1960 e 1970. Após a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), o aborto passou a ser visto pelo Movimento de Libertação das Mulheres não mais como uma questão meramente moral, mas também como um direito básico, inerente de uma resolução universal que determinava o objetivo, o ideal a ser perseguido por toda sociedade e nação (CHESLER, 2007).

Uma das peculiaridades do documento é que seu primeiro artigo, ou seja, o principal aspecto que considera que deva ser observado pela sociedade aduz que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, art. I, 2009, p. 04).

A liberdade e a dignidade são os princípios em foco na Declaração. Em que pese se encontrarem no mesmo patamar e hierarquia normativa que o direito à vida em si, a liberdade é mencionada por diversas vezes no documento. A liberdade individual em particular está explicitamente disposta nos artigos II, III, XIII, XVIII, XIX, XXIX, Já o princípio e direito à vida em si é mencionado apenas no art. III.

Esse pensamento centralizado na dignidade e liberdade, aliado às estatísticas de mortalidade e saúde pública de gestantes que realizavam abortos clandestinos, deu início a uma onda de movimentos que julgavam a legalização da prática um mal necessário. Isso devido ao fato de que muitos dos membros da comunidade feminista, como Margaret Sanger, eram moralmente contra o aborto (CHESLER, 2007). No entanto, os efeitos colaterais

gerados pela criminalização da prática abortiva supostamente geravam prejuízos que justificariam o sacrifício de um princípio sobre o outro.

Patentes são as divergências morais e valorativas que marcaram o certame do aborto. Em nenhum momento houve um consenso, até mesmo entre membros do Movimento de Libertação das Mulheres, acerca dos limites aceitáveis até que o ato fosse considerado um crime (CHESLER, 2007), demonstrando-se, portanto, a incerteza normativa gerada pela discussão principiológica e comunicativa.

Em 1967 o Reino Unido legalizou o aborto na Grã-Bretanha para gestações até 28 semanas (modificada, em 1991, para 24 semanas), com a condição de que fosse atestado por profissionais da saúde de que a gestação indesejada traria consequências físicas ou psicológicas à mulher ou à criança (CHESLER, 2007).

Interessante notar que o Ato não menciona os valores que embasaram sua criação. É possível em certa medida dizer que os movimentos sociais em prol da liberdade individual e a laicidade do estado influenciaram na elaboração das normas que flexibilizam a realização do aborto. No entanto, o maior objetivo do Estado com o “*Abortion Act*” era garantir que os efeitos sociais e econômicos da legalização do aborto sobrepujassem a segurança que sua criminalização supostamente traria.

A diminuição de casos de doenças físicas e mentais em mulheres e infantes reduziria os gastos estatais em diversos setores, como provisões para crianças abandonadas e orfanatos, assistência médica a famílias afetadas por uma gravidez não desejada e custos carcerários. Além disso, o dispêndio de um procedimento abortivo pela gestante era bem menor do que supostos gastos com tratamentos psicológicos sem previsão de término, o que aumenta a capacidade de compra da família (LEWIS, 1969).

Olhando por certo ângulo, tais motivações aparentam insensíveis aos olhos daqueles que defendem avidamente o direito à vida e também facínoras diante daqueles que defendem a descriminalização do aborto pelo princípio da liberdade e dignidade da mulher. No entanto, diante da morosidade discursiva, que procura uma abertura comunicativa entre os movimentos sociais para se chegar a um consenso, a utilização da perspectiva da ciência jurídica tornaria possível a análise da eficácia social, política e econômica do tipo penal, demonstrando os reais efeitos da criminalização o aborto na sociedade em si, levando à sua possível legalização e regulamentação.

Ao mesmo tempo, incontestemente o fato de que consequências adversas dessa legalização poderiam surgir, como o trauma psicológico e sentimento de culpa pela mulher que opta por abortar, recusa pelos profissionais de saúde em realizar o procedimento e o aumento do

número de abortos no Reino Unido (LEWIS, 1969). Não obstante, o Estado manteve o Ato, que ainda se encontra em vigor, pois a descriminalização do aborto se vislumbrou como uma medida eficaz já que seus efeitos mostraram-se menos prejudiciais do que a norma que penalizava a prática.

O movimento feminista foi de suma importância para o avanço nas conquistas sobre os direitos materiais, corporais, culturais e sociais das mulheres. Normalmente dividido entre quatro grandes ondas, a primeira delas, ao menos no que tange ao Brasil, veio das lutas oriundas de Portugal no século XIX, que lutavam pelo direito a uma educação e trabalho igualitários e confrontavam a ideia de que o homem era superior à mulher (DUARTE, 2003). Um dos principais nomes brasileiros foi Nísia Floresta Brasileira Augusta que escreveu, em 1832, o livro “Direitos das mulheres e injustiça dos homens”.

A segunda onda surge por volta de 1870 e se caracteriza pela presença de artigos e opiniões de mulheres sendo publicados em parte da mídia, ganhando notoriedade. O jornalismo e a disseminação de informações e obras que, em outra data, não seriam permitidos, foram essenciais para que eventualmente permitiu que as mulheres fizessem cursos universitários e se dedicassem a trabalhos comumente associados ao gênero masculino (DUARTE, 2003).

Já a terceira onda se inicia no século XX e ganha destaque por marcar o início do movimento organizado e abrangente que possuía objetivos e metas específicos cuja demanda era definida por pautas, como direito ao voto, ao curso superior e à ampliação do campo de trabalho. O acesso à oportunidade de fala e opiniões avultou a necessidade de reivindicar direitos considerados básicos, e foi responsável por marcos históricos que definiram o século, como a conquista ao direito ao voto, em 1934 (DUARTE, 2003). Além disso, a escrita feminina ganhou espaço, destacando-se nomes como Ercília Nogueira Cobra, Rosalina Coelho Lisboa, Gilka Machado, dentre tantas outras.

Apesar de a primeira, a segunda e a terceira onda terem sido igualmente impactantes para os avanços acerca dos direitos das mulheres, com obras brasileiras datadas de desde o século XVII, a onda marcada pela revolução sexual foi a responsável, ao menos no caso do Brasil, pelos movimentos sociais que oportunamente dariam abertura para a discussão jurídica do aborto.

A partir da década de 1970, o feminismo no Brasil começou a se erguer como uma resposta direta ao período ditatorial. Influenciado pela ascensão e avanços nas políticas públicas sociais no exterior, a 4ª onda do feminismo, marcada por reivindicações mais ousadas que buscavam a mudança da visão sobre a condição feminina e o fim da

discriminação, foi um dos grandes movimentos que procurava mudar a perspectiva da sociedade acerca do aborto (DUARTE, 2003).

No século XX, os grupos sociais que impulsionavam as campanhas feministas já estavam mais organizados, com mulheres já possuindo acesso à educação, trabalho e voto. Foi o momento da revolução sexual e literária, no qual o planejamento familiar, o controle de natalidade, o direito ao prazer e o aborto se integravam nas políticas públicas demandadas (DUARTE, 2003). Era uma tentativa para derrubar os padrões hegemônicos da maternidade compulsória, descaracterizando a mulher como mero meio reprodutor de futura mão-de-obra.

Enquanto nos outros países as mulheres estavam unidas contra a discriminação do sexo e pela igualdade de direitos, no Brasil o movimento feminista teve marcas distintas e definitivas, pois a conjuntura histórica impôs que elas se posicionassem também contra a ditadura militar e a censura, pela redemocratização do país, pela anistia e por melhores condições de vida. Mas ainda assim, ao lado de tão diferentes solicitações, debateu-se muito a sexualidade, o direito ao prazer e ao aborto. "Nosso corpo nos pertence" era o grande mote, que recuperava, após mais de sessenta anos, as inflamadas discussões que socialistas e anarquistas do início do século XX haviam promovido sobre a sexualidade. O planejamento familiar e o controle da natalidade passam a ser pensados como integrantes das políticas públicas. E a tecnologia anticoncepcional torna-se o grande aliado do feminismo, ao permitir à mulher igualar-se ao homem no que toca à desvinculação entre sexo e maternidade, sexo e amor, sexo e compromisso. Aliás, o "ficar" das atuais gerações parece ser o grande efeito comportamental desta quarta onda. (DUARTE, 2003, p. 165)

Essa malquerença em face do Regime Militar e suas imposições, bem como a intensidade de manifestações e gritos de cunho social e concessivo de direitos acabaram por enquadrar o feminismo e todas as suas pautas mais notórias como um movimento político, e não científico. Além disso, a aliança entre facetas da comunidade com o marxismo e o anarquismo propagava certa repulsa por parte da sociedade, principalmente pelo quadro ban-óptico do Estado Novo e da Ditadura Militar, que demonizava o comunismo e suas ideias.

A utilização de uma perspectiva mais positivista torna-se até mesmo necessária para contornar a ascensão de tais movimentos sociais, eis que são acompanhados de ideologias e discursos baseados em axiologias. Isso acaba gerando certa abrasividade nas discussões, que tendem a resultar em conflito de opiniões e valores próprios, sendo que os produtos significativos advindos de uma extensa luta podem ser facilmente revertidos de acordo com os detentores do poder político de cada época.

3 A APLICAÇÃO DA TEORIA NEOPOSITIVISTA PARA ANÁLISE DA (IN)EFICÁCIA NORMATIVA

A aplicação de uma teoria pura do Direito não se relaciona com o conceito de pureza social e racial no sentido de marginalização de corpos estranhos, como na teoria de Bauman (1998), ou seja, não é como se a ordem fosse manchada devido à posição e localização de determinadas coisas. O positivismo jurídico nada mais procura do que estabelecer uma ciência intrínseca e própria do Direito, estabelecendo métodos e hierarquias inerentes à própria prática legal.

A dinâmica jurídica do neopositivismo jurídico, que ganha foco na presente dissertação, oferece uma perspectiva mais concreta para questões que envolvam a elaboração ou revogação de determinada regra, uma vez que, em que pese utilizar o costume como fato gerador da *dessuetude*²³, evita entrar em fontes embasadas pelos princípios e valores individuais.

Bobbio (1995, p. 135) já dizia que o positivismo jurídico surgiu como uma forma de transformação do direito em uma ciência marcada por sua “avaliatividade”, ou seja, que procurasse distinguir os juízos de fatos dos juízos de valor. Segundo ele, o primeiro possui a finalidade apenas de informar a realidade, os acontecimentos da maneira como são observados. Já o segundo pressupõe uma tomada de posição, de opinião frente à realidade, com uma inevitável necessidade de influenciar o outro de sua convicção.

O positivismo jurídico serviria como uma alternativa aos juízos de valor presentes na prática do Direito ao longo de sua história. Claro que, conforme já visto, não seria possível desvencilhar um assunto tão polêmico como o aborto de questões principiológicas. No entanto, especificamente acerca da eficácia de sua criminalização, é possível a utilização dos pressupostos positivistas como método de análise.

O direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social; o juspositivista estuda tal direito real sem se perguntar se além dele existe também um direito ideal [...] A validade de uma norma jurídica indica a qualidade de tal norma, segundo a qual existe na esfera do direito ou, em outros termos, existe como norma jurídica. Dizer que uma norma jurídica é válida significa dizer que tal norma faz parte de um ordenamento jurídico real, efetivamente existente numa dada sociedade. (BOBBIO, 1995, p. 136-137).

²³ Tema que será tratado com maior profundidade no próximo item da dissertação.

Destarte, não se estabelece como um estudo frio da norma, mas sim como uma análise absorta de um direito natural, ideal e intrínseco, advindo de uma moral inquestionável e típica da condição humana. O positivismo dá grande enfoque à validade e hierarquia das normas, procurando estabelecer um método científico próprio para a perquirição de tais aspectos (BOBBIO, 1995).

A norma penal que criminaliza e penaliza a realização de aborto voluntário é, portanto, juridicamente válida, uma vez que existe no ordenamento jurídico. Entretanto, a partir do momento em que o próprio positivismo condiciona a validade de uma norma à sua existência na realidade histórico-social, é preciso analisar a eficácia de tal norma na prática, na sociedade. Isso devido ao fato de que a realidade positivista corresponde a algo tangível como a sociedade e não em um meio metafísico.

Essa posição também se desvencilha da teoria juspositivista, que adota a visão extrema de que uma norma jurídica seria justa apenas pelo fato de ser válida. Segundo Bobbio (1995), nem mesmo Kelsen compartilha tal visão, uma vez que, no positivismo, há uma distinção nítida entre validade e valor. Seria possível, portanto, que uma norma válida fosse considerada injusta após uma análise valorativa de seu conteúdo.

São nesses critérios de eficácia e injustiça que aqui se pretende analisar a norma que criminaliza o aborto voluntário provocado pela própria gestante. Utilizando-se da ciência pura do direito, mas não adentrando no juspositivismo extremo, é possível que a mera existência de tal regra não mais se justifique no ordenamento jurídico brasileiro.

Além de romper com os conceitos metafísicos do Direito, a utilização da perspectiva positivista no século XX, principalmente no Brasil, se consolidou como a fonte do *ethos*, ou seja, como a teoria responsável pela construção do pensamento, motivações, valores e repertório linguístico do cientista do Direito.

Segundo Ferreira (2007), entre os anos 1870 e 1930, devido ao fato de que o conhecimento científico e cultural do país foi historicamente marcado pela herança de um viés religioso, a adoção da teoria positivista teve base na preocupação com a situação política brasileira e a reforma do sistema educacional cuja missão era conhecer objetivamente a realidade social.

A partir de 1870, houve no Brasil um avanço do movimento científicoista, com a criação de diversas instituições, nas mais variadas áreas, que buscavam quebrar com o patamar anterior, como por exemplo, Comissão Geológica do Brasil em 1875, a Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro em 1886, dentre outros (FERREIRA, 2007). Isso se consolidava com o objetivo estatal da época, conforme visto no capítulo anterior, que buscava

se desvencilhar da Família Real e dos valores e costumes trazidos pelos portugueses para traçar um caminho ao desenvolvimento e evolução do Brasil.

Foi nesse contexto de franca expansão institucional das ciências que o ethos positivista propagou-se entre os intelectuais e cientistas, ensejando uma compreensão a respeito do papel social da ciência que concebia o progresso material e a modernização social como o resultado da aplicação dos conhecimentos e técnicas científicas na resolução dos problemas do país (FERREIRA, 2007, p. 07).

Assim, com o objetivo de se afastar desse pensamento metafísico e político, o positivismo é visto no Brasil do século XX como um meio de criar uma identidade ao Direito. A distância dos movimentos sociais e da metafísica são referentes somente à linguagem e à metodologia para garantir que a estrutura da norma não fique atrelada a valores e princípios.

Afastando-se, de certa forma, da visão ontológica do direito, é possível vislumbrar a questão do aborto não pelo ponto de vista moral, o que permite que determinadas discussões acerca do valor atribuído à vida do nascituro sejam deixadas de lado. A partir de uma perspectiva deontológica, torna-se possível a análise dos preceitos coativos ligados a uma punição que determina a norma. Assim, todas as facetas dessa determinada pena, sejam elas históricas, sociais ou práticas podem ser estudadas de forma a auxiliar na sua utilização futura.

Isso não significa que a moral ou juízos de valor sejam totalmente excluídos do estudo do direito. No capítulo anterior, já foi possível verificar a importância do contexto histórico e das relações sociais, inclusive baseados em movimentos ocasionados por suas dimensões principiológicas, para que se obtenha uma moldura, um quadro político, jurídico cultural e social que define determinada regra.

Considerando o direito como uma técnica social utilizada com o intuito de se obter uma determinada conduta do indivíduo a partir de uma coerção ou ameaça de pena, Kelsen (2000) já dizia ser impossível conhecer a natureza do direito a partir de uma só regra. Segundo ele, “apenas com base numa compreensão clara das relações que constituem a ordem jurídica é que a natureza do Direito pode ser plenamente entendida” (KELSEN, 2000, p. 05).

É a partir da obtenção desse contexto e padrão que será então colocada em prática a ciência do Direito propriamente dita, pois a norma não será mais analisada com base nos valores morais que ela venha a implicar, mas sim através da inquirição de sua validade e eficácia no ordenamento jurídico vigente. Ao retirar os juízos de valor e abandonar a relativização de princípios como propõe Robert Alexy (2008), a ciência do Direito não estaria

se preocupando com o que é bom ou equilibrado ou mesmo com o preceito de um consenso baseado na ação comunicativa, como propõe Habermas (2003).

Outrossim, a ideia de justiça, para Kelsen (2000), embora não seja antagônica ao conceito de direito, não deveria ser confundida com o mesmo. Da mesma forma, afirma que a convicção de justiça não pode ser respondida cientificamente, pois ela pressupõe o contentamento social, o eterno anseio do homem pela felicidade. Assim, como nenhuma ordem proporciona alegria a todos, não existiria um ordenamento jurídico “justo” em si só e por inteiro.

Destarte, qualquer resposta que relativiza um valor ou princípio, dando-lhe prioridade em detrimento de outro, não é uma resposta racional e científica, e sim baseada em convicções subjetivas que mudam conforme o grupo social que detém o poder da palavra. Cristãos possuem uma ideia de felicidade e, portanto, de justiça, diferente de um budista, por exemplo. Isso ocorre em toda comunidade embasada em ideias políticas, sociais e filosóficas.

Kelsen (2000) já diz que todos esses movimentos ideológicos, quais sejam suas orientações, se dignam ao mesmo objetivo: definir a maneira correta de como a sociedade deve funcionar. Para tanto, os meios que propagam para garantir esse propósito são embasados em desejos e anseios, que por sua vez foram definidos pelos valores que englobam determinado grupo.

Já foi possível vislumbrar no presente artigo os conceitos de Bourdieu (2013) acerca da origem de tais valores e porque certo povo teria um tipo de pensamento específico. A transmissão dos elementos simbólicos construídos sob uma perspectiva social e política são difíceis de evitar, fazendo com que até os mais prejudicados por certos tipos de pensamento o convalidem.

Dessa forma, muitos movimentos ideológicos possuem adeptos que desconhecem seus fundamentos, aceitando-os puramente devido a uma longa história de dominação e aceitação, que se transformam em valores e crenças que seus propagadores taxam como irrefutáveis.

Assim, Kelsen (2000) afirmava que as controvérsias quanto à maneira correta, ou seja, o meio, e não o fim em si mesmo, de se atingir o objetivo da sociedade, como por exemplo, o liberalismo e o socialismo, não podem ser solucionadas cientificamente no momento. Segundo Warat (1982, p. 108), a Teoria Pura do Direito “foi concebida como um sistema conceitual destinado a fornecer tanto as normas metodológicas para a adequada produção do saber dogmático do direito, como as categorias gerais desse modelo de conhecimento”.

É neste diapasão que a presente dissertação opta por focar em uma solução prática e normativa de uma controvérsia alastrada desde o seu início por movimentos ideológicos e

sociais. Em que pese terem sido fundamentais para o avanço da discussão do aborto e o objetivo final de sua descriminalização, o meio empregado por eles normalmente cai na problemática da relativização de princípios como vida, liberdade individual, saúde, entre outros.

Isso só poderia ser solucionado com base em juízos de valor, que decidem a realidade através da conexão entre causa e efeito, meio e fim. Considerando também a pluralidade moral e cultural existente entre as mais diversas religiões, nações e classes, há vários conceitos de justiça, o que apenas demonstra a necessidade de outras vertentes capazes de decifrar um problema jurídico.

O neopositivismo critica veementemente o conceito de Direito Natural e de que a razão das coisas serem como são é proveniente de uma entidade metafísica, como Deus, exemplificando. Kelsen (2000) chega a dizer que nenhuma teoria do direito natural consegue se aproximar minimamente da objetividade e praticidade da natureza ou da ciência jurídica. Afirma que os conceitos advindos dessas teorias, como justiça e moral, são baseados em fórmulas vazias, uma vez que o certo e errado não são evidentes nesse caso.

Kelsen (2000) até mesmo se utiliza do exemplo de um princípio considerado natural para os defensores da teoria jusnaturalista: a propriedade privada, que, para o capitalismo. No entanto, o filósofo afirma que essa preposição não pode ser comprovada, uma vez que existiram sociedades agrícolas, por exemplo, nas quais a terra não pertencia a particulares, mas sim à comunidade como um todo. Além disso, relata que é totalmente possível que uma organização comunista se torne um Estado funcional, forte e industrializado.

A questão que aqui se quer debater é o fato de que Kelsen (2000) não adentra em qual ideologia ou tipo de organização é melhor. O que se tem a dizer é que não há cabimento afirmar que um princípio é eminentemente natural e imprescindível para o desenvolvimento humano mesmo que ele venha eventualmente a se tornar parte do Direito positivo. É daí que prorrompe a importância de um estudo histórico acerca das origens e motivações de determinada norma.

A justiça é uma idéia [sic] irracional. Por mais indispensável que seja para a volição e a ação dos homens, não está sujeita à cognição racional, existem apenas interesses e, conseqüentemente [sic], conflitos de interesses. Sua solução pode ser alcançada por uma ordem que satisfaça um interesse em detrimento de outro ou que busque alcançar um compromisso entre interesses opostos. Que apenas uma dessas duas ordens seja “justa” não é algo que possa ser estabelecido pela cognição racional. Tal cognição pode entender apenas uma ordem positiva evidenciada por atos determináveis objetivamente. Essa ordem é o Direito positivo. (KELSEN, 2000, p. 19).

Diante disso, não seria produtivo resgatar a discussão da descriminalização de uma conduta puramente na ideia de justiça social. A questão deve ir além, para que efetivamente seja considerada racional ou científica, ao menos diante de uma sociedade que preza pela objetividade e tradição. A justiça pode motivar uma decisão, mas a questão é que a escolha de qual referente sentido que vai prevalecer escapa de uma teoria dura. A justiça é uma ideia racional.

3.1. A norma e a dinâmica jurídica como técnicas sociais específicas

Kelsen (2000) afirma categoricamente que a ordem jurídica é um sistema dinâmico, no qual as normas não são válidas por serem autoevidentes. Há todo um contexto histórico, político e social que determina o porquê de determinada regra se estabelecer no ordenamento jurídico. A positividade do Direito se repousa no fato de que foi criado e anulado por atos de seres humanos, e não por ter uma moralidade natural, intrínseca.

O propósito de uma ciência pura do direito kelseniana não era negar as dimensões valorativas e sociais, mas sim escolher, entre os aspectos multifaciais do direito, aquele que poderia ser utilizado de forma autônoma pelo agente jurista. Tratar do direito como uma ciência que se autorregulamentasse tornaria possível um foco maior na norma em si, sem correr o risco de que a discussão mergulhe em debates improlíferos, evitando-se, dessa forma, a interposição de pensamentos axiológicos e opinativos acortinados por uma presunção científica.

O que constitui um ato jurídico, para Kelsen (1984), não é apenas o fato de ele se encontrar na natureza, mas sim o sentido e a significação que possui, que são dados a partir de uma interpretação normativa. Essa interpretação deve ser regulada através de uma norma hipotética fundamental, que não é necessariamente escrita e positiva em nenhum texto anterior, mas que não obstante prescreve uma obediência aos primeiros constituintes históricos.

A existência da norma fundamental permite a convalescência de uma autoridade, conferindo-lhe o poder necessário para criar e estabelecer normas. No positivismo jurídico, dispensa-se quaisquer justificativas religiosas ou metafísicas acerca do comando conferido à norma fundamental.

Um dos alicerces do positivismo é associar a definição do direito com uma coação específica, ou seja, uma sanção a ser observada no caso de descumprimento de terminada ordem, partindo-se de uma concepção estatal do Direito (BOBBIO, 1995).

As proposições jurídicas possuem enunciados deontológicos, coligadas ao dever-ser, com a previsão de fatos e da coação. A estrutura do enunciado possui, portanto, um antecedente conectado automaticamente ao conseqüente. Segundo Kelsen (1984), enquanto a norma é um dever-ser, o ato de vontade da autoridade que a propôs e constitui sentido é o ser.

A circunstância de o dever-ser constituir também o sentido objetivo do acto exprime que a conduta a que o acto intencionalmente se dirige é considerada como obrigatória (devida), não apenas do ponto de vista do indivíduo que põe o acto, mas também do ponto de vista de um terceiro desinteressado – e isso muito embora o querer, cujo sentido subjectivo é o dever-ser, tenha deixado facticamente de existir, uma vez que, com a vontade, não desaparece também o sentido, o dever-ser; uma vez que o dever-ser vale mesmo depois de a vontade ter cessado, sim, uma vez que ele vale ainda que o indivíduo cuja conduta de acordo com o sentido subjectivo do acto de vontade, é obrigatória (devida), nada saiba desse acto e de seu sentido, desde que tal indivíduo é havido como tendo o dever ou o direito de se conduzir de conformidade com aquele dever-ser. Não, e só então, o dever-ser, como dever-ser objetivo, é uma norma válida (vigente), vinculando os destinatários (KELSEN, 1984, p. 25-26).

Tal preposição se relaciona diretamente com o poder e a dominação simbólicos em Bourdieu (1989), na medida em que a norma constitui um ato de vontade, legitimação e subordinação. A partir do momento em que o dever-ser alcança seu estado objetivo, não mais os indivíduos amparados e comandados pelo enunciado se sentem na obrigação de questionar e descobrir as nuances do dever-ser subjectivo, sejam elas históricas, sociais ou políticas.

A separação entre as esferas da sociologia e do direito, entre o fato e a norma, dá-se em Kelsen a partir de um juízo de imputação, de dever-ser “se A é, deve ser B”. A norma estatui um dever-ser, uma prescrição cuja validade independe de a conduta prescrita verificar-se ou não na prática. Esse raciocínio difere das ciências naturais, que seguem juízo de causalidade, expresso pela fórmula “se A é, é B”. Essas categorias faziam parte do neokantismo de sua época. A consciência humana, segundo essa concepção, ou vê as coisas como elas são (esta cadeira é de madeira) ou como elas devem ser (esta cadeira deve ser de madeira). Normas são prescrições de dever-ser, conferindo ao comportamento humano um sentido prescritivo (ROSSI, 2017, p. 229).

Essa concepção do dever-ser é diferente dependendo da concepção utilizada: jusnaturalista ou positivista. A validade, na última, se dedica à competência legislativa da autoridade que a criou, à obediência a uma norma fundamental e às conseqüências eminentemente jurídicas e práticas que uma regra gera na sociedade. Não está conectada a um

raciocínio dedutivo que define a norma como algo evidente e condizente, de forma inteiriça, à realidade.

Aliando-se ao panorama positivista, pode-se destacar a validade com um efeito limitado ao tempo e da ordem na qual determinada norma pertence. Distintivamente de uma concepção natural, quase que transcendental do jusnaturalismo, a validade de uma norma não permanece pelo fato de que determinada conduta é intrínseca do ser humano, mas sim porque ainda não foi invalidada.

Sabe-se que a eficácia de uma norma, para Kelsen (1984), está interligada com a validade. Em que pese não serem interdependentes, os efeitos de tornar uma norma ineficaz afetam sua validade. É possível que uma norma seja destituída de validade pois a conduta efetiva dos homens não mais se conforme com a velha ordem jurídica.

Essa conduta efetiva dos homens permite, dessa forma, que se adentre na visão positivista do papel do costume. A convivência constante experimentada pela sociedade, aliada à transmissão de pensamentos e ideias de geração a geração implica em uma vontade coletiva dos indivíduos de viverem em iguais condições, comportando-se de maneira semelhante para garantir a preservação de uma tradição (KELSEN, 1984).

A habitualidade e a repetitividade, durante um período prolongado de tempo, é o que tornam o sentido subjetivo de um ato de costume um dever-ser. Para Bourdieu (2001), a arbitrariedade das normas se dá pelo fato de que as leis variam de acordo com as épocas e sociedades, não havendo um vínculo entre as normas e a natureza, mas sim com o comportamento humano.

Uma lei colocada por uma autoridade de forma arbitrária só se mantém uma vez que o costume faz com que esse tipo de discurso institucional passe despercebido, o que permite a violência simbólica. Bourdieu (2001) afirma que essa usurpação do poder foi introduzida originalmente sem um tipo de racionalidade. No entanto, a partir do costume, ela se torna razoável. O costume, portanto, é o alicerce do sistema.

A partir daí, se um membro da comunidade age de maneira diferente do habitual, é alienado pelos demais integrantes. Segundo Kelsen (1984, p. 28) “a situação fáctica [sic] do costume transforma-se numa vontade colectiva [sic] cujo sentido subjectivo [sic] é um dever ser”. Contudo, esse sentido subjetivo dos atos de costume apenas se configura como uma regra objetiva e válida a partir do momento em que é reconhecido como um fato gerador de direito por uma norma superior.

Kelsen (2000), ao se referir ao costume, o identifica como uma linha de conduta observada de forma generalizada, sem que a população possua consciência de que estaria

eventualmente criando direito, mas sim que estariam agindo conforme uma norma interposta por uma autoridade.

Isso não significa que a norma jurídica perde sua validade se apenas ela for considerada ineficaz. No entanto, há de se observar o fenômeno da *dessuetude*. Conforme Kelsen (2000), é possível que determinada norma não seja obedecida e nem mesmo aplicada de maneira que afeta diretamente nas consequências de determinada conduta por parte do indivíduo. Nesses casos, a prolongação dessa não aplicação é condição *sine qua non* para determinar a relevância da eficácia junto à validade.

A *desuetude* é como que um costume negativo cuja função essencial consiste em anular a validade de uma norma existente. Se o costume é em geral um fato gerador de Direito, então também o Direito estatuído (legislado) pode ser derogado através do costume. Se a eficácia, no sentido acima exposto, é condição da validade não só da ordem jurídica como um todo mas também das normas jurídicas em singular, então a função criadora de Direito do costume não pode ser excluída pela legislação, pelo menos na medida em que se considere a função negativa da *desuetude* (KELSEN, 2009, p. 149).

A *dessuetude*, nesse sentido, é o efeito jurídico negativo do costume. A partir desse fenômeno é possível que, após averiguada a permanência da falta de serventia, por assim dizer, da norma observada, seja essa privada de sua validade pois não é mais eficaz no mundo jurídico.

Essa relação tênue entre validade e eficácia é esclarecida por Kelsen (2000) ao dispor que uma norma é válida a partir do momento em que foi estabelecida segundo as regras da ordem jurídica e pela autoridade investida de competência e legitimidade para tanto. Ela assim permanece se não houver a decretação de sua anulação, seja por método já estabelecido e positivado, seja pelo efeito da *dessuetude* ou mesmo acaso a ordem jurídica tenha perdido a eficácia em sua totalidade.

A própria norma fundamental tem seu conteúdo determinado pelos fatos, aqui determinados como o produto de uma evolução histórica, através dos quais é possível aplicar uma regra que permita uma conexão substancial, prática e até mesmo semântica entre a ordem jurídica e a conduta dos indivíduos regulada por ela (KELSEN, 2000).

Dessa forma, ao não mais corresponder à realidade, a ordem normativa pode perder sua validade. Congruentemente, a eficácia depende da perquirição dos fatos de maneira concreta. A partir do momento em que a não observância e aplicação da norma sejam perceptíveis através de uma análise minuciosa de certa conduta, é possível se chegar à eficácia e, conseqüentemente, à validade de certa norma.

Kelsen (1984) não se preocupa com a proporção de obediência dos indivíduos a determinada lei e nem com as condições mentais e psicológicas que englobam a conduta do sujeito no momento do crime. As facetas comportamentais e peculiares do crime não são objeto da ciência do Direito em si, e sim da psicologia ou mesmo da sociologia. O costume aqui definido não seria um conjunto de qualidades inerentes do homem que o leva a cometer ato ilícito.

Do contrário, o costume na perspectiva de Kelsen é uma identificação de elementos do próprio Direito. Voltando-se ao método utilizado na presente dissertação, uma das formas de definição de costume será entendida como a atividade (ou falta dela) dos Tribunais Superiores em relação à discussão e efetiva punição do crime de aborto.

Não se deve imaginar que a sociedade, formada por indivíduos sem atribuições políticas poderiam simplesmente criar normas através de uma conduta reiterada e chamar tal situação de *dessuetude*. O poder normativo, para o positivismo, é monopólio do Estado. Por isso que aqui se discute uma prática de um dos alicerces estatais, que é o Poder Judiciário.

A norma fundamental pode, por exemplo, ser tal que uma norma pertença ao sistema desde que tenha sido decretada pelo parlamento ou criada pelo costume ou estabelecida pelos tribunais, e não tenha sido abolida por uma decisão do parlamento ou pelo costume ou por prática contrária dos tribunais. O enunciado mencionado acima não é um norma jurídica válida se não pertencer a uma ordem jurídica válida – pode ser que tal norma não tenha sido criada de um modo determinado, em última análise, pela norma fundamental, ou então pode ser que, apesar de ter sido criada dessa maneira, a norma tenha sido revogada de um modo determinado, em última análise, pela norma fundamental (KELSEN, 2000, p. 166)

Pelo enunciado, é possível vislumbrar de forma clara que a teoria positivista sob a perspectiva kelseniana previa a possibilidade de uma norma ter sua eficácia e validade prejudicadas pelo costume ou pela prática dos tribunais. Na presente dissertação, ambos os elementos são tidos como uma coalizão, na medida em que a análise é feita a partir do hábito judiciário e dos efeitos que a criminalização do aborto traz à vida diária dos indivíduos.

O poder normativo do Judiciário é um atributo inerente do modelo Constitucional adotado principalmente em países como o Brasil, que possuem uma Constituição analítica, extensa e prolixa (STRECK, 2013). O processo legiferante é caracterizado por uma necessidade do Legislador de atender às diversas demandas da sociedade, o que acaba gerando leis muitas vezes esparsas e abertas, permitindo uma maior atuação do Judiciário para solucionar questões polêmicas e litigiosas.

Essa prognose legislativa está relacionada ao fato de que o Legislativo deve prestar contas à sociedade, apresentando as devidas razões que embasaram a promulgação de

determinada lei ou ato normativo, sendo vedado o retrocesso social (STRECK, 2013). Isso cria um espaço grande que permite o Judiciário promover certas medidas que busquem preencher lacunas deixadas pelo Legislativo e, portanto, criar, de certa forma, normas válidas.

Kelsen (2003) afirmava que essa justiça constitucional visa assegurar o correto exercício das funções estatais, dos atos jurisdicionais, que podem ser tanto atos de criação ou de execução do Direito. Mesmo que haja uma dualidade entre eles, são apenas relativamente opostos, uma vez que se constituem como etapas hierarquizadas e intermediárias no processo de criação do Direito.

A Constituição, a lei, o regulamento, o ato administrativo, o julgamento e o ato da execução são, simplesmente, estágios típicos da formação da vontade coletiva do Estado moderno. [...] O Direito, ao longo de seu percurso entre a Constituição e os atos de execução material (*Vollstreckungsakte*), vai concretizando-se continuamente. A Constituição, a lei e o regulamento são normas jurídicas gerais, mas o julgamento e o ato administrativo constituem normas jurídicas individuais. [...] 2. Destarte, cada escalão da ordem jurídica é tanto uma produção de Direito, em relação ao escalão imediatamente inferior, quanto uma reprodução do Direito, em relação ao escalão imediatamente superior. (KELSEN, 2003, p. 92).

Assim, é possível dizer que o Poder Judiciário participe da criação do Direito em si, principalmente no sistema constitucional-democrático adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Como visto, os costumes também se configuram como fatos geradores de uma norma na medida em que estabelecem uma certa habitualidade e reincidência de certos comportamentos.

Na medida em que o comportamento de uma comunidade pode afetar o processo normativo, também o faz o comportamento do Judiciário, uma vez que representam uma parcela daquele grupo social. Assim, a análise de um padrão de decisões judiciais para determinar um costume ou um padrão ideológico é plausível e até mesmo oportuna.

Tratando-se da existência da norma em si, tem-se que a sua vigência se encontra no âmbito do dever-ser, diferenciando-se da eficácia, que corresponde ao fato da norma ser efetivamente aplicada e observada no mundo social (KELSEN, 1984). Dizer que uma norma vale/existe, ou seja, é vigente, não significa que ela é eficaz.

Os fatos jurídicos seriam classificados em duas partes. A primeira é referente à própria conduta humana em si, sensorialmente perceptível, sendo assim definido como qualquer ato realizado pelo sujeito no espaço/tempo em que se encontra. A segunda é a significação, o impacto que tal ato gera no mundo jurídico. (KELSEN, 1984).

A mera normatização da conduta humana típica elaborada por uma autoridade competente e em consonância com a hierarquia estipulada pela norma fundamental, já é cabal

para determinar a validade subjetiva do ato no ordenamento (KELSEN, 1984). Entretanto, ao tratar-se do Direito como uma ciência pura, o significado da conduta por trás da norma na verdade se configura como necessário para garantir sua validade objetiva.

A relação entre o ato e seu significado contribui para a formação de um plano semântico jurídico próprio, característico da teoria pura do Direito, que vai se modificando ao longo das particularidades da história, formando dois discursos no direito: um que conota a parte natural e comportamental da linguagem e outro que comporta a semiótica, o significado do direito em si.

Novamente se chega à dualidade do ser e dever-ser. Para Kelsen (1984), o primeiro determina o ato efetivamente praticado, indicado pela percepção sensorial dos sujeitos e da sociedade no espaço em que foi desenvolvido. É o pressuposto básico do dever-ser, que assinala o enunciado do ser, percebido de forma deôntica, formal, concedendo significado ao primeiro no âmbito das relações sociais e, conseqüentemente, imputando-lhe certo tipo de regramento.

Uma norma jurídica é considerada como objectivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde, efetivamente, pelo menos em certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que – como costuma dizer-se – não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia (como soi dizer-se) é a condição de sua vigência (KELSEN, 1984, p. 30).

Chega-se, portanto, no ponto principal da presente dissertação. Kelsen (1984) condicionava, até certo ponto, a validade e vigência da norma a um mínimo de eficácia, ou seja, um mínimo de aplicabilidade e observância pela sociedade, que incluiu tanto os poderes jurídicos, administrativos e fiscais, quanto aos indivíduos em si. Tentar-se-á chegar à constatação desse mínimo previsto por Kelsen a partir da proporção, quantidade e conteúdo das decisões judiciais em um período de uma década.

A conduta aqui tratada, qual seja, o aborto voluntário, ao se tratar de uma norma penal, prescinde de uma punição, a qual Kelsen (2000) chama de norma secundária. Para Kelsen (2000), a norma secundária, qual seja, a sanção ou penalidade prevista não é um meio para se atingir a norma primária, mas sim faz parte da essência de tal norma, devendo ser tida como uma ordem coercitiva em si mesma.

Conectando-se estreitamente com o campo semântico do direito, a norma secundária deve possuir um significado através do método histórico de análise. O discurso jurídico, conforme vislumbrado, é definido em duas medidas: o considerado natural e o

metalinguístico. A partir do momento em que se aplica uma sanção penal a uma conduta, assim foi feito devido ao significado intrínseco de determinado ato humano.

Ao tratar a sanção não como meio, mas como parte essencial da norma, Kelsen (2000) abre a possibilidade da discussão que aqui se pretende fazer, qual seja, da eficácia de uma coerção normativa. Não basta, para a ciência do Direito, que a ordem primária seja observada e mantida no ordenamento jurídico se a ordem secundária não é efetiva na prática.

Através de uma óptica técnica acerca da norma que penaliza o aborto, traçam-se algumas considerações. Primeiramente, o crime de aborto é assim determinado quando há a interrupção voluntária da gravidez, consumando-se a partir do momento em que não haja mais presença de vida uterina.

Essa classificação é no mínimo meandrosa, uma vez que, ao se elencar em um crime contra a vida, estaria comparando o feto com um ser vivente, uma pessoa. O Código Civil de 2002, em seu artigo 2º, deixa claro que, em que pese a personalidade civil se dar a partir do nascimento com vida, a lei resguarda os direitos do nascituro. O ordenamento brasileiro, desta forma, utiliza-se da teoria concepcionista, defendida por autores como Stella Martinez (1998), considerando que o embrião possui um processo único e autônomo capaz de formar o genótipo e gerir uma vida.

Destarte, o crime de aborto, na situação jurídica atual, se equipara ao crime de homicídio no sentido de que o sujeito passivo nada mais é do que uma pessoa com vida. Seria um ramo específico, permite-se dizer, privilegiado, do crime previsto no artigo 121 do Código Penal.

No entanto, o Código resolveu dar tratamento jurídico especializado ao aborto, valendo-se de uma sanção mais branda e acrescentando excludentes de ilicitude que há muito se estabeleceram de forma enraizada na jurisprudência. As motivações por trás desse arranjo inabitual tomaram influência de diversos fatores, conforme visto no tópico anterior.

O dever-ser da norma, portanto, confunde-se com outra, no sentido em que equipara um sujeito com o outro. O objetivo final seria punir aqueles que matam. Entretanto, ao colocar a gestante em específico em posição diferenciada, já está automaticamente verificando os elementos sistemáticos e sociais que albergam o espaço e condições em que a gestante se encontra no momento em que decide praticar o ato.

O objetivo de se estabelecer uma ordem coercitiva com finalidade de punição, no direito, é fazer com que o indivíduo deixe de realizar um ato considerado nocivo à sociedade (KELSEN, 2000). Na medida em que prevê penas diferenciadas para o crime de homicídio e o

crime de aborto, o ordenamento jurídico já está, de certa forma, relativizando o fundamento da vida.

Vale lembrar que o aborto, como distinguido pelo artigo 124 do Código Penal, se manifesta apenas em sua forma dolosa, não permitindo a forma culposa. A gestante deliberadamente e sem elementos de coação externa decide eliminar o feto. Dessa forma, possível verificar que, se realmente a conduta da mulher de praticar o aborto fosse trazer prejuízos vultosos e irremediáveis à sociedade, a pena prevista no ordenamento não seria consideravelmente mais branda do que a do homicídio²⁴.

Dizer que a norma reflete apenas a obstinação da autoridade que lhe promulgou é, no mínimo, uma preposição redutiva. O Direito é uma ordem coercitiva que se utiliza de uma técnica social específica para reger o Estado. Sua eficácia depende da análise dos objetivos sociais, políticos, filosóficos e científicos ao longo da evolução histórica. Foi possível perceber, no capítulo anterior, que a norma se modifica conforme os objetivos estatais de cada época.

Assim, é possível dizer que o legislador responsável pelo desenvolvimento da norma penal analisou questões que vão além da simples proteção ao direito à vida. Apesar do ordenamento jurídico brasileiro adotar a teoria concepcionista, o fato da pena voltada à gestante ser menor do que aquela direcionada ao indivíduo que comete um homicídio na forma do artigo 121 do Código Penal já demonstra que o legislador considerou os elementos sociais, principiológicos, culturais e estatísticos, previstos tanto na norma escrita quanto na realidade prática social, para estabelecer uma penalidade adequada à gestante sujeito ativo do crime.

A punição é uma técnica típica de concessão de desvantagem face uma atitude reprovável. Seu elemento semântico apenas se justifica se auferir um tipo de receio nas pessoas, para que deixem de realizar determinado ato (KELSEN, 2000). Já o elemento prático da sanção, que interfere na sua eficácia, se consolida a partir do momento em que ela é efetivamente aplicada e discutida.

A dissertação procura verificar justamente o fato de que a sanção prevista no Código Penal para o art. 124 simplesmente não concretiza seu objetivo. No próximo capítulo,

²⁴ Art. 121: Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos (grifo nosso); Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos (grifo nosso). (BRASIL, 1940, on-line)

tentar-se-á coletar um ou mais padrões de discurso do Judiciário que possam levar à conclusão da (in)eficácia da norma. De sorte, tem-se a seguinte decisão:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. SUPOSTA PRÁTICA DE CRIME DE HOMICÍDIO DOLOSO EM CONCURSO DE PESSOAS, ABORTO COM O CONSENTIMENTO DA GESTANTE, OCULTAÇÃO DE CADÁVER, ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. CONJUNTO PROBATÓRIO APTO A JUSTIFICAR A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ILEGALIDADE INEXISTENTE. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. NÃO OCORRÊNCIA. COMPLEXIDADE DO FEITO COM DOZE RÉUS. PROFERIDA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. MARCADO PLENÁRIO PARA O JÚRI 1. Não há ilegalidade no decreto da prisão preventiva, quando há notícias de que o recorrente integra organização criminosa destinada à prática de crimes de aborto. 2. Ausência de excesso de prazo, pois já proferida a sentença de pronúncia e marcada a sessão plenária para o julgamento do Tribunal do Júri. Trata-se de ação complexa de doze acusados, o que implica se aguardar as defesas técnicas de cada um dos réus, o que prolonga de fato o trâmite processual. 3. Recurso em habeas corpus improvido. (BRASIL, 2018, on-line).

Ressalte-se que esse é apenas um dos exemplos colhidos do Superior Tribunal de Justiça. A discussão acerca do aborto está eminentemente limitada a ações coletivas trazidas por movimentos sociais embasados em preceitos morais, principiológicos ou mesmo os impactos na saúde pública. Os Tribunais permanecem ávidos de questões de eficácia da pena e, ao ficarem adstritos a tópicos processuais, não contribuem para a formulação de políticas públicas que possam amenizar o impacto social da criminalização do aborto.

Seja pelo mínimo grau de periculosidade que a gestante apresenta pelo resto da sociedade, seja pelo fato de que a própria conduta do aborto em si já é, por si só, uma punição, não se vislumbra uma intenção do Judiciário em insistir na detenção e pronúncia da mulher. O mesmo não ocorre com os terceiros que a auxiliam ou realizam o procedimento sem seu consentimento.

Em se tratando o Direito como uma ciência própria, a autoridade legítima para criar normas pode ser influenciada, mas não manejada por elementos externos como moral religiosa, princípios ou teorias arrebatadas de conteúdos filosóficos e passionais típicas de movimentos sociais.

Na medida em que o Estado vai caminhando para a descriminalização do aborto em variadas formas, como no caso de estupro, risco de vida da gestante ou feto anencéfalo, juntamente com a quantidade insólita de decisões judiciais acerca do aborto provocado pela mulher, há de se questionar se há realmente, interesse por parte do Poder Público ou mesmo da sociedade em penalizar, com detenção, a mulher que opta por interromper sua gestação ou se tal avença ao aborto é meramente impulsionada por pensamentos éticos individuais.

O fato de que o crime é realizado no próprio corpo do sujeito ativo do tipo penal e que não há, em tese, qualquer prejuízo no corpo de terceiros dotados de personalidade civil também é um fator que afeta a eficácia da norma, uma vez que o dano é sofrido pelo próprio sujeito ativo e é inerente de uma escolha feita independentemente da existência da sanção.

O próximo capítulo irá adentrar também nos aspectos estatísticos da jurisprudência, bem como no conflito normativo que a norma apresenta com demais regras e orientações previstas no ordenamento jurídico. Além disso, irá analisar o conteúdo textual de algumas decisões que contribuem para a tese aqui defendida.

4. A FUNÇÃO INTERPRETATIVA E CRIATIVA DA JURISPRUDÊNCIA E A ANÁLISE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS

Já foi vislumbrado que o positivismo jurídico procura estabelecer uma interpretação da norma a partir de uma moldura específica. Para se chegar a uma conclusão na presente dissertação, torna-se necessário definir o tipo de análise realizada das decisões coletadas do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

A Constituição Federal de 1988 concede, mesmo que de forma generalizada, grande poder de discurso normativo aos Tribunais. O artigo 61²⁵ de referida carta, por exemplo, remete ao fato de que a iniciativa de leis ordinárias e complementares não cabe apenas aos membros do Poder Legislativo, mas também aos órgãos jurisdicionados.

Ao analisar os diferentes estágios da norma jurídica e atestar que o Direito regula sua própria criação, Kelsen (2000) pressupõe que a constituição federal do Estado, correntemente, é a norma com maior posição hierárquica. Em seu sentido material, ela consiste nas regras que eventualmente regulamentarão as demais normas e processos de legislação e ordens jurídicas.

Ao estabelecer as atribuições normativas e interpretativas do Poder Judiciário, a Constituição Federal de 1988 está, insinuosamente, colocando-o em um patamar de instituição regulamentadora, que possui um papel ativo não apenas na fiscalização de condutas individuais dos cidadãos, mas também na eficiência de regras e sua aplicação na sociedade contemporânea.

A força interpretativa e normativa dos Tribunais pode ser vislumbrada até mesmo pela existência de uma quantidade significativa de súmulas, que se constituem através da análise epistêmica e semântica da jurisprudência para determinar o padrão decisório, orientando, assim, os demais tribunais em suas sentenças venturas.

A uniformização da jurisprudência (com ou sem edição de súmula) e a prevenção e a composição da divergência são, antes de tudo, métodos que buscam – diante da discricionariedade judicial e da interpretação de textos normativos cada vez mais abertos – introduzir coerência atual na aplicação das normas legislativas (em sentido lato). Dito de outro modo, os Tribunais expressam a sua palavra sobre a aplicação controvertida de um determinado Texto, buscando eliminar a controvérsia e buscar a igualdade na aplicação das normas jurídicas. O Direito, cada vez mais procura estabelecer um momento em que se formará um precedente que se aplique aos casos

²⁵ “CF/88 - Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição”. (BRASIL, 1988, on-line).

em julgamento e para os casos futuros, debatendo-se, desta maneira, a respeito, dos valores e das normas que devem prevalecer no caso (SCHAFER, 2018, p. 10).

O Supremo Tribunal Federal, em específico, possui um papel essencial na organização e regulamentação dos institutos jurisdicionais, na pacificação do mecanismo federativo e na uniformização da interpretação de normas constitucionais. Sua atividade, mormente na promulgação de súmulas vinculantes, é ingerida de caráter normativo, vez que determina até mesmo o caráter das decisões dos tribunais inferiores.

Destarte, notória é a participação do Judiciário no processo normativo do ordenamento jurídico. Na presente dissertação, tenta-se apresentar um processo equivalente ao de criação de súmulas, ao analisar o conteúdo (ou falta dele) das decisões que versam sobre o tema aborto.

Kelsen (2000) avultava que os órgãos aplicadores de Direito, como se entende nessa dissertação pelos Tribunais, devem estipular a fiscalização e criação de normas não apenas derivadas pelo Legislativo, como os estatutos, códigos, resoluções, dentre outros, mas também as normas determinadas pelo costume em si, pois ele é considerado um fato criador do Direito, conforme visto no capítulo anterior.

Este discurso demonstra a participação ativa dos órgãos jurisdicionais na criação e transformação da norma. O costume assim se reafirma como uma instituição constitucional, bem como as leis. Os Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, representam um costume na tomada sistêmica de criação e modificação do Direito.

Não há diferença alguma entre uma regra de Direito consuetudinário e uma regra de Direito estatutário na sua relação com o órgão aplicador de Direito. A afirmação de que uma regra consuetudinária se torna Direito apenas por meio do seu reconhecimento por parte das cortes que aplicam a regra não é nem mais nem menos correta que a mesma afirmação feita com referência a uma regra decretada pelo órgão legislativo (KELSEN, 2000, p. 186).

O dinamismo judiciário é colocado na mesma posição hierárquica que o dirigismo Legislativo. O estudo da eficácia de uma norma tendo-se por base a “dessuetude”, portanto, pode ser realizada através do método de análise institucional das decisões dos Tribunais, mesmo aqueles que, tecnicamente, não possuem autoridade para formular súmulas vinculantes. O papel do juiz não está adstrito à mera reprodução normativa. A fiscalização da lei abrange todas as suas etapas, da criação à supressão.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 2º, que o Executivo, Legislativo e Judiciário são harmônicos entre si (BRASIL, 1988, on-line). A atividade

normativa do último, sob uma perspectiva dinâmica, se dá por um processo atrelado à constituição, em seguida se manifestando a partir da lei e dos costumes, culminando em uma sanção ou decidindo em prol da inocência do indivíduo (KELSEN, 2000).

Não obstante, as decisões não estão coadunadas com o direito adjetivo, podendo fornecer uma convicção sistemática acerca do direito subjetivo, o que faz parte do papel do Judiciário de intérprete constitucional e legal. Em se tratando, mormente de assuntos que abrangem perspectivas controversas, se espera que seja realizada uma perquirição substancial que possa contribuir para eventuais pesquisas acadêmicas e até mesmo processos legislativos.

A possível norma criada por ato judicial se relaciona com o costume, pois deve ser individualizada e conseqüentemente praticada, entrando em contato com o mundo social para assim ser considerada realidade. Dessa forma, é analisada se a condição, no termo abstrato determinado pela norma geral, está presente no caso concreto para que a sanção já prevista no ordenamento seja aplicada de forma individual (KELSEN, 2000).

Extrai-se então a realidade da abrangência da norma, se os indivíduos afetados pela mesma estão sendo genuinamente sancionados no caso concreto e se o Judiciário está exercendo sua função de intérprete da lei. A norma praticada pelo ato judicial deslinda os fatos que possam determinar a sanção. A falta de análise por parte da jurisprudência pode, inclusive, remeter à possibilidade de que a penalidade que alberga a norma não exala o mesmo grau de importância do que matérias meramente processuais.

Neste diapasão, a função criativa da norma por parte do Judiciário se assemelha com aquela do Legislativo, na medida em que, em situações específicas, é capaz de criar regras de caráter geral. Pode-se afirmar, portanto, que o intuito, o interesse jurisprudencial referente à condenação de determinado indivíduo se compara ao que foi estudado no capítulo anterior.

Os momentos políticos e sociais que a sociedade brasileira enfrentou durante seus anos de direito codificado foram moldados pelos interesses estatais que abordavam matérias de cunho geográfico econômico e cultural. As prioridades do Governo eram espelhadas nos Códigos e nas Constituições escritas. Dessa mesma forma, o direito criado pelo Judiciário reflete suas preeminências.

Em contraponto à defesa da função interpretativa e observadora do Judiciário, há atualmente uma discussão acerca da essência política na jurisdição constitucional. A resolução de conflitos normativos com a conseqüente relativização de princípios constitucionais ou uma releitura interpretativa de dispositivos legais contribuem para a tese do ativismo judicial, que, segundo Brandão (2019, p.182) é um fenômeno que “ultrapassa os

limites do sistema jurídico ao qual está vinculado, colocando-se fora dele utilizando-se, como fundamentação, de teorias inaplicáveis àquele sistema”.

Em se tratando do sistema jurídico estadunidense, por exemplo, casos como “*Roe vs Wade*”²⁶ tornam-se verdadeiras comoções midiáticas, cabendo ao Poder Judiciário uma análise desmedida de todos os fatores morais, religiosos, científicos e políticos que abrangem as circunstâncias do fato. Note-se que a Suprema Corte chegou a obrigar os Estados a modificar as leis estaduais e federais acerca do aborto uma vez que sua criminalização afetava o direito constitucional à privacidade, garantido sob a cláusula do devido processo legal da décima quarta emenda' da Constituição (POST; SIEGEL, 2007).

No Brasil, apesar do sistema Judiciário ser diferente do estadunidense, a chamada crise no sistema representativo avultou-se nas últimas décadas. A sensação geral de insatisfação popular, bem como a adoção de um sistema constitucionalista democrático contribuiu para a expansão da atuação do Judiciário (BARROSO, 2012). Esse sistema por ora funcional vem sofrendo críticas de movimentos que defendem o papel estrito do magistrado como fiscal da lei.

Muito se discute acerca de um suposto ativismo por parte do Judiciário, pois o papel de descriminalizar uma conduta seria tecnicamente do Legislativo. Contudo, há uma controvérsia exacerbada acerca da atuação jurisdicional e suas limitações e origens.

A discussão acerca do ativismo baseia-se inerentemente na divisão dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, objetivando uma definição e delimitação clara dos papéis que cada um exerce no ordenamento social, político e jurídico. Parte-se da premissa de que problemas e litígios filosóficos fariam parte única e exclusivamente dos debates no espaço legiferante, cabendo aos juízes e Tribunais apenas garantir a aplicação da lei positiva.

Toma-se como parâmetro uma idealização do governo representativo e constitucional do século XIX com poderes limitados pela separação de poderes e a declaração de direitos individuais, e que seria capaz de gerar uma dinâmica virtuosa de representação popular e proteção de direitos. O Judiciário teria missão e forma de atuação claramente definidos: a solução de litígios concretos e a interpretação das

²⁶ Nos Estados Unidos da década de 1970, Norma McCorvey (Jane Roe) argumentava que sua gravidez era resultado de uma violação de seus direitos constitucionais. O Tribunal do Distrito decidiu a seu favor, reconhecendo seu o direito ao aborto ou interrupção voluntária da gravidez, mas se recusando a mudar a legislação para legalização do aborto. O caso chegou ao Suprema Corte que, em 1973, decidiu que a mulher, amparada no direito à privacidade - sob a cláusula do devido processo legal da "décima quarta emenda" - podia decidir por si mesma a continuidade ou não da gravidez. Segundo o juiz Harry Blackmun, que escreveu o relatório final da decisão, a maioria das leis contra o aborto nos Estados Unidos violava o direito constitucional à privacidade, garantido sob a cláusula do devido processo legal da 'décima quarta emenda da Constituição. Esta decisão deu surgimento a um grande “backlash”, ou seja, uma onda de críticas e movimentos contra a atuação política do Judiciário norte-americano, dano ensejo a uma maior discussão sobre ativismo e Constitucionalismo no país (POST; SIEGEL, 2007).

leis por meio da aplicação da norma geral a cada caso particular. Esse modelo implicaria a contenção dos juízes, uma vez que se supunha que situações de inovação e incerteza seriam raras, para as quais eram previstos procedimentos excepcionais de decisão. O parâmetro é associado a um processo civilizatório no qual uma forma modelar de Constituição teria sido conformada pelas lutas do liberalismo europeu contra o absolutismo monárquico e incorporada à organização constitucional do país desde a Independência. O juiz aparece como um agente civilizador, instituído como poder separado para assegurar a realização do direito ao limitar os excessos dos demais poderes do Estado e julgar litígios (KOERNER, 2013, p.71).

No entanto, o número avultado de questões consideradas polêmicas, o alastramento de movimentos sociais e as constantes mudanças nas perspectivas políticas e filosóficas da sociedade contribuíram para que cada vez mais situações de inovações e incertezas apontassem tanto no Legislativo quanto no Judiciário.

Barroso (2012) afirma que há uma diferença entre ativismo judicial e judicialização. A segunda envolve uma transferência de poder do Legislativo ao Judiciário, mas decorre de diversos fatores. Seria a redemocratização do país, o que fez com que os juízes deixassem de ser meros técnicos da lei e reprodutores de um discurso político. A população também começou a ficar mais informada acerca de seus direitos, principalmente as minorias, reivindicando-os com mais frequência.

Outro fator seria o conteúdo humanista e cidadão da Constituição de 1988, que promovia a igualdade e isonomia, dando maior espaço a grupos de pessoas antes marginalizadas. No entanto, o conceito de minoria e os ideais filosóficos e políticos acerca do que é certo e errado e a quem tais direitos seriam destinados ainda encontrava discordância no Legislativo. O último fator seria exatamente “o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo” (BARROSO, 2012, p. 24).

Já o ativismo seria uma ação direta, deliberada e intensa do Poder Judiciário, que estaria invadindo as esferas legislativas e executivas. Essa linha tênue entre judicialização e ativismo é alvo de demasiadas discussões. Entende-se na presente dissertação, no entanto, que o ativismo na sua forma judicial não é o único e sempre ocorreu em diversas esferas da sociedade.

A judicialização também decorre do sistema da *Civil Law* que perdura no Brasil. O juiz participa do trilhar de busca da verdade do processo, mas fica adstrito à norma escrita (ASSIS, 2017). O ajuizamento de ações cujo objeto são inseridos em uma discussão política, no entanto, resultam em uma atuação mais assertiva do magistrado, o que culmina na judicialização e possivelmente no ativismo.

Essas matérias políticas previstas no objeto da ação judicial acabam por desafiar o padrão simbólico, exigindo que o juiz se atente aos efeitos que determinada norma perfaz no conjunto social. O discurso anteriormente legitimado e aceito é colocado em cheque tendo em vista o cunho relativamente político das ações. Assim, o juiz, mesmo que não seja o protagonista da norma, exerce papel essencial em seu dizer (ASSIS, 2017).

É possível, no entanto, realizar o argumento de que o ativismo não existe apenas em sua forma judicial. Machado (2012), em sua pesquisa acerca dos elementos nacionalistas que marcaram as eleições de 2010 no Brasil, comenta acerca do ativismo religioso. Para ela, as décadas de 1980, 1990 e 2000, em decorrência da corrida democrática no país, foram marcadas pela incessante necessidade, por parte de segmentos evangélicos pentecostais, de participação na política partidária e disputas eleitorais.

Isso iria de encontro à laicidade do Estado. A Constituição Federal de 1988, apesar de prever a liberdade e pluralidade religiosa, definia que a expressão da fé estaria ligada à consciência individual e a espaços reservados eminentemente para cultos. O artigo 19 da Carta inclusive prevê a vedação de todos os entes estatais de: “I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público” (BRASIL, 1988, on-line).

Entretanto, a constante participação de representantes religiosos na política, independentemente de suas posições filosóficas, pode ser classificada como um ativismo, uma vez que se utilizam de seu discurso populista para conquistar o apoio de fiéis, confundindo dogmas com políticas públicas e sendo responsáveis por mudanças nas intenções de voto.

No segundo turno das eleições presidenciais de 2010, por exemplo, o Pastor Silas Malafaia foi um importante formador da opinião pública no meio pentecostal, aparecendo em Horário Gratuito de Propaganda Eleitoral e incentivando seus fiéis a votarem no candidato do Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, à época, José Serra, com a distribuição de CD's gratuitos para difundir suas ideias (MACHADO, 2012).

Assim, independente de posição ideológica, o ativismo é um produto do sistema democrático e constitucional, seja pela inércia de determinado grupo em cumprir com suas funções, seja pela falta de um agente responsável por fiscalizar o papel de cada sistema de poder. Tudo isso aliado aos anseios de uma sociedade em constante mutação acaba alimentando a discussão acerca do ativismo

Muitas críticas voltadas ao ativismo se referem à concretização do papel dos direitos fundamentais e o fato de que as normas estariam sido tratadas no Brasil como se fizessem

parte do sistema da “*Common Law*”, mas que na verdade deveriam ser apreciadas segundo o “*Civil Law*” (BRANDÃO, 2019). No entanto, entende-se que esta crítica não deve ser voltada para a desconstrução do papel do Judiciário como criador da norma, mas sim de seu método de ponderação de interesses e de aplicação de um princípio específico no caso concreto.

O que se verifica em grande parte do movimento crítico do ativismo diz respeito à sua atuação de cunho político ou principiológico, ou seja, diante das mudanças na conduta social, da pressão popular e da demora no processo legislativo, o Judiciário se viu obrigado a prolatar decisões que modificavam a interpretação normativa de dispositivo que abrangesse um valor há muito impregnado no cerne da sociedade. Assim, estaria adentrando em uma esfera diversa daquela a que realmente pertence (POST, SIEGEL, 2007).

Nesta linha, o Senado deveria garantir a independência do Poder Judiciário para que as decisões não fossem corrompidas por interesses partidários, mas também que a Corte irá interpretar a Constituição de acordo com a vontade democrática do povo. Segundo Post e Siegel (2007), são afirmativas confusas e contraditórias, pois interesses partidários são desenvolvidos por pessoas advindas da sociedade e os eleitores votam naqueles que apresentam valores parecidos com os seus.

A solução proposta e que aqui se quer demonstrar é justamente a necessidade do Judiciário cumprir o papel que lhe foi atribuído como criador do Direito, mas através do próprio Direito. Necessário lembrar, conforme já estudado, que a teoria aqui utilizada é dinâmica, abrangendo todas as autoridades e meios capazes de modificar e criar a norma.

Ao se tratar do Direito como um campo científico próprio, questões como princípios e valores e sua eventual ponderação, comumente existentes em campanhas partidárias, não seriam o elemento propulsor das decisões judiciais. Na perspectiva da presente dissertação, a eficácia e a validade da norma conforme estudado nos capítulos anteriores seriam as técnicas que deveriam ser utilizadas como elementos de análise crítica do tipo penal. Servir-se de aspectos do Direito para dizer o próprio Direito, como a necessidade e efeitos da pena no mundo social.

Kelsen (2003) já dizia que a legislação – como elemento de criação da norma – e a execução – como aplicação da norma já estabelecida – são etapas hierarquizadas e intermediárias do processo de criação do Direito. A ordem internacional, a Constituição, as leis regulamentadoras e a sentença judicial são fases do processo em que o direito regula o próprio direito.

Os Tribunais, portanto, se desvencilhariam do fenômeno do ativismo, uma vez que não estariam, de forma técnica, atentando-se para discursos preenchidos de gatilhos que

poderiam levar a polêmicas de proporções nacionais para formular suas decisões e ao mesmo tempo estariam cumprindo seu papel de intérprete da norma. Concomitantemente, estariam alargando sua atuação para não se limitarem a meros fiscalizadores e reprodutores da lei ao focarem em questões meramente processuais.

O conflito se dá pelo fato de que as provisões da Constituição não estabelecem apenas regras de governo, mas também ideais gerais, como liberdade, dignidade, dentre outros, pois expressam uma identidade nacional (POST; SIEGEL, 2007). O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro como o Guardião da Constituição, não teria como se desvencilhar desses princípios em sua atuação jurisdicional.

Segundo Kelsen (2003), a Constituição caracteriza-se como a base da ordem jurídica que se quer criar, traçando princípios e diretrizes para definir o conteúdo das normas inferiores, sendo não apenas uma regra de procedimento, mas sim de fundo. A interpretação jurídica do STF, portanto, fica limitada à análise de norma que vai de encontro ao dispositivo constitucional. No entanto, toda a estrutura dessa norma também deve ser vislumbrada, uma vez que representa um dos objetivos fundamentais do ordenamento jurídico como um todo.

Tratar do estudo do aborto apenas sob a perspectiva de conflitos entre a dignidade da mulher e a proteção à vida não se caracteriza como a única possibilidade de interferência do STF. A própria discussão acerca da saúde pública e taxa de mortalidade de gestantes que optam por realizar abortos clandestinos já foge, em parte, desse debate principiológico (DE CAMARGO, 2019).

Decorrente do avanço dos movimentos feministas baseados na predominância do princípio da autonomia, a discussão do aborto, por espelhar uma suposta pela justiça social, propagava não apenas a ideia de não intervenção estatal nas decisões das mulheres, mas também de seu papel primordial: a proteção das minorias e facilitação do acesso das cidadãs a métodos seguros de abortamento (DE CAMARGO, 2019).

Essa linha de pensamento, ao menos no ver da presente dissertação, representa uma mudança radical que enfrenta muitos empecilhos de cunho político e até mesmo social, alimentando ainda mais a oposição. Diante disso, uma transição de caráter científico e jurídico, que poderia desbancar o protagonismo da coalisão entre o movimento feminista e a comunidade médica e da religião seria plausível. Tais campos ainda exercem forte influência sobre o assunto, mas a partir do momento em que o movimento adota uma estratégia mais positivista, trespassa uma imagem mais confiável e menos axiológica.

O que aqui se quer demonstrar se diverge dos direitos e garantias fundamentais, focando não em uma visão de proteção do indivíduo, mas sim na concepção, validade e

objetivo cientificamente atribuídos à norma. A partir do momento em que a eficácia da norma é interligada com sua validade, cabe aos Poderes – principalmente ao Judiciário como fiscal da lei – tratá-la com a mesma profundidade que os princípios constitucionais.

A autoridade pública é a responsável pela análise de regularidade de um ato, decidindo sobre sua possível anulabilidade, o que enseja na possibilidade de que tal ato desapareça, juntamente com suas consequências jurídicas (KELSEN, 2003). Nesta linha, tem-se o seguinte pensamento: o único objetivo de uma conduta ser penalizada com detenção (como é o caso do aborto) é o fato de que consideram que o sujeito ativo do crime possui alto grau de periculosidade e representa uma ameaça à segurança territorial. Entretanto, não apenas pela natureza do próprio crime, mas também pela sua eficácia normativa e objetivo no ordenamento jurídico, o crime de aborto previsto no artigo 124 do Código Penal deveria ser analisado em todas as suas facetas.

4.1 Da pesquisa de posicionamento jurisprudencial e discussão dos resultados

Na presente dissertação a metodologia utilizada limitou a pesquisa às decisões que dispõem acerca do aborto por parte da própria gestante, não sendo aqui enumerados os casos de aborto provocados por terceiros ou sem o consentimento da mulher (artigos 125 e 126 do Código Penal). Dessa forma, a pesquisa foi dividida em duas partes:

A primeira consiste na pesquisa jurisprudencial dos Tribunais da expressão “aborto” apenas. Neste diapasão, pela leitura de todas as ementas achadas, foram totalmente excluídas do objeto de pesquisa aquelas que mencionavam explicitamente o artigo 125 do Código Penal, que continham a expressão “aborto provocado por terceiros” ou “aborto sem o consentimento da gestante”. Assim, todos os acórdãos remanescentes foram analisados. Veja-se:

TRIBUNAL	QUANTIDADE DE DECISÕES POR ANO									
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
1) Supremo Tribunal Federal – STF	-	-	-	-	-	-	-	02	-	-
2) Superior Tribunal de Justiça – STJ	01	01	01	01	-	01	01	-	01	03
3) Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG	02	03	04	03	01	03	02	07	07	01
TOTAL	45									

Tabela 1 - Identificação dos espelhos de acórdão por Tribunal e recorte temporal que mencionam os casos de aborto no geral (excluindo aborto provocado por terceiros e aborto sem o consentimento da gestante):

A segunda parte consistiu na separação dos casos observando-se dois fatores: a menção expressa do artigo 124 do Código Penal ou da expressão “aborto provocado pela gestante” na ementa ou no corpo do texto; ou então a presunção, pelo conteúdo decisório, de que o processo está se referindo ao julgamento da mulher gestante. Veja-se:

TRIBUNAL	Quantidade de decisões que mencionam especificamente o artigo 124 do Código Penal ou a condenação da própria mulher gestante									
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
1) Supremo Tribunal Federal – STF	-	-	-	-	-	-	-	01	-	-
2) Superior Tribunal de Justiça – STJ	01	01	-	01	-	01	-	-	-	02
3) Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG	01	-	02	01	-	01	01	02	02	-
TOTAL	17									

Tabela 2 Identificação dos espelhos de acórdão por Tribunal e recorte temporal que mencionam os casos de aborto no qual a condenação está voltada explicitamente à gestante

Na análise da primeira tabela, foi possível verificar que as decisões avulsas ao rol daqueles acórdãos separados na segunda tabela não declaram explicitamente o sujeito ativo para qual a condenação é direcionada e sequer mencionam a prática do ato ilícito da mulher gestante. Na medida em que não estiver explícita a conduta criminosa por parte da mulher, o processo normalmente está associado à conduta de terceiros, como é o caso de associações hospitalares praticantes de medicina clandestina, o que ainda interliga o aborto ao crime de homicídio ou de associação criminosa, levando-se à conclusão de que apenas os terceiros estão sendo processados e julgados.

Assim, foram encontradas um total de 17 (dezesete) decisões, sendo 01 (uma) inerente do Supremo Tribunal Federal, 06 (seis) do Superior Tribunal de Justiça e 10 (dez) do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Decisões essas espalhadas por um período de 10 anos de jurisprudência, cujo termo inicial é 01/01/2010 e o termo final remonta a 31/12/2019.

Acerca do destino da mulher gestante em tais acórdãos, ou seja, através da leitura da ementa de todas as 17 decisões que fazem parte da estatística da “Tabela 2”, foi possível montar um terceiro quadro com os conteúdos decisórios que mais apareceram. Dessa forma,

vislumbrou-se um total de 07 (sete) fenômenos. Veja-se:

CONTEÚDO DAS DECISÕES REFERENTES À “TABELA 2” (QUE MENCIONAM A MULHER GESTANTE OU O ART. 124 DO CP)	TRIBUNAL		
	STF	STJ	TJMG
1) Decisões que resolvem pela condenação da mulher.	-	-	01
2) Decisões que resolvem pela pronúncia da mulher.	-	01	05
3) Decisões que resolvem pela prisão preventiva, continuidade da persecução penal.	-	01	01
4) Decisões que resolvem pela absolvição da mulher.	-	-	01
5) Decisões que resolvem pela revogação da prisão preventiva, trancamento da ação penal ou anulação da denúncia.	-	01	02
6) Decisões que analisam princípios constitucionais como liberdade de escolha, dignidade da pessoa humana, etc.	01	01	-
7) Decisões que analisam matéria meramente processual (prazos, conflitos de competência,	-	01	01

Assim, pode-se notar que, mesmo que o número de decisões que resolvam pela pronúncia da mulher seja a maioria, apenas uma delas realmente afirma a condenação e duas decretam a manutenção da prisão preventiva, ou seja, não há, em nenhum Tribunal, um interesse na decretação de pena restritiva de liberdade à mulher que comete o aborto.

Esse número baixo de condenações e processos voltados à própria mulher pode ocorrer por diversos motivos. No século XX, houve um avanço no estudo da criminologia, que começou a deixar pra trás o paradigma etiológico e formar uma concepção crítica, assentando-se na definição ou reação, ou seja, trouxe consigo alguns conceitos que analisam a questão geopolítica e social do crime (BARATTA, 2002).

Para a criminologia crítica, o crime se torna produto de um conjunto de elementos históricos e patológicos que analisam exatamente esse confronto de entre classes dominantes

e dominadas, diante dessas estruturas estruturantes e estruturadas, determinando os interesses da seleção dos fatos socialmente desviados (BARATTA, 2002).

Um dos fenômenos que fazem parte do estudo da criminologia crítica com bases sociológicas é a questão da cifra oculta do crime, que é baseada em dados estatísticos que comparam o número efetivo de ocorrências de um crime com aquela quantidade que chega oficialmente a ser noticiada aos Poderes Públicos, como a Administração, Polícia, Ministério Público e, no caso, Poder Judiciário (MANDARINO, et al., 2017).

A “cifra negra”, também conhecida como “cifra obscura” ou “zona obscura” (dark number) da criminalidade², pode ser definida como a defasagem entre a criminalidade real (condutas criminalizáveis efetivamente praticadas, isto é, totalidade de delitos realmente cometidos) e a criminalidade estatística, aparente, revelada (oficialmente registrada ou que chega ao conhecimento dos órgãos de controle) (MANDARINO, et. al, 2017 *apud* ANDRADE, 2003, p. 261).

Relativamente ao crime aqui estudado, qual seja, o aborto cometido pela própria gestante (art. 124, do Código Penal), a discrepância entre o número de abortos efetivamente realizados que, inclusive, já são subnotificados devido a diversos fatores como sigilo médico, sentimento de vergonha por parte da mulher e intimidade do crime (DINIZ, et. al., 2017) e o número de casos que viram processos judiciais já demonstra a ocorrência da cifra negra.

Torna-se possível então a compreensão dos números das tabelas aqui dispostas. Além disso, adentra na discussão de que nem todos os casos, mesmo que comprovada a participação da gestante, culminam na decretação de sua prisão. Ainda que se decida pela continuidade da persecução penal, não há uma unanimidade na questão da decretação de pena restritiva de liberdade.

Considere-se, por exemplo, o “habeas corpus”, único recurso comum a todos os tribunais, podendo ser protocolado em todas as instâncias dependendo da autoridade que decretou a prisão e tem uma presença constante na jurisprudência analisada.

Considerando a tabela número 01, o remédio constitucional representa 07 (sete) decisões do TJMG, 08 (oito) do STJ e 02 (duas) do STF. Na esfera penal, o recurso visa garantir a liberdade individual da pessoa que está sendo processada. Conforme Gilmar Ferreira Mendes (2014, p. 03), tal liberdade é “entendida de forma ampla, afetando toda e qualquer medida de autoridade que possa em tese acarretar constrangimento para a liberdade de ir e vir”.

Era de se esperar que, em um remédio constitucional que se destina à proteção de um direito tão amplo e fundamental quanto à liberdade individual, fosse discutida a eficácia,

necessidade e adequação da sanção penal, não se limitando apenas às possibilidades de seu cabimento ou matérias processuais como prazo e cabimento de provas.

O fato é que, dessas decisões de “Habeas Corpus” que analisavam a possibilidade de encarceramento da acusada em sua forma preventiva, apenas 01 (uma) delas decidiu pela manutenção da prisão da própria gestante. Foi possível perceber um padrão de concretização da preventiva nos casos de reiteração da conduta por parte do terceiro que realiza o procedimento abortivo. As demais situações demonstraram, em sua maioria, o desinteresse do Estado na medida de detenção voltada à própria mulher.

Não demonstrada a necessidade da imposição da medida extrema ante a situação fática e os parâmetros legais, configurada está à restrição ilegal ao direito de liberdade. As medidas cautelares previstas a partir do advento da Lei nº 12.343/06 estabelecem tratamento menos gravoso que a prisão, devendo ser aplicadas quando condizentes com o caso concreto em observância ao princípio da proporcionalidade. (BRASIL, 2018, on-line)

No que tange às decisões do TJMG além daquelas que julgam o “habeas corpus”, novamente analisando os acórdãos como um todo (conforme definido pela tabela 1), os recursos que mais aparecem são a Apelação e o Recurso em Sentido Estrito (RESE). A apelação aparece num total de 07 (sete) vezes. Já o RESE, 18 (dezoito) vezes. Em 04 das 07 decisões em sede de apelação foi possível observar que o Tribunal exige prova absoluta para manter a condenação, não acatando a decisão do juízo a quo quando houver qualquer dúvida ou prova aparentemente ineficaz.

As decisões abordadas em sede de Recurso em Sentido Estrito abordam, em sua maioria, a questão da pronúncia, possibilidade prevista no artigo 581, IV, do Código de Processo Penal²⁷. Grande parte discorre sobre a necessidade de indícios suficientes de materialidade e autoria para que o réu fosse pronunciado. No entanto, das 18 (dezoito) decisões, apenas 05 (cinco) realmente dispõem o sujeito ativo do crime como a própria gestante.

Neste diapasão, na apelação criminal número 1.0694.09.056972-4/001 (BRASIL, TJMG, 2017), por exemplo, foi decidido que, como não havia prova inequívoca de que a gestante ingeriu medicamento para expulsão do feto, não deveria a mesma ser submetida a júri popular, pois haveria a possibilidade de ocorrência de aborto espontâneo.

Esses casos em apartado são usados meramente como textos exemplificativos para demonstrar a atuação do Estado na efetiva punição do crime de aborto. No entanto, não se

²⁷ “Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: [...]IV – que pronunciar o réu;” (BRASIL, 1941, on-line).

deve esquecer que tudo isso culmina no número de decisões que efetivamente condenam a mulher ao aborto. Ressalte-se que o período aqui compreendido é de uma década de jurisprudência (ano de 2010 até o ano de 2020).

Dentre as decisões coletadas no TJMG no geral, ou seja, aquelas referentes à Tabela 1, apenas 09 decidiram pela prisão preventiva, pronúncia ou condenação da gestante ou do terceiro que a auxilia. No caso do STJ, arrevesada fica a compreensão de seu entendimento acerca do assunto, uma vez que a maior parte de suas decisões compreende a legalidade de uma norma, viabilidade na obtenção de determinada prova, dentre outras questões processuais.

No entanto, foi possível vislumbrar uma decisão em específico que reforçou a competência do STF para julgar a questão do aborto, principalmente no que tange ao julgamento da ADPS nº 442. Analisou a questão da quebra de sigilo médico quando o profissional denunciar a gestante ao crime do aborto, decidindo pela legalidade de sua conduta em prol da sociedade²⁸.

Em que pese a obediência hierárquica da norma, todos os Tribunais, como intérpretes, em tese poderiam analisar o tipo penal contido em lei sob a perspectiva da dinâmica jurídica kelseniana, não havendo necessidade de delegação de competência material para as demais Instituições e evitando discussões políticas.

Atenção especial, no entanto, merece a segunda decisão em “Habeas Corpus” coletada do Supremo Tribunal Federal. Trespasada a discussão acerca da permissão do aborto em caso de feto anencéfalo, que já está consolidada no ordenamento jurídico brasileiro e não merece ser esgrimida neste momento, a instituição abriu as portas para um novo debate.

Ementa: Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. inconstitucional/lidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumpriram pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que

²⁸ “[...] Revela-se inviável a apreciação de matéria por esse Superior Tribunal de Justiça, em sede de controle difuso, diante de afetação do tema em sede de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. [...] Na hipótese, a princípio, a conduta do médico em informar à autoridade policial acerca da prática do fato, que até o presente momento configura crime capitulado nos delitos contra a vida, não violou o sigilo profissional, pois amparado em causa excepcional de justa causa, motivo pela qual não se vislumbra, de pronto, ilicitude das provas presentes nos autos, como sustenta a defesa” (BRASIL, 2019, on-line)

tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (BRASIL, STF, 2017, on-line.)

Agindo conforme o seu papel de intérprete da norma, o Tribunal de fato articulou o conteúdo substancial da pena prevista para a gestante que realiza o aborto. Mesmo se tratando de uma simples análise de concessão de “habeas corpus”, o STF não se limitou a dizer as regras processuais, alimentando o embate principiológico que hoje define a matéria do aborto, o que não se vislumbrou nas demais decisões pesquisadas.

A decisão é o mais próximo do que se pôde verificar pela pesquisa como uma análise da eficácia da norma. Dentre os argumentos que utiliza para afastar a decretação da prisão cautelar, prevê que os réus, entre eles, a gestante (por mencionar o artigo 124 do Código Penal), não representam um risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

O artigo 312 do Código de Processo Penal mencionado pelo posicionamento jurisprudencial ainda remete ao seu sucessor, que demonstra os casos em que será admitida a decretação de prisão preventiva. Dentre eles, encontram-se os crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos (BRASIL, 1941)

O aborto em si previsto no artigo 124 do Código Penal sujeita a gestante a uma pena de 01 (um) a 03 (três) anos apenas, equiparando o tipo penal ao homicídio culposo, que prevê

exatamente a mesma pena. Há uma discrepância significativa entre o dolo e a culpa e o fato narrado anteriormente demonstra que diversos fatores foram considerados para definir a pena atrelada ao crime de aborto.

Na medida em que o homicídio doloso simples é penalizado com reclusão de 06 (seis) a 20 (vinte) anos, nota-se que o ordenamento jurídico não coloca o feto no mesmo patamar de vida de um indivíduo com personalidade jurídica já estabelecida. O legislador, ainda que não inteiramente propenso à legalização do ato, já levou em consideração princípios constitucionais e fatores de políticas públicas ao considerar o aborto crime de menor gravidade que o homicídio.

Dessa forma, a discussão em torno do valor da vida e relativização de princípios fundamentais se torna redundante. O STF na decisão supramencionada ainda foi além, tratando de questões de direitos sexuais e reprodutivos, questões de pobreza e saúde pública e desigualdade de gênero. Entretanto, a parte que mais se aproxima da temática aqui abordada é justamente o trecho que fala do princípio da proporcionalidade da pena.

A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

Isso corrobora para o entendimento de que os criadores do Direito, em especial o Judiciário, não preveem a pena de restrição de liberdade como uma medida eficaz para a proteção da população, uma vez que a criminalização estaria suscitando prejuízos apenas à própria gestante, não havendo efeitos negativos de alto grau no restante da sociedade.

A questão de produção de impacto de elevada relevância social ainda é caracterizada pelo fato de esta ser uma das únicas decisões, dentre todas as encontradas, que realmente discute a natureza e perigo real do crime de aborto. Não há, no entendimento jurisprudencial encontrado, argumentos por parte dos Tribunais que corroborariam para a manutenção do aborto como crime, sendo que as autoridades das instituições se limitam a dizer o texto da lei.

O desinteresse na criminalização e punição da mulher também se projeta no entendimento de especialistas da área da saúde, que possuem diversos pareceres e resoluções referentes à realização do aborto. No Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais, por

exemplo, vislumbrou-se a existência de diversos pareceres em prol da assistência da mulher que decidisse abortar, como o parecer de nº 152/2018²⁹.

A descriminalização do aborto no 1º trimestre consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo que não tenha sido positivada no ordenamento jurídico vigente, produz seus efeitos dentre à classe médica. O Conselho Federal de Medicina, no despacho do COJUR de nº 790/2017, ao mencionar a decisão do STF mencionada, entende que:

As citadas decisões do STF não têm **repercussão geral** que apresenta o chamado efeito multiplicador, ou seja, o de possibilitar que o Supremo decida uma única vez e que, a partir dessa decisão, uma série de processos idênticos sejam atingidas. Porém, elas são válidas como precedentes, mesmo diante da nossa tradição de Civil Law, parcela significativa da doutrina tem cada vez mais sinalizado favoravelmente a adoção de técnicas de respeito aos precedentes judiciais, em especial como forma de garantir isonomia na aplicação da lei (CFM, 2017, on-line).

O produto desse posicionamento foi a decisão que acometeu na dispensabilidade da necessidade de prévio Boletim de Ocorrência em caso de aborto sentimental (decorrente de estupro). Em níveis regionais, foi possível coletar um parecer do Conselho Regional de Medicina do Mato Grosso do Sul de nº 22/2005 que abarcava questões políticas, religiosas, biológicas e culturais que circulam o procedimento abortivo, oferecendo diretrizes para a conduta dos médicos nos casos em que se encontrarem face a face com uma mulher com o desejo de abortar.

Tendo em vista que sua utilização nos casos indicados segue a orientação da OMS, da FEBRASGO (Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia) e atende à Carta de Princípios Éticos sobre Direitos Sexuais e Reprodutivos Dirigida à Prática de Ginecologistas e Obstetras; que é uma medicação aprovada e regulamentada pela Agência Nacional de Saúde / ANVISA, e que sua utilização não fere a Legislação vigente, não vemos motivos para a proibição de sua comercialização e distribuição gratuita no SUS. Não podemos permitir que preceitos religiosos, crenças ou filosofias individuais cerceiem a liberdade, a autonomia, preservação e o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, visto que sua violação fere também os direitos humanos. Isto implica também no Direito à vida, para que nenhuma mulher seja exposta desnecessariamente ao risco de gravidez, parto e abortamento inseguro. Tais medidas implicam em retrocesso científico e social, levando sofrimento e dano principalmente para a mulher pobre. Cabe ao Governo, Médicos e à Sociedade o devido empenho para estabelecimento de Políticas de Saúde Sexual e Reprodutiva e Programas de Planejamento Familiar realmente eficaz e voltado para a realidade nacional. Devemos garantir que a mulher tenha informação e acesso a todas as formas de anticoncepção, bem como ao progresso científico, para sua livre decisão sobre o método a ser utilizado. Às mulheres deve ser assegurado o direito a uma vida sexual livre de violência, coação ou risco de adquirir doença e gravidez não desejada; controle individual de sua própria fecundidade; exercício da maternidade sem riscos desnecessários e

²⁹ “Para realização de aborto em vítima de abuso sexual, basta a declaração assinada pela paciente, respeitada a Portaria 1.508/2005/GM”. (CRM, 2018, on-line)

interrupção de gravidez nos casos legalmente autorizados ou admitidos pelo sistema jurídico (CRM, 2005, on-line).

Com afimco, descortinam-se dois aspectos no ordenamento jurídico e científico brasileiro. Primeiramente, incontestemente se faz o impacto que a jurisprudência tem na criação e modificação do Direito em si. Em que pese sua hierarquia normativa, é capaz de produzir efeitos de curto e longo prazo na aplicação da lei, conforme já dito por Kelsen (1986).

Segundo, é possível vislumbrar que, tanto o campo jurídico, quanto o campo médico, detentores do poder simbólico do discurso, não se aparentam preocupados com o eventual encarceramento da gestante que por superveniência venha a cometer o aborto. Mesmo que seja uma prática diga-se, inescrupulosa aos olhos da maioria, a maior efervescência está nos cuidados com a saúde pública e nas circunstâncias que levaram a mulher a cometer tal ato.

Na adoção de um sistema dinâmico de normas, conforme já explicado no capítulo anterior sob a perspectiva kelseniana, é perfeitamente possível que o arranjo do Direito seja modificado através da sua própria ciência jurídica. Dentre as decisões analisadas, uma em especial tratou desse sistema na medida em que o julgador justificou sua posição com a utilização da eficácia racional do ordenamento jurídico. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. HOMICÍDIO CULPOSO POR INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA. 4. INICIADO O TRABALHO DE PARTO NÃO HÁ FALAR MAIS EM ABORTO. 5. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. 6. ORDEM NÃO CONHECIDA. 1. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, firmou-se, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Louvando o entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, esta Corte passou a entender ser necessário amoldar a abrangência do habeas corpus a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito. Precedentes (grifo nosso).** 2. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente habeas corpus, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanada mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal. 3. Os fatos descritos na denúncia são claros e determinados, podendo

caracterizar, em tese, o crime de homicídio culposo por inobservância de regra técnica, não prosperando a alegação de ocorrência de "aborto culposo provocado por terceiro" ou de crime impossível em razão do bebê ter sido retirado do ventre materno sem vida, pois consta dos autos que a mãe já havia entrado em trabalho de parto há mais de oito horas e os batimentos cardíacos foram monitorados por todo esse período até não mais serem escutados. 4. Iniciado o trabalho de parto, não há falar mais em aborto, mas em homicídio ou infanticídio, conforme o caso, pois não se mostra necessário que o nascituro tenha respirado para configurar o crime de homicídio, notadamente quando existem nos autos outros elementos para demonstrar a vida do ser nascente, razão pela qual não se vislumbra a existência do alegado constrangimento ilegal que justifique o encerramento prematuro da persecução penal. 5. O trancamento da ação penal, por ser medida de exceção, somente cabe nas hipóteses em que se demonstrar, à luz da evidência, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou outras situações comprováveis de plano, suficientes para interromper antecipadamente a persecução penal, circunstâncias que não se verificam no presente caso. 6. Habeas corpus não conhecido e não constatada a existência de flagrante constrangimento ilegal que autorize a concessão de habeas corpus de ofício. (BRASIL, 2012, STJ, on-line)

Mesmo que tenha destinado a sua percepção do direito como um sistema dinâmico à discussão sobre o cabimento do "habeas corpus", o Tribunal adentrou em uma discussão que abre as portas para o questionamento da eficácia das normas diante da "dessuetude" e da aplicabilidade da pena em um sentido mais voltado para a ciência do Direito.

Outra prática jurisprudencial que se encaixa no campo semântico da má-utilização da norma é a associação entre o crime de homicídio e do aborto, no qual o segundo tipo penal é apenas referido como uma consequência do primeiro. Nesse diapasão, seria equiparado a um crime acessório ou parasitário e não autossuficiente, o que não corresponde à sua natureza jurídica.

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO - HOMICÍDIO QUALIFICADO - IMPRONÚNCIA - IMPOSSIBILIDADE - INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA NATUREZA CULPOSA - NÃO CABIMENTO - EXAME APROFUNDADO DO MÉRITO A CARGO DO TRIBUNAL DO JÚRI. Verificados nos autos elementos que comprovem a materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria do crime de homicídio qualificado, mostra-se correta a sentença de pronúncia, a fim de que seja entregue ao Tribunal do Júri a análise dos crimes dolosos contra a vida. Havendo dúvidas, não cabe, neste juízo sumário, o exame sobre eventual desclassificação da conduta perpetrada pelo réu para lesão corporal, devendo a questão ser submetida a julgamento perante o Conselho de Sentença. (BRASIL, TJMG, 2019, on-line).

Neste caso, observa-se que o aborto foi mencionado apenas como uma consequência do crime de homicídio, não havendo um processo específico para o seu processamento. Tal aspecto da prática jurisdicional também contribui para a expansão do argumento de má-aplicação da norma. Além disso, torna afonsina em parte a discussão acerca do valor da vida

uma vez que ordenamento já não considera – ao menos sob a perspectiva penal – a vida do feto no mesmo patamar que a vida de um indivíduo com capacidade civil.

A dogmática analítica ou operacional do fato punível, ou seja, aquela capaz de indicar os pressupostos de punibilidade dos atos típicos e auxiliar na segurança jurídica da sociedade é a mais adotada no sistema jurídico do Brasil (DOS SANTOS, 2002). A teoria da “*ratio cognescendi*”, abraçada no Estado Democrático do país, expõe que a ilicitude é relativamente presumida pela tipicidade. Dessa forma, havendo fato típico, ele já se presume ilícito, cabendo à defesa provar o contrário. Essa teoria define o tipo de injusto do fato punível.

No entanto, para que se haja uma definição efetivamente analítica do fato punível, o ordenamento e a doutrina ainda analisam o conceito de culpabilidade, que envolve os elementos individuais do crime, ou seja, aqueles inerentes ao próprio sujeito ativo, como capacidade penal, conhecimento da antijuridicidade e exigibilidade de comportamento diverso (DOS SANTOS, 2002).

Esses elementos da culpabilidade fazem parte de um movimento da criminologia que pretende adequar a pena ao comportamento do indivíduo, associando-a a um preceito de proporcionalidade e necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana (DOS SANTOS, 2002). No entanto, não é a trajetória que a presente dissertação percorreu ao longo de seu texto.

A teoria operacional do fato punível é produto de uma vasta gama de estudos científicos e analíticos que buscam amenizar os danos individuais e sociais com base na historicidade da injustiça, buscando introduzir a ética e humanidade no direito penal, analisando as circunstâncias gerais e específicas da realização do crime para majoração da pena.

Entretanto, o que a presente dissertação entende por necessidade da pena não são as circunstâncias sociais, morais ou individuais que levaram o indivíduo a cometer o crime, mas sim o entendimento do nível de gravidade do dano social produzido pelo fato punível, ou seja, o real nível de consequências negativas que o ato causa na prática social, o que orienta a formulação de políticas criminais.

Dada à adoção do caminho praxiológico da norma e da ação estatal e considerando que o direito se confunde com o Estado em si (KELSEN, 1986), a prática jurisprudencial e o propósito das ações dos juristas representa o elemento primordial para a presunção do costume jurídico.

Dessa forma, a falta de interesse dos Tribunais, das instituições responsáveis pela elaboração das normas direcionadas à classe médica ou mesmo do Direito em seu conceito

primordial de efetivamente punir, com pena privativa de liberdade, a gestante que comete o ato abortivo sem estar amparada pelas excludentes de ilicitude previstas legalmente no código, se encaixaria na definição material do fato punível.

Por mais que a culpabilidade do agente seja um elemento indispensável no Direito Penal hoje adotado no Brasil, as dimensões da necessidade e da adequação, sub-princípios que compõem o princípio da proporcionalidade, se encaixam no presente estudo na medida em que a previsão da sanção pode não se configurar como uma maneira necessária e adequada de se punir a mulher que comete o aborto.

Esses fatores não estão sendo estudados sob o ponto de vista humanitário ou moral, que analisa o grau de culpabilidade, as circunstâncias sociais, financeiras e culturais que englobam a situação em que se encontra a mulher, mas sim assente no impacto que o crime pode gerar na sociedade. Tais elementos são analisados a partir do discurso dos Tribunais e sua real preocupação com o encarceramento previsto na sanção penal.

A eficácia normativa do crime de aborto aqui analisada se atenta ao processo histórico do ato e sua relação com a norma secundária ao longo de sua formação. A identificação do preceito primário previsto oportunamente com uma pena (no caso do aborto, restritiva de liberdade), se dá a partir de um processo jurídico que determina que o ato representa uma violência real, e não potencial, acarretando em prejuízos à sociedade (NETTO, 2009).

Partindo-se do conteúdo das decisões judiciais, muitas decidem pela liberação da mulher, mesmo que provisória, uma vez que consideram que ela não representa um perigo à sociedade. Tem-se também o argumento de que o crime de aborto não estampa uma violência real contra o sujeito passivo, uma vez que o feto ainda não possui, no Direito, personalidade ou capacidade civil. A controvérsia se desmonta exclusivamente no juízo de valor que se concede à vida do embrião.

Neste diapasão, o que se costuma discutir é justamente a ponderação de interesses entre esse valor atribuído à vida em contraposição aos princípios da dignidade da pessoa humana e liberdade individual da mulher. No entanto, tais discussões apenas encobrem o que se pode perceber a partir da ciência jurídica em si.

A pena de detenção, que acarreta no encarceramento e restrição da liberdade individual da gestante que comete o aborto não é vista como necessária e adequada. Isso não apenas pelas condições e eventuais consequências financeiras, sociais e psicológicas, mas também pelo fato de que tais medidas não produzem efeitos significativos na sociedade.

A falta de decisões que revogam a prisão preventiva da gestante também acaba por induzir e corroborar o pensamento de que a sanção prevista não é efetiva para se chegar ao

objetivo maior da norma penal secundária: uma punição proporcional e efetiva para proteger a sociedade.

Isso se convalida com o pensamento de Kelsen (1986) de que o Direito, de certa forma, se confunde com o Estado no sentido de que esse último se configura como um conjunto de normas estabelecidas que prescrevem sanções para determinados comportamentos. Assim, o pensamento do Estado é elemento essencial para a formação do Direito, uma vez que sua principal linha racional é impedir que a sociedade busque soluções arbitrárias e inócuas para a solução de problemas.

O principal interesse do Estado é evitar atos que ofereçam danos reais à sociedade, o que também fornece as bases do Direito em si. Pelo princípio metodológico kelseniano adotado na presente dissertação, não compete à ciência jurídica discutir valores estranhos ao seu objeto, mas sim preocupar com o Direito de forma eminentemente jurídico-científica. Assim se justifica a perspectiva material do direito penal pela análise dos efeitos que determinada norma causa no mundo social.

Percebe-se que, mais do que a própria norma jurídica, o conteúdo das decisões dos Tribunais reflete por demasiado a possível ineficácia da preposição jurídica aliada à primeira, que determina o ato de coação. A preposição interliga os elementos antecedentes, que são os dados já determinados pela norma e os elementos consequentes, que representam os atos coercitivos.

Na medida em que o jurista decide pela não aplicação do elemento consequente ou ameniza seus efeitos diante da análise de outros fatores, está demonstrando seu desinteresse pela aplicação da preposição jurídica interligada à norma.

Isso também se convalida com a base da estrutura normativa da regra penal. O legislador não expressa, na parte especial do Código Penal, que cometer o aborto é um crime, mas apenas o correlaciona a uma sanção coercitiva de detenção. Assim, a reprovabilidade de uma conduta não é determinada através de uma ponderação de valores morais que abrangem os sujeitos, mas sim pelo grau de punição da pena.

O que, portanto, define o Direito Penal, é a sanção, uma vez que, sem ela, a norma primária seria apenas uma descrição de um ato, não havendo, dessa forma, uma tipicidade ou relevância jurídica. No momento em que a aplicação da pena não se torna mais interessante aos olhos dos detentores do poder de discurso normativo, toda a estrutura do tipo penal desmorona.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problematização da norma que criminaliza o ato do autoaborto não é uma questão inédita no campo jurídico. A presente dissertação, no entanto, ao tratar da efetividade da norma, espera ter incluído no cerne da discussão uma perspectiva que, embora tenha passado por um tratamento encrustado de elementos axiológicos, políticos, midiáticos e religiosos, ainda é, em sua forma mais robusta, uma questão da ciência do direito.

Essa ciência se preocupou com a hierarquia normativa e a interpretação conforme a própria regra estipulada. Na dinâmica jurídica kelseniana aqui utilizada, ela pressupõe que a falta de aplicação ou a má utilização da norma, produto de um costume negativo ou “dessuetude”, sejam responsáveis por sua ineficácia e, por conseguinte, sua invalidade.

Primeiramente, concebeu-se, de forma assertiva, que o objeto de estudo aqui investigado é a necessidade de penalização da mulher que comete o aborto. Em que pese a participação de terceiros ser igualmente importante no escopo semântico do ato em si, o texto apenas considerou a justificativa e o interesse jurídico (ou falta dele) na manutenção normativa do artigo 124 do Código Penal.

Através de toda a retrospectiva histórica realizada, foi possível vislumbrar a importância da teoria praxiológica bourdieusiana. Após o estudo colacionado entre os Códigos Criminais/Penais e as cartas constitucionais brasileiras desde sua primeira concepção, atinou-se ao fato de que todas as ações normativas propagadas pelos poderes institucionais no país foram assim realizadas com um propósito, um intuito específico.

A cada momento do mundo social brasileiro foram priorizados direitos e funções estatais e individuais diferentes baseados no período histórico em que o país se encontrava. Tratando da esfera judicial atual em específico concluiu-se que não há, ao menos na comparação do quadro total dos acórdãos, um interesse coletivo no encarceramento da mulher que comete o ato do aborto. Demasiados problemas financeiros, educacionais e estruturais são considerados mais imprescindíveis do que este.

No entanto, a ascensão e maior visibilidade de movimentos sociais como o feminismo, o “*backlash*” a eles atrelados e a facilidade de transmissão de opiniões e conteúdos midiáticos sem sustentáculos contribui para que as discussões acerca do aborto se caracterizem por oposições passionais e que não interpretam o problema em sua forma pura. Neste sentido, desprende-se que a utilização da teoria kelseniana é de fato uma das mais adequadas para análise da eficácia da norma que criminaliza o aborto no caso concreto.

Cabível de críticas é o pensamento aqui utilizado, pois, em tese, estar-se-ia argumentando a favor da descriminalização do aborto sob uma perspectiva funcional e prática, o que, para muitos, pode ser vislumbrada como antiética ou ofensiva a uma gama de movimentos sociais, científicos e religiosos que trabalharam durante décadas para garantir direitos individuais, especialmente a liberdade feminina ou para definir uma das perguntas mais abstrusas que existem: quando realmente se inicia a vida?

No entanto, o que aqui se tentou fazer foi contribuir com uma tese que sirva apenas ao direito, uma vez que ele é aqui tratado como uma ciência própria, o que não impede que seja utilizada como apoio às demais pesquisas que pretendam discutir o assunto com maior afinco. O poder que o direito tem de se autoregular é subestimado pelos próprios juristas, como os procuradores, promotores, magistrados, dentre outros.

Como ocorre em qualquer outro campo, a ciência jurídica deve buscar elementos de sua própria história para poder avançar de acordo com as mudanças sociais que a afetam. O casamento entre as perspectivas bourdieusina e kelseniana foi a maneira mais promissora encontrada no presente texto para se esboçar um possível futuro das discussões de assuntos polêmicos como o aborto.

Sob essas teorias foi possível identificar o poder de discurso que o Judiciário hoje possui. Dentre todas as instituições consideradas como precursoras da criação e modificação do direito, os Tribunais se consolidaram como os grupos que mais definem o curso do ordenamento jurídico e da interpretação normativa.

Independentemente da teoria utilizada para explicar essa atuação assertiva da magistratura – seja o advento do constitucionalismo democrático, ativismo judicial, “habitus” ou descrença no campo político no geral – a verdade é que, diante do protagonismo judicial, os capitais cultural e jurídico podem ser definidos de acordo com o costume evidenciado pelas decisões jurisprudenciais.

Acerca do objeto aqui estudado – autoaborto – foi possível verificar que a maior parte das condenações pelo crime é voltada ao sujeito ativo que auxilia ou induz a gestante no procedimento abortivo. Os números indicados durante o corpo da dissertação apenas demonstraram que a preocupação maior do Estado é punir aquele que obriga a mulher a cometer o ato ou o qual a auxilia para tanto. No caso do artigo 126 do Código Penal, por exemplo, associações hospitalares ou médicos representam o maior número de pessoas cuja condenação é voltada. Através dessa análise da essência da discussão acerca do referido tipo penal, ao menos no que tange ao Poder Judiciário, foi possível perceber a ocorrência dos seguintes fenômenos.

O primeiro deles se refere à atividade dos Tribunais como intérpretes da norma. Sabe-se que em tese, não é seu papel analisar todos os casos que envolvem temas controversos acerca de elementos sociais, constitucionais e legais. No entanto, esperava-se que as Instituições cumprissem com o seu dever de dizer a regra por meio de uma interpretação minuciosa de todos os elementos que a compõe, especialmente sob uma perspectiva dinâmica.

Mesmo que alguns casos tenham sido de fato analisados, inclusive com a recente decisão de descriminalização do aborto de feto anencéfalo na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, o que se percebeu é que essa interpretação está sendo realizada através do fenômeno de ponderação de interesses previstos constitucionalmente, ou seja, a relativização de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição para se adequarem às constantes mudanças no dinamismo social.

Assim, por mais que essas constâncias axiológicas sejam parte do que hoje se entende por Direito, a norma não estaria sendo tratada como um objeto científico em si mesmo, mas sim como um acervo de conceitos inerentes de diversos campos, como a filosofia, sociologia, antropologia, biologia, teologia, dentre outros.

A teoria kelseniana utilizada na presente dissertação é alvo de críticas mesmo que, em tese, ainda seja considerada a mais utilizada no procedimento legislativo e judicial no ordenamento brasileiro. No entanto, o que se percebe é que elementos da sua própria fundamentação basilar raramente são utilizados no estudo da norma, especialmente no que tange à sua eficácia e validade.

A dinâmica jurídica na perspectiva kelseniana oferece um caminho para a perquirição de eventual necessidade e adequação da norma sem que seja necessária a ponderação de valores e interesses hierarquicamente equivalentes. O STF, ao não adentrar na figura da dinâmica jurídica e eficácia da norma de forma específica apenas contribuiu para o ciclo valorativo e moralista que envolve o prélio do aborto.

Além disso, adentrando-se no mundo social bourdieusiano, o costume e o pensamento construtivista são fenômenos intrínsecos da formação do conhecimento e do capital, seja este cultural, social, econômico ou jurídico. O estudo e a relevância da prática institucional são fundamentais para a criação ou reformulação do “habitus”. Sob uma perspectiva praxiológica, as ações dos indivíduos e grupos sociais são sempre voltadas a um propósito específico. Na medida em que é possível perceber uma falta de interesse por parte dos Tribunais em afligir a mulher que comete o aborto com pena restritiva de liberdade, pode-se concluir que a “práxis” jurídica caminha no sentido de ineficácia do art. 124 do Código Penal.

O segundo fenômeno identificado foi a tribulação no processo de emolduramento das decisões ao tipo penal efetivamente utilizado para julgar o processo. Em outras palavras, foi encontrada certa dificuldade de definir qual o sujeito passivo no caso e a quem estaria sendo voltada a suposta condenação. Conforme já estabelecido na metodologia, foram separadas e utilizadas apenas as decisões que mencionavam o aborto provocado pela gestante em si, excluindo-se aquelas que se destinavam especificamente à prática de abortamento por terceiros (com ou sem o consentimento da gestante).

No entanto, mesmo a partir da leitura das decisões coletadas, foi observado que, não obstante uma análise extensa da ementa, ainda permaneceu incerto se todas as decisões coletadas realmente se destinavam à gestante. Até mesmo entre os acórdãos que decidiram pela prisão preventiva ou condenação, não são todos que deixam claro que a punição é votada para a gestante.

Exemplo disso foi a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em sede de “habeas corpus” em 2018 e mencionada no capítulo 4 da dissertação. O acórdão foi incluído no acervo estipulado pela metodologia, pois presumiu-se que, uma vez que o pedido de prisão domiciliar foi embasado na tese de que o sujeito ativo necessitava de cuidados médicos, esse seria a própria gestante que passou por um procedimento abortivo. No entanto, nada impede que tal decisão tenha sido destinada a terceiro. Ressalte-se que a dissertação não analisou a íntegra de todos os processos que deram origem às decisões.

Essa incerteza acabou gerando mais uma problemática na análise da eficácia da norma que criminaliza o aborto: a confusão existente nos tipos previstos dos artigos 124 e 126 do Código Penal. Na possibilidade deste último permitir o enquadramento da gestante que comete o aborto, não haveria a necessidade de existência do primeiro.

No âmbito do TJMG, de todas as decisões apuradas (Tabela 2) apenas 04 (quatro) mencionavam explicitamente o artigo 124, o que apenas corrobora para a tese correspondente à dinâmica jurídica kelseniana, em especial a “dessuetude”, uma vez que a norma penal estaria sendo mal aplicada na prática. O Tribunal é a Instituição que efetivamente aplica e interpreta a lei, além de ser detentor do poder de dizer o Direito. Portanto, na medida em que não se serve da norma, essa perderia sua eficácia, o que inevitavelmente levaria à sua invalidade.

A justaposição do crime do aborto com o homicídio também foi uma questão interessante observada no exame dessas decisões. Em muitas delas o sujeito ativo estava sendo processado pelo segundo tipo penal, enquanto o primeiro se encontrava engatado no

acórdão. Ou seja, a penalidade pelo aborto em si simplesmente não se configurava como um vitupério tão grave ao direito à vida quanto o homicídio.

Chega-se, portanto, à seguinte conclusão: o fato de que o legislador já havia atribuído uma penalidade menor ao crime do artigo 124 e diante de um dos resultados demonstrados com a presente pesquisa, qual seja, o processamento conjunto dos tipos penais do homicídio (seja em sua forma simples, qualificada ou atenuada) com o aborto, a discussão acerca do valor da vida restará por demais infrutífera.

Além disso, é interessante notar que a pena voltada à mulher apenas, disposta no artigo 124 do Código Penal, é diferente da pena prevista ao terceiro, mesmo que haja o consentimento da gestante (artigo 126 do Código Penal). Enquanto no primeiro caso a pena é de detenção de 01 (um) a 03 (três) anos, no segundo caso a pena é aumentada para 01 (um) a 04 (quatro) anos.

Mesmo não representando uma diferença ingente, é possível reparar que o legislador de certa forma já relativizou os princípios da vida e da liberdade de escolha ao propor penas diferenciadas. Ao analisar o impacto negativo que o aborto por si só já traria à mulher, uma detenção demasiada longa seria quase que um “*bis in idem*” em termos de castigo pelo ato cometido.

Isso significa que, enquanto utilizada, a ponderação valorativa e de interesses subjetivos tornará o debate acerca do aborto estéril. Uma retomada da utilização da perspectiva kelseniana é ainda mais justificável nessa contemporaneidade, desde que vislumbrada em sua parte dinâmica e não apenas estática. O compromisso com a verdade científica nunca foi tão necessário quanto nos dias de hoje.

Por conseguinte, na medida em que a descriminalização do aborto ainda é uma questão eminentemente atual e polêmica, entende-se que o caminho escolhido pela dissertação, no qual são contornados assuntos típicos de instituições extrajudiciais, seria um dos melhores para que a situação seja ao menos resolúvel.

O terceiro fenômeno observado foi o fato de que, em que pese terem sido encontradas 45 (quarenta e cinco) decisões acerca do aborto, apenas 17 (dezesete) foram específicas quanto ao seu direcionamento à gestante em si. Este número ainda é ínfimo comparado aos casos de ocorrência efetiva do ato no Brasil e especificamente no estado de Minas Gerais, o que foi vislumbrado pelos dados postos no capítulo introdutório do presente texto.

Diversos são os fatores que podem levar ao processamento desproporcional de ações contra as mulheres sujeitos ativos do crime. Além do fenômeno da cifra oculta da criminalidade conforme foi estudado, o Estado transmite a aparência de que está muito mais

preocupado em penalizar aqueles indivíduos ou instituições que auxiliam na prática abortiva de forma reiterada.

Por fim, diante de todos os fenômenos aqui correlacionados, necessária se faz uma consideração final acerca do questionamento mais importante do presente texto: afinal, a regra que criminaliza o autoaborto, ou seja, o tipo penal contido no artigo 124 do Código Penal é ou não é, de acordo com a perspectiva da dinâmica jurídica em Kelsen e a metodologia de análise de decisões, uma norma jurídica ineficaz?

Na verdade, a resposta para o presente questionamento, assim como todas as questões da ciência do direito, não pode ser reduzida a um texto apenas. Seria presunçoso assumir o costume negativo do Poder Judiciário sem que se faça uma análise da jurisprudência de todos os Tribunais existentes ao longo do país.

No geral, considerando o espaço jurídico estudado, foi possível verificar que sim, a norma aqui questionada se encontra em um momento de má-aplicação, seja pela sua confusão com demais artigos, seja pela sua aparência de crime acessório ou pela falta de interesse dos Tribunais em conferir sua penalização ao sujeito ativo do crime.

O maior propósito do direito criminal como um todo é o enquadramento de um indivíduo ou grupo em um tipo penal óbvio e específico e a aplicação da sanção a ele atrelado, com o objetivo de penalizar o criminoso e promover a segurança da sociedade. Na medida em que não cumpre esse papel, seja pela ineficiência das instituições (legislativas, executivas ou judiciárias) ou pela falta de efeitos positivos que a pena acarreta no campo social, econômico, cultural e simbólico, a norma não se caracteriza como eficaz.

Não foi possível afirmar que o aborto realizado pela gestante é uma norma totalmente inutilizável, uma vez que foram sim encontradas decisões nos tribunais que penalizam e condenam a mulher pela prática. Em que pese sua utilização deficiente, não se concebeu seu completo abandono.

Dessa forma, embora seja uma hipótese passível de concretização em um futuro próximo, a dissertação decidiu por não proclamar a norma do artigo 124 como ineficaz e, conseqüentemente, inválida, pela sua não utilização. No entanto, a “dessuetude” está explícita no presente texto, uma vez que o Judiciário não observa a objetivação das dimensões praxiológicas da norma do artigo 124 do Código Penal.

Assim, pesquisas porvindouras acerca do assunto poderiam concluir pela abolição da norma que prescreve a pena de detenção à gestante que opta pelo procedimento abortivo. Isso não impede que sejam estabelecidas outras sanções de cunho cível, administrativo, tributário

ou qualquer outra natureza jurídica que eventualmente pudessem corresponder à necessidade e adequação de correção do comportamento da mulher neste campo específico.

O que se pôde concluir de maneira assertiva no presente texto é que, para que se faça uma análise efetivamente científica de assuntos polêmicos que envolvem o campo jurídico, o conhecimento acadêmico dos juristas deve ser neutro, apátrida e livre de imposições axiológicas que marcaram a criminologia atual. Ao invés de se ater aos prefixos da subjetividade e individualização da pena, com a redução da análise às condições de vida que envolvem o sujeito ativo do crime, as pesquisas poderiam partir de um ponto de vista mais técnico para alcançar seus objetivos acadêmicos, científicos, sociais e normativos.

Concomitantemente, na medida em que a validade da norma possui uma relação intrínseca com a norma fundamental, é imprescindível que se faça um estudo do direito e suas dimensões históricas para que seja analisado o fundamento basilar costumes e objetivos primordiais do Estado a cada época, com a compreensão dos elementos que deram origem ao pensamento jurídico em determinado campo.

Isso faz com que seja possível regulamentar o direito com base em seu próprio campo, com a análise dos propósitos das ações estatais para se definir o que realmente causaria impactos relevantes o suficiente para modificar as estruturas sociais e trazer inovações ao discurso simbólico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, Marcos de. *Considerações bioéticas sobre o aborto*. GARRAFA, V. & COSTA, SIF A bioética no século XXI. Brasília, 2000.

ANJOS, Karla Ferraz dos et al. *Aborto e saúde pública no Brasil: reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos*. Saúde em Debate, v. 37, p. 504-515, 2013.

ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz. Contemplem! Eis o comunicador da norma. Revista Quaestio Iuris, v. 10, n. 1, p. 241-257, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/23782>. Acesso em: 15 dez. 2019.

_____; VEDOVATO, Luís Renato; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Os novos donos do saber jurídico: a disputa pela ocupação dos espaços de produção de sentido do Direito no Brasil*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 10, n. 2, p. 183-196, 2018. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.102.08>. Acesso em 14 jan. 2020.

AZEVEDO, Thales Olympio Góes de. *O catolicismo no Brasil: um campo para a pesquisa social*. Bahia: Edufba, 2002. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ufba/464>. Acesso em: 16 mai. 2019.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 1. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BAUMANN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*; Tradução Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, p. 250, 1998.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. [s.l.] Lua Nova, v. 61, p. 5-24, 2004. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15839-15840-1-PB.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2019.

BIGO, Didier; TSOUKALA, Anastassia (Ed.). *Terror, insecurity and liberty: Illiberal practices of liberal regimes after 9/11*. Routledge, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *A evolução constitucional do Brasil*. Estud. av., São Paulo, v. 14, n. 40, p. 155-176, 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000300016&lng=en&nrm=iso. Acesso em: em: 16 Mai 2019.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Tradução Maria Helena Kuhner. 9. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

_____. *Meditações pascalianas*. Tradução Sergio Miceli. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 2001.

_____. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989.

_____. *Razões práticas: sobre a teoria da ação*. Campinas: Papyrus, 1996.

_____; PASSERON, Jean-Claude. *Os herdeiros*. São Carlos: Editora da UFSC, 2013.

BRANDAO, Paulo. Os Juizes criam Direito? Uma reflexão sobre ativismo Judicial e Direitos Fundamentais. e-Pública, Lisboa , v. 6, n. 2, p. 168-187, set. 2019 . Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2019000200009&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 11 fev. 2020.

BRASIL. *Consolidação das Leis Penaes*. Aprovada e adaptada pelo decreto n. 22.213 de 14 de dezembro de 1932. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1938.

_____. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brazil*. Texto constitucional outorgado em 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Texto constitucional promulgado em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. *Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública*. Diário Oficial da União, [s.l], 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm. Acesso em: 22 mai. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 22 mai. 2019.

_____. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. *Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos*. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

_____. Lei de 16 de dezembro de 1830. *Código Criminal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. 1830 Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 228/998/MG, Relator Ministro Marco Aurelio Bellzze, 5ª Turma, Data de julgamento: 23/10/2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22611843/habeas-corpus-hc-228998-mg-2011-0307548-5-stj?ref=juris-tabs>. Acesso em: 11 dez. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 514.617/SP*. Relator Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, Data de julgamento: 10/09/2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/758026476/andamento-do-processo-n-514617-habeas-corpus-17-09-2019-do-stj?ref=feed>. Acesso em 11 dez. 2019

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em habeas corpus n.º 70.742/RJ*. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior; Sexta Turma. DJ: 03/05/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/577551813/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-70742-rj-2016-0120171-1/inteiro-teor-577551822>. Acesso em 11 dez. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* 442. Brasília, 08 de março de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 12 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* 54. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/adpf54audiencia.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus/MT n. 116767*. Relator: Ministra Cármen Lúcia, Data de julgamento: 13/08/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: 27-08-2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4364941>. Acesso em: 11 dez. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 124306*. Paciente: Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: Ministro Marco Aurélio. 16 e 17 de março de 2017. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Criminal n. 1.0694.09.05672-4/001*. Relatora Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires, 2ª Câmara Criminal. Data de Julgamento: 23/02/2017, Publicação em 09/03/2017. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=566A0198583192A6E83F2AF8C5D3BBBB.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0694.09.056972-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em 11 dez. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Habeas Corpus Criminal*. HC 1.0000.18.105967-6/000. Relator Desembargador Edison Feital Leite; 1ª Câmara Criminal. Data de Julgamento 30/10/2018. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/647187305/habeas-corpus-criminal-hc-10000181059676000-mg/inteiro-teor-647187355?ref=serp>. Acesso em 11 dez. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Recurso em Sentido Estrito n. 1.0363.07.030359-1/001, Relator: Desembargador Edison Feital Leite, 1ª Câmara Criminal, julgamento em 19/03/2019, publicação da súmula em 27/03/2019. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0363.07.030359-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 11 dez. 2019.

BRETAS, Valéria. *Os estados com a melhor (e a pior) condição de vida no Brasil*. Exame. 14 setembro 2017. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/os-estados-com-a-melhor-e-a-pior-condicao-de-vida-no-brasil/>. Acesso em: 22 set. 2018.

BUSANA, Dante. *O habeas corpus no Brasil*. Atlas, 2009.

CALLEGARI, André Luís. et al. *Direito Penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

CASTANHO, Maria Amélia Belomo. *A família nas constituições brasileiras*. *Argumenta Journal Law*, v. 17, n. 17, p. 181-204, 2012. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/239>. Acesso em 22 jan. 2020.

CHARTIER, Roger. *Pierre Bourdieu e a história*. *Topoi* (Rio de Janeiro), v. 3, n. 4, p. 139-182, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/topoi/v3n4/2237-101X-topoi-3-04-00139.pdf>. Acesso em: 04 de dezembro de 2019.

CHESLER, Ellen. *Woman of valor: Margaret Sanger and the birth control movement in America*. Simon and Schuster, 2007.

CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO. Promulgado por S.S. O Papa João Paulo II. 4 ed. Lisboa: Conferência Episcopal Portuguesa, 1987.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM. *Resolução CFM nº 1.811/2006: estabelece normas éticas para a utilização, pelos médicos, da Anticoncepção de Emergência, devido a mesma não ferir os dispositivos legais vigentes no país*. Brasília: Diário Oficial da União, Seção I, p. 72, 2007. Disponível em:

<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1811#search=%22aborto%22>. Acesso em: 16 de março de 2019.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA – CRM/MG. *Resolução CRM/MG n° 152/2018*: Para realização de aborto em vítima de abuso sexual, basta a declaração assinada pela paciente, respeitada a Portaria 1.508/2005/GM. Parecerista Cons. Vera Helena Cerávolo de Oliveira Belo Horizonte: Aprovado em Sessão Plenária do dia 09 de novembro de 2018. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/MG/2018/152_2018.pdf Acesso em: 12 de fevereiro de 2020.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA – CRM/MS. *Resolução CRM/MS n° 22/2005*: O médico deve exercer a profissão com ampla autonomia e não deve renunciar à sua liberdade profissional, porém não deve permitir que sua ideologia religiosa limite o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos dos pacientes sob seus cuidados, dentro dos parâmetros da Legislação vigente. Parecerista Conselheira Luciana Moura Covre. Campo Grande: Aprovado na Sessão Plenária do dia 16.12.2005. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmms/pareceres/2005/22_2005.htm. Acesso em: 12 de fevereiro de 2020.

DE BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. Tradução: Sérgio Milliet. 2. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.

DE CAMARGO, Thais Medina Coeli Rochel. *Narrativas pró-direito ao aborto no Brasil, 1976 a 2016*. cad. Saúde Pública. São Paulo. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00189018>. Acesso em 10 fev. 2020

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. UNIC Rio. 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 18 set. 2019.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. *Pesquisa Nacional de Aborto 2016*. Rio de Janeiro: Ciência e saúde coletiva, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 27 jun. 2018.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

DUARTE, Constância Lima. *Feminismo e literatura no Brasil*. Estud. av., São Paulo, v. 17, n. 49, p. 151-172, Dec. 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000300010&lng=en&nrm=iso. Acesso em 24 Out. 2019.

DURKHEIM, Emile. *Da divisão do trabalho social; As regras do método sociológico; O suicídio; As formas elementares da vida religiosa*. Seleção de textos de José Arthur Giannotti. Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura [et al.]. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. *Da divisão do trabalho social*. Tradução: Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESPÍRITO SANTO. Assembleia Legislativa. *Proposta de Emenda à Constituição n° 29, de 2015. Altera o art. 5° da Constituição Federal para explicitar que o direito à vida é inviolável desde a concepção*, 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120152>. Acesso em: 11 dez. 2019.

FAUSTO, Boris; FAUSTO, Sergio. *História do Brasil*. São Paulo: Edusp, 1994.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Morais. *Metodologia de análise de decisões*. Encontro Nacional do CONPEDI, v. 19, p. 5238-5247, 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3634.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2019.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GALEOTTI, Giulia. *História do Aborto*. Tradução de Sandra Escobar. Portugal: Edição 70, 2007.

GALVÃO, Edna Ferreira Coelho; GALVÃO, Juarez Bezerra. *Pesquisa Intervenção e Análise Institucional: alguns apontamentos no âmbito da pesquisa qualitativa*. Revista Ciências da Sociedade, v. 1, n. 1, p. 54-67, 2017.

GARCIA, Carla Cristina. *Breve história do feminismo*. São Paulo: Claridade, 2018.

GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. [S.l.]: Atlas SA, 2008.

GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GROFF, Paulo Vargas. *Direitos fundamentais nas Constituições brasileiras*. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176526/000842780.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2019.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Armo Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boitex, 2004.

GUIMARÃES, Paula; VERAS, Natália. [S.l.]. 2018. Disponível em: <https://outraspalavras.net/outrasmidias/destaque-outras-midias/aborto-brasil-ainda-processa-centenas-de-mulheres-por-ano/>. Acesso em: 23 abr. 2019

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação “pluralista” e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade II*. Rio de Janeiro. Tempo brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. *Hobbes: On the citizen*. Cambridge University Press, 1998.

ICIZUKA, Abílio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. *A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e da política jurídica*. Revista Eletrônica Direito e Política, 2007.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5 ed. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

KELSEN, Hans. *A garantia jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)*. Direito Público, v. 1, n. 1, 2003. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/viewFile/1401/869>. Acesso em: 11 out. 2019.

_____. *Jurisdição constitucional*. Introdução e revisão técnica por Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martini Pontes, 2003.

_____. *Teoria geral das normas*. Tradução e revisão de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

_____. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88*. Novos estudos CEBRAP, n. 96, p. 69-85, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002013000200006&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 22 jan. 2020.

LEWIS, T. L. *The abortion act*. British medical journal, v. 1, n. 5638, p. 241, 1969. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/data.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2019.

LINHARES, Leila. *Movimento feminista e a descriminalização do aborto*. Estudos Feministas, v. 5, n. 2, p. 397, 1997.

LOPES, Ana Maria D.Ávila. *Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo*. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496909/RIL177.pdf?sequence=8#page=20>. Acesso em: 12 mai. 2019.

MACHADO, Maria das Dores Campos. *Aborto e ativismo religioso nas eleições de 2010*. Revista Brasileira de Ciência Política, n. 7, p. 25-54, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-33522012000100003&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 22 jan. 2020.

MANDARINO, Renan Posella; BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ROSA, Larissa. *A participação da vítima no controle da cifra oculta da criminalidade*. 2017. Disponível em: file:///C:/Users/bruno/Downloads/2017_art_rpmandarino.pdf. Acesso em 11 mai. 2020.

MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulação genética e direito penal*. São Paulo: IBCCrim, 1998.

MARTINS, Ana Paula Vosne. *Visões do feminino: a medicina da mulher nos séculos XIX e XX*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2004.

MEDEIROS, Douglas. *Moção nº 182*. Jundiaí: Câmara Municipal, 2019. Disponível em: http://sapl.camarajundiai.sp.gov.br/sapl_documentos/materia/219648_texto_integral.pdf. Acesso em: 21 mai. 2019.

MELLIM, Ana Helena Rodrigues; et al. *Direito penal simbólico: a influência do pensamento de Émile Durkheim*. 2012. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/5865/1/Ana%20Helena%20Rodrigues%20Mellim.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos*. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Ciência e Tecnologia. Brasília : Ministério da Saúde, 2009

MINISTÉRIO DA SAÚDE, Secretaria de Atenção à Saúde. *Anticoncepção de emergência: perguntas e respostas para profissionais de saúde*. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. 2. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2005. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/caderno3_saude_mulher.pdf. Acesso em: 22 mai. 2019

MORAES, Mariana Silveira. *Vida e morte de um projeto bandeirante: Alcântara Machado e o Código Penal de 1940*. Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena, v. 12, n. 1, 2009. Disponível em: <https://revistadoaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/viewFile/24/23>. Acesso em: 19 out. 2019.

NEIVA-SILVA, Lucas et al. *Experiência de gravidez e aborto em crianças, adolescentes e jovens em situação de rua*. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 23, n. 4, p. 1055-1066, Abril 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232018000401055&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 Set. 2018.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. Quartier Latin do Brasil, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte especial*. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Fábio C. S. de; OLIVEIRA Larissa Pinha de. *Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeias: diálogos, backlash e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Juris Poiesis, 2011. Disponível em: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=068096001126024103070086112115114117122011005035010028104088096024122016074005076091031007000042033007027069118099121001119079049007088022007111094101115125084106105024020000022072021115002072093088115089072006000026119100096070076121111093119118073095&EXT=pdf>. Acesso em: 12 mai. 2019.

PAULO II, Papa João. *Código de direito canônico*. 4 ed. Lisboa: Conferência Episcopal Portuguesa, 1983.

PASSARINHO, Nathália. *Por que Congresso e STF caminham para lados opostos na discussão sobre aborto no Brasil*. *BBC News Brasil*. 14 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44458907>. Acesso em: 21 set. 2018.

PINHO, Rodrigo César Rabello. *Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PLATÃO. *A República*. Tradução Ciro Mioranza. São Paulo: Escala Educacional, 2006.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil*. Elsevier Brasil, 2012.

POLI, Marcelino Espírito Hofmeister. *Meio Século da Pílula Anticoncepcional*. *Femina*, v. 39, n. 7, p. 336, 2011. Disponível em: <http://files.bvs.br/upload/S/0100-7254/2011/v39n7/a2691.pdf>. Acesso em: 31 jun. 2018.

POST, Robert. SIEGEL, Reva. *Roe rage: democratic constitutionalismo and backlash*. *Harvard Civil-Rights Liberties Law Review*, v. 42, p. 373-434, 2007.

RAMIREZ-GALVEZ, Martha Celia; et al. *Os impasses do corpo: ausências e preeminências de homens e mulheres no caso do aborto voluntário*. 1999. Disponível em: http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/279553/1/Ramirez-Galvez_MarthaCelia_M.pdf. Acesso em: 21 de ago. 2019.

ROCHA, Maria Isabel Baltar da. *A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese*. *Revista Brasileira de Estudos de População*, v. 23, n. 2, p. 369-374, 2006.

ROMANO, Santi. *El ordenamiento jurídico*. Editorial Reus, 2012.

ROSSI, Juliano Scherner. *O costume na teoria pura do direito: uma análise pelo método da história do direito*. Revista da AGU, p. 219-238, 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Juliano_Rossi/publication/324714178_O_COSTUME_NA_TEORIA_PURA_DO_DIREITO_UMA_ANALISE_PELo_METODO_DA_HISTORIA_DO_DIREITO/links/5c24cf3692851c22a3494ffb/O-COSTUME-NA-TEORIA-PURA-DO-DIREITO-UMA-ANALISE-PELO-METODO-DA-HISTORIA-DO-DIREITO.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

SANCHES, Mário Antonio; VIEIRA, José Odair; DE MELO, Evandro Arlindo. *A dignidade do embrião humano: diálogo entre teologia e bioética*. Ação Social Claretiana (Editora Ave-Maria), 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Legalização do aborto e Constituição*. Revista de Direito Administrativo, v. 240, p. 43-82, 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619/44696>. Acesso em 11 out. 2019.

SCHAFER, Gilberto. *Súmulas Vinculantes: Análise Crítica da Experiência do Supremo Tribunal Federal*. Livraria do Advogado Editora, 2018.

SECRETARIA DE SAÚDE. *Aborto: conceitos e definições*. 2019. Disponível em: <http://www.saude.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=668>. Acesso em: 21 mai. 2019.

SENADO FEDERAL. Requerimento nº 756 de 2011. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3502790&ts=1567532007959&disposition=inline>. Acesso em: 09 set. 2019.

SILVA, Marinete dos Santos. *Reprodução, sexualidade e poder: as lutas e disputas em torno do aborto e da contracepção no Rio de Janeiro, 1890-1930*. História, Ciências, Saúde-Manguinhos, v. 19, n. 4, p. 1241-1254, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-59702012000400008&script=sci_arttext. Acesso em 11 out. 2019

SOUZA, Rozana Aparecida de; BRANDÃO, Elaine Reis. *À sombra do aborto: o debate social sobre a anticoncepção de emergência na mídia impressa brasileira (2005-2009)*. Interface-Comunicação, Saúde, Educação, v. 16, p. 161-176, 2012. Disponível em: https://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832012000100013. Acesso em: 23 abr. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. Revista dos Tribunais, 3ª edição. São Paulo. 2013.

SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: Judicial minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press, 2001. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=npY0aMUOacUC&oi=fnd&pg=PA3&dq=One+case+at+a+time:+Judicial+minimalism+on+the+Supreme+Court&ots=EHXUxbJWoW&sig=c2lWb8dXKrNwfxMl8WUKGMh1tOU#v=onepage&q=One%20case%20at%20a%20time%3A%20Judicial%20minimalism%20on%20the%20Supreme%20Court&f=false>. Acesso em: 12 mai. 2019.

STF realiza audiência pública sobre descriminalização do aborto nos dias 3 e 6 de agosto. *Notícia STF de 30 de julho de 2018*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385093>. Acesso em: 21 set. 2018.

TAVES, Robert Steven Vieira. *Autonomia Relativo do Direito em Pierre Bourdieu: da crítica sociológica à lógica própria do Direito*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Faculdade de Direito do Sul de Mians. Programa de Pós-Graduação em Direito – Pouso Alegre/MG, v. 28. 2012.

TESSARO, Anelise. *Aborto, bem jurídico e direitos fundamentais*. 2006. 138 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul,

Porto Alegre, 2006. Disponível em:
<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4962/1/388369.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2019.

VILLA, Marco Antônio. *A história das Constituições Brasileiras*. São Paulo: Leya, 2011.

WARAT, Luis Alberto. *A partir de Kelsen*. Sequência. Florianópolis, v. 3, n. 5, 1982.

WARDELL, Dorothy. *Margaret Sanger: birth control's successful revolutionary*. American Journal of Public Health, v. 70, n. 7, p. 736-742, 1980. Disponível em:
<https://ajph.aphapublications.org/doi/abs/10.2105/AJPH.70.7.736>. Acesso em: 06 out. 2019.

ZEGERS-HOCHSCHILD, F. et al. *Glossário revisado da terminologia das Técnicas de Reprodução Assistida (TRA. 2009) Comitê Internacional para Monitorização da Tecnologia Reprodutiva Assistida (ICMART) e Organização Mundial da Saúde (OMS)*. Caracas: Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, 2009.

ANEXOS

A) JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF

1) EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. FRAUDE PROCESSUAL. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. ABORTO. PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA DE PRONÚNCIA SUPERVENIENTE. EXCESSO DE PRAZO PRISIONAL NÃO CONFIGURADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 1. O § 1º do art. 21 e o art. 192 do RISTF conferem ao Relator a possibilidade de decidir monocraticamente o habeas corpus. Nesse sentido: “Inexiste violação ao princípio da colegialidade na utilização, pelo Ministro relator, das faculdades previstas nos arts. 38 da Lei nº 8.038/1990 (atualmente revogado pela Lei nº 13.105/2015) e no art. 21, § 1º, do RI/STF (cf. MS 28097-AgR, Rel. Min. Celso de Mello; RHC 119.231-AgR, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia; HC 118.438, Rel. Min. Teori Zavascki)” (HC 137.265/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe 11.4.2017). 2. A alegação de excesso de prazo resta superada pela superveniência da sentença de pronúncia. Precedentes. Em qualquer hipótese, não há como considerar a razoável duração do processo de modo isolado e descontextualizado das peculiaridades do caso concreto. Em situações mais complexas, a envolver crimes de maior gravidade concreta, alguma demora é tolerável (HC 107.629/PB, em que Red. para o acórdão, 1ª Turma, DJe 15.3.2012). 4. Inviável o exame de tese defensiva não analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, pena de indevida supressão de instância. Precedentes. 5. Agravo regimental conhecido e não provido. (HC 142011 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 16/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-143 DIVULG 29-06-2017 PUBLIC 30-06-2017)

2) Ementa: Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. inconstitucionalidade da incidência do **tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre**. Ordem concedida de ofício. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (HC 124306, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 16-03-2017 PUBLIC 17-03-2017).

B) JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ

1) HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE OU COM SEU CONSENTIMENTO (grifo nosso). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ILICITUDE DA PROVA. SIGILO PROFISSIONAL DO MÉDICO. PRESENÇA DE OUTROS ELEMENTOS INDICIÁRIOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de revisão criminal. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. 2. O trancamento da ação penal na via estreita do habeas corpus somente é possível, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito. 3. Ainda que se considere ilícita a prova obtida a partir da quebra do sigilo por parte dos profissionais de saúde responsáveis pelo atendimento prestado à paciente, não se está diante de hipótese de trancamento da ação penal, já que há outros elementos indiciários que serviram para dar subsídios à investigação policial e ao posterior oferecimento da denúncia, de modo que não se pode falar em ausência de justa causa para o exercício da ação penal. 4. Habeas corpus não conhecido. (HC 516.437/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 26/11/2019).

2) AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. ABORTO CONSUMADO E TENTADO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. ACÓRDÃO ESTADUAL QUE MANTÉM A PRONÚNCIA DOS DENUNCIADOS. VIOLAÇÃO DO ART. 381, INCISOS II E III, DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. PRETENDIDA REVISÃO NA VIA DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CASUÍSTICA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA LIMINARMENTE INDEFERIDOS. DECISÃO MANTIDA EM SEUS PRÓPRIOS TERMOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Não há divergência de interpretação da lei federal entre o acórdão embargado, que entendeu não haver excesso de linguagem da sentença de pronúncia, e o acórdão paradigma, que, ao contrário, identificou "evidente excesso de linguagem", se não há nenhuma similitude entre os termos utilizados em cada um. O que há é mero juízo de valor acerca da existência ou não de excesso de linguagem, tarefa que se realiza com a análise particularizada de cada caso que, se dessemelhantes, não autorizam a abertura da estreita via dos embargos de divergência. Precedente. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EAREsp 826.300/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/05/2019, DJe 20/05/2019).

3) PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE. TRANCAMENTO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 124 DO CP (grifo nosso). CONTROLE DIFUSO. MEIO INADEQUADO. TEMA OBJETO DE CONTROLE CONCENTRADO PERANTE O STF NA ADPF 442/DF. ILICITUDE DAS PROVAS. QUEBRA DO DEVER DE SIGILO PROFISSIONAL DO MÉDICO. NÃO ACOLHIMENTO DAS TESES DEFENSIVAS. INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo de revisão criminal e de recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício. 2. Revela-se inviável a apreciação de matéria por esse Superior Tribunal de Justiça, em sede de controle difuso, diante de afetação do tema em sede de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. 3. No caso em exame, a inconstitucionalidade da criminalização do abortamento, delito previsto no art. 124 do Código Penal, como bem ressaltou o Ministério Público Federal, em seu parecer, "está em trâmite no Supremo Tribunal Federal, aguardando apreciação daquela Corte Constitucional, a ADPF nº 442, ajuizada 'em face da alegada controvérsia constitucional relevante acerca da recepção dos artigos 124 e 126 do Decreto-lei nº 2.848/1940 (Código Penal), que instituem a criminalização da interrupção voluntária da gravidez (aborto), pela ordem normativa constitucional vigente'; e na qual 'A parte autora defende não recepcionados parcialmente os dispositivos legais impugnados pela Constituição da República. Aponta, como preceitos fundamentais afrontados, os da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas (...)'." (ADPF nº 442, Despacho de 24/11/2017, in DJE nº 274, divulgado em 29/11/2017)." 4. Registra-se que "nem o habeas corpus, nem seu respectivo recurso, traduzem-se em meio adequado para o reconhecimento da ilegalidade do ato normativo em referência." (AgRg no RHC 104.926/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 9/4/2019, DJe 25/4/2019). 5. Sabe-se que o sigilo profissional é norma cogente e que, em verdade,

impõe o dever legal de que certas pessoas, em razão de sua qualidade e de seu ofício, não prestem depoimento e/ou declarações, em nome de interesses maiores, também preservados pelo ordenamento jurídico, como o caso do direito à intimidade (art. 154 do Código Penal e art. 207 do Código de Processo Penal). A vedação, porém, não é absoluta, eis que não há que se conceber o sigilo profissional de prática criminosa. 6. A exemplo do sigilo profissional do advogado, já asseverou esta Quinta Turma que "o ordenamento jurídico tutela o sigilo profissional do advogado, que, como detentor de função essencial à Justiça, goza de prerrogativa para o adequado exercício profissional. Entretanto, referida prerrogativa não pode servir de esteio para impunidade de condutas ilícitas" (RHC 22.200/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJE 5/4/2010, grifou-se). 7. Na hipótese, a princípio, a conduta do médico em informar à autoridade policial acerca da prática de fato, que até o presente momento configura crime capitulado nos delitos contra a vida, não violou o sigilo profissional, pois amparado em causa excepcional de justa causa, motivo pela qual não se vislumbra, de pronto, ilicitude das provas presentes nos autos, como sustenta a defesa. 8. A situação posta no RE 91.218-5/SP, citado pela defesa, não se aplica ao caso em exame, na medida em que a controvérsia discutida nestes autos cinge-se na declaração ou não de ilicitude de todos os elementos de provas produzidos, oriundos da informação repassada pelo médico à autoridade policial acerca do cometimento em tese de um delito, que perpassa pelo óbito premeditado de um feto de 24 semanas, nascido com vida. 9. Writ não conhecido. (HC 514.617/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/09/2019, DJe 16/09/2019).

4) PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ABORTO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. 1. Este Tribunal há muito sedimentou o entendimento de que a alegação de excesso de prazo na formação da culpa deve ser analisada à luz do princípio da razoabilidade, sendo que eventual extrapolação dos prazos processuais não decorre da simples soma aritmética. 2. A Corte de origem pontuou as particularidades do caso, especialmente o fato de que trata-se de uma ação penal instaurada em face de setenta e cinco acusados, sendo natural que a realização da citação de todos os réus e intimação para a apresentação das suas respectivas respostas à acusação demande tempo superior aos exíguos 10 dias previstos no artigo 406 do Código de Processo Penal, inclusive os recorrentes possuem advogados distintos. Através de consulta junto ao sítio eletrônico do TJRJ (proc. n.0433104-90.2012.8.19.0001), observa-se que feito segue tramitação regular, com a juntada de cartas precatórias. 3. Não se verifica, portanto, ilegal mora processual atribuível ao Poder Judiciário. 4. Recurso ordinário em habeas corpus não provido. (RHC 60.451/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 03/10/2018).

5) PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE ABORTO. DENÚNCIA. RECEBIMENTO SEM FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ACEITE. NÃO CONHECIMENTO. 1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, inviável o seu conhecimento. 2. Como regra geral adotada pelo sistema brasileiro, a anulação de ato processual depende da demonstração de efetivo prejuízo, nos termos do artigo 563 do Estatuto Processual Repressivo - pas de nullité sans grief. 3. In casu, embora a decisão preliminar de recebimento da inicial acusatória contra a qual se insurge tenha, de fato, se valido de argumentos demasiadamente sucintos, não deixou, por outro lado, de apontar o preenchimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, bem como de afirmar ausentes as hipóteses de rejeição da denúncia previstas no art. 395 do CPP. 4. De se notar, ainda, que houve o aceite à proposta de suspensão condicional do processo, o que, em última ratio, revela a ausência de qualquer prejuízo na forma como ocorreu o recebimento da denúncia. 5. Impetração substitutiva de recurso ordinário não conhecida. (HC 354.841/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016).

6) RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ABORTO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA. FALTA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. ACÓRDÃO OBJURGADO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTES SODALÍCIO. DESPROVIMENTO DO RECLAMO. 1. A defesa deixou de anexar aos autos a denúncia ofertada contra a recorrente, o que impede este Sodalício de verificar quais condutas lhe foram imputadas, bem como o contexto em que os fatos teriam ocorrido. 2. O remédio constitucional pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a partedemonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal, ônus do qual não se desincumbiu a defesa. 3. Em sede de habeas corpus somente deve ser obstada a ação penal se restar demonstrada, de forma indubitável, a atipicidade da conduta, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade e a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito. 4. Estando a decisão impugnada em total consonância com o entendimento jurisprudencial firmado por este Sodalício, não há que se falar em trancamento da ação penal, pois,

de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no presente inconformismo, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam a interrupção prematura do processo por esta via, já que a alegada ausência de justa causa para a persecução penal demandaria profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente. 5. Recurso desprovido. (RHC 62.158/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 21/10/2015)

7) RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A VIDA. PROVOCAR ABORTO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS PRESENTES. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. PEDIDO PARA SUBSTITUIR A PRISÃO CAUTELAR POR MEDIDA DIVERSA. INADEQUAÇÃO / INSUFICIÊNCIA. PRECEDENTES. 1. A necessidade da segregação cautelar se encontra fundamentada na garantia da ordem pública em face da periculosidade do recorrente, caracterizada pela reiteração de prática delituosa. 2. O Superior Tribunal de Justiça, em orientação uníssona, entende que persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312, CPP), é desprovido o paciente possuir condições pessoais favoráveis. 3. Recurso em "habeas corpus" a que se nega provimento. (RHC 40.716/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 14/10/2013).

8) HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. HOMICÍDIO CULPOSO POR INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA. 4. INICIADO O TRABALHO DE PARTO NÃO HÁ FALAR MAIS EM ABORTO. 5. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. 6. ORDEM NÃO CONHECIDA. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, firmou-se, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Louvando o entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, esta Corte passou a entender ser necessário amoldar a abrangência do habeas corpus a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito. Precedentes. 2. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente habeas corpus, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanada mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal. 3. Os fatos descritos na denúncia são claros e determinados, podendo caracterizar, em tese, o crime de homicídio culposo por inobservância de regra técnica, não prosperando a alegação de ocorrência de "aborto culposo provocado por terceiro" ou de crime impossível em razão do bebê ter sido retirado do ventre materno sem vida, pois consta dos autos que a mãe já havia entrado em trabalho de parto há mais de oito horas e os batimentos cardíacos foram monitorados por todo esse período até não mais serem escutados. 4. Iniciado o trabalho de parto, não há falar mais em aborto, mas em homicídio ou infanticídio, conforme o caso, pois não se mostra necessário que o nascituro tenha respirado para configurar o crime de homicídio, notadamente quando existem nos autos outros elementos para demonstrar a vida do ser nascente, razão pela qual não se vislumbra a existência do alegado constrangimento ilegal que justifique o encerramento prematuro da persecução penal. 5. O trancamento da ação penal, por ser medida de exceção, somente cabe nas hipóteses em que se demonstrar, à luz da evidência, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou outras situações comprováveis de plano, suficientes para interromper antecipadamente a persecução penal, circunstâncias que não se verificam no presente caso. 6. Habeas corpus não conhecido e não constatada a existência de flagrante constrangimento ilegal que autorize a concessão de habeas corpus de ofício. (HC 228.998/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 30/10/2012)

9) PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 124 E 273, §§ 1º E 1º-B, DO CÓDIGO PENAL. CONEXÃO (grifo nosso). ART. 76 DO CPP. OCORRÊNCIA. VENDA DE MEDICAMENTO ABORTIVO PARA GESTANTE. CYTOTEC. PROVOCAÇÃO DE ABORTO. INFLUÊNCIA DA PROVA DE UM DELITO NO OUTRO. OCORRÊNCIA. PREVALÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. SÚMULA 122/STJ. NÃO APLICAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. O crime de aborto tem como objeto jurídico tutelado a vida do

feto, e o delito previsto no art. 273 do Código Penal, a proteção à saúde pública. 2. Havendo a incidência de alguma das hipóteses elencadas no art. 76 do Código de Processo Penal, evidencia-se a conexão entre os crimes. 3. Existindo, em tese, a perspectiva de que ocorra a necessidade de colheita de prova comum aos dois fatos que serviria para a instrução dos possíveis processos, fica demonstrada a viabilidade de unificá-los, o que contribuirá para a instrução e a efetivação da razoável duração do processo, conforme preceitua a norma constitucional. 4. A competência para processar e julgar o crime do art. 273, §§ 1º e 1º-B, incisos I, V e VI, do Código Penal, em princípio, é da Justiça Estadual, sendo a Justiça Federal competente quando houver indícios da internacionalidade do delito demonstrada pelo contexto fático. 5. No delito previsto no arts. 124, 1ª parte, c.c. 29, do Código Penal, a competência para o processo e julgamento é do Tribunal do Júri, conforme previsto no art. 5º, XXXVIII, d, da Constituição Federal. 6. Conforme o art. 78, I, do Código de Processo Penal, "no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri". Dessa forma, é viável o processamento e julgamento do delito previsto no art. 273, §§ 1º e 1º-B, incisos I, V e VI, do Código Penal, conjuntamente com o crime do art. 124 do Código Penal, pelo Tribunal do Júri, afastando a aplicação da Súmula 122/STJ. 7. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara Criminal de Apucarana/PR, ora suscitado. (CC 104.842/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/06/2010, DJe 01/02/2011)

10) HABEAS CORPUS. PACIENTE PRONUNCIADO PELO CRIME DO ART. 273, § 1o. B, I E V DO CPB (DEPÓSITO E VENDA DE MEDICAMENTO SEM REGISTRO E DE PROCEDÊNCIA IGNORADA), CONEXO AO DELITO DO ART. 124 (grifo nosso), CAPUT DO CPB (ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE). ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE EXAME PERICIAL NO MEDICAMENTO INDICATIVO DA POTENCIALIDADE LESIVA DO PRODUTO. DESNECESSIDADE PARA A CONFIGURAÇÃO DO CRIME PELO QUAL O PACIENTE FOI PRONUNCIADO. CRIME FORMAL. ABORTO DEVIDAMENTE COMPROVADO POR LAUDO PERICIAL NO NATIMORTO E NA GESTANTE. CONFISSÃO DOS ACUSADOS NA FASE JUDICIAL. SENTENÇA DE PRONÚNCIA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. 1. O paciente foi pronunciado pela prática do delito de depósito e venda de medicamento sem registro e de procedência ignorada. Assim, despidendo qualquer exame pericial para comprovar a sua potencialidade lesiva, uma vez que se trata de delito formal, que se satisfaz com a venda, exposição à venda, depósito, distribuição ou entrega a consumo de produto sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente, incidindo ainda, no inciso V, caso o produto seja de procedência ignorada. 2. O aborto foi devidamente comprovado pelo exame pericial do natimorto e da gestante, sendo relevante anotar que todos confessaram os seus respectivos crimes na fase judicial. 3. Firmada a competência do Tribunal do Júri, não pode o Magistrado sentenciante dele subtrair o conhecimento dos crimes conexos. 4. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial. (HC 100.502/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 29/03/2010)

C) JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS – TJMG

1) EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRONÚNCIA. ABORTO. PRESCRIÇÃO PELA PENA EM PERSPECTIVA. INADMISSIBILIDADE. IMPRONÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ELEMENTOS COLHIDOS NO INQUÉRITO QUE FORAM CONFIRMADOS EM JUÍZO. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. MATÉRIA AFETA AO TRIBUNAL DO JÚRI. IN DUBIO PRO SOCIETATE. EVENTUAIS DÚVIDAS A RESPEITO DA AUTORIA DEVERÃO SER DIRIMIDAS PELO CONSELHO DE SENTENÇA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. - A prescrição antes do trânsito em julgado da sentença condenatória regula-se pela pena máxima cominada ao delito, nos termos do artigo 109 do CP, sendo estranha ao nosso ordenamento jurídico a chamada prescrição pela pena em perspectiva ou virtual. - Para a pronúncia não se exige prova incontroversa da autoria, bastando que os indícios existentes no processo demonstrem que haja uma possibilidade de o acusado ter cometido o delito. - As dúvidas e eventuais incertezas pela prova se resolvem em favor da sociedade, ou seja, in dubio pro societate. - Recurso não provido. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0680.18.002751-7/001, Relator(a): Des.(a) Doorgal Borges de Andrada, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 12/06/2019, publicação da súmula em 19/06/2019).

2) EMENTA: HABEAS CORPUS. ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE (grifo nosso) E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. RELAXAMENTO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. POSSIBILIDADE. DECISÃO CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. RATIFICADA A LIMINAR E CONCEDIDA A ORDEM. - O artigo 93, IX, da Constituição da República, impõe o dever de fundamentação de todas as decisões judiciais, o que adquire maior relevo nos casos em que o pronunciamento judicial repercute sobre a liberdade do jurisdicionado. - Não havendo demonstração fundada em elementos concretos da satisfação

dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, mostra-se inviável a manutenção da prisão preventiva. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.18.125571-2/000, Relator(a): Des.(a) Glauco Fernandes , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 29/11/2018, publicação da súmula em 10/12/2018).

3) EMENTA: HABEAS CORPUS - ABORTO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER - PRISÃO PREVENTIVA - REVOGAÇÃO - POSSIBILIDADE - IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO EM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. Não demonstrada a necessidade da imposição da medida extrema ante a situação fática e os parâmetros legais, configurada está à restrição ilegal ao direito de liberdade. As medidas cautelares previstas a partir do advento da Lei nº 12.343/06 estabelecem tratamento menos gravoso que a prisão, devendo ser aplicadas quando condizentes com o caso concreto em observância ao princípio da proporcionalidade. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.18.122307-4/000, Relator(a): Des.(a) Paulo César Dias , 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 27/11/2018, publicação da súmula em 07/12/2018).

4) EMENTA: HABEAS CORPUS - HOMICÍDIO QUALIFICADO - ABORTO - OCULTAÇÃO DE CADÁVER - PRISÃO DOMICILIAR - NECESSIDADE NÃO COMPROVADA - PACIENTE SOB CUIDADOS MÉDICOS - ORDEM DENEGADA. Estando o paciente recebendo o devido tratamento médico, não há que se falar em concessão de prisão domiciliar. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.18.109399-8/000, Relator(a): Des.(a) Edison Feital Leite , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/11/2018, publicação da súmula em 14/11/2018).

5) EMENTA: HABEAS CORPUS - HOMICÍDIO QUALIFICADO - ABORTO - OCULTAÇÃO DE CADÁVER - PRISÃO PREVENTIVA - PRESENÇA DE FUNDAMENTOS IDÔNEOS CAPAZES DE JUSTIFICAR A CUSTÓDIA CAUTELAR - MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS - IMPOSSIBILIDADE - PRISÃO DOMICILIAR - NECESSIDADE NÃO DEMONSTRADA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO - ORDEM DENEGADA. Atendido ao menos um dos pressupostos do art. 312 do CPP, qual seja a garantia da ordem pública, bem como um dos requisitos instrumentais do art. 313 do CPP, deve ser a prisão preventiva mantida, não havendo que se falar em sua revogação, ou mesmo em substituição pelas medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP, pelo fato de estas se revelarem absolutamente insuficientes. Inviável a concessão de prisão domiciliar para cuidados médicos quando não demonstrada sua imprescindibilidade. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.18.105967-6/000, Relator(a): Des.(a) Edison Feital Leite , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 30/10/2018, publicação da súmula em 09/11/2018).

6) EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO - MATERIALIDADE COMPROVADA - INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA - IMPRONÚNCIA - IMPOSSIBILIDADE - DECOTE DAS QUALIFICADORAS - INVIABILIDADE - INDÍCIOS DE AUTORIA DO DELITO DE ABORTO - EXISTÊNCIA - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. - A decisão de pronúncia quanto à materialidade é pautada no "in dubio pro reo", exigindo-se, nesse caso, a certeza da existência do crime. Entretanto, quanto à autoria, a pronúncia é pautada no princípio "in dubio pro societate", afinal, bastam meros indícios. - A impronúncia no procedimento atinente ao Tribunal do Júri é pautada na inexistência da materialidade ou na ausência total e absoluta de indícios de autoria ou participação por parte do agente, o que não ocorre in casu. - A incidência ou não das qualificadoras no crime de homicídio é questão a ser sopesada e decidida pelo Tribunal do Júri, não cabendo a esta Corte, em princípio, tal mister, salvo se completamente distorcido de amparo nos elementos cognitivos dos autos, o que não ocorre na hipótese. - Recurso Ministerial provido e recurso defensivo negado. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0024.14.134941-5/001, Relator(a): Des.(a) Wanderley Paiva , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/06/2018, publicação da súmula em 29/06/2018).

7) EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - JÚRI - **ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE E OCULTAÇÃO DE CADÁVER - ART. 124 E 211** (grifo nosso), AMBOS DO CP - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEMONSTRADAS - CONDENAÇÃO MANTIDA - SOBERANIA DO VEREDICTO POPULAR - CASSAÇÃO DA SENTENÇA - IMPOSSIBILIDADE - DECISÃO NÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS - DE OFÍCIO: INÍCIO IMEDIATO DO CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES ESTABELECIDAS PARA O SURSIS DIANTE DA CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PELO ÓRGÃO COLEGIADO - POSSIBILIDADE - DESNECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO - DECISÃO DO STF PELO JULGAMENTO DO ARE 964246. - Não estando a decisão dos jurados contrária à prova dos autos, imperioso se manter o veredicto condenatório, mormente diante da soberania inerente ao mesmo. - Conforme determinação do Supremo Tribunal Federal no recente julgamento do ARE nº 964246, deve ser adotado o entendimento de que, assim que exauridas as possibilidades de recurso em Segunda Instância (embargos declaratórios e infringentes), é possível o início do

cumprimento das condições estabelecidas para o sursis estabelecidas pelo órgão colegiado, sendo prescindível o trânsito em julgado da aludida decisão. (TJMG - Apelação Criminal 1.0145.16.022044-1/002, Relator(a): Des.(a) Jaubert Carneiro Jaques , 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 08/05/2018, publicação da súmula em 21/05/2018).

8) EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PROVOCAR ABORTO COM O CONSENTIMENTO DA GESTANTE - ATIPICIDADE DA CONDUTA - GRAVIDEZ NO PRIMEIRO TRIMESTRE - REJEIÇÃO - AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE - PROVA TESTEMUNHAL - VALIDADE - CRIME IMPOSSÍVEL - NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. Não há que se falar em atipicidade da conduta do crime de aborto praticado no primeiro trimestre, uma vez que a decisão proferida, em caso isolado e por maioria, pelo colendo Supremo Tribunal, não tem efeito vinculante, não havendo descriminalização de tal conduta. 2. Existindo elementos nos autos que comprovem a prática abortiva, a prova pericial pode ser suprida pela prova testemunhal, levando-se em conta que os exames não foram realizados devido ao decurso de tempo. 3. Incabível a tese do crime impossível, diante da ausência de comprovação da morte do feto, por laudo pericial, quando há elementos nos autos que indiquem a ocorrência do aborto, segundo a prova testemunhal colhida. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0433.15.018892-1/001, Relator(a): Des.(a) Denise Pinho da Costa Val , 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 27/03/2018, publicação da súmula em 09/04/2018).

9) EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - HOMICÍDIO QUALIFICADO - ABORTO - SENTENÇA DE PRONÚNCIA - MATERIALIDADE DELITIVA DEVIDAMENTE EVIDENCIADA NOS AUTOS - INDÍCIOS DE AUTORIA - INEXISTÊNCIA - INSUFICIÊNCIA DE ELEMENTOS DE PROVA PARA O DECRETO DE PRONÚNCIA - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Não se pode utilizar dos embargos para rediscutir matéria, objetivando nova apreciação no intuito de reformar a decisão. Para seu acolhimento, necessária a presença dos requisitos elencados no art. 619, do CPP, mesmo que o desiderato do recurso seja o prequestionamento. (TJMG - Embargos de Declaração-Cr 1.0514.11.003836-1/002, Relator(a): Des.(a) Corrêa Camargo , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 01/11/2017, publicação da súmula em 08/11/2017).

10) EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - PRELIMINAR - CERCEAMENTO DE DEFESA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA SENTENÇA - IMPOSSIBILIDADE - NULIDADE - ABORTO - PERÍCIA MÉDICA REALIZADA POR ORTOPEDISTA - NECESSIDADE DE NOVA PERÍCIA POR GINECOLOGISTA. - A inversão do ônus prova deve ser realizada na fase de saneamento do feito, com a fixação dos pontos controvertidos da lide que incumbirá à parte contrária comprovar, não podendo os litigantes ser surpreendidos com a aplicação do instituto na sentença. - Tendo em vista o grau de complexidade que demanda o presente feito, necessária a realização de nova perícia por médico ginecologista e que sejam analisadas os exames de ultrassonografia já colacionados aos autos. (TJMG - Apelação Cível 1.0106.12.003273-0/002, Relator(a): Des.(a) Marco Aurelio Ferenzini , 14ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 11/10/2017, publicação da súmula em 20/10/2017).

11) EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - ABORTO - DESPRONÚNCIA - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE. - A decisão de pronúncia consiste em mero juízo de admissibilidade da denúncia oferecida no rito do Tribunal do Júri, no entanto, para que o processo seja submetido a julgamento perante o Conselho de Sentença, deve haver a demonstração cabal da materialidade do fato, nos termos do art. 413 do CPP. - Quando não houver nos autos elementos que comprovem cabalmente a existência do fato delituoso, nos procedimentos do Tribunal do Júri, a despronúncia é medida que se impõe, nos termos do art. 414 do CPP. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0395.10.003485-3/001, Relator(a): Des.(a) Cássio Salomé , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 04/10/2017, publicação da súmula em 11/10/2017).

12) EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - DECISÃO DE PRONÚNCIA - ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE (grifo nosso) - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA OU IMPRONÚNCIA - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA DEMONSTRADOS - TESE DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA - AUSÊNCIA DE PROVAS CABAIS DE SUA OCORRÊNCIA - SOBERANIA DO TRIBUNAL DO JÚRI - CRIME DE OCULTAÇÃO DE CADÁVER - INDÍCIOS SUFICIENTES DE SUA OCORRÊNCIA E PROVA DA MATERIALIDADE - CONEXÃO CONFIGURADA - MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA - RECURSO NÃO PROVIDO. - Se há real indício de autoria e prova da materialidade, outro não poderia ser o caminho senão a admissibilidade do julgamento pelo Tribunal do Júri, pois, ainda que existissem outros elementos nos autos a suscitar eventual dúvida, a pronúncia se imporia como medida jurídica salutar, em respeito ao princípio in dubio pro societate. - Não há que se falar em absolvição sumária sob o amparo de excludente de culpabilidade fundada em inexigibilidade de conduta diversa, pois, nesta fase processual, não se admite uma análise mais aprofundada

acerca do mérito do delito atribuído à acusada, sob pena de se exercer indevidamente a competência soberana do Conselho de Sentença. - Havendo reais indícios de autoria, provas da materialidade e conexão entre o crime de ocultação de cadáver e aquele perpetrado contra a vida, outro não poderia ser o caminho senão a admissibilidade do julgamento pelo Tribunal do Júri. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0145.16.022044-1/001, Relator(a): Des.(a) Jaubert Carneiro Jaques , 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/06/2017, publicação da súmula em 23/06/2017).

13) EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL - ABORTO - SENTENÇA DE PRONÚNCIA - PRELIMINAR - SUSPEIÇÃO DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - ACOLHIMENTO - NULIDADE DECRETADA - RECURSO PROVIDO. - Tendo o I. RMP simplesmente arguido a sua suspeição por motivo de foro íntimo, não poderia ele posteriormente retornar ao feito, alegando sem qualquer justificativa, que ela não mais subsistiria. Preliminar acolhida. - Recurso provido. V.v. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRELIMINAR DEFENSIVA - NULIDADE - ALEGAÇÃO DE SUSPEIÇÃO PELO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - FORO ÍNTIMO - RECONSIDERAÇÃO DOS MOTIVOS PELO PRÓPRIO PROMOTOR DE JUSTIÇA - POSSIBILIDADE - PREFACIAL REJEITADA. 1. As causas ensejadoras da suspeição por motivo de foro íntimo podem ser reavaliadas pelo próprio membro do Ministério Público que se declarou suspeito. Precedentes. 2. Preliminar rejeitada. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0026.03.009874-8/001, Relator(a): Des.(a) Corrêa Camargo , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 26/04/2017, publicação da súmula em 04/05/2017).

14) EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE (grifo nosso) - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO NEXO CAUSAL - DOLO NÃO ATESTADO. 1. Inexistindo comprovação efetiva de que o uso de substância entorpecente determinou a expulsão do feto, não se descartando a hipótese da ocorrência de aborto espontâneo, não se submete a acusada a julgamento popular, por ausência denexo causal entre sua conduta e o resultado jurídico. 2. Tendo sido constatado que a intenção da denunciada não se voltou para a realização do aborto, tendo em vista que prosseguiu na gravidez até estágio avançado, afasta-se a acusação relativa ao aborto provocado pela própria gestante. 3. Recurso a que se nega provimento. (TJMG - Apelação Criminal 1.0694.09.056972-4/001, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 23/02/2017, publicação da súmula em 09/03/2017).

15) EMENTA: ABORTO CONSENTIDO - MINORAÇÃO DA REPRIMENDA - MOTIVO E CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL - GESTANTE NÃO SUBMETIDA A QUALQUER PROCEDIMENTO CIRÚRGICO OU MEDICAMENTOSO - ITER CRIMINIS MINIMAMENTE PERCORRIDO - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECLARADA DE OFÍCIO. Constituindo os motivos e as circunstâncias do crime aspectos já subsumidos ao tipo penal e reconhecida em sentença a primariedade e os imaculados antecedentes do recorrente, injustifica-se a majoração da pena-base nos moldes deduzidos em sentença. Se não se submetera a gestante a qualquer procedimento cirúrgico ou medicamentoso a dar início aos trabalhos de abortivos, tendo percorrido o recorrente mínima extensão do iter criminis, há de se reduzir a pena, em função da tentativa, à fração máxima de 2/3, declarando-se extinta a punibilidade do agente via prescrição retroativa. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.06.121985-3/001, Relator(a): Des.(a) Matheus Chaves Jardim , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 15/12/2016, publicação da súmula em 25/01/2017).

16) EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE COM SEU CONSENTIMENTO (art. 124, 1ª PARTE, DO CP) (grifo nosso). I - PRIMEIRO RECURSO. IMPRONÚNCIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INDÍCIOS DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE. ABSOLVIÇÃO PARA OS CRIMES CONEXOS. NÃO CABIMENTO. CRIME DE MÃO PRÓPRIA. INVIABILIDADE. MATÉRIA AFETA AO TRIBUNAL DO JÚRI. PRIMEIRO RECURSO DESPROVIDO. - Por ser a decisão de pronúncia um mero juízo de admissibilidade/probabilidade, cujo único objetivo é submeter o acusado ao julgamento popular, basta que o juiz se convença de indícios suficientes de autoria e tenha prova da materialidade. - A pronúncia não pode fazer análise de mérito quanto ao juízo de admissibilidade dos crimes conexos, sob pena de usurpação da competência do Júri, de modo que a configuração ou não do delito deve ser analisada dentro da esfera de competência dos jurados. - Não há falar em crime de mão própria, visto que o art. 124, 1ª parte, do CP, permite a participação de terceiros. - Primeiro recurso desprovido. II - SEGUNDO RECURSO. ABSOLVIÇÃO OU IMPRONÚNCIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INDÍCIOS DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE. MATÉRIA AFETA AO TRIBUNAL DO JÚRI. SEGUNDO RECURSO DESPROVIDO. - Deve ser mantida a decisão de pronúncia se pende contra o acusado prova da materialidade e indícios de autoria.- Segundo recurso desprovido III - TERCEIRO RECURSO. ABSOLVIÇÃO OU IMPRONÚNCIA. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. DESCABIMENTO. NÃO HÁ INDÍCIOS DA COAÇÃO MORAL.

MATÉRIA AFETA AO TRIBUNAL DO JÚRI. TERCEIRO RECURSO DESPROVIDO. - Para configurar a coação irresistível como excludente de culpabilidade é necessário que haja o indício da existência de ameaça que se torne impossível de se opor, levando o agente ao cometimento do delito. - Terceiro recurso não provido. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0210.13.002303-4/001, Relator(a): Des.(a) Doorgal Borges de Andrada , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 23/11/2016, publicação da súmula em 30/11/2016).

17) EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - ABORTO - DESPRONÚNCIA - CABIMENTO - AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DO ENVOLVIMENTO DAS RECORRENTES - RECURSO PROVIDO. 1. Não havendo nenhum indício seguro de que as corréis efetivamente tinham ciência da gravidez, e muito menos de que tenham prestado auxílio para os atos abortivos pela própria gestante, seria temerário submetê-las a julgamento pelo Júri em tal situação. Nessa situação, imperiosa é a despronúncia, na forma do art. 414 do CPP. 2. Recurso provido. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0699.10.011516-0/001, Relator(a): Des.(a) Eduardo Brum , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 24/08/2016, publicação da súmula em 30/08/2016).

18) EMENTA: HABEAS CORPUS - CRIMES DE ABORTO - NEGATIVA DE AUTORIA E REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - REITERAÇÃO - AUSÊNCIA DE FATO NOVO - NÃO CONHECIMENTO. 1. Não deve ser analisado Habeas Corpus que seja mera reiteração de pedido anterior já julgado (Súmula 53 - TJMG). (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.15.088029-2/000, Relator(a): Des.(a) Denise Pinho da Costa Val , 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 24/11/2015, publicação da súmula em 03/12/2015).

19) EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - CRIME DE ABORTO - EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA - COMPETÊNCIA TERRITORIAL - ART. 70 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CONSUMAÇÃO DO CRIME DE ABORTO - MORTE EFETIVA DO FETO - COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE ARAGUARI - PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - SEGURANÇA DENEGADA. 01. Para a concessão da Segurança, hão de se encontrar presentes os pressupostos que a autorizam, sendo mister a presença de violação de direito líquido e certo. 02. A competência será determinada pelo lugar em que se consumar a infração, conforme disposto no art. 70 do CPP. 03. O delito de aborto se consuma com a efetiva morte do produto da concepção. (TJMG - Mandado de Segurança - Cr 1.0000.15.054134-0/000, Relator(a): Des.(a) Fortuna Grion , 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/10/2015, publicação da súmula em 16/10/2015).

20) EMENTA: "HABEAS CORPUS" - **ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE** (grifo nosso) - PRISÃO PREVENTIVA REVOGADA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 659 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA - AUSÊNCIA DE PROVA PRECONSTITUÍDA - DOCUMENTOS PESSOAIS ILEGÍVEIS. Estando a paciente em liberdade em virtude de decisão proferida pelo juízo a quo, forçoso reconhecer a prejudicialidade do pedido de revogação de sua prisão. Não havendo nos autos documento hábil a comprovar a idade da paciente, não há como se analisar o pleito de prescrição da pretensão punitiva do Estado. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.15.044836-3/000, Relator(a): Des.(a) Maria Luíza de Marilac , 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 01/09/2015, publicação da súmula em 11/09/2015).

21) EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE ABORTO - TRIBUNAL DO JÚRI - ABSOLVIÇÃO - RECURSO MINISTERIAL - DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA - RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO. - Nos crimes julgados pelo Tribunal do Júri, só se fala em anulação do veredicto quando os jurados optam por versão manifestamente contrária às provas dos autos. Quando há duas versões para o caso, o Conselho de Sentença é livre para optar por aquela que melhor lhe aprouver. - Recurso ministerial desprovido. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.06.029137-4/001, Relator(a): Des.(a) Flávio Leite , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 18/03/2014, publicação da súmula em 28/03/2014).

22) Ementa Oficial: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - SENTENÇA DE PRONÚNCIA - HOMICÍDIO QUALIFICADO E PROVOCAÇÃO DE ABORTO - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE ANIMUS NECANDI NÃO DEMONSTRADA DE FORMA INCONTROVERSA - AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA - INADMISSIBILIDADE - OBSERVÂNCIA DA SÚMULA 64 DO TJMG - RECURSO DESPROVIDO. 1. Inadmissível é a absolvição se existem dúvidas quanto ao "animus necandi" do agente. 2. De acordo com a Súmula n.º 64, deste E. Tribunal de Justiça, "deve-se deixar ao Tribunal do Júri a inteireza da acusação, razão pela qual não se permite decotar qualificadoras na fase de pronúncia, salvo quando manifestamente improcedentes". 3. Recurso desprovido. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0071.10.001066-0/001, Relator(a): Des.(a) Pedro Vergara , 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 09/07/2013, publicação da súmula em 15/07/2013)

23) EMENTA: HABEAS CORPUS - CRIME DE ABORTO PREVISTO NO ARTIGO 124, DO CP E EXTORSÃO (grifo nosso) - PACIENTE COM A SAÚDE DEBILITADA - PRISÃO PREVENTIVA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - PRISÃO DOMICILIAR - POSSIBILIDADE - MEDIDA CAUTELAR FIXADA - LIMINAR RATIFICADA - ORDEM CONCEDIDA. - Em observância ao disposto no art. 318, II, do CPP, estando o paciente extremamente debilitado por motivo de doença grave, mostra-se possível a da prisão domiciliar. - Ordem concedida, com determinação de aplicação de medida cautelar prevista no art. 319 do CPP. V.V. EMENTA: HABEAS CORPUS - ABORTO E EXTORSÃO - PRISÃO DOMICILIAR - INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE - HIPÓTESES DO ART. 318 DO CPP NÃO VERIFICADAS - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO - ORDEM DENEGADA. - Não configurada nenhuma das hipóteses elencadas no art. 318, do Código de Processo Penal, não há falar em substituição da prisão preventiva pela domiciliar ao paciente. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.13.028922-6/000, Relator(a): Des.(a) Doorgal Borges de Andrada , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 12/06/2013, publicação da súmula em 19/06/2013).

24) EMENTA: PRONÚNCIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO, ABORTO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. PRELIMINAR DE NULIDADE. EXCESSO DE LINGUAGEM. EXPRESSÕES DECOTADAS. IMPRONÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA AFETA AO TRIBUNAL DO JÚRI. IN DUBIO PRO SOCIETATE. DECISÃO MANTIDA. PRELIMINAR REJEITADA E RECURSO DESPROVIDO. - Não deve ser declarada a nulidade da decisão quando se apura nos autos o fato de que algumas expressões devem ser retiradas da pronúncia, tendo em vista o teor de suas afirmações, que apesar do excesso, se decotadas da decisão permitem que a mesma seja mantida. - As dúvidas e eventuais incertezas pela prova se resolvem em favor da sociedade, ou seja, in dubio pro societate. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0148.09.070387-4/003, Relator(a): Des.(a) Doorgal Borges de Andrada , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 16/01/2013, publicação da súmula em 24/01/2013).

25) APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO, ABORTO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER - CASSAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - DECISÃO QUE NÃO É MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - RECURSO DESPROVIDO. Só se licencia cassação do veredicto popular quando ele é escandaloso, arbitrário e sem qualquer sintonia com as provas dos autos. Pode o Tribunal do Júri, no uso da soberania que lhe outorgou a Constituição Federal, optar por uma dentre as teses apresentadas em Plenário, desde que seja a mesma plausível em face do contexto probatório. (TJMG - Apelação Criminal 1.0058.09.039152-3/002, Relator(a): Des.(a) Paulo César Dias, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 20/11/2012, publicação da súmula em 03/12/2012).

26) RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PROCESSO PENAL - PRELIMINAR DE NULIDADE - INÉPCIA DA DENÚNCIA - CLARA EXPOSIÇÃO DO FATO DELITUOSO - GARANTIA DO EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA - REJEIÇÃO - PENAL - ABORTO - PRESENÇA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE - PRONÚNCIA - NECESSIDADE - CONCURSO FORMAL - QUESTÃO A SER APRECIADA EM PLENÁRIO - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - DEFERIMENTO. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1. Não se pode considerar inepta a denúncia que preenche os requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal, com clara exposição do fato delituoso, dando ao acusado plenas condições do exercício da ampla defesa e do contraditório. 2. A sentença de pronúncia consiste em mero juízo de admissibilidade da acusação, bastando, para tanto, que o Juiz se convença acerca da materialidade do fato e dos indícios suficientes de autoria, a teor do disposto no art. 413, do Código de Processo Penal. 3. Compete ao Conselho de Sentença manifestar-se acerca da ocorrência de concurso de crimes. 4. Tendo a recorrente se declarado pobre no sentido legal é de se deferir à mesma os benefícios da Assistência Judiciária Gratuita. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0498.08.011451-1/001, Relator(a): Des.(a) Rubens Gabriel Soares , 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/06/2012, publicação da súmula em 06/07/2012).

27) RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - JÚRI - ABORTO TENTADO PROVOCADO PELA GESTANTE (grifo nosso) - PRONÚNCIA - MATERIALIDADE CEDIÇA E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA - DECISÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. - Para o decreto de pronúncia, nos termos do art. 413 do Código de Processo Penal, basta que o Juiz se convença da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Nesta fase, prevalece o princípio in dubio pro societate, isto é, havendo dúvida, mínima que seja, a questão deve ser remetida ao Tribunal do Júri, originalmente competente para a decisão final. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0625.09.094067-1/001, Relator(a): Des.(a) Eduardo Brum , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 30/05/2012, publicação da súmula em 14/06/2012)

28) RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE E OCULTAÇÃO DE CADÁVER (grifo nosso) - ARGUIÇÃO DE NULIDADE ABSOLUTA - AUSÊNCIA DE PROVA

TÉCNICA - IRRELEVÂNCIA - DESAPARECIMENTO DOS VESTÍGIOS - PROVA TESTEMUNHAL - SUPRIMENTO - ARTIGO 167 DO CPP - REJEIÇÃO DA PRELIMINAR - MÉRITO - PROVA DA MATERIALIDADE - INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA E/OU IMPRONÚNCIA - IN DUBIO PRO SOCIETATE - INVIABILIDADE DA PRETENSÃO - DECISÃO MANTIDA - GRATUIDADE DE JUSTIÇA - DEFERIMENTO - RECURSO PROVIDO EM PARTE. ""O exame de corpo de delito, em face do desaparecimento de vestígios, pode ser suprido pela prova testemunhal (art. 167 do CPP)"" (STF - RHC - Rel. Min. Rodrigues Alckmin - RTJ 88/104). - A decisão de pronúncia constitui mero juízo de admissibilidade da acusação e é fundada em suspeita, sendo suficiente, pois, para a sua prolação, apenas o convencimento do magistrado quanto à existência do crime e de indícios de autoria e/ou de participação, tendo por objetivo submeter o acusado ao julgamento perante o Tribunal do Júri. ""A absolvição sumária nos crimes de competência do Júri exige uma prova segura, incontrovertida, plena, límpida, cumpridamente demonstrada e escoimada de qualquer dúvida pertinente à justificativa ou dirimente, de tal forma que a formulação de um juízo de admissibilidade da acusação representaria uma manifesta injustiça."" (in Código de Processo Penal Interpretado, Julio Fabbrini Mirabete, Ed. Atlas, 9ª edição, p. 1.123). Lado outro, cuidando-se a impronúncia de ""um julgamento de inadmissibilidade de encaminhamento da imputação para o julgamento perante o Tribunal do Júri"", o certo é que esta solução somente se impõe quando, de modo algum, seja possível o acolhimento da acusação por aquele e. Colegiado. - Havendo requerimento, é de se deferir à parte, os benefícios da gratuidade de justiça. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0684.09.006899-1/001, Relator(a): Des.(a) Delmival de Almeida Campos , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 14/03/2012, publicação da súmula em 03/04/2012)

29) RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRONÚNCIA - ABORTO - INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA E MATERIALIDADE - DESPRONÚNCIA - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO. - O juízo de pronúncia é um juízo de fundada suspeita e não um juízo de certeza. - Nos termos do art. 413 do CPP, com a nova redação dada pela Lei 11.689/08, 'O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação'. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0701.07.186729-8/001, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 04/08/2011, publicação da súmula em 18/08/2011)

30) RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRONÚNCIA - ABORTO - NULIDADE - GRAVAÇÃO TELEFÔNICA REALIZADA SEM O CONHECIMENTO DE UM DOS INTERLOCUTORES - PROVA LÍCITA - PRELIMINAR REJEITADA - PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA - DESCLASSIFICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. - Não deve ser considerada prova ilícita aquela derivada de gravação de conversa telefônica, feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, já que se trata de situação distinta da interceptação telefônica, cuja realização necessita de autorização judicial. - Havendo indícios de que o acusado tenha convencido a vítima a abortar, mediante grave ameaça, deve ser mantida a sua pronúncia como incurso nas sanções descritas no art. 126, parágrafo único, do Código Penal. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0081.04.000786-6/001, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/05/2011, publicação da súmula em 10/06/2011).

31) APELAÇÃO CRIMINAL - ABORTO - PRELIMINAR - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PELA PENA APLICADA - DECURSO DE LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A QUATRO ANOS ENTRE A DATA DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA E O PRESENTE JULGAMENTO - IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO MÉRITO DO INCONFORMISMO - PREJUDICIALIDADE - RECURSO CONHECIDO, DECRETADA, DE OFÍCIO, EXTINTA A PUNIBILIDADE DO APELANTE PELA PRESCRIÇÃO. (TJMG - Apelação Criminal 1.0474.02.003408-5/001, Relator(a): Des.(a) Márcia Milanez , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 01/03/2011, publicação da súmula em 29/04/2011).

32) RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRELIMINAR - SEPARAÇÃO DO PROCESSO - IMPOSSIBILIDADE - CONEXÃO ENTRE AS INFRAÇÕES -PRONÚNCIA - ABORTO - PROVA DA AUTORIA E MATERIALIDADE - DESPRONÚNCIA - IMPOSSIBILIDADE - CRIMES DE CORRUPÇÃO ATIVA E DE CORRUPÇÃO PASSIVA - CRIMES CONEXOS - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI - RECURSOS NÃO PROVIDOS. - Havendo conexão entre as infrações, não se revela possível proceder à separação do processo. - O juízo de pronúncia é um juízo de fundada suspeita e não um juízo de certeza. - Nos termos do art. 413 do CPP, com a nova redação dada pela Lei 11.689/08, 'O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação'. - Na fase de pronúncia, não cabe ao magistrado, ao elaborar o juízo de admissibilidade da acusação, referentemente aos crimes dolosos contra a vida, analisar se é procedente ou não a imputação feita

pelo órgão acusatório no tocante ao delito conexo. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0713.03.028546-2/001, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 15/07/2010, publicação da súmula em 16/08/2010).

33) PRONÚNCIA. ABORTO. ALEGAÇÃO DE DESCONHECIMENTO DA GRAVIDEZ. INGESTÃO DE MEDICAMENTO 'CITOTEC' (grifo nosso). TESE DEFENSIVA QUE DEVE SER EXAMINADA PELO JÚRI. INCLUSÃO DO CO-RÉU COMO PARTÍCIPE. POSSIBILIDADE. TEORIA MONISTA. RECURSO DESPROVIDO. - Para a pronúncia, bastam indícios da autoria delituosa e, presentes nos autos, deve o Tribunal do Juri conhecer da integralidade da imputação e das teses da defesa. - O agente que auxilia a autora na prática do autoaborto responde como partícipe do crime, correta a inclusão delituosa do co-réu na pronúncia, via aplicação da Teoria Monista abraçada no art. 29 do Código Penal. (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0518.06.095946-8/001, Relator(a): Des.(a) Herculano Rodrigues , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 08/04/2010, publicação da súmula em 26/04/2010)