



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O ATIVISMO JUDICIAL EM RELAÇÃO AO CRIME DE
ABORTAMENTO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Cristiana de Oliveira Magalhães

Rio de Janeiro
2020

CRISTIANA DE OLIVEIRA MAGALHÃES

O ATIVISMO JUDICIAL EM RELAÇÃO AO CRIME DE
ABORTAMENTO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2020

O ATIVISMO JUDICIAL EM RELAÇÃO AO CRIME DE ABORTAMENTO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Cristiana de Oliveira Magalhães

Graduada pela UNESA – Universidade Estácio de Sá. Pós-graduada em Direito Civil pela UCAM - Universidade Cândido Mendes.

Resumo – as transformações sofridas na sociedade, principalmente em relação à emancipação feminina exige que o Judiciário se debruce sobre questões como o direito da mulher de decidir quanto ao abortamento. Essa questão ensejou em decisões do Supremo que demonstraram a tendência pela descriminalização do aborto. Essa atuação ativista levantou discussões acerca da violação a separação dos poderes. O trabalho procura abordar se realmente tais decisões afrontam o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave – Direito Penal. Aborto. Ativismo Judicial. Separação de Poderes.

Sumário – Introdução. 1. O conceito do aborto para a ciência médica e jurídica. 2. O aborto no direito penal brasileiro. 3. O ativismo judicial em relação ao aborto no estado democrático e de direito. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho aborda o tema da constitucionalidade na relativização dos crimes contra a vida consoante às decisões do STF. O fenômeno do ativismo judicial tem sido alvo de acaloradas discussões no meio acadêmico, qualificando-o positiva ou negativamente.

A postura proativa do Poder Judiciário frente aos desafios que cotidianamente se apresentam, tem despertado várias discussões no mundo acadêmico. Diante disso, parte da doutrina acredita que o fenômeno é pertinente, pois se deve a necessidade de uma leitura que acompanhe as constantes transformações enfrentadas pelos indivíduos, uma vez que o processo legislativo, por sua natureza, não poderia acompanhar tais mudanças.

Inversamente, há autores que apontam esse movimento como uma injustificada invasão a competência dos outros poderes estatais, qualificando como prática antirrepublicana; com fundamento na Teoria da Separação dos Poderes, consignada no art. 2º da CRFB/88, concebida por Montesquieu em sua obra: “O Espírito das Leis” - não cabendo ao Judiciário a prerrogativa de criar ou modificar uma lei.

Nesse contexto, ganha fôlego questões atinentes a descriminalização do aborto como no caso dos fetos anencéfalos que deu origem a uma nova interpretação dos crimes de aborto no Código Penal, com a ADPF nº 54. Desse prisma, ampliando sua interpretação, a Primeira Turma

do Supremo Tribunal Federal nos autos do *Habeas Corpus* nº 124.306, decidiu em novembro de 2016, que a criminalização do aborto pelo Código Penal é inconstitucional por sua incompatibilidade com diversos direitos fundamentais.

Tal postura proativa apontou para uma tendência: a jurisprudência progressiva do poder judiciário ao interpretar a Constituição. Essa prerrogativa, conferida pelo constituinte originário, esbarra na limitação da dosagem que em exagero seria capaz de matar por envenenamento a letra fria e com fronteiras pré-estabelecidas da lei. Interferência que se tornaria ainda mais temerária, se de tão independente resultasse na desarmonia dos Poderes da União.

No primeiro capítulo serão abordados os conceitos imprimidos pelas ciências médicas e jurídicas, bem como da importância da distinção entre definição e conceito para os operadores do direito.

No segundo capítulo será apresentado o tratamento que o Direito Penal brasileiro tem dado ao tema e como a doutrina conceitua e define o crime de abortamento, aduzindo-se os meios que costumeiramente têm sido empregados para o cometimento do crime.

No terceiro capítulo será apresentada a postura ativista dos magistrados que tem sido alvo de discussões acerca do comprometimento do direito aplicado ao caso concreto, tendo cada vez mais se afastado da isenção e imparcialidade previstas no ordenamento jurídico, capaz de ensejar em afronta a separação de poderes.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – com exploração do tema em livros doutrinários, artigos, legislação e jurisprudência ou mediante outros meios escritos de professores e estudiosos do tema, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa para sustentar a sua tese.

1. O CONCEITO DO ABORTO PARA A CIÊNCIA MÉDICA E JURÍDICA

A origem do homem é um dos assuntos mais controversos capaz de ocupar a mente humana. Aquele que se debruça sobre o tema precisa de grande diligência e precaução em sua condução que, por vezes, é violadora da natureza moral. Um cuidado maior ainda, daquele que

comunica, deve haver com a escolha das palavras. Isso porque elas carregam um perigo que lhes é inerente, que se origina do seu alto grau de persuasão e com um poderio de envolvimento tal, capaz de influenciar psicologicamente toda uma geração. É um fato que a história de maneira assombrosa já comprovou em evidente demonstração desse poder, por meio da disseminação de doutrinas que se sustentaram em ideias racistas, culminando na produção dos vergonhosos registros das mortandades de inocentes vitimados pelas sangrentas e desnecessárias guerras. Porém o que mais amedronta é a capacidade humana de construir essas teorias e com elas conquistarem seus asseclas, simplesmente porque conhecem o efeito magnético e incendiador que a retórica pode causar aos interlocutores. É a triste comprovação de que a palavra em mãos erradas pode se tornar a arma mais devastadora de que se tenha notícia.

Do latim, *abortus*, é a ação de abortar, que é particípio passado de *aborior*, desaparecer, extinguir-se ou morrer ou de *abortāre*, nascer antes do tempo. Do étimo da palavra, dimana a preposição latina *ab*, que é usada para compor palavras indicativas de movimento para fora, distanciamento, afastamento, separação, ausência ou privação. Aglutina-se ao afixo *orior*, nascer; *ortus*, nascimento ou *oriori*, nascer, originar-se; e, assim, o termo *ab-ortus*, traduz-se na ideia de privação do nascimento. É o ato de dar à luz antes do tempo¹. Trata-se da interrupção da gravidez, com a morte e expulsão do feto.

No vocabulário médico oficial, o aborto é a interrupção da gravidez antes do início do período perinatal, definido pela OMS (CIE 10), a partir de vinte e duas semanas completas, ou seja, cento e cinquenta e quatro dias de gestação, quando o peso ao nascer é normalmente de quinhentos gramas. Já o processo de interrupção da gravidez, segundo a Medicina, é denominado abortamento. Sendo considerado, pela medicina, como precoce quando ocorre antes da décima terceira semana da gravidez, e como tardio quando se dá entre à décima terceira e a vigésima segunda semana²; e, portanto, de acordo com Débora Diniz e Marcos de Almeida, classificada como:

1. Interrupção eugênica da gestação (IEG): são os casos de aborto ocorridos em nome de práticas eugênicas, isto é, situações em que se interrompe a gestação por valores racistas, sexistas, étnicos, etc. Comumente, sugere-se o praticado pela medicina nazista como exemplo de IEG quando mulheres foram obrigadas a abortar por serem judias, ciganas ou negras. Regra geral, a IEG processa-se contra a vontade da gestante, sendo esta obrigada a abortar; 2. Interrupção terapêutica da gestação (ITG): são os casos de aborto ocorridos em nome da saúde materna, isto é, situações em que se interrompe a gestação para salvar a vida da gestante. Hoje em dia, em face do avanço científico e

¹ PORTO. *Dicionário Acadêmico de Latim-Português*. 2. ed. Porto: Porto, 2001, p.13.

² UFRJ. *Obstetrícia*. Disponível em: <http://www.me.ufrj.br/images/pdfs/protocolos/obstetricia/abortamento.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2019.

tecnológico ocorrido na medicina, os casos de ITG são cada vez em menor número, sendo raras as situações terapêuticas que exigem tal procedimento.

No discurso jurídico, coube a doutrina conceituar o aborto, tendo em vista que o legislador penal não se empenhou em fazê-lo. Portanto, de acordo com Celso Delmanto³, é a interrupção intencional do processo de gravidez, com a morte do feto. O autor Frederico Marques, define como a interrupção voluntária da gravidez, com a morte do produto da concepção⁴. Para Aníbal Bruno, é a interrupção do processo fisiológico da gestação, com a consequente morte do feto, admitindo-se muitas vezes o aborto ou como a expulsão prematura do feto, ou como a interrupção do processo gestacional, porém de modo isolado não bastam esses fatos para caracterizá-lo⁵. De acordo com Guilherme de Souza Nucci⁶, é a cessação da gravidez, cujo início se dá com a nidação, antes do termo normal, causando a morte do feto ou embrião. A doutrinadora Maria Helena Diniz⁷ assim conceitua, “o termo “aborto”, originário do latim *abortus*, advindo de *aboriri* (morrer, perecer), vem sendo empregado para designar a interrupção da gravidez antes de seu termo normal, seja ela espontânea ou provocada, tenha havido ou não expulsão do feto destruído.”

Apropriado se faz distinguir definição de conceito. Terminologias frequentemente usadas de modo viciado pelo operador do direito, que não se atenta ao mecanismo envolto na tensão entre o entendimento e os rigores da lei. A definição é estática, única, válida, autorizada; e, por vezes, autoritária. É a dura lex. Enquanto, o conceito por estar em constante movimento é inconstante; por isso, comporta o debate. E, assim, se faz ciência.

Essas definições estáticas, mas modificáveis têm profunda dependência do signo linguístico. Porque a escrita acadêmica depende da linguagem com alto grau de precisão. Isso torna a palavra, o instrumento fundamental para a discussão dos temas jurídicos. A definição é estática, mas não imutável. Essa mutabilidade depende das releituras realizadas pelo raciocínio aprofundado de determinada lei ou decisão judicial. Essas interpretações podem desaguar em nova categorização. Exemplo disso é o fenômeno da mutação constitucional – interpretação capaz de transformar definições estáticas, por meio de conceituações decorrentes da evolução

³ DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 9. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 716.

⁴ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v. IV, São Paulo: Millennium, 1999, p. 183.

⁵ BRUNO apud VALFRIDO, Carlos. *O Crime de Aborto e Suas Principais Características*. Disponível em: http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_12924/artigo_sobre_o-crime-de-aborto-e-suas-principais-caracteristicas). Acesso em: 16 abr. 2019.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 467.

⁷ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. rev. Aum. e atual. de acordo com Código de Ética Médica. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 86.

fática, em que há a incidência da norma. Sobre a matéria disciplina Paulo Gustavo Gonet Branco⁸:

O estudo do poder constituinte de reforma instrui sobre o modo como o Texto Constitucional pode ser formalmente alterado. Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional. A nova interpretação há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional.

Nesse contexto, a tarefa enfrentada, que não se limita aos operadores do direito, se torna árdua quando se misturam aos textos científicos os sentimentos de ordem religiosa, política e moral. Devendo, primeiramente, aquele que se debruça sobre a temática, desvendar quais pressupostos morais se escondem na retaguarda da escolha de cada termo conceitual. De modo que, o debate é permeado por conceitos que se delineiam proporcionalmente ao impacto social que cada termo pode provocar. É um desafio ao paralelismo semântico. Não seria ousado dizer, que os termos que estampam os conceitos jurídicos se perfazem quase de modo autônomo e extrínseco ao próprio texto. Isso se deve ao fenômeno natural do direito: de que apesar da dependência do homem, ele se desenvolve sem a sua permissão, pois tem uma lógica própria, influenciável pelos fatos históricos e sociais. E faz do direito o fenômeno do inalcançável, pois sempre estará à nossa frente. É a ciência das frustrações, por sua incapacidade de responder a todas as indagações humanas. No entanto, se conformando a esse cenário, a doutrina nos apresenta as classificações que entende serem as mais adequadas e úteis ao direito, desprovidas, no entanto, do absolutismo conceitual próprio da leviandade.

2. O ABORTO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A exposição de motivos do Decreto-lei nº 2848 de 07 de dezembro de 1940, o atual Código Penal do Brasil, manteve a incriminação do aborto; no entanto, declarou penalmente lícito, “quando praticado por médico habilitado, o aborto necessário, ou em caso de prenhez resultante de estupro”; acrescentando que a exceção tem por base razões de ordem social e

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 201.

individual, a que o legislador penal não pode deixar de atender⁹. Com efeito, o aborto, em regra, é conduta tipificada como crime previsto no Título I, Capítulo I, que trata dos Crimes Contra a Vida, do artigo 124 ao 128 do Código Penal¹⁰.

Conforme dito anteriormente, o legislador não se preocupou em dizer o que é aborto, tendo, portanto, a doutrina considera que é a interrupção da gravidez com a consequente destruição do produto da concepção consistindo na eliminação da vida intrauterina¹¹. A lei não distingue óvulo fecundado, ou seja, as três primeiras semanas de gestação; de embrião, com tempo gestacional de três meses ou de feto, a partir dos três meses. Há proteção desde a germinação das células que se constituem em ovo ou zigoto.

Para a medicina, o termo inicial da gravidez é a fecundação ou concepção, i.e., a fertilização do óvulo pelo espermatozoide. Esse processo é assim descrito por Scott F. Gilbert¹²:

[...] em quase todos os casos, o desenvolvimento de um organismo pluricelular começa com uma única célula - ovo fertilizado ou zigoto, que dividido através da mitose, produz todas as células do corpo. O estudo do desenvolvimento animal tem sido tradicionalmente chamado de embriologia, se referindo ao fato de que entre a fertilização e o nascimento, o organismo em desenvolvimento é conhecido como embrião. (...) A vida de um novo indivíduo é iniciada pela fusão do material genético de dois gametas, o espermatozóide e o óvulo. Essa fusão, chamada fertilização, estimula o ovo a iniciar o desenvolvimento. Os estágios subseqüentes do desenvolvimento são coletivamente chamados de embriogênese.

Ao revés, há posicionamento no sentido de que a gravidez ocorre após a nidação, que é a implantação do óvulo fecundado no útero. Essa corrente, defende que mulheres que usam anticoncepcionais e dispositivo intrauterino (DIU), cometem o aborto, porque esses métodos agem após a fecundação, impedindo o alojamento do ovo no útero. Esse raciocínio tem sido refutado por doutrinadores modernos, uma vez que, o Brasil permite o uso desses métodos contraceptivos. Portanto, as mulheres que deles fazem uso, por estarem acobertadas por causa de exclusão da ilicitude, prevista no artigo 23, inciso III, in fine, do Código Penal, não cometem o delito do aborto. É o mesmo raciocínio que se faz para com a, vulgarmente conhecida, pílula do dia seguinte.

O crime de aborto estará realizado em quaisquer das fases da gravidez. A ação de provocar descrita no núcleo do tipo penal deve visar o ovo, embrião ou feto. O que distingue o

⁹ BRASIL. *Exposição de Motivos do Código Penal Brasileiro*. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>. Acesso em: 13 abr. 2019.

¹⁰ BRASIL. *Código Penal*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 14 abr 2019.

¹¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, V. 2, parte especial. São Paulo: Saraiva, 201, p. 129.

¹² GILBERT, Scott F. *Biologia do desenvolvimento*. 5. ed. Ribeirão Preto, SP: FUNPEC, 2003, p. 3.

delito de aborto dos crimes de infanticídio e homicídio é o fato de que os dois últimos casos são posteriores ao início do parto. Assim, segundo Fernando Capez¹³:

no art. 123 do Código Penal, podemos definir o infanticídio como a ocisão da vida do ser nascente ou do neonato, realizada pela própria mãe, que se encontra sob a influência do estado puerperal. Trata-se de uma espécie de homicídio doloso privilegiado, cujo privilegium é concedido em virtude da “influência do estado puerperal” sob o qual se encontra a parturiente. É que o estado puerperal, por vezes, pode acarretar distúrbios psíquicos na genitora, os quais diminuem a sua capacidade de entendimento ou autoinibição, levando-a a eliminar a vida do infante

Na tipificação do autoaborto, prevista no artigo 124 do Código Penal, - que é crime denominado de mão-própria, porque somente a gestante é o sujeito ativo, ou seja, autora do crime - , o Estado tutela apenas um bem jurídico, que é o direito à vida do produto da concepção. Sendo preservada, assim, a vida humana extrauterina.

Já nos abortos provocados por terceiros, com previsão nos artigos 125 e 126, ambos do Código Penal, em que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, por tratar-se de crime comum. O bem jurídico tutelado é a incolumidade física e psíquica da gestante, em concomitância com o direito à vida. Somente o feto pode ser o sujeito passivo do crime de autoaborto ou aborto consentido. Ele é detentor dos direitos civis, desde a concepção, nos termos da lei civilista, que adotou a teoria concepcionista no artigo 2º; que explica a tutela jurídica do nascituro. Já no aborto provocado por terceiro com ou sem o consentimento da gestante, o sujeito passivo tanto é a gestante, quanto o feto, por tratar-se de crime de dupla subjetividade passiva¹⁴.

Por tratar-se de crime, classificado pela doutrina, de ação livre, a provocação da conduta típica pode ser realizada com *modus operandi* diverso, seja por ato omissivo ou comissivo. Para ser penalmente relevante, a omissão, depende da existência do dever de agir conforme prevê o artigo 13, p. 2º do CP. Quanto ao ato de abortamento por comissão, os meios executórios, normalmente, usados são: químicos; psíquicos e físicos.

Os meios químicos são os mais frequentes, sendo considerados pela ciência como não propriamente abortivos, porém com atuação por via de intoxicação de substâncias medicamentosas ou não, conforme é descrito por Francisca Rosana do Nascimento e Irineu Lima Albuquerque¹⁵:

estudos realizados sobre a utilização de medicamentos ou substâncias como abortivos em várias regiões do Brasil, apresenta na região Nordeste o uso de várias substâncias,

¹³ Ibid., p. 119-120.

¹⁴ MASSON, Cleber *Direito penal esquematizado*: parte especial. V.2. 6. ed. ed. rev. e atual – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 103.

¹⁵ BARROS, Francisca Rosana do Nascimento, ALBUQUERQUE, Irineu Lima de. Substâncias e medicamentos abortivos utilizados por adolescentes em unidade secundária de saúde. *Revista Brasileira em Promoção da Saúde* n. 18, 2005 Disponível em:<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=40818404>> ISSN 1806-1222. Acesso em: 14 abr. 2019.

entre elas: Reguladores do fluxo menstrual, “Coquetel” feito com mistura de drogas com atividade hormonal, Misoprostol, Arruda (*Ruta graveolens*), Quebra-Pedra (*Phyllanthus niruri*), Cabacinha (*Luffa Operculata*), Erva de Bicho (*Polygonum acre*). Não existem substâncias propriamente abortivas que sejam capazes de esvaziar o útero grávido. As substâncias utilizadas para provocar o aborto são geralmente tóxicas e envenenam o organismo da gestante, com quadro mais ou menos grave, por consequência, morte ovular, embrionária ou fetal.

Os meios psíquicos são aqueles capazes de afetar negativamente o estado emocional da gestante como provocações de susto, terror e sugestão de terceiros. Os meios físicos são os mecânicos, como por exemplo, a curetagem à vácuo que é a remoção do concepto introduzindo-se uma cureta oca no útero, por meio da qual é aplicado o vácuo. Os meios térmicos, como no caso de aplicação de bolsas de água quente e fria no ventre da grávida ou, ainda, meios elétricos, como, v.g., o emprego de corrente galvânica ou farádica¹⁶.

O crime de aborto, pode ter o *iter criminis* fracionado, por tratar-se de crime material. Sendo admitida pela doutrina a modalidade tentada de aborto. A consumação ocorre com a efetiva morte do produto da concepção, não havendo necessidade de sua expulsão do organismo da mulher, podendo, portanto, ocorrer sua petrificação, reabsorção ou mesmo dissolução no útero em um processo de autólise.

Por fim, o aborto legal está previsto no artigo 128¹⁷, prevendo duas modalidades: o terapêutico (curativo) e o sentimental, humanitário ou ético. Para Rogério Greco, a primeira hipótese é causa de justificação correspondente ao estado de necessidade¹⁸. Porém, a segunda modalidade é “hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, não se podendo exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção da sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será típico e ilícito, mas deixará de ser culpável”¹⁹.

3. O ATIVISMO JUDICIAL EM RELAÇÃO AO ABORTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Embora muito do que se discute na academia científica do direito sobre a postura ativista dos magistrados se lastreie no direito construído por países de origem anglo-saxônica, um sistema que foi estruturado na lei comum, o dito *common law* - quando se aplica o direito criado

¹⁶ CAPEZ, op. cit., p. 131.

¹⁷ As hipóteses de aborto legal estão expressas nos incisos do artigo 128, que exclui a punibilidade do aborto praticado por médico quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante e se a gravidez resultar de estupro desde que precedido de consentimento dela; ou quando tratar-se de incapaz, de seu representante legal.

¹⁸ GRECO, op. cit., p. 183.

¹⁹ *Ibidem*, p. 187.

e aperfeiçoado pelos juízes despontando no conjunto de precedentes capaz de vincular as decisões futuras. Se verifica que na contramão dessa história, o Brasil é enquadrado entre os países de tradição romano-germânica, com modelo sistematizado no *civil law* que se construiu ao longo do tempo, primordialmente pelo fenômeno da codificação do direito a partir do século XVIII. Trata-se de um direito que se serve da lei como seu principal sustento para a motivação das decisões proferidas pelos magistrados.

As questões que logo se levantam, no entanto, não dizem respeito apenas à forma. Deve se ter em mente que sentença é a expressão do sentimento do julgador. Nesse sentido, o magistrado julga conforme seu “livre” convencimento motivado. Esse postulado enquanto norma norteia sua atuação que mais se aproxima de uma atividade inata da consciência. Eis o mais brilhante reconhecimento de que o juiz não é um ser divino.

Ao contrário da ideia propagada por filósofos defensores da ideologia de um ser escolhido por Deus como seu representante entre a mediocridade pertencente aos vis seres mortais, de sorte que o juiz tem a difícil tarefa e nobre prerrogativa divina à qual foi investido de julgar os conflitos inerentes à natureza dos homens sem olvidar-se que também é um deles. Por isso sua atuação apenas se sustentará se agir de acordo com os princípios consagrados ao longo do desenvolvimento da ideia de justiça que foi classicamente se sistematizando com a ideia crucial para as sociedades do que pode ser definido por Estado Democrático e de Direito.

E sendo essa a configuração moderna defendida pelo Legislador Constitucional, ao entendimento de que um não poderia existir com plenitude sem a existência do outro, seu cumprimento é o que cabe a quem incumbe a aplicação das normas. Sabendo que essa configuração não se deu ao acaso.

Só a história pode trazer à baila todo o sofrimento experimentado pela humanidade ocasionado pelos governos absolutistas e totalitários, e assim nos relembrar que o Estado democrático que conhecemos é a herança deixada por todos aqueles que corajosamente sacrificaram a vida ao travarem batalhas com governos despóticos. Olhar para trás ensina a não repetir os mesmos erros. Encoraja a impedir os holocaustos provocados pela insanidade de um único homem. Fechar os olhos para esses fatos no mínimo poderá transformar essa geração em frívola, alienada, vil. E pior: desumana, monstruosa.

Para combater tais injustiças o Estado instrumentaliza o direito, é assim com a possibilidade de descortinar de maneira reflexiva e com as indagações que se fazem pertinentes para o melhor enfrentamento e esclarecimento da ideia de justiça da decisão que se faz em meio às manifestações decisórias do judiciário, situadas nas mudanças que dão os contornos do direito no ambiente doméstico, e no cenário mundial.

É nessa persecução da verdade, intuído em responder às indagações que se apresentam, o pesquisador se aventura sabendo, pois, que é de suma responsabilidade o uso das ferramentas mais confiáveis. Portanto, ao se enveredar na investigação da origem do direito, mais seguro se faz o entendimento da historicidade, sabendo que sua construção teve a contribuição do próprio homem.

Essa forma descritiva dos acontecimentos, desenhada já desde as primeiras civilizações e que culminou nessa formação histórica de Estado é a ideia central do desenvolvimento das democracias mundo afora pré e pós revoluções mundiais que estruturaram também a ideia que se tem hoje de Direito. De modo que, não por acaso se transformou na ciência das gentes, tendo sido talhada a duras penas. Por tendência, as ciências jurídicas têm sofrido há algum tempo uma espetacularização midiática que tem feito das decisões dos Tribunais uma matéria cada vez mais popularizada. Na era da comunicação frenética, muito se fala sobre tudo, mais ainda sobre direito. Mas, afinal, o que é o Direito?

Terminologicamente, a expressão direito, proveniente do latim *dis* (muito) e *rectum* (reto ou justo), em um sentido lato sensu da ciência do direito é definida como o que é reto, o que tem justiça.

Além disso, pode se conceituar como a ciência que estuda a aplicação das normas em situações distintas buscando mediação de conflitos. O escopo do direito é garantir a convivência harmônica entre os indivíduos, nesse sentido as decisões judiciais buscam a (utópica) paz social entre os membros da comunidade. Para que essa finalidade seja alcançada o direito objetivo pode ser aplicado como meio de coibir comportamentos inadequados regulamentando comportamentos com força coercitiva que é atribuída indiretamente à sociedade pelo poder de representação.

No entender de Miguel Reale²⁰ é a ordenação ética coercível, heterônoma e bilateral atributiva das relações sociais, na medida do bem comum. É ordenação porque se sustenta em um conjunto normativo. Por se tratar de ordenações éticas tem como característica geral a imperatividade, pois regem-se pelo princípio da imputação ou dever ser. Ainda que sejam violadas não é possível a perda do seu valor por serem contrafáticas. Nesse sentido, a norma é coercível, pois busca minimizar sua violação. É heterônoma pois as normas são confeccionadas após um processo legislativo que as legitimam, devendo ser cumpridas por todos os seus destinatários, independentemente de sua aceitação, que tornar-se-á irrelevante pelo fato de a norma estar revestida de imperatividade estatal. É axiologicamente bilateral já que há uma

²⁰ REALE, Miguel. *Preliminares de direito*, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 27.

constante busca pela concretização dos valores sinalagmáticos das partes visando o bem-estar comum não se atendo ao individualismo. Por fim, é atributivo, no momento em que se dota de poderes já garantidos aos destinatários das normas jurídicas.

Convém destacar que na definição tridimensional bifurcada em tridimensionalismo específico e genérico, Miguel Reale²¹ congrega três elementos “fato, valor e norma” como:

o que denominamos tridimensionalismo específico assinala um momento ulterior no desenvolvimento dos estudos, pelo superamento das análises em separado do fato, do valor e da norma, como se se tratasse de gomos ou fatias de uma realidade decomponível; pelo reconhecimento, em suma, de que é logicamente inadmissível qualquer pesquisa sobre o Direito que não implique a consideração concomitante daqueles três fatores.

Já o tridimensionalismo genérico concebe cada um dos três elementos de maneira individualizada, fazendo com que cada um deles tenha correspondência com ramos distintos do saber científico, ora os fatos estudados autonomamente pela sociologia jurídica, ora o valor pelo moralismo jurídico, ora as normas estudadas pelo normativismo jurídico. Para Reale²² o reconhecimento de uma correlação entre os três fatores é essencial para a compreensão do direito. Para o autor o Direito:

não é só norma, como quer Kelsen, Direito, não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor

Essa leitura moderna apoiada em um idealismo que defende o direito como uma cultura humana decorrente do processo natural que fornece elementos axiológicos capazes de torná-lo mais próximo à realidade à qual se encontra inserido é a novidade que foi se construindo ao longo da história. Para compreender essa transformação do direito no fenômeno incipiente do neoconstitucionalismo ou pós-positivismo é preciso retroceder no tempo e no espaço e refletir sobre o princípio.

Visto por esse prisma, o direito se mostra mais que um apanhado de documentos autoritários de normas reconhecidas como válidas em determinado espaço-temporal, por tratar-se de uma *práxis* social cujo sentido se constrói historicamente pela contribuição coletiva orientada pela ética da razão. Assim, Hespanha²³ observa que “o direito de que os juristas falam não é nada que exista como entidade definida antes e para além do discurso dos juristas. São

²¹ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, 19. ed. São Paulo Saraiva, 1999, p. 591.

²² Idem. *Teoria Tridimensional do Direito*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.91.

²³ HESPANHA, Antônio Manuel. *A história do direito na história social*. Lisboa: Livros Horizonte, 1978, p.72.

estes, ao falar dele e ao transformá-lo em objeto de uma prática, que constituem o seu próprio corpo e lhe traçam os limites”. Porque trata-se da construção realizada por determinado povo em território específico e por certo lapso temporal, nesse sentido Haddock²⁴ observa que:

na história, a melhor parte do direito universal acha-se escondida, enterrada em obscuros estatutos e ponderosos comentários, e é apenas quando o direito é visto em relação a uma teoria geral de 'o costume dos povos e os começos, crescimento, condições, mudanças, e decadência de todos os estados que diferentes sistemas de direito podem ser convenientemente avaliados.

Portanto, a transição sofrida pelo direito que cria e modifica as regras vigentes em uma determinada comunidade reflete profundamente nas premissas que constroem os princípios e regras que limitam a atuação dos intérpretes da norma. Eis que os axiomas resultantes de profundas reflexões e feitos humanos considerados desde o primeiro sopro de vida na Terra são as evidências mais confiáveis de tudo que se conseguiu definir como direito, assim como nas memoráveis palavras de Cícero²⁵, “a história é testemunha dos séculos, luz da verdade, vida da memória, mestra da vida, mensageira do passado”. Se o direito é o produto das transformações então é o produto da história humana.

A Constituição de um país retrata essa história. A Constituição Federal Brasileira de 1988, prevê em seu art. 22, inciso I²⁶, “que compete privativamente à União legislar sobre direito penal”. Sendo assim, a criminalização do crime de abortamento é reserva de lei. No entanto, as lacunas deixadas pelo legislador têm sido alvo constante de profundas controvérsias como no caso da ADPF nº 54²⁷, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na

²⁴ HADDOCK apud LENZ, Sylvia Ewel. Jean bodin: as premissas de um estado soberano. *Revista de Ciências Sociais*, v. 9, nº 1, 2004, p. 121.

²⁵ FERNANDES apud TEIXEIRA, Felipe Charbel. *Cícero e a história como mestra da vida*. Disponível em: <<https://escolakids.uol.com.br/historia/cicero-e-a-historia-como-mestra-da-vida.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

²⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 ago 2019.

²⁷ JUS NAVIGANDI. *Aborto de anencéfalos*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21532/stf-aborto-de-fetos-anencefalos-adpf-54-e-legislador-positivo>>. Acesso em: 02 jul 2019. A questão consistia em saber se a interrupção da gestação de feto sem cérebro caracteriza o crime de aborto, previsto no artigo 124 do Código Penal. A Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental – ADPF foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, cuja atuação foi representada por Luís Roberto Barroso e que aviou, em resumo, as seguintes alegações: a) a hipótese em julgamento não configura aborto, que pressupõe potencialidade de vida do feto. A interrupção da gravidez de feto anencéfalo não configura hipótese prevista no artigo 124 do Código Penal; b) o sistema jurídico pátrio não define o início da vida, mas fixa o fim da vida (com a morte encefálica, nos termos da Lei de Transplante de Órgãos). Na hipótese em julgamento não haveria vida e, portanto, não haveria aborto; c) as normas do Código Penal que criminalizam o aborto são excepcionadas pela aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º da Constituição). O STF, por maioria de votos (8 x 2), julgou procedente o pedido veiculado na ADPF 45. Em resumo, foram utilizados os seguintes fundamentos: Min. Marco Aurélio (relator): o feto anencéfalo é incompatível com a vida e por isso não é proporcional defender o feto – que não vai sobreviver – e deixar sem proteção a saúde da mulher – principalmente a mental; Ministra Rosa Weber: deve-se proteger a liberdade individual e de opção da gestante, pois não há interesse jurídico na defesa de um feto natimorto; Ministro Luiz Fux: o Código Penal é da década de 1940 e na época não era possível prever e identificar um feto anencéfalo. Atualmente, trata-se de uma questão de saúde pública que deve ser respeitada em prol da mulher. Ministra Cármen

Saúde, questionando a aplicação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal, em relação ao feto anencéfalo. Ao declarar a inconstitucionalidade de qualquer interpretação que levasse ao enquadramento como aborto criminoso do que chamou de antecipação terapêutica de feto anencéfalo. A Corte entendeu que o feto diagnosticado com anencefalia não goza da mesma proteção à vida, prevista no artigo 5º da CRFB/88 e do artigo 7º do ECA, que outros tipos de feto por não tratar-se de uma vida juridicamente viável.

Nesse sentido, outro julgado histórico em sede de controle difuso, foi o HC nº 124.306 do STF, em que a Primeira Turma decidiu que a interpretação que leve a se considerar criminosa a manobra abortiva, até os três primeiros meses de gestação, não deve ser recepcionada pela Constituição Federal. De forma que, o Supremo Tribunal Federal foi mais uma vez o protagonista das discussões que dividem o meio acadêmico se estaria atuando como legislador positivo e violando a separação de poderes ao criar mais uma exceção não prevista pelo legislador penal.

A postura proativa do Judiciário conduz a uma séria crise de decidibilidade no sistema jurídico e gerar insegurança jurídica. No entanto, o maior perigo está no risco da desarmonia entre os poderes, quando, com o fundamento de dar uma interpretação conforme a Constituição, cria norma, funcionando assim como um legislador positivo, em uma clara demonstração de violação aos princípios republicanos do Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa enfrentou a temática relativa às decisões do Supremo quanto ao crime de abortamento. A doutrina majoritariamente tem se posicionado no sentido de que o ativismo é incompatível com a Constituição Federal do país.

Assim, as decisões recentes do STF com relação ao crime de abortamento têm sido duramente criticadas pela maioria da doutrina que tem dito que o Tribunal que deve prezar

Lúcia: considerando que o feto não tem viabilidade fora do útero, deve-se proteger a mulher, que fica traumatizada com o insucesso da gestação. Ministro Ayres Britto: afirmou que todo aborto é uma interrupção da gestação, mas nem toda interrupção de gestação é um aborto, de modo que não se pode impor à mulher o martírio de gestar um feto anencéfalo. Ministro Gilmar Mendes: a interrupção da gestação, no caso, tem por finalidade proteger a saúde da gestante e o legislador do Código Penal não possuía elementos para a identificação da anencefalia na gestação. Ministro Lewandowski: votou pela improcedência do pedido, entendendo que o STF não possui legitimidade para deliberar sobre o caso, apenas o Congresso Nacional, por meio de lei. Ministro Joaquim Barbosa: acompanhou o voto do relator. Ministro Celso de Mello: não se trata do aborto previsto no Código Penal, pois o feto sem cérebro não está vivo e sua morte não tem por origem alguma prática abortiva. Ministro Cezar Peluso: votou pela improcedência do pedido, afirmando que o feto anencéfalo é um ser vivo e, por conseguinte, a interrupção da gestação caracteriza o aborto. Ministro Dias Toffoli: não participou do julgamento, pois atuara na condição de Advogado Geral da União. A tese abraçada pelo STF segue a linha adotada pela medicina, que considera o feto anencéfalo um natimorto cerebral.

pela observância do texto constitucional não pode por outro lado violar com a justificativa de estar dando interpretação conforme. Nesse sentido, a decisão quanto à ADPF nº 54, criou mais uma hipótese de extinção da punibilidade no Código Penal. Essa foi a demonstração de que o STF vem usurpando a atuação do Legislativo e, portanto, funcionando como legislador positivo.

Observou-se no trabalho que o entendimento doutrinário se lastreia no fato de a Constituição Federal ter previsto no artigo 2º de seu texto a separação entre os poderes. Ocorre que essa atuação proativa tem sido considerada violadora da Carta Magna do país.

Como ficou demonstrado por meio da reflexão de como o Estado Democrático foi sendo desenvolvido ao longo dos tempos, isso levou ao entendimento de que o Estado separado em poderes foi a saída encontrada pelas nações que buscaram um modelo adequado para a participação dos cidadãos. O Legislativo e o Executivo são formados pelos representantes do povo, o que não ocorre com o Judiciário brasileiro que se distingue de outras nações que elegem seus juízes. De modo que, ao modificar a *mens legis* pode-se entender que existe uma invasão vedada pela sistemática do constituinte transformando essas decisões em inconstitucionais.

Verificou-se, portanto, que as mudanças quanto à descriminalização do crime de abortamento no País, devem ser discutidas no seio da Casa do Povo e não no Judiciário, conforme tem sido feito. É uma questão que interessa a toda a sociedade brasileira e não apenas a um segmento profissional como no caso dos agentes de saúde que deram ensejo à ADPF nº 54.

Ao longo do trabalho pode se verificar que essas manifestações retiram dos verdadeiros legitimados a oportunidade de levar o tema ao diálogo da sociedade brasileira por meio de seus representantes. É essa participação que deve gerar as leis do país e não as decisões tomadas pelo poder que não é legitimado para isso.

Nesse sentido, o modelo jurisdicional de um Tribunal que interfere na atuação do legislativo é causador de preocupação, uma vez que este mesmo Tribunal tem a responsabilidade de zelar para que não haja inobservância do texto constitucional.

Portanto, as decisões sobre a descriminalização do aborto, malgrado se defenda que a leitura foi feita conforme à constituição a fim de implementar os direitos e garantias quanto à liberdade sexual e vida plena da mulher, ao fazer a escolha pelo aborto, deve se ter em mente que essa leitura não pode ser feita à mingua do texto constitucional. Sendo assim, as limitações à atuação do Supremo já foram estabelecidas pela Constituição e devem ser respeitadas para que não haja o alijamento da Democracia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Exposição de Motivos do Código Penal Brasileiro*. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>. Acesso em: 13 abr. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 abr. 2019.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. *Decreto lei nº 2848* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 14 abr. 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. V. 2, parte especial. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 9. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. rev. Aum. e atual. de acordo com Código de Ética Médica. São Paulo: Saraiva, 2014.

GILBERT, Scott F. *Biologia do desenvolvimento*. 5. ed. Ribeirão Preto, SP: FUNPEC, 2003.

HADDOCK, apud., LENZ, Sylvia Ewel. Jean bodin: as premissas de um estado soberano. *Revista de Ciências Sociais*. V. 9, nº 1, 2004.

HESPANHA, Antônio Manuel. *A história do direito na história social*. Lisboa: Livros Horizonte, 1978.

JUS NAVIGANDI. *Aborto de anencéfalos*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21532/stf-aborto-de-fetos-anencefalos-adpf-54-e-legislador-positivo>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. V. IV, São Paulo: Millennium, 1999.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: parte especial*. V.2 .6 ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo Saraiva, 1999

_____. *Preliminares de direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEIXEIRA, Felipe Charbel. *Cícero e a história como mestra da vida*. Disponível em: <https://escolakids.uol.com.br/historia/cicero-e-a-historia-como-mestra-da-vida.htm>. Acesso em: 29 ago. 2019.

VALFRIDO, Carlos. *O crime de aborto e suas principais características*. Disponível em: http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_12924/artigo_sobre_o-crime-de-aborto-e-suas-principais-caracteristicas>. Acesso em: 16 abr. 2019.