



**SOCIEDADE METROPOLITANA DE EDUCAÇÃO, CULTURA E
TECNOLOGIA SÃO CARLOS
FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS - FAMESC
CURSO DE GRADUAÇÃO - DIREITO**

BRUNO MOUTINHO ESTANHE

**A EXCLUSÃO DA TIPICIDADE MATERIAL DO CRIME DE ABORTO À
LUZ DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL**

Bom Jesus do Itabapoana/RJ
2020

BRUNO MOUTINHO ESTANHE

**A EXCLUSÃO DA TIPICIDADE MATERIAL DO CRIME DE ABORTO À
LUZ DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL**

Monografia apresentada como parte dos requisitos necessários para a conclusão do Curso de Graduação em Direito, sob orientação do Professor Mestre Valdeci Ataíde Cápua, da Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC.

Bom Jesus do Itabapoana/RJ
2020/2º Semestre

FICHA CATALOGRÁFICA

Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC
Preparada pela Biblioteca Marlene Henriques Alves
26/2020

E79e Estanhe, Bruno Moutinho

A exclusão da tipicidade material do crime de aborto à luz do princípio da adequação social / Bruno Moutinho Estanhe. – Bom Jesus do Itabapoana, RJ, 2020.

91 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Metropolitana São Carlos. Bom Jesus do Itabapoana, 2020.

Orientador: Valdeci Ataíde Capua.

Bibliografia: f.81-91.

1. ABORTO 2. ATIPICIDADE MATERIAL 3. ADEQUAÇÃO SOCIAL 4. PRINCÍPIO DO DIREITO PENAL I. Faculdade Metropolitana São Carlos II. Título.

CDD 345.8104

BRUNO MOUTINHO ESTANHE

**A EXCLUSÃO DA TIPICIDADE MATERIAL DO CRIME DE ABORTO À
LUZ DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL**

Monografia aprovada em ____/____/____ para obtenção do título de Bacharelado em
Graduação de Direito.

Monografia avaliada em ____/____/____

Formatação: () _____

Nota final: () _____

Comissão Examinadora

Prof. Mestre Valdeci Ataíde Cápua
Orientador

Prof. XXXXX
Coorientador ou Avaliador de Metodologia

Prof. XXXXX
Avaliador de Conteúdo

Prof. XXXXX
Avaliador de Conteúdo

Bom Jesus do Itabapoana, XX (dia) de XXX (mês) de 2020.

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho primeiramente a Deus, que sempre me deu garra para ir atrás dos meus sonhos, aos meus pais e noiva, os quais apoiam incondicionalmente minhas escolhas, servindo, assim, de alicerce para que eu conclua meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer primeiramente a Deus, pelo dom da vida e por todas as bênçãos concedidas para que eu chegasse até aqui.

À Faculdade Metropolitana São Carlos, que me proporcionou a conclusão de um projeto de vida: cursar Direito.

Ao meu orientador Valdeci Ataíde Cápua e ao professor da disciplina Tauã Lima Verdán, que dedicaram o seu tempo e todo o seu conhecimento para que a realização desse trabalho fluísse da forma mais crítica e satisfatória possível.

Aos meus pais, por sempre serem o alicerce de todas as minhas conquistas e a grande fonte de motivação e superação de qualquer obstáculo.

A minha noiva, pela paciência e atenção ao longo de toda a jornada, se mostrando uma parceira e incentivadora.

Às grandes amizades conquistadas ao longo do curso, que foram verdadeiros presentes de Deus e sempre estiveram ao meu lado incentivando, dando forças e sempre me fazendo acreditar no meu potencial.

E também a todos os profissionais do Direito que passaram na minha vida desde o meu ingresso na faculdade, e que me mostraram a quão valiosa e poderosa é a busca pelo conhecimento.

“Talvez não tenhamos conseguido fazer o melhor, mas lutamos para que o melhor fosse feito. Não somos o que deveríamos ser, não somos o que iremos ser, mas Graças a Deus, não somos o que éramos”.

(Martin Luther King)

ESTANHE, Bruno Moutinho. **A exclusão da tipicidade material do crime de aborto à luz do princípio da adequação social.** 87f. Trabalho de Conclusão de Curso. Bacharelado em Direito. Faculdade Metropolitana São Carlos - FAMESC, 2020.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso, cuja temática trata da possibilidade da exclusão da tipicidade material do crime de aborto à luz do princípio da adequação social, tem por função discutir a exclusão da tipicidade material do crime de aborto em uma visão social-principiológica. Assim, indaga-se a respeito da seguinte questão: é possível afastar a materialidade do crime de aborto tendo em vista a não reprovação social? O que é analisado e discutido no teor da monografia em tela. Percebe-se que em diversos ramos do direito, principalmente no campo penal, esse assunto é polêmico e de extrema importância, pois, de acordo com o entendimento do crime de aborto, estaremos diante de um fato típico ou um indiferente penal. Além de criminalizar a conduta de quem comete o aborto, a lei penal traz, em seu artigo 128, normas justificativas, pois o agente que comete o aborto nas situações descritas pela norma tem seu comportamento amparado pelo dispositivo legal. O agente pode realizar condutas que se enquadrem no texto legal, ou seja, é típico na forma prevista pelo legislador como crime no Código Penal e, mesmo assim, não é crime, pois, após os fatos sociais da época, já não se considera mais os comportamentos devem ser punidos pelo Estado, isto é, devido a uma mudança no entendimento de uma determinada situação ou porque não há mais a necessidade de proteger interesses jurídicos, com base na adequação social. Dessa forma, optou-se pelo método de pesquisa dedutivo, partindo de uma abordagem social sobre o tema, qual seja, interrupção da gravidez, e se tal comportamento é visto pela sociedade como um comportamento de extrema gravidade e inaceitabilidade. A pesquisa pautou-se em pesquisas nas mais diversas fontes ao alcance, como, doutrina, legislação e trabalhos acadêmicos e precedentes da Corte Suprema.

Palavras-Chaves: Aborto. Atipicidade material. Adequação social. Princípio do direito penal.

ESTANHE, Bruno Moutinho. **THE EXCLUSION OF THE MATERIAL TYPE OF THE CRIME OF ABORTION IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF SOCIAL FITNESS.** Course Completion Work. Bachelor's degree in law. Metropolitan College São Carlos - FAMESC, 2020.

ABSTRACT

The present course conclusion paper, whose theme deals with the possibility of excluding the material nature of the crime of abortion in the light of the principle of social adequacy, has the function of discussing the exclusion of the material nature of the crime of abortion in a social-principiological view. Thus, it is asked about the following question: is it possible to rule out the materiality of the crime of abortion with a view to social non-failure? What is analyzed and discussed in the content of the monograph on screen. It is noticed that in several branches of law, mainly in the criminal field, this issue is controversial and extremely important, because, according to the understanding of the crime of abortion, we will be facing a typical fact or an indifferent criminal. In addition to criminalizing the conduct of those who commit abortions, the criminal law provides, in its Article 128, justifying rules, since the agent who commits abortion in the situations described by the rule has his behavior supported by the legal provision. The agent can conduct conducts that fall within the legal text, that is, it is typical in the form provided by the legislator as a crime in the Penal Code and, even so, it is not a crime, because, after the social facts of the time, it is no longer considered behaviors must be punished by the State, that is, due to a change in the understanding of a given situation or because there is no longer a need to protect legal interests, based on social adequacy. Thus, the deductive research method was chosen, based on a social approach on the topic, namely, termination of pregnancy, and whether such behavior is seen by society as a behavior of extreme gravity and unacceptability. The research was based on research in the most diverse sources available, such as doctrine, legislation and academic works and precedents of the Supreme Court.

Keywords: Abortion. Atypical material. Social adequacy. Principle of criminal law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade;

ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF: Constituição Federal;

CFM: Conselho Federal de Medicina

STF: Supremo Tribunal Federal;

STJ: Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

Resumo

Abstract

Lista de Abreviaturas e Siglas

INTRODUÇÃO	12
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ABORTO	15
1.1 Medieval, Igreja Católica e a demonização da interrupção da gravidez: uma análise da tutela da temática à luz do Direito Canônico.....	20
1.2. O aborto em um contexto brasileiro: breve esboço pela constituição legislativa da conduta.....	25
1.3. Tendências contemporâneas sobre a interrupção da gravidez.....	30
2. O ABORTO À LUZ DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME	36
2.1. Fato Típico.....	40
2.2. Ilicitude.....	47
2.3. Culpabilidade.....	53
3. DIREITO PENAL MÍNIMO DE SEUS REFLEXOS JURÍDICOS E PRÁTICOS NO CRIME DE ABORTO	59
3.1. O Princípio da Mínima Intervenção Penal.....	64
3.2. O Princípio da Subsidiariedade e Fragmentariedade.....	69
3.3. O Princípio da Adequação Social e a possibilidade de afastamento da tipicidade material no crime de aborto.....	73
CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS	80

INTRODUÇÃO

Este trabalho de monografia inclui métodos bibliográficos onde se discute a possível exclusão da tipicidade material do crime de aborto em uma visão social. Outrossim, a presente pesquisa tem por função apresentar a evolução histórica do crime de aborto, além de caracterizar o crime de aborto através da teoria tripartite de crime; e também irá analisar o princípio da adequação social e seus reflexos no direito penal, especificamente no crime de aborto.

Como problemática a ser elaborada e que se tenta dirimir neste trabalho diz a respeito do possível afastamento da materialidade do crime de aborto tendo em vista a não reprovação social, o que será delimitado durante a leitura de seu conteúdo. O direito penal, devido à sua grave forma de intervenção social, tem por objetivo principal proteger os bens jurídicos imprescindíveis ao desenvolvimento do homem em sociedade. Logo, não se ocupa de outras áreas as quais podem ser regidas por outros ramos do direito. Tais bens jurídicos não são os mesmos continuamente, devem ser lidos sob um prisma histórico e cultural, variando conforme a época e a cultura de um povo.

Sendo assim, em razão da sociedade contemporânea talvez não mais visualizar a vida intrauterina como um bem jurídico de importância coletiva, mas sim individual para os progenitores, tal bem jurídico não mereceria tutela penal. Assim sendo, o crime de aborto deveria ser excluído da esfera penal, podendo ser regulamentado por outros ramos do direito. Pode-se observar que o assunto é controverso e de extrema importância em vários ramos do direito, em especial na seara penal, pois a depender da posição adotada, em relação ao crime de aborto, estaríamos diante de um fato formal e materialmente típico ou de um indiferente penal.

O crime de aborto é um fascínio deliberado pela vida no útero e começa com a fecundação no útero da mãe. Como todos sabemos, o aborto é a interrupção do processo fisiológico da gravidez, que leva à morte do feto. Após a fecundação, o embrião, até o momento, terá que passar por vários estágios de desenvolvimento até atingir o momento do nascimento. Esse caminho pode ser interrompido por fatores naturais, que não são a causa do trabalho atual, nem resultado da intervenção humana. O aborto é uma gravidez que termina voluntariamente devido à morte do produto da concepção.

Embora a lei brasileira criminalize o aborto, isso não tem efeito sobre a redução dos crimes de aborto no Brasil. Como as diferenças reais incluem a realidade financeira do aborto. Se sua situação financeira for satisfatória, procure práticas seguras. No entanto, o mais vulnerável é o recurso a abortos secretos. Na sociedade de hoje, o aborto é usado como método contraceptivo. Na realidade brasileira, o aborto vem sendo legalizado devido à estratificação econômica e social, obviamente, o perfil das pessoas selecionadas pelo sistema penal será sempre o mesmo, ou seja, o perfil das pessoas vulneráveis ao próprio sistema.

A sociedade muda continuamente e com isso seus valores, assim um organismo que se encontra em constante mudança é mais susceptível a pensamentos contraditórios. Portanto, o conceito de interesses jurídicos que devem ser protegidos é diferente no tempo e no espaço. Certos atos que antes eram considerados uma violação das ordens criminais não recebem mais essa definição. Certos atos devem ser revistos dentro dos novos padrões de condenação para eliminar os atos previstos no direito penal sem causar dano social.

No primeiro capítulo do presente será elaborado um estudo minucioso a respeito da questão histórica do crime de aborto, como ele foi desenvolvido e explicado em outros povos e culturas e como ele chegou nos dias de hoje como um problema de saúde pública. Já no segundo capítulo é discutido o crime em si, com suas variantes expostas nos artigos que tipificam tal conduta, bem como a materialidade e tipicidade deste delito, além de focar o aborto na dogmática penal, trazendo o conceito analítico do tipo penal.

Nessa toada, o terceiro capítulo é explicado sobre os princípios penais, o da intervenção mínima do direito penal e suas características, além de discorrer sobre os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade da tutela penal. Por fim, levanta a questão suscitada do tema central, que é a possibilidade de afastar a tipicidade material do crime de aborto tendo em vista a não reprovação social, por meio do princípio penal da adequação social como sendo uma excludente da tipicidade do delito.

Os métodos utilizados incluem análises baseadas em métodos dedutivos, abordando assim a percepção social da interrupção voluntária da gravidez e se esse comportamento é suficiente para satisfazer os valores de proteção social brasileiros contemporâneos. Portanto, por meio de pesquisa bibliográfica, tendo como base os seguintes aspectos: doutrina, legislação e precedentes, procura-se analisar o desvio

das normas do direito penal que estipulam o crime de aborto, pois o comportamento que antes era punido é suficiente para o dia a dia hoje.

Nesse sentido, certas ações que antes eram protegidas por lei não são mais necessárias hoje, pois ideias que podem ser prejudiciais à sociedade em um determinado momento podem deixar de existir em outro momento histórico. A interrupção voluntária da gravidez era um ato que há muito merecia tutela criminal, o Direito Penal representou essa conduta no Direito Penal, pelo que foi instituído desde muito cedo um diploma denominado norma. Nos últimos anos, cada vez mais mulheres grávidas optam pela interrupção voluntária da gravidez como um meio eficaz de controle da natalidade, sendo aceito pela sociedade.

Em relação às técnicas de pesquisa, optou-se pela revisão de literatura de maneira sistemática. Para tanto, buscou-se informações em artigos científicos, monografias e trabalhos acadêmicos necessários durante o trabalho por meio da plataforma de busca Google Scholar. Em caráter secundário e complementar, empregou-se a revisão bibliográfica de fontes teóricas.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ABORTO

As civilizações e a própria humanidade foram evoluindo em todos os aspectos, o que outrora era considerado algo infame, ilegal ou que ia contra os costumes e a moral, hoje já não se tem a mesma visão. A sociedade se formou em meio a descobertas, sejam elas, científicas, religiosas e afetivas. Entretanto, há questões que perduram a milhares de anos e que chegam na Idade Contemporânea com indagações e com divisões de opiniões, assim ocorre com a temática do aborto, que não envolve um só ramo do conhecimento, este assunto interessa ao direito, a medicina, a filosofia e outros ramos.

Assim, afirma Sá (2016, *online*) que “a questão da vida intrauterina como valor social perde-se na penumbra das eras. Evidencia-se preocupação com a preservação da integridade física do feto ou embrião nos documentos mais antigos da história humana na terra”. O aborto é antes de qualquer coisa, uma questão histórica que precisa ser compreendida, para que se possa analisar os conteúdos discutidos neste trabalho. Desta forma, a palavra aborto descreve a ideia de privar alguém do nascimento, etimologicamente o termo “*ab-ortus*”. Nas palavras de Paulo (2002, p.13) *apud* Pacheco (2007, *online*) “entretanto, o termo aborto provém do latim “*aboriri*”, significando “separar do lugar adequado”, e conceitualmente é: “a interrupção da gravidez com ou sem a expulsão do feto, resultando na morte do nascituro”.

Segundo o Dicionário Houaiss, o aborto pode ser definido como a expulsão provocada ou consentida do produto da concepção, com o propósito de obstar que ele venha a ter qualquer possibilidade de vida extra-uterina. Mas entende-se, na verdade, se tratar da interrupção da gravidez em si, com ou sem a expulsão do feto, desde que resulte na morte do nascituro. Etimologicamente, a palavra aborto, que deriva do termo “*ab-ortus*”, traduz a idéia de privar do nascimento, vez que, “*Ab*” equivale a privação e “*ortus*” a nascimento. (MOURA, 2010, p.19).

Assim sendo, o tema aborto além de polêmico e secular é visualizado de diversas formas pelo mundo, podendo ser tratado de inúmeras maneiras, em alguns povos e épocas ele é permitido, já em outros países em tempos diferentes foi e ainda é severamente punido, chegando até mesmo à pena de morte. Segundo o magistério apresentado por Pattis (2000), *apud* Baptista (2017, p.15), “afirma que o aborto foi exercido por inúmeros grupos humanos onde até hoje se compreende que possuam concepções, motivações e outras técnicas abortivas de diferentes tipos e modos”.

Nos dias atuais, a intransigência daqueles que afirmam a absoluta inviolabilidade da vida do feto e a verdadeira cruzada por eles promovida contra qualquer abertura da questão para debate passam a sensação de que sempre assim se entendeu. Todavia, ao olharmos para a história do aborto, percebemos que a situação é bastante diversa. Embora sempre tenha existido uma preocupação social com a questão do aborto, sua motivação não passou a ser um pretense direito à vida do nascituro senão recentemente. (RORATO, 2013, p.12).

Muitas são as pesquisas que contêm achados históricos com relatos e estudos a respeito da prática do aborto, não sendo um procedimento moderno. Nas palavras de Pacheco (2007, *online*) “giza-se, que os mais remotos apontamentos de que se tem notícias da prática de métodos abortivos foram descobertos na China, ainda no século XXVIII antes de Cristo”. De igual modo, afirma Bastos (2017, p. 63) que “assim, é possível destacar que “Já entre 2737 e 2696 A.C, o imperador chinês ShenNung cita, em texto médico, a receita de um abortífero oral, provavelmente contendo mercúrio”.

André Beltrão Gadelha de Sá asseverou que:

Papiros, no Egito Antigo, revelaram práticas obstetrícias realizadas há mais de 5 mil anos. Por obstetrícia entenda-se uma série de regras a seguir durante a gravidez, visando o bem-estar físico tanto da mãe como do novo ser. O Código de Hamurabi, de 1700 anos antes de Cristo, trazia em seu texto forte represália contra quem fizesse uma mulher abortar, sancionando penas que variavam desde multa em dinheiro, até mesmo à morte. O aborto neste código era um crime cometido contra a mulher e considerava-se o maior prejudicado o marido, já que a mulher não passava de uma propriedade sua. (SÁ, 2016, *online*).

Nessa mesma linha de pensamento, Matielo, afirmou que:

No período da Antigüidade, “Hipócrates, o grande gênio da incipiente medicina, estudou todo o quadro clínico do aborto, estendendo ainda suas preocupações ao tratamento e aos métodos para induzi-lo”. No entanto, sua atitude, choca-se com o clássico juramento do estudioso desta área, os quais são até hoje, orgulhosamente repetido pelos formandos das Faculdades de medicina em todo o Mundo. (MATIELO, 1996, p.11 *apud* PACHECO, 2007, *online*).

O juramento de Hipócrates fala em um trecho a respeito da profissão de medicina não servir para o favorecimento de crimes. Segundo Moura, (2010, p.19)

“isto porque, naquela época, a prática ainda não era propriamente criminosa, mas sempre se a tratou como violência quanto aos bons costumes”. Tessaro (2006, p.41), *apud* Rorato (2013, p.12), “esclarece que essa proibição era dirigida especificamente aos médicos, para quem praticar o aborto representava um dos crimes mais graves a que estavam sujeitos”. Os povos antigos não tipificaram a conduta do aborto como uma ação criminosa, o que mais tarde seria transformado com penas severas, a proposta era de cunho moral e ético o que difere do discurso legal, o qual se instalou nos dias de hoje.

Nos primórdios das civilizações, os babilônicos, por ocasião da edição do texto do Código de Hamurabi, o aborto só era considerado delito se praticado por terceiros. Assim, se quem provocou o aborto da mulher, ocasionando sua morte, quem responde pelo crime é a prole do provocador, nas iras do “olho por olho, dente por dente”. Segundo Carpes (2018, p.10) “já o Código Hitita previa que a pena era o pagamento de determinada quantia, que deveria ser arbitrada de acordo com a idade do feto”. Ademais, Rebouças complementa

Tem-se registro de que o aborto acontecia desde a antiguidade, sendo mencionado no Código de Hamurabi, criado pela civilização babilônica no século V a.C. Neste Código, o aborto era referido como crime praticado por terceiro, e caso a prática abortiva resultasse na morte da gestante, o alvo da pena era o filho do agressor. O Código Hitita, criado no século XIV a.C., também considerava crime o aborto praticado por terceiros, sendo este punido com uma pena pecuniária, na qual o valor dependia da idade do feto. (REBOUÇAS, 2010, p. 22 *apud* CARPES, 2018, p.10).

O aborto sempre foi praticado em todo o mundo, mesmo com a reprovação social que a mulher recebeu e que a estigmatiza ainda no século XXI. Nas palavras de Bastos (2017, p.64) “nesse sentido é possível encontrar relatos de Aristóteles que na Grécia Antiga defendia a utilização do aborto como forma de manter o controle populacional”. Esta era uma preocupação dos estudiosos naquela época. Para Platão o aborto devia ser uma alternativa para o contingente populacional, de forma eugênica, sendo ainda mais severo em casos de mulheres com a 40 anos idade ou superior.

Este pensamento de Platão consiste na sua ideia da pureza da raça de bons guerreiros gregos, como forma de melhorar a humanidade. Mais tarde na Grécia Antiga os legisladores Licurgo e Sólon da pólis de Esparta e de Atenas, proibiram as

práticas abortivas. Segundo Sá (2016, *online*) “surpreendentemente, Aristóteles sugeria que fosse praticado o aborto antes que o feto tivesse recebido sentidos e vida, sem especificar, contudo, quando se daria este momento”.

O texto bíblico em suas passagens sagradas, dispõe sobre punições a quem praticar ou for conivente com as manobras abortivas, como relata Sá:

A bíblia, em seu livro de Êxodo (1000 anos antes de Cristo), assinalava que: “Se numa rixa entre dois homens, um bater numa mulher grávida de sorte que a faça abortar, mas fique viva, o culpado compensará o dano de acordo com aquilo que o marido lhe impuser e os juízes julgarem”. A maior preocupação era com o prejuízo econômico causado ao marido da gestante, reflexo do pensamento da época sobre os direitos (em verdade, a falta deles) das mulheres. (SÁ, 2016, *online*).

Nota-se que a sociedade daquele tempo era omissa quanto o autoaborto, preocupava-se apenas com o pensamento do marido, ou do pai, isso deriva do pátrio poder ou “*pater familiae*”, o qual o homem, marido, pai, tinha o poder de vida e sobre a morte de sua esposa e de seus filhos, e isto inclui aqueles que ainda estão por nascer. A vontade ficava condicionada à disposição da figura masculina, um reflexo da subordinação da figura feminina, o que ocorre desde priscas eras. Matielo (1996, pg.14) *apud* Pacheco (2007, *online*) “aqui, caso a esposa procurasse abortar sem o consentimento do esposo, este poderia puni-la severamente, até mesmo com a morte”. Fustel de Coulanges, em “Cidade Antiga”, traz relatos interessantes sobre este ponto:

Na Antiguidade greco-romana, o aborto era moralmente aceito e juridicamente lícito, mas a sua prática não podia contrariar a expectativa do pai, do marido ou do patrão, o que foi lembrado por Chico Buarque “mirem-se no exemplo daquelas mulheres de Atenas/ geram pr’os seus maridos os novos filhos de Atenas/ Elas não têm gosto ou vontade/ Nem defeito nem qualidade/ Têm medo apenas/ Não têm sonhos, só têm presságios. (GALEOTTI, s.d, s.p *apud* CAMPOS, s.d, *online*).

Na civilização Romana, o aborto era uma prática comum, pois as mulheres podiam dispor do seu próprio corpo sendo uma prática relevante apenas para o marido, caso este não quisesse o aborto poderia castigar sua mulher como achar necessário. Conforme Hungria (1942), *apud* Rorato (2013, p.12) “desta maneira, o

produto da concepção era considerado parte das vísceras da mulher, pelo que está, ao abortar, não fazia mais do que dispor do seu próprio corpo”.

Contudo, durante o Século IV houve uma mudança neste paradigma do aborto, com o processo de conversão do Império Romano ao cristianismo, elaborado por Constantino, o qual deu um novo contorno ao aborto, elevando-o em crime grave. Este fato contribuiu para a formação de uma ética teocêntrica que mais tarde dominaria a Europa. Bastos (2017, p.64), por sua vez, apregoa que “fato este que começa a revelar a força dos valores cristãos – católicos presentes no ocidente”. Prado, ainda, aduz

Em Roma, o início, o aborto voluntário não foi considerado delito, pois os juristas e filósofos não viam o feto como um ser vivo. No direito Romano não se encontravam disposições sobre o aborto, para as mulheres que praticavam o aborto contra a vontade do marido, tinham como o castigo o desterro, ou então o marido unia sua autoridade à do Tribunal Doméstico (instituto legal que regulamentava os comportamentos intrafamiliares) a fim de impor o castigo devido à culpada (PRADO, 1985 p.45 *apud* BENITEZ, 2015, p. 13).

O pensamento romano a respeito do aborto começa a mudar, como demonstra Matielo:

Já no período da República Romana, o aborto foi considerado um ato imoral, todavia teve larga utilização entre as mulheres, principalmente entre aquelas que se preocupavam com a aparência física, o que neste período histórico possuía uma grande importância no meio social (herança do tempo do Império). Assim sendo, cresceu monstruosamente o número de abortos a ponto de os legisladores passarem a considerá-lo um ato criminoso. Como consequência a Lei Cornélia punia a mulher com pena de morte se esta consentisse com a prática abortiva. Já em relação a quem praticasse o ato, aplicava-se a mesma sanção, com a possibilidade de abrandamento caso a gestante não falecesse em decorrência das manobras abortivas nela praticadas (MATIELO, 1996, p..14 *apud* SÁ, 2016, *online*).

Esta mudança do comportamento da civilização de Roma se deu com o advento do cristianismo, que condicionou a ideia de que o aborto seria uma prática contra as vontades de Deus, pois só ele quem tem o poder de dar e de tirar a vida de alguém. Nessa linha de raciocínio, no Século II, os filósofos Sorano e Éfeso tinham uma visão diferente do aborto, os quais se posicionavam favorável apenas em casos de preservar a vida da gestante, além de mulheres livres do poder masculino, como as prostitutas podiam abortar. (PACHECO, 2007 *apud* BASTOS, 2017).

1.1 MEDIEVO, IGREJA CATÓLICA E A DEMONIZAÇÃO DA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ: UMA ANÁLISE DA TUTELA DA TEMÁTICA À LUZ DO DIREITO CANÔNICO

Com a decadência do Império Romano, o cristianismo teve sua ascensão e com isso a Igreja Católica se edificou e promoveu os seus dogmas. Silva salienta que (s.d, *online*) “a perseguição aos cristãos encerrou-se a partir de 313 com o Édito de Milão, assinado pelo imperador Constantino”. Foi a partir da assinatura do Édito de Tessalónica ou Salonica datado em 7 de fevereiro de 380 d.C que o Cristianismo passou a ser a religião oficial do Império Romano e aboliu todas as demais denominações politeístas e impedindo a prática das religiões pagãos.

A Idade Média foi um período histórico que a igreja católica teve maior influência sobre a sociedade. Segundo Madeira (2011, p.2), “dentre as diferentes fases históricas da humanidade, aquela que talvez mais dúvidas suscite, é o período medieval. Falar em medievo remete-nos sempre a um período de obscuridade, sendo tratado como “idade de trevas”. Esta idade é impregnada de valores religiosos, o que determinou a respeito das decisões políticas e no modo de aplicar o direito daquele tempo. Além disso, Wieacker afirma (1967, p.67), *apud* Madeira (2011, p.6), que “a Igreja era a força espiritual de longe mais importante; era a mais coerente e mais extensa organização social da Idade Média; a sua ordem jurídica interna era a mais poderosa da Idade Média”.

A partir do poder de influência que a religião cristã, controlada pela Igreja Católica, que se forma uma nova ordem jurídica, o Direito Canônico, que se apresenta como um copilado de normas jurídicas provenientes da igreja católica, os quais tem origem no campo divino ou humano, em que a autoridade competente (padre, bispo) é o legislador e aplicador deste direito, a fim de destinar aos seus fiéis. (MADEIRA, 2011). Grossi, ainda, complementa:

Um primeiro significado dessa presença específica poderia consistir na enorme influência por parte da Igreja e de seu patrimônio religioso e moral na vida do direito, na configuração de muitas estruturas jurídicas da convivência cotidiana. Intimamente inserida no costume popular, orientadora e modificadora desse costume, é previsível uma influência relevante numa ordem jurídica que gosta de se reconhecer

em raízes consuetudinárias. (GROSSI, 2014, p.136 *apud* CAMARA, 2015, p.9).

O Direito Canônico, fomentado pela Igreja Romana, teve sua maior expressividade no período medieval, sobremaneira nas instituições da cultura jurídica ocidental da Europa. Nessa toada, Madeira (2011, p.6) afirma que “toda a reorganização da vida jurídica europeia, com o desenvolvimento das cortes, dos tribunais, e das jurisdições tem influência do direito da Igreja”. Os tribunais seculares começam a julgar as causas com base no direito canônico o que depois se tornaria a inquisição.

A formação e consolidação do Direito Canônico, no período do Medievo, se deu graças ao caráter ecumênico da Igreja Católica que transmitia a mensagem divina para o mundo, se colocando como a única e verdadeira religião de Cristo. Neste tempo, denota-se que muitos institutos do direito privado foram regidos pelos cânones. Outro fator que fez com que este ordenamento jurídico fosse possível é a forma escrita que ele possuía, que o diferenciava qualquer outro, pois não havia uma norma escrita como ele. Segundo Madeira (2011, p.7), ainda, “o direito canônico é um direito religioso, retirando suas regras de princípios divinos, revelados nos livros sagrados: o Antigo e o Novo Testamento. É o direito de todos os que adotam a religião cristã, onde quer que se encontrem”.

O papel exercido pela Igreja Romana foi além de suas funções de legislar e aplicar o Direito aos litígios civis. O espaço existente em razão da inexistência de uma instituição estatal foi igualmente ocupado pela Igreja, sendo que, nos termos propostos por Hannah Arendt (2002), esta foi a instituição que exercia o monopólio do uso legítimo da violência. A Santa Inquisição é exemplo muito claro. Dos Santos (2006, p. 181) sustenta que a Igreja, não admitindo questionamentos, tinha de mobilizar toda uma tecnologia repressiva para controlar os possíveis revoltosos, e essa tecnologia era seu próprio discurso jurídico canônico materializado na Santa Inquisição, com seu sistema de construção aflitiva da verdade. (CAMARA, 2015, p.10-11).

Os tribunais seculares assim como o tribunal do santo ofício era a esfera penal do direito canônico, com base no poder divino que era repassado aos sacerdotes da Igreja Romana. Estes tribunais serviam para julgar e condenar os que se rebelavam contra os dogmas da igreja católica ou que por qualquer outra maneira fossem contrárias aos seus mandamentos, tudo era feito em nome da fé. As principais práticas

eram a heresia, simonia e bruxaria. A Inquisição Medieval no período feudal se funda no sistema acusatório, segundo Oliveira (2018, *online*) “que consistia em provas irracionais, as quais recorriam ao juízo divino para o estabelecimento de uma decisão ao conflito”.

Na Idade Média, com o avanço do Direito Canônico, o pecado se confundia com o conceito de crime, com isso, surge diversas práticas que são consideradas pecados e por óbvio, crime. A figura da mulher ganha um contorno diferenciado, principalmente a ideia do corpo feminino está ligado a sedução e por consequência, pensamentos pecaminosos. Nessa mesma linha de pensamento, Souza, Silva e Oliveira (2014, p.3) aduzem que “a igreja passou a emitir padrões durante o ato sexual, para que houvesse controle da população, e para que todos passassem a ter uma noção de pecado quanto ao ato sexual fosse praticado de forma desvairada”.

Havia, claramente, uma mentalidade patriarcal e misógina, em que acreditava que só a mulher e o corpo feminino poderia ser fonte de sedução, esta afirmação surge a partir da consolidação das leis emanadas da Igreja Católica, a mulher é considerada um instrumento para o pecado. Assim, a escrita bíblica mostra vários homens que foram seduzidos por mulheres, Martins (2013, p.2) assinala, ainda, que “uma dessas vítimas foi o lendário Sansão, que resgatará com o seu sacrifício e com a morte de um sem número de filisteus seduzidos pela graça feminina de Dalila (Antigo Testamento)”. Martins alude que

Sendo assim, não é de estranhar que no final do século VI, o papa Gregório Magno tenha referido que o corpo humano não passava de uma “abominável vestimenta da alma”, um perigoso território, um lugar de tentação, votado para a putrefação, destinado aos vermes e excrementos. Em expiação, os monges, sobretudo os da Alta Idade Média, acabaram por, de forma continuada, mortificar o seu corpo, através da abstinência e da continência, na tentativa de se afastarem da tentação do pecado. Como sublinham Jacques le Goff e Troung (2006, p. 11) “no Genesis o corpo é o grande perdedor do pecado de Adão e Eva assim revisitado. O primeiro homem e a primeira mulher são condenados ao trabalho e à dor (...) e devem ocultar a nudez dos corpos”. (MARTINS, 2013, p.3).

O corpo era fonte do pecado, e o prazer sexual era visto como algo errado, o sexo apenas existia para reprodução.

O corpo da mulher era a fonte dos pecados da carne. E, por isso, a sua sexualidade não deveria ser explorada, tanto mais que estando o

sexo associado às Trevas, a mulher deveria fazer abstinência para que a Luz vencesse. Os relatos hagiográficos estão repletos de lendas em que o Diabo toma a forma de uma mulher para fazer o homem cair na luxúria. A tentação é tão forte que a alternativa é punir o seu próprio corpo como o fez, por exemplo, o monge Bento de Núrcia que, para não sucumbir à tentação feminina, se rebojava no meio das urtigas. (PILOSU, 1995 *apud* MARTINS, 2013, p.4)

O casamento era a instituição exclusiva para procriação, uma vez que a igreja condenava quem fazia sexo e sentia prazer por isto. Segundo Martins (2013, p.5) “quem prevaricasse ficava sujeito a castigo, com pena que variava entre os seis e os quinze anos de jejum e excomunhão, acompanhados geralmente de interdição perpétua de qualquer relação sexual e de casamento”. Não existia a possibilidade de planejamento familiar, além de direitos sexuais e reprodutivos, tudo se baseava na taxa de natalidade, para povoar, haja vista que a peste negra dizimou milhões de pessoas na Europa.

Com a ideia centrada no poder divino e nas escritas sagradas da bíblia, havia a seguinte visão, segundo Bacelar (2018, p. 40), a saber: “a visão antropológica cristã influencia, em grande medida, a relação entre o homem, a graça e o Direito. A pessoa humana, na perspectiva do cristianismo, é criada à imagem e semelhança de Deus”. Com base neste pensamento é que as práticas de reprodução foram revistas, principalmente no que toca ao assunto do aborto, o que foi severamente criticado e punido da era medieval.

Silva (2005, p.76), *apud* Luana Seghetto (2018, p.15), assevera que “desde o início, o cristianismo pregou a ideia da proibição ao aborto, porém naqueles idos se deu um forte questionamento, com uma insolúvel pergunta sobre a alma humana: era indagado se o feto a possuía ou não”. Nas palavras de Bastos (2017, p.65), “merece destaque ainda o fato de que o advento do Cristianismo difundiu amplamente a ideia de condenação às práticas abortivas, baseando-se no mandamento “não matarás”.

Com o advento do cristianismo o aborto passou a ser definitivamente condenado. Apesar disso, no século XIV, com as ideias de São Tomás de Aquino de que o feto não teria alma, ocorreu uma maior tolerância da Igreja quanto a essa questão. Na própria Bíblia não existe uma referência direta ao aborto, a não ser em caso de adultério ou aborto acidental. Na verdade, a Bíblia faz referência aos costumes judaicos sobre o direito de defender a honra e a dignidade. Desse modo, se o homem suspeitasse que sua mulher fosse infiel deveria levá-la a um sacerdote, o qual era instruído a dar-lhe a água amarga da maldição. (REBOUÇAS; DUTRA, 2011, p.420).

Percebe, portanto, que havia uma diferença dentro do Direito Canônico entre feto animado e inanimado, nas palavras de Fragoso:

Admitia-se que o feto passava a ter alma 40 a 80 dias após a concepção, conforme fosse do sexo masculino ou feminino. A distinção foi repudiada por S. Basílio (374 d. C) (...). Somente com a Constituição Apostólica Sedes, de Pio IX, em 1869, aboliu-se a distinção entre o feto animado e o inanimado, impondo-se as mesmas penas em qualquer caso. (SÁ, 2016, *online*).

Houve a aceitação de que o feto possuía alma, o que para a Igreja Católica precisava ser protegido, o que contradiz com o aborto, logo, a Igreja passou a condenar quem cometesse o aborto. Segundo Seghetto (2018, p.15) “foi instituída a guarda da vida do nascituro e seu direito à vida, trazendo a teoria de que a alma nasce desde a união entre o homem e a mulher”. Este pensamento é o mesmo até hoje pela Igreja Católica, pois a partir da concepção já é possível falar em vida, e ela deve ser protegida e mantida. Nessa mesma linha de pensamento afirma Rebouças; Dutra (2011, p.421) que “foi somente em 1869 que a Igreja Católica declarou que o feto possui alma, e por isto passou a condenar o aborto e os métodos contraceptivos”.

Esta proibição e a condenação das práticas abortivas durante o período medieval variava muito do lugar, porém pode-se afirmar que no geral, as mulheres que cometiam o aborto eram vistas como bruxas que cometiam o aborto em prol de demônios, e elas eram punidas severamente. Naquele tempo ocorria o julgamento de bruxas, elas eram acusadas de feitiço, curandeirismo e magia, esta última, segundo Zahluth, Lima e Dias (2018, p.301), “a “magia” – que nada mais era do que conhecimento sobre o corpo, sobre ervas, chás etc.”.

Ante o exposto, pode-se observar que a religião e o Estado na Idade Média se confundiam, a influência da religião cristã representada pela Igreja Católica promoveu uma mudança sem precedentes na história da humanidade, o que influenciou a sociedade e também as leis, seu poder era tão vasto que foi criado um ordenamento jurídico que tinha como base os preceitos religiosos e divinos. Segundo Seghetto (2018, p.15-16) “os imperativos religiosos aparecem e aos poucos vão se tornando interdições e preconceitos que permanecem até os dias de hoje”.

1.2. O ABORTO EM UM CONTEXTO BRASILEIRO: BREVE ESFORÇO PELA CONSTITUIÇÃO LEGISLATIVA DA CONDUTA

É de se considerar que o Brasil colonial teve suas características fundada na cultura europeia, de modo que muitos costumes e tradições realizados naquele tempo eram por influência da Europa. Isso demonstra o modo de como as mulheres se subordinaram aos homens, elas eram apenas para a reprodução da prole e para a criação dos filhos. Muitas dessas mulheres não possuíam um grau de letramento elevado, além de não possuir muito conhecimento, justamente para se manterem alienadas. No que tange ao aborto, por mais que ele ainda ocorresse em todo o mundo, e no Brasil não seria diferente, houve uma preocupação maior na colônia. (PAAPE, 2018).

Como já mencionado, as manobras abortivas estão presentes desde o surgimento da humanidade. Paape (2018, *online*) afirma que, “entretanto, no Brasil desde a colonização pelos Portugueses (em 1500), o aborto foi repudiado, a intenção era a mulher ser mãe, seria algo natural, tendo a maternidade como uma obrigatoriedade implícita as mulheres dessa época”. Isto ocorreu, pois, na época a colônia portuguesa precisava ser povoada, e se houvesse inúmeros casos de aborto isso não aconteceria, não se pensava na base econômica da família, a criança nasceria brasileira, isso que importava.

A legislação pioneira ao criminalizar a conduta do aborto no Brasil foi o Código Criminal do Império do Brasil, Lei de 16 de dezembro de 1830. Rorato (2013, p.15) “no Brasil, o aborto somente passou a ser considerado um crime a partir do Código Criminal Imperial (1830) e, mesmo assim, apenas quando realizado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante.”. Este acontecimento só se tornou possível devido a elite que predominava com o intermédio da Igreja Católica que viu no aborto um pecado sem perdão.

Devido ao grande aumento dos casos de aborto no Brasil, o império resolveu regulamentar esta conduta como criminosa no primeiro Código Criminal do país. Nessa toada, o legislador imperial ao editar o texto do Código Criminal do Império do Brasil de 1830, tipificou no art. 199, o delito do aborto:

Art. 199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.

Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos.
 Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada.
 Penas - dobradas. (BRASIL, 1830).

Ao destrinchar este artigo, é possível observar que a mulher que realizasse as manobras abortivas nela mesma não teria punição. Contudo, se a mulher recebesse qualquer tipo de ajuda para a prática do aborto ou se ela fosse ajudar alguma mulher a abortar, aí sim, haveria punições. As penas variavam de um a cinco anos de prisão podendo ser as penas dobradas se não houvesse o consentimento da mulher. Em resumo, Paape (2018, *online*) afirma que “essa primeira codificação sobre o aborto no Brasil punia terceira pessoa que atuasse na prática de aborto”.

Também era objeto de punição o mero fornecimento de meios para a prática do aborto, mesmo que não ocorresse. Aliás, conforme afirma Emmerick (2008, p. 58), *apud* Rorato (2013, p.15), "o bem jurídico tutelado era a segurança da pessoa, no caso a mulher, e não a vida do feto". Nota-se que o legislador do Código Penal de 1940 teve como inspiração na quantidade da pena o mesmo *mens legislatoris* do Código Criminal de 1830, haja vista que se não houvesse o consentimento da gestante a pena seria maior. Nesse interim, pode-se visualizar a punição não do crime em si, mas punição dos meios preparatórios para cometimento do delito.

O Código Criminal do Império do Brasil de 1830, no artigo 200, dispõe:

Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.
 Penas - de prisão com trabalho por dous a seis annos.
 Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes.
 Penas - dobradas.

Dessa forma, afirma Htun (2003), *apud* Oliveira (2016, p.40), “os médicos que auxiliassem nos procedimentos poderiam cumprir penas que iam de quatro a oito anos de prisão. Já pessoas que fornecessem material que ajudasse na prática do aborto seriam punidas de dois a seis anos de prisão”. Em 1890, com a edição do Código Penal da República, houve uma alteração significativa quanto ao crime de aborto. Nesse diapasão Rorato traz que “o aborto praticado pela própria gestante em si mesma (autoaborto), só foi criminalizado no Brasil em 1890, já no período republicano”. (RORATO, 2013, p.15).

Cabe ressaltar, ainda, que o autoaborto não era punível até então, pois as legislações anteriores não previam esta modalidade de crime, logo, sem lei anterior que o define não pode ser considerado crime. O Código Penal da República, segundo Viana (2016, *online*), “retratou pela primeira vez o aborto provocado pela própria gestante, diferenciando o aborto em que ocorre a expulsão ou não do feto, sendo que, caso houvesse a morte da gestante, a pena seria agravada.”.

CAPITULO IV DO ABÔRTO

Art. 300. Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção:

No primeiro caso: - pena de prisão cellular por dous a seis annos.

No segundo caso: - pena de prisão cellular 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 cellular 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 condemnação.

Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante:

Pena - de prisão cellular por um a cinco annos.

Parapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonra propria.

Art. 302. Si o medico, ou parteira, praticando o abôrto legal, ou abôrto necessario, para salvar a gestante de morte inevitavel, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia:

Pena - de prisão cellular por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profissão por igual tempo ao da condemnação. (BRASIL, 1890).

Neste código teve uma mudança no tocante ao tema do aborto, com capítulo próprio do crime. Rorato (2013, p.16) “considerando que a República é considerada o marco inicial da separação entre Estado e Igreja no Brasil, é no mínimo curioso que a criminalização definitiva do aborto tenha ocorrido justo nessa época”. A respeito desta afirmação, pontua Paixão:

Antes do Império, apesar da forte influência da Igreja Católica, não havia punição para o aborto. No Estado confessional imperial passou-se a considerá-lo crime, postura que permaneceu após a separação entre Estado e Igreja com o nascimento de uma República laica, sem religião oficial. O aspecto cultural ora não influi no ordenamento legal, ora tem forte influência. Ou será que a visão da Igreja mudou com o passar dos anos? (PAIXÃO, 2006, p.196 *apud* RORATO, 2013, p.16)

Em análise ao artigo 301, parágrafo único, é possível observar uma inovação, segundo Prado (2008, p. 104), *apud* Rorato (2013, p.17), qual seja: “uma inovação interessante desse ordenamento penal foi a previsão de uma causa de redução de pena para a gestante que abortasse voluntariamente”, com o fim de ocultar desonra própria. Esta inovação se funda na sociedade machista e patriarcal que predominava na época. A criminalização do autoaborto, também, foi novidade, em termos de legislação, o que põe fim a liberdade de escolha da mulher em continuar ou não com a gestação.

Em 7 de dezembro de 1940, entrou em vigência o Código Penal, por meio do Decreto-Lei nº 2.848, em vigor até hoje. Tratou do aborto na parte especial do Código Penal, onde tipifica as condutas criminosas e dividiu, de maneira sistemática, as formas de aborto. O legislador fragmentou as condutas em tipos específicos e com penas diferentes a depender da maior ou menor gravidade do fato cometido e também do agente. O crime de aborto foi dividido pelo legislador da seguinte forma:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento
 Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
 Pena - detenção, de um a três anos.
 Aborto provocado por terceiro
 Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
 Pena - reclusão, de três a dez anos.
 Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:
 Pena - reclusão, de um a quatro anos.
 Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência
 Forma qualificada
 Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.
 Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
 Aborto necessário
 I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
 Aborto no caso de gravidez resultante de estupro
 II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940).

Nessa toada, Cezar Roberto Bitencourt afirma que:

O código Penal de 1940 foi publicado segundo a cultura, costume e hábitos na década de 30. Passaram mais de 60 anos, e, nesse lapso, não foram apenas os valores da sociedade que se modificaram, mais principalmente os avanços científicos e tecnológicos, que produziram verdadeira revolução na ciência médica. No atual estágio, a medicina tem condições de definir com absoluta certeza e precisão, eventual anomalia, do feto e, conseqüentemente, a viabilidade da vida extra-uterina. Nessas condições, é perfeitamente defensável a orientação do anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal, que autoriza o aborto quando o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, ampliando a abrangência do aborto eugênico ou piedoso. (BITENCOURT, 2007, p. 129 *apud* VIANA, 2016, *online*).

No que tange à mudança do Código Penal que ocorreu em 1969, discorre Álvaro Mayrink da Costa:

O Código Penal de 1969 previa o autoaborto, o aborto praticado com ou sem consentimento da gestante, a ausência de validade do consentimento (obtido mediante fraude ou coação, ou sendo menor de dezesseis anos, doente ou deficiente mental), o tipo qualificado pelo resultado (morte ou lesão corporal de natureza grave), o aborto preterdoloso (empregar violência contra a mulher cuja gravidez não ignora ou é manifesta, causando-lhe o aborto) e fazia prever, seguindo o Código de 1830, o aborto por motivo de honra. O Código Penal de 1969, ao incriminar o aborto preterdoloso, inspirou-se no Projeto Soler, suprimindo a lesão corporal gravíssima prevista no art. 129, § 2º, V do Código Penal de 1940. Adotava-se a honoris causa, em recuo histórico, circunstância especial só reconhecida à já superada expressão normativa “mulher honesta”, isto é, inaplicável à prostituta e à adúltera, podendo ser reconhecida às casadas e viúvas. (COSTA, 2010, p.196).

O Código Penal de 1940, ainda em vigor retrata um posicionamento da sociedade da época, com traços misóginos e patriarcais, onde a figura masculina se sobressaia em relação a mulher. (COSTA, 2010). Com valores morais profundamente tradicionais. Cabe ressaltar, ainda que segundo Nucci (2012), *apud* Souza (2017, p.27), “no Código Penal, há duas previsões de afastamento do delito: risco de vida à gestante e na gravidez resultante de estupro. A primeira previsão corresponde ao aborto necessário e a segunda ao aborto humanitário”. É de se notar que essas duas exceções são da década de 1990.

Nota-se que a sociedade de 1940 não é a mesma que se organiza hoje, crimes como o rapto sexual e atentado violento ao lado de adultério deixaram de ser crimes por uma respectiva sociológica da lei, que tem a obrigatoriedade de se converter aos

anseios sociais para não ser uma lei sem aplicabilidade. Leis são feitas para a sociedade e deve-se pensar nesta para a sua elaboração e aplicação. Assim, o aborto é uma questão que deve ser repensada e analisada sob o crivo da saúde pública e do âmbito jurídico, não no campo religioso. (RORATO, 2013).

1.3. TENDÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS SOBRE A INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ NO DIREITO BRASILEIRO

Ao pensar a respeito do tema do aborto, não afeta apenas ao direito, é algo muito mais amplo, é um problema de saúde pública, de alto índice de morte entre as mulheres, toca a liberdade de planejamento familiar, além de percorrer o campo dos direitos reprodutivos. Isto implica de maneira profunda na sociedade, é sempre um assunto de grande polemica e discussões, lidar com vidas humanas como é o caso da eutanásia e o do aborto sempre geram repercussões sociais, vida e morte são temas que caminham lado a lado. (GOMES; MENEZES, 2008).

Insta frisar que o tema do aborto também é um dilema ético e que não há uma posição unânime, isto representa um histórico formulado sobre o aborto, que com o caminhar da humanidade foi se modificando, ora permitido, ora proibido. Contudo, em pleno século XXI ainda é um assunto que cria dúvidas, mas algumas conquistas dos direitos femininos já foram alcançadas. O Código Penal autoriza a interrupção da gravidez se não há outro meio de salvar a vida da gestante e se a gravidez resulta de estupro.

Nota-se que com os avanços das tecnologias e da ciência houve uma mudança de comportamento social em nível global, o que representa uma repaginada no discurso bioético em relação ao aborto e suas consequências jurídicas. Há diversos países que autorizam a prática do aborto, já outros reprimem e condenam esta prática, como é o caso do Brasil. Segundo Caitano (2018, p.6), no “Reino Unido, desde 1967 buscam a compreensão das circunstâncias que ocorre um aborto necessário, mas até o momento, não conseguiram chegar a uma solução ou alternativa para a solução desse problema social”.

A Bélgica e a Bulgária permitem o abortamento até 12 semanas. Na Bélgica, se o feto apresenta anomalia congênita letal este prazo se estende até o prazo de 24 semanas, já na Bulgária este prazo é de 27 semanas se houver a anomalia. Na

Croácia o aborto é permitido em todas as situações, porém a gestante tem até a vigésima quarta semana de gestação para realizar o procedimento, e os abortos com a justificativa de má formação do feto são registradas. (CAITANO, 2018, p.7).

A França permite o abortamento em qualquer tempo do ciclo gestacional, incluindo a espécie de aborto miserável e econômico e anomalias congênitas, no entanto, todos os procedimentos são devidamente registrados. A Alemanha já induz o abortamento em casos de pobreza e condições sociais, econômicas e culturais dos pais da criança em gestação. Os abortos que os médicos indicam como procedimento necessário não possuem prazo para serem executados, que geralmente ocorre durante diagnósticos realizados no pré-natal. Esse procedimento germânico já é prática desde o ano de 1998. (ZAFFARONI, 2004 *apud* CAITANO, 2018, p.7).

O Uruguai foi o propulsor, dentro dos países da América Latina, a permitir o aborto. Em complemento, Madeiro (2014, p.30) aduz que, “dessa forma, em dezembro de 2012, o Senado Uruguaio aprovou a descriminalização do aborto permitindo a realização do ato até a 12ª semana gestacional”. A legislação uruguaia permite apenas as cidadãs a pôr fim a gestação, contudo, as gestantes precisam passar por uma equipe multidisciplinar, composta por assistentes sociais, psicólogos e ginecologistas, para esclarecer as dúvidas e darem o atendimento acerca dos riscos provenientes do procedimento.

Tratando-se do Direito Comparado, há que destacar que antes, o aborto era visto como crime e que com o passar dos tempos e com as lutas, em especial o movimento feminista, vem transformando boa parte do mundo, para a aceitação, cada dia mais ampla sobre a interrupção da gestação. No Brasil, como já mencionado, existem as situações expressas em lei que autorizam a gestante a realizar o abortamento, porém os tribunais superiores estão cada dia mais aceitando outras modalidades de aborto.

No Congresso Nacional tramitam diversos Projetos de Leis para abolir o crime de aborto, suavizar a sua aplicação e até para aumentar a sua pena. Segundo Madeiro (2014, p.34), “desde a entrada em vigor da Constituição Federal, poucas mudanças de fato ocorreram, protelando decisões e mudanças jurídicas sobre o aborto, adiando as tentativas de descriminalizá-lo”. Um dos mais expressivos Projetos de Lei foi o PL 1135/1991, de autoria do então deputado, Eduardo Jorge do PT/SP, com coautoria da então deputada Sandra Starling do PT/MG.

Este projeto tinha como função alterar o Código Penal para suprimir o artigo que caracteriza o crime do aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento. Este PL foi apresentado em 28 de maio de 1991 e foi arquivado em 27 de janeiro de 2012.

A CCJC (Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania) foi a próxima a apreciar os PL's. Após os PL's terem seu mérito da questão fajutamente apreciado pela CSSF, à CCJC cabia avaliar sua constitucionalidade. O relator dos PLs na CCJC designou audiência pública, ocasião para que convidou o Ministro da Saúde e oito representantes do setor religioso e, percebe-se, nenhum especialista no tema, o que só veio a ocorrer posteriormente, após negociações e indicações do Ministro da Saúde. Contudo, o relator do PL na CCJC se antecipou ao debate, e, desconsiderando as opiniões dos especialistas na área, emitiu parecer pela inconstitucionalidade dos referidos PLs. O projeto foi rejeitado pelo CCJC no dia nove de julho de 2008. (MOURA, 2010, p.45).

Como apêndice deste Projeto foi apresentado o Projeto de Lei 3280/92 de autoria do deputado à época, Luiz Moreira o qual tinha como proposta autorizar a interrupção da gravidez até a vigésima quarta semana de gestação se o feto apresentar anomalias irreversíveis, de ordem física ou mental, como ocorre em outros países, como já demonstrado. Insta frisar que segundo Madeiro (2014, p.33) “dessa forma, em ambos os projetos de lei, seria necessário apenas o consentimento da gestante ou dos responsáveis nos casos de incapaz, além do parecer escrito do médico responsável pelo atendimento”.

Percebe-se que as rejeições aos PLs, em ambas as comissões, foram sempre motivadas pelas frentes religiosas da Câmara que, sem uma análise técnica do tema, ou seja, sem se preocupar em saber ou considerar as conseqüências que a punição do aborto tem trazido para a sociedade e para a saúde pública, e sem nem mesmo ouvir as razões que levam as pessoas contra a criminalização do aborto a se posicionarem desta maneira, continuam optando por criminalizar o ato, em vez de deixar a escolha a cargo da consciência moral e religiosa de cada mulher. Isto demonstra absoluto desrespeito à pretensa laicidade do Estado brasileiro. (MOURA, 2010, p.45-46).

No território brasileiro o aborto é considerado uma prática criminosa, os quais respondem a mãe e o terceiro que auxilia nas manobras abortivas, para a antecipação do parto. Há duas situações no Código Penal que retiram a punibilidade do médico que fez o aborto e da mãe que abortou, conforme demonstra o artigo 128 do CP.

Assim, com isso não se pode dizer que o Brasil proíbe o aborto, mas também não o permite por completo. Segundo Madeiro (2014, p.33) “no início de 2012, foi elaborado e proposto um projeto de reforma para o novo Código Penal Brasileiro, no qual o aborto se tornaria legal em outras situações além dos três casos atualmente permitidos”.

Este Projeto de Lei de autoria do Senador José Sarney do MDB/AP, que tem por função a alteração do Código Penal brasileiro, o qual passaria a vigorar a seguinte redação do art. 128 do CP:

EXCLUSÃO DO CRIME

Art. 128. Não há crime de aborto:

I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante;

II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;

III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, em ambos os casos atestado por dois médicos; ou

IV – 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.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I deste artigo, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou, quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro (BRASIL, 2012, p.47).

Como forma de acompanhar a evolução social e como resposta a uma sociedade, o Supremo Tribunal Federal em decisão ao ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), nº 54, interposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde em 2004, autorizou a interrupção terapêutica da gestação de feto anencéfalo. Segundo a socióloga Lurdes Bandeira, “o não reconhecimento do aborto de anencéfalos representa um atraso, um retrocesso, a mulher deveria, de acordo com suas crenças individuais, ter liberdade para realizar qualquer intervenção no próprio corpo”,

Esta decisão culminou com a declaração de inconstitucionalidade acerca da interpretação do abortamento de feto anencéfalo, ocasionando uma decisão histórica, visto os debates sobre o direito à vida. trouxe para o ordenamento jurídico pátrio, uma nova causa de exclusão de ilicitude para o crime de aborto. Trata-se de hipótese autorizativa do aborto para gestação do feto anencéfalo. Conforme o voto do relator,

a anencefalia é uma anomalia, em que o feto não possui parte da calota craniana e por tal qual o morto não possui atividade cerebral. (STF, 2012, p. 46).

Ainda, nas palavras do relator, não seria adequado e justificável, ante o princípio da proporcionalidade, proteger apenas um dos seres nessa relação, sendo que um deles, portador de anencefalia, sequer é possuidor de vida, e aniquilando por total os direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Ora, esta, sendo obrigada a levar adiante uma gestação infrutífera somente lhe causaria maior sofrimento e abalos psicológicos. (STF, 2012, p. 78).

Vale ressaltar que não é dever do estado velar, senão, pelas ações que afetem a sociedade de forma irreversível, não devendo, assim, invadir a esfera privada do indivíduo de forma desnecessária e descabida. Nas palavras do relator:

A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido. (STF, 2012, p. 78)

Por todo exposto, o Supremo Tribunal Federal fixou mais uma causa de excludente de ilicitude no crime de aborto, declarando a inconstitucionalidade da interpretação que a interrupção voluntária da gravidez do feto anencéfalo é conduta tipificada como crime de aborto. No caso de feto anencéfalo, sendo está uma decisão, exclusiva e única da gestante, deve ser amparada por atestado médico que conclui pela existência de tal anomalia. (STF, 2012, p. 80).

Nessa toada, especificamente no ano de 2016, foi protocolada uma ADI- Ação Direta de Inconstitucionalidade-, a qual questionava alguns dispositivos da Lei nº 13.301 de 2016. Tal lei trata especificamente sobre procedimentos de saúde relativos a doenças transmitidas pelo mosquito *Aedes aegypti*, em especial doença causada pelo Zika Vírus. Por tal, foi requerido ao plenário do Supremo, que este entendesse pela interpretação conforme o texto 16 constitucional, para que na hipótese da gestante venha a ser acometida pela referida doença e cause problemas neurológicos no produto da gestação, a gestante possa optar pela interrupção da gravidez,

enquadrando-se, assim, esse ato nas hipóteses previstas no Código Penal em que tal conduta é permitida. (STF, 2016)

Por maioria, o plenário rejeitou tal ação, negando o pedido de interpretação conforme e evitando, assim, a descriminalização dessa forma de aborto. Apesar de acompanhar o voto da maioria, o Ministro Barroso ressaltou que:

[...] o tratamento do aborto como crime não tem produzido o resultado de elevar a proteção à vida do feto. Justamente ao contrário, países em que foi descriminalizada a interrupção da gestação até a 12ª semana conseguiram melhores resultados, proporcionando uma rede de apoio à gestante e à sua família. Esse tipo de política pública, mais acolhedora e menos repressiva, torna a prática do aborto mais rara e mais segura para a vida da mulher. (STF, 2016, p.2)

E continua o Ministro:

[...] mulheres são seres autônomos, que devem ter o poder de fazer suas escolhas existenciais, e não úteros a serviço da sociedade. [...] Considero importante registrar que praticamente nenhuma democracia desenvolvida do mundo combate a interrupção da gestação com direito penal. Justamente porque existem alternativas menos traumáticas e mais eficientes. (STF, 2016, p.3) Torna-se relevante para o estudo do tema aqui em debate, o princípio da adequação social. Tal princípio, concebido pelo jurista Hans Welzel, afirma que uma conduta, apesar de ser formalmente típica, não será materialmente típica se for aceita pela sociedade, ou seja, se tal comportamento se enquadrar como aceitável pela sociedade. Para Prado, “ação adequada socialmente é toda atividade desenvolvida no exercício da vida comunitária segundo uma ordem condicionada historicamente” (PRADO, 2019, p. 174).

Torna-se relevante para o estudo do tema aqui em debate, o princípio da adequação social. Tal princípio, concebido pelo jurista Hans Welzel, afirma que uma conduta, apesar de ser formalmente típica, não será materialmente típica se for aceita pela sociedade, ou seja, se tal comportamento se enquadrar como aceitável pela sociedade. Para Prado, “ação adequada socialmente é toda atividade desenvolvida no exercício da vida comunitária segundo uma ordem condicionada historicamente”. (PRADO, 2019, p. 174).

2 O ABORTO À LUZ DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME

A teoria do delito faz parte da pedagogia estrutural do Direito Penal, o qual tem por finalidade analisar o crime como um fato punível dentro do panorâmico jurídico. Dessa forma, também procura entender suas características e desmembrar o seu conceito para que seja possível uma compreensão aprofundada sobre o tema. De acordo com Alban (2019, p. 80), “a Teoria do Delito exerce uma essencial função de - instrumento controlador da jurisdição -, impedindo que decisões judiciais se estruturam em atos de criação de direito e ultrapassem os limites constitucionais expressos”.

O direito penal, ciência jurídica, baseada no estudo do tipo penal, ou seja, conduta prevista na lei penal como um crime ou contravenção penal. Assim, a conduta delituosa, ora pode ser comissiva, uma ação proibida pelo tipo penal, ora uma omissão, um não fazer diante de um episódio que a lei exige que o agente haja diante da situação juridicamente prevista. Para Prado (2019, p. 350) “O tipo legal vem a ser o modelo, imagem ou esquema conceitual da ação ou da omissão vedada, *dolosa ou culposa*”.

Observa-se, costumeiramente, o uso de forma errônea de expressões como crime, delito e contravenção com uma ideia de palavras de igual significado. Porém, essas distinguem-se em significado. Para Greco, delito e crime foram adotadas por nosso ordenamento jurídico como palavras sinônimas e contravenção penal distinguindo-se das demais, pois diferente de alguns países, como França e Espanha, que diferenciam esses delitos de acordo com a gravidade de suas penas, o Brasil adota um critério similar ao alemão e italiano. (2017, p.221)

Partindo do princípio que se pode tratar delito e crime como palavras sinônimas, deve-se buscar, agora, diferenciar crime de contravenção penal. Para Masson (2017, p. 198), a diferença entre crime e contravenção penal é dada pelo critério legal, pois foi o legislador que assim a fez. Dessa forma, de acordo com a Lei de Introdução ao CP temos que:

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão

simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, 1941)

Assim sendo, adotando o critério legal, a diferenciação é de fácil percepção. Quando a lei penal cominar somente prisão simples, cumulativamente ou não com multa estaremos diante de uma contravenção penal, de outra forma, se o preceito secundário na norma penal prever pena de reclusão ou detenção, isolada ou cumulativamente com multa, estaremos diante de um crime ou delito. (MASSON, 2017, p. 199)

O critério adotado para diferenciar crime de contravenção penal é meramente político, e por muitas vezes, não se baseia na gravidade do delito. Assim afirma Greco:

Na verdade, não há diferença substancial entre contravenção e crime. O critério de escolha dos bens que devem ser protegidos pelo Direito Penal é político, da mesma forma que é política a rotulação da conduta como contravencional ou criminosa. O que hoje é considerado crime amanhã poderá vir a tornar-se contravenção e vice-versa. (GRECO, 2017, p. 224)

Ademais, outros doutrinadores ao invés de utilizar a nomenclatura, critério legal, preferem utilizar o termo: critério formal. Assim, a diferença é meramente terminológica, pois a ideia central continua a mesma, pois para este critério, a lei que diferencia o crime de contravenção penal, assim sendo, o critério é político, pois a escolha faz-se no momento de formulação das leis. “Na concepção formal, o crime é exatamente a conduta descrita em lei como tal.” (NUCCI, 2017, p. 350)

No que tange ao crime, previsto na legislação como uma ação ou omissão, descreve Leal:

Segundo a concepção formal, crime é a conduta proibida e sancionada pela lei penal. É exatamente esse caráter de pura contrariedade formal ao Direito, que é acentuado nessa definição: crime é toda ação ou omissão proibida pela lei, sob ameaça de pena. É como se a nocividade, a perversidade, a imoralidade ou o caráter anti-social da conduta ilícita surgisse com a promulgação da norma incriminadora ou fosse pura criação desta. (LEAL, 2004, p. 181, *apud* FELTRIN, 2008, p. 7)

O crime também pode ser conceituado pelo critério material ou substancial. De acordo com esse critério, crime seria toda ação humana que lesiona ou expõe em perigo de lesão bens jurídicos tutelados. “Essa fórmula leva em conta a relevância do mal produzido aos interesses e valores selecionados pelo legislador como merecedores da tutela penal.” (MASSON, 2017, p. 198)

Nessa toada, Cunha (2016, p. 150) afirma que, pelo critério material, se analisa o comportamento humano causador de lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos relevantes para sociedade como um todo. Cabe ressaltar que o crime pode ser ainda analisado sob um aspecto analítico, dessa forma, busca-se analisar os elementos que dão estrutura ao crime. De acordo com Capez (2009, p. 250), tal estudo serve para embasar os julgadores, buscando, assim, uma decisão mais justa em relação ao autor da infração penal.

Para o referido autor, são etapas que devem ser percorridas pelo julgador para que ao final possa verificar pela tipicidade ou não da conduta. (CAPEZ, 2019, p.250)

O conceito analítico do crime vem sofrendo profundo reexame do mundo jurídico-criminal. A mais ou menos pacífica e tradicional composição tripartida (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade) tem trazido inquietações, seja pela estrutura interna desses elementos, com a transposição de fatores de um para outro, seja pela atual tentativa de retorno a uma concepção bipartida. (MACHADO, 1987, s.p, *apud* BEDIN, 2012, p. 18)

Nesse sentido Nucci (2017) afirma que o conceito analítico visa facilitar o estudo do crime pela ciência do direito, tornando-o, assim, mais compreensível ao operador do direito. Portanto há um trabalho de decomposição e abertura em substratos, destrinchando dessa forma o crime em elementos menores. (NUCCI, 2017, p. 351)

Insta frisar que não há uma concordância entre os estudiosos do direito sobre quais e quantos são os elementos que constituem o crime sob o aspecto analítico. Para Prado, o crime é constituído por 3 elementos, quais sejam, fato típico, ilícito e culpável, assim afirma o autor: “como expressão conceitual preponderante e mais correta em termos técnicos e científicos, o delito vem a ser toda ação ou omissão típica, ilícita e culpável.” (PRADO, 2019, p. 266)

Nesse mesmo sentido, Greco (2017) defende que o crime em seu aspecto analítico é fato típico, ilícito e culpável. Afirma, ainda, que em uma visão finalista

o fato típico é composto pelos elementos: Conduta, sendo que esta pode ser dolosa, culposa, comissiva ou omissiva; nexos causal; resultado e tipicidade. (GRECO, 2017, p.228).

Cabe salientar que existe uma segunda corrente que defende o conceito bipartite de crime, assim, o crime seria composto apenas pelos elementos: fato típico e ilícito. Dessa forma, culpabilidade seria apenas um pressuposto de punibilidade, ou seja, deverá o indivíduo que pratica a conduta delituosa culpável para que o Estado possa exercer o seu poder punitivo. Nesse sentido leciona Estefam:

O que se busca num conceito analítico é a identificação dos requisitos ou elementos constitutivos do crime, sob a ótica do nosso direito positivo. Sendo assim, não há dúvida de que o crime só pode ser considerado fato típico e ilícito, figurando a culpabilidade não como elemento do crime, mas como pressuposto de aplicação da pena. (ESTEFAM, 2018, p. 205)

Assim, para o referido autor, a culpabilidade por ser analisada posteriormente, não faz parte do crime, pois este encontra-se acabado e consumado. Para Estefam (2018, p.207), trata-se de um juízo de censura que recai sobre o fato ilícito e culpável, por tal, encontra-se na cabeça do julgador e não do autor do fato criminoso, não podendo, assim, ser elemento do crime, mas sim, utilizando no momento de aplicação da pena.

Nesse mesmo sentido, a culpabilidade nada tem a ver com fato típico, pois nesse momento faz-se uma análise valorativa do fato típico, ou seja, uma análise externa ao crime. Quando um delito é cometido, desde o momento do início da sua prática até o seu final, ou melhor, no momento da sua consumação, os elementos constitutivos do fato criminoso devem estar presentes, quais sejam, fato típico e ilicitude, sendo que a culpabilidade é analisada no momento de aplicação da pena ou medida de segurança. Por tal, não merece prosperar que culpabilidade seja elemento constitutivo do tipo, pois sua ausência não acarreta a inexistência do crime, mas somente, aplicação de outra medida diferente da pena ao agente. Assim, Capez afirma que a culpabilidade:

[...] mero juízo de valoração externo ao crime, uma simples reprovação que o Estado faz sobre o autor de uma infração penal. Com efeito, a culpabilidade, em termos coloquiais, ocorre

quando o Estado aponta o dedo para o infrator e lhe diz: você é culpado e vai pagar pelo crime que cometeu! Ora, isso nada tem que ver com o crime. É apenas uma censura exercida sobre o criminoso. (CAPEZ, 2019, p. 252)

Outrossim, uma terceira posição defende que pelo prisma analítico, o crime é composto, não por três ou dois substratos, mas sim por quatro elementos, que são: Fato típico, ilicitude, culpabilidade e punibilidade. Dessa forma, o aplicador do Direito deveria verificar se o fato delituoso era típico, se não estaria presente alguma causa de exclusão de ilicitude, sendo assim ilícito, praticado por um agente culpável e, ainda, que o ocorreu realmente a punibilidade por parte do estado. Dessa forma, se o agente não fosse punido pois ocorreu alguma excludente de ilicitude, como a prescrição por exemplo, não existiria crime. Discordante desse posicionamento minoritário, Masson afirma que:

Essa posição quadripartida é claramente minoritária e deve ser afastada, pois, a punibilidade não é elemento do crime, mas consequência da sua prática. Não é porque se operou a prescrição de determinado crime, por exemplo, que ele desapareceu do mundo físico. Portanto, o crime existe independentemente da punibilidade. (MASSON. 2017, p.203)

Seguindo esse posicionamento, Estefam (2018) traz que essa posição quadripartite de crime é frágil, porque a punibilidade, prática do ato de punir pelo estado, ou melhor, ato de aplicar a sanção penal ao agente que praticou o crime, é elemento externo ao delito. Portanto, o crime pode existir, mas por diversas razões, não foi possível a aplicação da medida punitiva. (ESTEFAM, 2018, p.204)

2.1. FATO TÍPICO

Quando o julgador se depara com o crime para que ocorra sua análise jurídica sobre o fato, este deve percorrer um caminho, como se uma prova de obstáculos fosse. Dessa forma, o primeiro obstáculo a ser rompido nessa análise é o fato típico, ou seja, verificar se os elementos necessários do fato típico estão presentes no mundo do fato. “Assim, o estudo desse “roteiro” do crime, obrigará

a análise de cada um de seus elementos, passo a passo, seguindo uma ordem lógica.” (GRECO, 2017, p.232)

Fato típico é qualquer ação ou omissão humana, pois em nada interessa os fenômenos da natureza ou atos praticados por animais em que não participa o homem. Não qualquer ação humana, mas aquelas penalmente relevantes, passando assim, pela filtragem da intervenção mínima do estado. Pode-se, de maneira bem sucinta, dizer que fato típico é ação ou omissão humana causadora de um resultado naturalístico ou jurídico, porém, não qualquer ação ou omissão, mas somente aquelas penalmente classificadas como um ilícito penal, ou melhor, tipificadas em nosso ordenamento jurídico. Na visão de Cunha:

Fato típico, portanto, pode ser conceituado como ação ou omissão humana, antissocial que, norteadada pelo princípio da intervenção mínima, consiste numa conduta produtora de um resultado que se subsume ao modelo de conduta proibida pelo Direito Penal, seja crime ou contravenção penal. (CUNHA, 2016, p.177)

Insta frisar que o fato material não se confunde com fato típico, pois aquele se enquadra nos elementos deste e, assim, juntos configuram a infração penal, mas na ausência desse juízo de adequação típica, o fato material possui sua existência autônoma, configurando apenas um indiferente penal, haja vista a ausência de enquadramento. (CAPEZ, 2019, p.255)

Assim como deve-se buscar o enquadramento do fato concreto aos elementos do conceito analítico de crime, e após essa análise verificar a existência ou não de um crime, o caminho é o mesmo para que se verifique a presença ou não do fato típico. Assim, busca-se os elementos estruturais desse primeiro substrato, quais sejam: Conduta, resultado, nexa causal e, por fim, tipicidade. (GRECO, 2017, p.277). Neste mesmo sentido, leciona Damásio (2013, s.p) “o fato típico tem seus elementos necessários, para que na falta de um deles a conduta seja considerada atípica, sendo eles a conduta, o resultado, a relação de causalidade ou nexa causal e a tipicidade”.

O primeiro elemento estruturante a ser analisado dentro do substrato fato típico é a conduta. Para grande parte da doutrina, conduta é um comportamento humano exterior, exercido de forma voluntária e dirigido a um fim. “[...]a conduta deve ser entendida como a ação ou omissão humana, consciente e voluntária

(dirigida a uma finalidade).” (ESTEFAM, 2018, p.229). No Brasil, o Código Penal não define um conceito sobre a conduta, assim, fica a cargo da doutrina em defini-la, neste sentido os doutrinadores desenvolveram algumas teorias no que tange a ação e a omissão.

Não há crime sem ação (*nullum crimen sine conducta*). É sobre o conceito de ação (que se pode denominar conduta, já que a palavra ação tem sentido amplo, que abrange a ação em sentido estrito, que é o fazer, e a omissão, que é o não fazer o devido) que repousa a divergência mais expressiva entre os penalistas. Conforme o sentido que se dê à palavra ação, modifica-se o conceito estrutural do crime, examinando as teorias mais divulgadas: a teoria causalista, a teoria finalista e a teoria social da ação. (MIRABETE, 2009, p.88, *apud* SILVEIRA, 2018, p. 18)

A Teoria Naturalista ou Causal, conhecida como Teoria Clássica desenvolvida pelo jurista Franz Von Liszt, fala sobre o fato típico, Assim retrata Bitencourt (2020, p. 647) “o conceito causal de ação foi elaborado por Von Liszt no final do século XIX, em decorrência da influência do pensamento científico-natural na Ciência do Direito Penal”. Outrossim, leciona Capez (2020, p. 261) “nessa época, a igualdade formal era alcançada por meio de regras genéricas e objetivas, e surgia como eficiente meio de controlar as arbitrariedades do Estado”.

Para Brandão (2000, p. 90), “para a teoria causalista, a ação é o movimento corpóreo voluntário que causa modificação no mundo exterior. A teoria causalista limita a função da ação à atribuição de uma modificação no mundo exterior a uma volição”. Esta teoria sofreu inúmeras críticas ao tentar conceituar a ação nos moldes das ciências naturais, pois não dirimia a dúvida a respeito da omissão, visto que esta está dentro da conduta, e não só a ação.

Para melhor exemplificar esta teoria, discorre Marques:

Nesta teoria, o dolo e a culpa eram analisados na culpabilidade. Então, significa que independente da vontade do agente, a sua conduta é típica, como por exemplo, Mozart, dirigindo o seu carro tranquilamente em uma pista em alta velocidade, surpreende-se, quando de repente, Desafinado, querendo se suicidar, pula na frente do automóvel de Mozart e falece instantaneamente. Este caso na análise da teoria clássica é visto como crime, isto é, não importa se Mozart quis ou não atropelar Desafinado, o que importa é que aquele foi o responsável pela morte deste, por isso, a conduta de Mozart será típica, e não

havendo excludente de ilicitude será também antijurídica, e finalmente a conduta de Mozart será definida somente na culpabilidade, onde serão analisados o elementos de dolo e culpa, chegando a conclusão de que sua conduta não era culpável, por ausência do elemento dolo ou culpa. (MARQUES, 2008, p. 15)

Em oposição a esta teoria, tem-se a teoria finalista, a qual discorre Bitencourt (2020, p. 651) que “Welzel elaborou o conceito finalista em oposição ao conceito causal de ação, e principalmente à insustentável separação entre a vontade e seu conteúdo”. Assim, neste seguimento, ensina Rolin (2016, online) que “a finalidade passou a ser um elemento inseparável para analisar o fato típico. Como podemos perceber dolo e culpa sai da culpabilidade e passam a ser elementos do fato típico, uma tremenda reviravolta da teoria causalista”.

Destaca Bedin (2012, p. 25) que “a teoria finalista da ação é a teoria adotada pelo nosso ordenamento jurídico. É a atividade que exige uma finalidade”. Esta teoria se distingue das demais, visto que deve ser levado o conceito subjetivo do crime, ou seja, se o agente agiu com dolo ou culpa, para a configuração do delito. Ressalta Marques (2008, p. 16) que “nesta teoria, o dolo e a culpa passaram a ser analisados no primeiro caractere (Tipicidade) e especificamente no elemento da conduta humana”.

Nosso Código Penal seguiu essa orientação, fundindo a vontade e a finalidade na conduta, como seus componentes essenciais. Em seu art. 18, I e II, expressamente reconheceu que o crime ou é doloso ou é culposo, desconhecendo nossa legislação a existência de crime em que não haja dolo ou culpa. No caso, portanto, de o sujeito vir a matar alguém, sem dolo ou culpa (exemplo do motorista que atropelou o suicida), embora o resultado morte tenha sido produzido, não se pode falar em crime. É que não existe homicídio que não seja doloso ou culposo. Do mesmo modo, como nosso direito não pune o furto culposo, a exclusão do dolo leva à atipicidade desse fato. (CAPEZ, 2020, p. 274)

No que diz respeito as condutas previstas nos artigos 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, o qual contempla os crimes relacionados ao aborto. Ao tratar do assunto, Capez (2019, p. 237) “considera-se aborto a interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intrauterina, a qual se dá no início da gravidez”. Passa-se agora a

necessidade de se compreender as condutas previstas nos artigos mencionados e suas distinções.

Assim, a respeito do tema aborto, leciona Greco (2017, p. 170) “a todo instante são travadas discussões que ora giram em torno da sua revogação, ora da sua manutenção no nosso Código Penal”. O aborto pode ocorrer de duas formas, o espontâneo, nas lições de Maranhão (s.d, p. 187) *apud* Greco (2017, p. 175) “espontâneos são atribuídas as causas mórbidas de várias categorias, que provocam a morte fetal e expulsão do produto da concepção”. Também é assim entendido por Cunha (2016, p.99) “interrupção espontânea da gravidez, normalmente causada por problemas de saúde da gestante (um indiferente penal)”. Por outro lado, há os abortos que são provocados, de forma criminosas, aqui há que se falar em defesa dos direitos à vida, tutelados pelo Direito Penal.

A interrupção voluntária da gravidez, conduta pela qual o agente põe fim à vida intrauterina, interrompendo dessa forma a gestação. Pode ocorrer de forma voluntária, quando a própria gestante com ou sem ajuda de terceiros põe fim ao processo gestacional ou por terceiros contra a vontade da gestante ou com concordância desta. Para Masson (2018, p. 100), o abortamento “é a interrupção violenta e ilegítima da gravidez, mediante a ocisão de um feto imaturo, dentro ou fora do útero materno”.

O fato típico do art. 124, do Código Penal reza: “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque” (BRASIL, 1940). A doutrina destaca que este crime é conhecido como o autoaborto e o aborto praticado com o consentimento da gestante. O qual tem como objetivo jurídico, segundo Capez (2019, p. 239) “no autoaborto só há um bem jurídico tutelado, que é o direito à vida do feto. É, portanto, a preservação da vida humana intrauterina”. Já quanto o aborto praticado com o consentimento da gestante, complementa Capez (2019, p. 239) “no abortamento provocado por terceiro, além do direito à vida do produto da concepção, também é protegido o direito à vida e à incolumidade física e psíquica da própria gestante”.

Ainda sobre o art. 124, a conduta ali contida é considerada um crime de mão própria, visto que apenas a gestante pode proceder com a interrupção da gravidez para a configuração do delito em análise. Discorre Madeiro (2014, p. 14) que “e assim como qualquer crime de mão própria, admite a participação, ou seja, ocorre quando o partícipe se limita a instigar, induzir ou auxiliar a gestante

na prática do auto aborto”. No que tange ao aborto, Bitencourt (2020, p. 589) explica que “nosso atual Código Penal também não o define, limitando-se a adotar a fórmula neutra e indeterminada “provocar aborto”, algo semelhante a, somente para exemplificar, “provocar homicídio”, em vez de “matar alguém”.

Os crimes de autoaborto, aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante e aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante somente podem ser praticados a título de dolo, seja ele direto ou eventual, isto é, ou o agente dirige finalisticamente sua conduta no sentido de causar a morte do óvulo, embrião ou feto, ou, embora não realizando um comportamento diretamente a este fim, atua não se importando com a ocorrência do resultado. (GRECO, 2017, p. 177)

No que diz respeito ao autoaborto, essa conduta está descrita no artigo 124, 1ª parte, do Código Penal. Consiste no ato de provocar a interrupção da gravidez em si mesma de forma voluntária, sendo, portanto, crime de mão-própria, que só pode ser praticado pela própria gestante. Dessa forma, afirma Masson “Trata-se do autoaborto, em que a gestante efetua contra si própria o procedimento abortivo por qualquer modo capaz de levar à morte do feto (exemplos: golpes com instrumento contundente, quedas propositais, ingestão de medicamentos abortivos etc.)” (MASSON, 2018, p. 106).

Cabe ressaltar, ainda, que apesar do crime de autoaborto ser doutrinariamente classificado como crime de mão própria, a gestante pode receber auxílio de um terceiro, um namorado por exemplo, sendo este um partícipe, alguém que auxilia a gestante na interrupção da gravidez, porém não o faz de forma direta. Ensina Bitencourt (2020, p. 589) que, “como qualquer crime de mão própria, admite a participação, como atividade acessória, quando o partícipe se limita a instigar, induzir ou auxiliar a gestante tanto a praticar o autoaborto como a consentir que terceiro lhe provoque”.

Nos termos do artigo 125 do Código Penal, provocar o aborto sem o consentimento da gestante (BRASIL, 1940). Tem-se, aqui, a figura do agente que age com o dolo, ou seja, vontade voluntária e dirigida a o fim, qual seja, provocar o aborto em uma terceira pessoa. Diferente dos tipos penais acima citados, neste não há concordância por parte da gestante, ela não pratica qualquer ação abortiva ou permite que outrem a provoque. Prado (2019, p. 810), por sua vez, apregoa que o aborto praticado sem o consentimento da gestante

dar-se-á quando esta demonstra ser contrária a tal prática ou mesmo quando desconhece a própria gravidez ou o processo abortivo intentado pelo agente.

O agente que provoca aborto sem consentimento da gestante não responde pelo crime de constrangimento ilegal, uma vez que esse constrangimento integra a definição desse crime de aborto, cuja sanção é consideravelmente superior em razão exatamente dessa contrariedade da gestante. Para provocar aborto sem consentimento da gestante não é necessário que seja mediante violência, fraude ou grave ameaça; basta a simulação ou mesmo dissimulação, ardil ou qualquer outra forma de burlar a atenção ou vigilância da gestante. Em outros termos, é suficiente que a gestante desconheça que nela está sendo praticado o aborto. (BITENCOURT, 2020, p. 596)

Nessa linha de raciocínio, tem-se, no artigo 126 do Código Penal, o crime de aborto praticado por terceiro, porém, agora, praticado com o consentimento da gestante. Nessa forma de interrupção voluntária da gravidez, um terceiro pratica o ato abortivo, mas com o consentimento da gestante. Esta, se capaz para o consentimento, responderá pelo crime trazido no bojo do artigo 124 do Código Penal, e o agente responsável pelo aborto consentido, responderá pelo artigo alhures citado. Assim, afirma Masson que “a gestante é autora do crime tipificado pelo art. 124, 2.^a parte, enquanto o terceiro que provoca o aborto é autor do crime definido pelo art. 126.” (MASSON, 2018, p. 107)

Continua sendo a mesma conduta típica dos artigos precedentes, ou seja, ocasionar (ação ou omissão), com o consentimento válido da gestante, a interrupção da gravidez, destruindo o produto da concepção. Se durante a operação (porém antes da interrupção da gravidez) a gestante desistir do intento criminoso, responderá por aborto não consentido o terceiro que insistir em provocá-lo. A gestante, em face do arrependimento ineficaz, responderá pelo art. 124 do CP, não se aplicando o disposto no art. 15 do CP, mas circunstância atenuante do art. 66. Haverá delito impossível nas manobras abortivas realizadas em mulher que erroneamente se suponha grávida (absoluta impropriedade do objeto material). (CUNHA, 2016, p. 105-106).

Insta ressaltar que a gestante deve ser capaz de consentir o aborto, ou seja, ter capacidade para prática de tal ato. O próprio Código Penal traz possibilidades as quais tornam o consentimento da gestante, se obtido nessas circunstâncias, inválido juridicamente. Assim sendo, o autor não mais

responderia pelo artigo 126 do Código Penal, mas sim, pelo artigo 125 do mesmo diploma, artigo este que tipifica o aborto cometido por terceiro sem o consentimento da gestante.

2.2. ILICITUDE

No conceito analítico de crime tem-se três elementos, o fato típico, o qual foi abordado e agora passa-se a analisar a Illicitude ou a também conhecida como antijuridicidade é a uma conduta contrária ao ordenamento jurídico. Destaca Nucci (2017, p. 329) que “é a contrariedade de uma conduta com o direito, causando efetiva lesão a um bem jurídico protegido”. Assim, conclui Cunha (2015, p. 21) “uma conduta receberá a qualificação de ilícita quando se encaixar, não só, nos elementos do tipo e nos pressupostos de imputação, como também, na confrontação com as normas permissivas”.

Nos termos de Zaffaroni e Pierangeli (s.d, p. 573), *apud* Nucci (2017, p. 329), “a antijuridicidade é una, material porque invariavelmente implica a afirmação de que um bem jurídico foi afetado, formal porque seu fundamento não pode ser encontrado fora da ordem jurídica”. Cunha, por sua vez, aduz

A associação entre antijuridicidade e tipicidade subordina-se ao conceito de fato punível, sendo esse de caráter bipartido ou tripartido. Em se tratando de fato punível conceituado como bipartido, se observa que tipicidade e antijuridicidade fazem parte do “conceito unitário do tipo de injusto”. Tal conceito se estabelece no fato de que “o tipo representa os elementos positivos, as justificações representam os elementos negativos do tipo de injusto – logo, uma ação justificada é uma ação atípica porque os elementos negativos excluem os elementos positivos do tipo de injusto”. Já para o conceito tripartido, a tipicidade e a antijuridicidade são tidos como “conceitos autônomos na categoria do tipo de injusto, em que se relacionam como regra e exceção”. De modo que “a tipicidade da ação indica a antijuridicidade do fato (regra), as justificações excluem a antijuridicidade do fato (exceção) – logo, toda ação típica é antijurídica, exceto as ações típicas justificadas”. (CUNHA, 2015, p. 21)

Entretanto, o Código Penal não apenas tipifica crimes, mas traz normas justificativas, causas excludentes de ilicitude. Para Masson (2018, p.124), tais

normas, chamadas também de “permissivas”, autorizam determinadas condutas típicas, ou seja, causas de exclusão de ilicitude. Assim, ensina Mirabete (s.d, p. 67), *apud* Cunha (2016, p. 108), que “são causas excludentes da criminalidade, embora a redação do dispositivo pareça indicar causas de ausência de culpabilidade ou punibilidade.

O legislador, especificamente no crime de aborto, em seu artigo 128, optou por trazer duas causas justificativas. Tem-se o aborto necessário, este realiza-se quando não outra forma de salvar a vida da gestante, nesse caso, também chamado de aborto terapêutico, pois está em jogo a vida da gestante e o produto da gestação. Nessa circunstância, se o médico optar pela interrupção da prenhez, sendo essa a única forma possível de manter a gestante viva, não será punido pela lei penal. Assim, Prado afirma:

A primeira das indicações é de natureza terapêutica. O aborto necessário (ou terapêutico) consiste na intervenção cirúrgica realizada com o propósito de salvar a vida da gestante. Baseia-se no estado de necessidade, excludente da ilicitude da conduta, quando não há outro meio apto a afastar o risco de morte. Este último pode advir de anemias profundas, diabete grave, leucemia, cardiopatias, trombose, hemorragias etc. O mal causado (morte do produto da concepção) é menor do que aquele que se pretende evitar (morte da mãe). (PRADO, 2019, p. 813)

Nessa toada, tem-se uma segunda causa de exclusão de ilicitude, prevista também no artigo 128 do Código Penal, nessa situação, a lei penal autoriza a interrupção voluntária da gravidez, a ser realizada unicamente por médico, se a gestação indesejada foi fruto de estupro. Busca-se, aqui, evitar um duplo sofrimento para gestante, pois esta, além de sofrer todos os males físicos e psicológicos resultantes do estupro, teria, ainda, que conviver com uma gravidez indesejada, fruto de um ato criminoso. Nas palavras de Cunha, “o motivo consiste em que nada justificaria impor-se à vítima do atentado sexual, ofendida em sua honra, uma maternidade que talvez lhe fosse odiosa e sempre relembriaria o triste acontecimento de sua vida. (CUNHA, 2018, p. 111).

Não há como deixar de lado o raciocínio relativo ao estado de necessidade no chamado aborto necessário. Isso porque, segundo se deduz da redação do inciso I do art. 128 do Código Penal, entre a vida da gestante e a vida do feto, a lei

optou por aquela. No caso, ambos os bens (vida da gestante e vida do feto) são juridicamente protegidos. Um deve perecer para que o outro subsista. A lei penal, portanto, escolheu a vida da gestante ao invés da vida do feto. Quando estamos diante do confronto de bens protegidos pela lei penal, estamos também, como regra, diante da situação de estado de necessidade, desde que presentes todos os seus requisitos, elencados no art. 24 do Código Penal. (GRECO, 2017, p. 184)

No que tange ao inciso II do art. 128 do Código Penal, discorre Bitencourt:

O aborto necessário exige dois requisitos, simultâneos: a) perigo de vida da gestante; b) inexistência de outro meio para salvá-la. O requisito básico e fundamental é o iminente perigo à vida da gestante, sendo insuficiente o perigo à saúde, ainda que muito grave. O aborto, ademais, deve ser o único meio capaz de salvar a vida da gestante, caso contrário o médico responderá pelo crime. Logo, a necessidade não se faz presente quando o fato é praticado para preservar a saúde da gestante ou para evitar a desonra pessoal ou familiar. (BITENCOURT, 2020, p. 607)

Entretanto, Greco (2017) defende que o aborto em caso de estupro, ou também chamado de aborto humanitário, não seria uma causa de exclusão de ilicitude, mas sim, excluiria a culpabilidade, como uma causa de inexigibilidade de conduta diversa. Em suas palavras:

Entendemos, com a devida vênia das posições em contrário, que, no inciso II do art. 128 do Código Penal, o legislador cuidou de uma 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. (GRECO, 2017, p. 187)

Ademais, vale ressaltar, que, recentemente, no ano de 2012, o Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, trouxe para o ordenamento jurídico pátrio, uma nova causa de exclusão de ilicitude para o crime de aborto. Trata-se de hipótese autorizativa do aborto para gestação do feto anencéfalo. Conforme o voto do relator, a anencefalia é uma anomalia, em que o feto não possui parte da calota craniana e por tal qual o morto não possui atividade cerebral (STF, 2012, p. 46)

O anencéfalo é um morto cerebral, não possui, sequer, esperança de vida extrauterina. Conforme exposição do Dr. Gollop “isto é a morte cerebral,

rigorosamente igual. O anencéfalo é um morto cerebral, que tem batimento cardíaco e respiração” (GOLLOP, s.d, s.p. *apud* STF, 2012, p. 47). Outrossim, segundo o magistério apresentado por Capez (2019, p. 264), “a anencefalia é caracterizada pela má formação do tubo neural, estando ausentes, portanto, o encéfalo e a calota craniana, o que leva à morte do recém-nascido, em razão da absoluta impossibilidade de vida independente”.

O bem jurídico protegido, como afirmamos anteriormente, é a vida do ser humano em formação. O produto da concepção — feto ou embrião —, embora ainda não seja pessoa, tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica. Quando o aborto é provocado por terceiro, o tipo penal protege também a incolumidade da gestante (integridade física e psicológica). No entanto, a antecipação consentida do parto na hipótese de comprovada gravidez de feto anencéfalo não afeta nenhum desses bens jurídicos que a ordem constitucional protege. Na hipótese de gestação de feto anencéfalo não há vida viável em formação. Em outros termos, falta o suporte fático jurídico, qual seja, a potencial vida humana a ser protegida, esvaziando-se o conteúdo material que fundamentaria a existência da norma protetiva. (BITENCOURT, 2020, p. 615)

Ainda, nas palavras do relator, não seria adequado e justificável, ante o princípio da proporcionalidade, proteger apenas um dos seres nessa relação, sendo que um deles, portador de anencefalia, sequer é possuidor de vida, e aniquilando por total os direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Pois esta, sendo obrigada a levar adiante uma gestação infrutífera somente lhe causaria maior sofrimento e abalos psicológicos. (STF, 2012, p. 78).

Destaca com ênfase o relator

Os critérios de morte encefálica, constantes da Resolução, CFM nº 1480/97, são baseados na ausência de atividade de todo o cérebro, incluindo, obviamente, o tronco cerebral. No anencéfalo não existe a possibilidade de aplicação dos critérios relativos a exames complementares de diagnóstico de morte encefálica, constantes nos artigos 6º e 7º da resolução supracitada, sejam os métodos gráficos (eletroencefalograma), sejam os métodos circulatórios, pela ausência de neocórtex, anormalidade da rede vascular cerebral e ausência de calota craniana. Restaria a utilização dos parâmetros clínicos de morte encefálica (coma aperceptivo com ausência de atividade motora supraespinal e apnéia), respeitando-se a idade mínima de sete dias (artigos 4º e 5º). Entretanto, corroborando a total inadequação para essas situações, os anencéfalos morrem clinicamente durante a primeira semana de vida. Nesse estado, os órgãos estão em

franca hipoxemia, “tornando-se inúteis para uso em transplantes”. (STF, 2012, p. 59-60)

O Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução CFM nº 1.989 de 14 de maio de 2012, o qual dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto, em seu art. 1 reza que: “na ocorrência do diagnóstico inequívoco de anencefalia o médico pode, a pedido da gestante, independente de autorização do Estado, interromper a gravidez” (BRASIL, 2012). Assim, quando ocorrer este diagnóstico o artigo 2 fala sobre o procedimento a ser adotado, em especial o inciso II, ao falar que o laudo precisa ser assinado por dois médicos, capacitados para tal diagnóstico.

Vale ressaltar que não é dever do estado velar, senão, pelas ações que afetem a sociedade de forma irreversível, não devendo, assim, invadir a esfera privada do indivíduo de forma desnecessária e descabida. Nas palavras do relator:

A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido. (STF, 2012, p. 78)

Por todo exposto, o Supremo Tribunal Federal fixou mais uma causa de excludente de ilicitude no crime de aborto, declarando a inconstitucionalidade da interpretação que a interrupção voluntária da gravidez do feto anencéfalo é conduta tipificada como crime de aborto. No caso de feto anencéfalo, sendo esta uma decisão, exclusiva e única da gestante, deve ser amparada por atestado médico que conclui pela existência de tal anomalia. (STF, 2012, p. 80).

Nessa toada, recentemente, especificamente no ano de 2016, foi protocolada uma ADI- Ação Direta de Inconstitucionalidade-, a qual questionava alguns dispositivos da Lei nº 13.301 de 2016. Tal lei trata especificamente sobre procedimentos de saúde relativos a doenças transmitidas pelo mosquito Aedes

aegypti, em especial doença causada pelo zika vírus. Por tal, foi requerido ao plenário do Supremo, que este entendesse pela interpretação conforme o texto constitucional, para que na hipótese da gestante venha a ser acometida pela referida doença e cause problemas neurológicos no produto da gestação, a gestante possa optar pela interrupção da gravidez. Dessa forma, esse ato se enquadraria nas hipóteses previstas no Código Penal em que tal conduta é permitida. (STF, 2016)

Por maioria, o plenário rejeitou tal ação, negando o pedido de interpretação conforme e evitando, assim, a descriminalização dessa forma de aborto. Apesar de acompanhar o voto da maioria, o Ministro Barroso ressaltou que:

[...] o tratamento do aborto como crime não tem produzido o resultado de elevar a proteção à vida do feto. Justamente ao contrário, países em que foi descriminalizada a interrupção da gestação até a 12ª semana conseguiram melhores resultados, proporcionando uma rede de apoio à gestante e à sua família. Esse tipo de política pública, mais acolhedora e menos repressiva, torna a prática do aborto mais rara e mais segura para a vida da mulher. (STF, 2016, p.2)

E continua o Ministro Barroso:

[...] mulheres são seres autônomos, que devem ter o poder de fazer suas escolhas existenciais, e não úteros a serviço da sociedade. [...] Considero importante registrar que praticamente nenhuma democracia desenvolvida do mundo combate a interrupção da gestação com direito penal. Justamente porque existem alternativas menos traumáticas e mais eficientes. (STF, 2016, p.3)

Capez, ao comentar sobre o aborto do feto anencéfalo:

No que toca ao abortamento do feto anencéfalo ou anencefálico, entendemos que não há crime, ante a inexistência de bem jurídico. O encéfalo é a parte do sistema nervoso central que abrange o cérebro, de modo que sua ausência implica inexistência de atividade cerebral, sem a qual não se pode falar em vida. A Lei n. 9.434, de 4-2-1997, em seu art. 3º, permite a retirada post mortem de tecidos e órgãos do corpo humano depois de diagnosticada a morte encefálica. Ora, isso significa que, sem atividade encefálica, não há vida, razão pela qual não se pode falar em crime de aborto, que é a supressão da vida intrauterina. Fato atípico, portanto. (CAPEZ, 2019, p. 265-266)

Torna-se relevante para o estudo do tema aqui em debate, o princípio da adequação social. Tal princípio, concebido pelo jurista Hans Welzel, afirma que uma conduta, apesar de ser formalmente típica, não será materialmente típica se for aceita pela sociedade, ou seja, se tal comportamento se enquadrar como aceitável pela sociedade. Para Prado, “ação adequada socialmente é toda atividade desenvolvida no exercício da vida comunitária segundo uma ordem condicionada historicamente” (PRADO, 2019, p. 174).

2.3. CULPABILIDADE

Quando se pensa no termo culpa, existe uma ideia de conexão de que é atribuído a uma conduta feita por alguém, podendo ser ela positiva ou negativa. A culpa, dentro da estrutura do Direito Penal pode ser estudada sob três acepções, o prisma do princípio da culpabilidade, que tem como função a responsabilidade criminal subjetiva. A culpa também carrega o seu perfil na dosimetria da pena, e ela é um dos elementos integrantes do conceito analítico de crime. Neste sentido, Florêncio Filho (2017, p. 175) “a culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal feito ao autor que praticou o injusto penal, pois podendo se comportar conforme o direito optou, livremente, por agir de maneira a contrariá-lo”.

Desta maneira, o conceito de culpa se associa a ideia de responsabilidade, na esfera penal, a responsabilidade de alguém que causou algum dano, e ele será considerado “culpado”. Nota-se que quem cometeu algum injusto penal através de uma conduta que provocou um resultado juridicamente relevante, nasce para o Estado o dever de punir, o que tem forte influência na sociedade moderna. Assim, ensina Mirabete (2004. p. 195), *apud* Cunha (2015, p. 108), que “esse resultado lesivo, entretanto, só pode ser atribuído a quem lhe deu causa se essa pessoa pudesse ter procedido de outra forma, se pudesse com seu comportamento ter evitado a lesão”.

Nota-se que a culpabilidade atua no sentido de dar maior legitimidade ao poder estatal, não podendo ele intervir mais que a culpa atribuída a algum indivíduo na incidência de um crime, pois dá ao sujeito ativo do delito uma nova resposta de segurança jurídica, visto que o Direito Penal constitucional prima

pelas garantias individuais da pessoa humana. Neste sentido, Florêncio Filho (2017, p. 176-177) “assegura ao indivíduo alguns limites para a aplicação da pena, isto é, a intervenção da violência estatal. Daí, observamos que a culpabilidade é a reprovação fundada no autor”.

A culpabilidade se apresenta como exigência da sociedade e da comunidade jurídica, não é um fenômeno individual, mas social. É através do juízo de culpabilidade que se examina a reprovação do indivíduo que não haja observado as exigências gerais. O conceito de culpabilidade é um conceito social e jurídico, pois a sua construção se dá conforme os requisitos da vida social, dependendo, muitas vezes, da situação econômica, dos fundamentos sócio-econômicos, enfim, das mínimas exigências sociais de cada época. Se há transformações, certamente o conteúdo da culpabilidade sofrerá alterações, denominando-se “a medida do juízo de culpabilidade”. (RONALD JÚNIOR, 2012, p. 2, *apud* EMÍDIO, s,d, *online*)

No que tange a culpabilidade ela se apresenta também, assim como o fato típico, por teorias aptas a explicá-las, entre elas tem destaque as três teorias da culpabilidade, a teoria psicológica, a teoria psicológica normativa e a teoria normativa pura. Segundo Nucci (2020, p. 392) “a culpabilidade é um juízo de valoração concreto, razão pela qual surge a importância de se ter o fato típico e antijurídico, indicando qual é o foco de realidade a ser objeto desse juízo de reprovação social”.

Assim como a teoria naturalista do fato típico desenvolvida por Von Liszt, jurista alemão por volta de 1900, há também a teoria sobre a culpabilidade, denominada de teoria psicológica. Capez (2019, p. 562) “segundo essa teoria, a culpabilidade é um liame psicológico que se estabelece entre a conduta e o resultado, por meio do dolo ou da culpa”. Em outra dimensão, retrata Bitencourt (2020, p. 980) “nesses termos, vinculada a essa concepção de Von Liszt, culpabilidade é a responsabilidade do autor pelo ilícito que realizou, ou, em outras palavras, culpabilidade é a relação subjetiva entre o autor e o fato”.

A partir deste entendimento a culpabilidade se resumia em dolo e culpa, ligando-se o autor do fato ao nexos do fato típico, em suma, segundo Bitencourt (2020, p. 980) “o dolo e a culpa não só eram as duas únicas espécies de culpabilidade como também a sua totalidade, isto é, eram a culpabilidade, na medida em que esta não apresentava nenhum outro elemento constitutivo”.

Assim, conforme destaca Cunha (2015, p. 25) “o liame subjetivo que une o autor ao fato típico e antijurídico, através do dolo ou da culpa é verdadeiramente importante”.

Na concepção da teoria psicológica normativa, ela não só considerava a culpabilidade sob o prisma do dolo e da culpa, ela também destaca a importância do juízo de reprovabilidade do valor normativo a ser analisado na conduta criminosa praticada. Esta teoria, segundo Nucci (2020, p. 392) “ao conteúdo normativo da culpabilidade, e não simplesmente ao aspecto psicológico (dolo e culpa), acrescentou-se o juízo de reprovação social (ou de censura), que se deve fazer em relação ao autor de fato típico e antijurídico”.

No causalismo moderno “a culpabilidade é vista como a somatória de componentes, que fundamentam, frente ao agente, a reprovação pessoal da conduta injusta”. Conquanto, ainda, dentro dessa culpabilidade, legitimam-se outras “características puramente normativas (que informam as causas de exculpação, através do princípio orientador da não exigibilidade de conduta adequada à norma),” como também os elementos de cunho psicológico “(assim, o dolo, aqui configurado como elemento psicológico-normativo, por se estender igualmente à realização do tipo de injusto e absorver, em si, a consciência da antijuridicidade). (CUNHA, 2015, p. 25)

Por fim, a teoria da culpabilidade normativa pura ou também denominada de finalista, seu conteúdo, segundo Capez (2019, p. 564) “o dolo não pode permanecer dentro do juízo de culpabilidade, deixando a ação humana sem o seu elemento característico, fundamental, que é a intencionalidade, o finalismo”. Nesta percepção, explica Assis Toledo:

Assis Toledo ilustra esse raciocínio de forma irresponsável, com o seguinte exemplo: “o que torna atípico o autoaborto culposo é a falta de dolo na ação praticada. Como o tipo legal é doloso, isto é, contém o dolo, a ação praticada culposamente não se subsume, não confere com a do tipo legal do crime. Ora, se o dolo do delito em exame não estivesse no tipo, teríamos de concluir que, para o tipo de delito de autoaborto, é indiferente que a mulher grávida pratique o fato dolosa ou culposamente”. (TOLETO, s.d, p. 231, *apud* CAPEZ, 2019, p. 565)

A teoria apresentada é uma formulação da doutrina finalista, denominada de normativa pura pois ela não leva em consideração o elemento subjetivo, ou

seja, o dolo e a culpa, estas ficam a cargo da tipicidade, os elementos presentes na culpabilidades estão na norma, como a capacidade, exigibilidade de conduta diversa e a consciência da ilicitude. Emidio (s.d, *online*) leciona que “com a deslocação do dolo e da culpa para a tipicidade, a culpabilidade, segundo a ótica finalista, assumiu uma feição diversa, adquirindo só então um autêntico aspecto normativo”.

No que tocam aos elementos da culpabilidade, o Código Penal brasileiro lista três: (i) imputabilidade; (ii) potencial consciência da ilicitude; (iii) exigibilidade de conduta diversa. Foi-se, então, a partir da concepção da teoria normativa pura da culpabilidade que foi possível estabelecer três elementos que fundamentaram a culpabilidade como se conhece hoje. Neste sentido, ensina Florêncio Filho (2014, p. 222) “destarte, Welzel ao deslocar o dolo da culpabilidade para a tipicidade, o fez sem a consciência de ilicitude, que permaneceu na culpabilidade”. Ademais, Emidio (s.d, *online*) ao tratar sobre Welzel, diz que ele “compreendeu que o elemento dolo não poderia integrar à Culpabilidade, mas sim à Tipicidade, visto que é neste elemento em que se verifica a existência da vontade, intenção do autor”.

Com isso, a culpabilidade se assenta em dois pilares o da imputabilidade, que segundo Aníbal Bruno (s.d, p. 39) *apud* Matte (2008, p. 18) define imputabilidade como “o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível”. E o outro pilar é a capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento. O qual é definido por Lima (2017, p. 21) “é a capacidade que todas as pessoas possuem de identificar o que é certo e errado, sem ser necessário nenhum conhecimento jurídico prévio. Isso porque esse conhecimento surge a partir das regras de convivência social”.

No que tange à imputabilidade, explica Mirabete

Em primeiro lugar, é preciso estabelecer se o sujeito tem certo grau de capacidade psíquica que lhe permita ter consciência e vontade dentro do que se denomina autodeterminação, ou seja, se tem ele a capacidade de entender, diante de suas condições psíquicas, a antijuridicidade de sua conduta de adequar essa conduta à sua compreensão. A essa capacidade psíquica denomina-se imputabilidade. (MIRABETTE, 1985. p. 95, *apud* EMIDIO, s.d, *online*)

Já quanto à exigibilidade de conduta diversa, relata Lima

A exigibilidade de conduta diversa determina que uma conduta só pode ser considerada reprovável se do agente pudesse se exigir qualquer outro tipo de atuação. Não se pode reprovar um comportamento se é impossível exigir daquela pessoa atitude diversa. E a própria lei estabelece, hoje, algumas hipóteses em que esta conduta diferente é inexigível, e, portanto, exclui-se a culpabilidade. (LIMA, 2017, p. 23)

Há hipóteses em que devido à norma penal, exclui-se a culpabilidade do delito, ou seja, houve um fato típico previsto em lei como crime, há a conduta do agente que causou um resultado, porém não há a culpabilidade. Assim afirma Masson (2017, p.707), há um rompimento da teoria analítica de crime, neste sentido existem diversas causas de exclusão da culpabilidade, como doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, menor de idade, erro de proibição. Estas estão inseridas tanto no conteúdo de imputabilidade ou capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento.

No que toca esta temática, leciona Nucci (2008, p. 622), *apud* Souza e Alvarenga (2010, p. 13), que “a inexigibilidade de conduta diversa é uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, que admitimos presente em nosso ordenamento, embora, em muitos casos, não se concretizem os seus requisitos”. Um dos exemplos de crimes que perdem a culpabilidade é quando há o aborto no caso de gravidez resultante de estupro. Sobre este tema Silva (2020, *online*) “se configura como uma situação de inexigibilidade de outra conduta, visto que seria inaceitável que o Estado obrigasse a mulher a carregar em seu ventre um feto oriundo de uma relação sexual forçada”.

Outra forma consagrada pela jurisprudência nacional de inexigibilidade de outra conduta é uma questão já discutida neste trabalho, a questão do aborto de feto anencéfalo. Este tipo de situação, segundo Souza e Alvarenga (2010, p. 14) “é inexigível que ela tenha um comportamento conforme o direito, pois isto acarretaria transtornos físicos e psicológicos irreparáveis a sua vida”.

3 DIREITO PENAL MÍNIMO DE SEUS REFLEXOS JURÍDICOS E PRÁTICOS NO CRIME DE ABORTO

Muitos são as problemáticas que envolvem o âmbito da criminologia e a dinâmica do direito penal, diversas são as teorias, correntes e entendimentos da doutrina, jurisprudência e da hermenêutica jurídica, que a cada dia se molda em compasso com a sociedade em que se estabelece, bem como com as novas facetas sociais que são postas em jogo. O Direito Penal que tem por função a reprimenda de delitos torna-se cada dia mais ineficaz aos olhos de doutrinadores que acreditam na efetividade de um direito penal mais severo. (LIMA, 2012, *online*).

Diante disto, surgem algumas correntes teorias da utilidade da esfera penal e sua (in)eficácia. Neste sentido, Albuquerque (2011, p. 41) “as possibilidades de a dogmática penal assumir uma conotação negativa frente a sua real aplicação e finalidade faz surgir um sentimento de insegurança por parte da sociedade”. Primeiro passo para a compreensão deste ensinamento é entender as velocidades do Direito Penal, logo após um estudo acerca das escolas penais.

A Teoria das Velocidades do Direito Penal, proposta por Silva Sánchez, parte da ideia de que o Direito Penal possui, em seu interior, dois conjuntos, diferentes de crimes: **o primeiro**, com infrações penais que culminam em penas privativas de liberdade (núcleo); e **o segundo**, com ilícitos ligados a gêneros mais próximos do administrativo e de suas sanções (alo periférico), em que se culminaria multas, penas privativas de direitos, entre outras. (SANTOS, 2018, *online*) (grifos do autor).

As velocidades do direito penal são compreensões elaboradas a partir dos delitos e contravenções penais e suas naturezas, além de estarem relacionadas a partir da análise da gravidade do crime praticado. Conforme leciona Salmen (s.d, p. 1), “essa teoria leva em conta o tempo que o Estado leva para punir alguém que cometeu uma infração penal”. Nota-se que essa divisão é composta por três etapas ou as denominadas velocidades. Assim, ensina Razaboni Júnior (2017, p. 42) que “a teoria traz consigo a ideia de que temos no ordenamento

jurídico várias dimensões de Direito Penal, graduados de acordo com sua rigidez”.

No que tange à primeira velocidade do direito penal, sustenta Ortega (2016, *online*) “ficou caracterizado pelo respeito às garantias constitucionais clássicas. Aqui temos a pura e simples essência do Direito Penal que é a aplicabilidade de penas privativas de liberdade, como última razão, combinadas com garantias”. Assim, complementa Santos (2018, *online*) que “tem-se que o Estado é mais lento em disciplinar a condenação dos crimes nesta parte, com uma maior extensão do julgamento e aplicação rígida de pena, culminando na restrição da liberdade do réu”.

Nota-se que para a primeira velocidade, o qual segue um modelo de Direito Penal liberal clássico, com as garantias constitucionais em uma dogmática mínima, o qual segundo (Sanchez 2002, p.40 *apud* Razaboni Júnior (2017, p. 42) “a pena privativa de liberdade, como finalidade de uma ação penal, mas se funda em garantias individuais inarredáveis, como meio eficaz para obtenção de justiça, sistema esse adotado pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro”.

Nessa toada, Silva afirma que:

A tutela do direito penal de primeira velocidade seria realizada através do núcleo duro do direito, com maior intensidade garantista. Ou seja, mesmo aberto à criminalização de novos riscos, esta primeira esfera penal seria reservada para os delitos que exigissem a manutenção dos princípios clássicos e respectivas regras de imputação e processuais penais. (SILVA, 2018, p. 9).

No que concerne a segunda velocidade desenvolvida por Jesús-Maria Silva Sánchez, denominada por Direito Penal reparador, tem a característica de substituição da pena privativa de liberdade para as restritivas de direito. Ainda, denota Jardim (2020, *online*) “marcada por uma flexibilização das garantias clássicas do direito penal, que terá lugar para infrações delitivas de menor importância/gravidade e, assim, é atrelada a penas não privativas de liberdade”.

Assim, afirma Moraes:

A primeira, pautado no modelo liberal-clássico, traduz a ideia de um Direito Penal da prisão por excelência, com manutenção

rígida dos princípios políticos-criminais iluministas; a segunda, contempla a flexibilização proporcional de algumas garantias penais e processuais, conjugada com a adoção de penas não privativas de liberdade- pecuniárias ou restritivas de direitos (MORAES, 2011, p. 230, *apud* RAZABONI JÚNIOR, 2017, p. 43).

Há, inclusive no ordenamento jurídico nacional a aplicação desta velocidade, visto que a Lei de Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95) ensejou o instituto da transação penal, conforme artigo 76 da lei, além do procedimento utilizado para esta ponte de ouro da política criminal os quais são iluminados pelos princípios da oralidade, informalidade, economia processual e outros. Ademais, salienta Ortega (2016, *online*) que “outro bom exemplo é o art. 28, da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas). Isto posto, há aqui um Direito Penal representado pela “não prisão”.

Outra novidade legislativa que coaduna com esta velocidade é a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, o qual promoveu o aperfeiçoamento da lei penal, e um dos institutos de grande destaque é o acordo de não persecução penal, o qual segundo Mietlicki (2018, p. 35) “se caracteriza por ser um acordo de não oferecimento da acusação, pelo Ministério Público, dependente do cumprimento de condições firmadas pela pessoa investigada e seu defensor com o acusador público”.

Já na terceira velocidade do Direito Penal, há uma expansão do controle da pretensão punitiva estatal. Caracteriza Ortega (2016, *online*) que “ficou marcado pelo resgate da pena de prisão por excelência, além de flexibilizar e suprimir diversas garantias penais e processuais penais”. É um misto entre a característica de rigorosidade da pena privativa de liberdade da primeira velocidade combinada com a flexibilização das garantias constitucionais e processuais da segunda velocidade do direito penal.

Insta frisar, segundo Salmen (s.d, p. 1) que “ocorre uma ação mais rápida do estado e com prisão, é uma somatória da prisão do direito de primeira velocidade com a relativização e flexibilização da segunda velocidade”. Existe nesta velocidade conforme ensina Silva (2018, p. 10) “a resistência de muitos pode ser justificada uma vez que as penas seriam privativas de liberdade mais rigorosas, porém, contraditoriamente, com maior desformalização do processo penal, pois o inimigo não é considerado cidadão”. Como exemplos, cita Salmen

(s.d, p. 1) “a ação do Estado é intensa e rápida. Sensação de impunidade cai. Sensação de injustiça diminui. Exemplo: é a Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos) e Lei do Abate, dentre outras do ordenamento jurídico pátrio”.

Também denominado de Direito Penal Máximo ou punitivismo, tal movimento tem a crença de que o sistema penal é a solução de quase todos os problemas da sociedade, atuando como *prima ratio* dos conflitos sociais. Explica-nos Érika Andrade Miguel (2011), que o Direito Penal é o instrumento de proteção dos bens considerados mais relevantes para a sociedade, consistindo num órgão controlador e fiscalizador das relações sociais, acompanhando os anseios das populações. Com isso, a existência de raros bens jurídicos a serem tutelados em função do avanço social, surge a necessidade de alterações daquele instrumento para que o Estado passe a ser suficiente na proteção dos direitos humanos. Tais alterações são realizadas com a feitura de novas normas penais para serem aplicadas ou com o endurecimento das penas já existentes (LIMA, 2012, *online*).

Com isso, agora passa-se a analisar as escolas do direito penal, como o Abolicionismo Penal, o Direito Penal mínimo e por fim Direito Penal máximo. Nessa mesma linha de pensamento, Lucca (2016, p. 9) “o abolicionismo penal não passa de uma teoria extremista que acredita que o afastamento das punições carcerárias seja a melhor solução a ser adota em um Estado”. Outrossim, salienta Baptista e Costa (2019, p. 262) “o abolicionismo penal é reconhecido pela criminologia crítica como uma das correntes que apresenta a mais forte rejeição ao controle social por meio da pena”.

Abolir a pena é uma forma de conhecer que promove uma educação para a supressão do castigo. Elucida a importância da naturalização do castigo numa sociedade incapaz de lidar com forças adversas de modo que expulsá-las passa a ser o meio pelo qual pretende chegar à purificação do mal. Somos parte de uma sociedade antropológica, disse Claude Lévi-Strauss em *Tristes trópicos*; temos medo de partes da nossa própria criação que nos instabilizam e assim fundamos inquéritos — que vão da inclusão do princípio do mal na construção da noção de natureza humana, ou de sua bondade distorcida pelo estado civil — levando-nos simultaneamente à legitimidade de fronteiras e à conseqüente afirmação de uma autoridade soberana. (PASSETTI, s.d, p. 1).

Noutro giro, o direito penal surge como resposta aos crimes cometidos na sociedade, assim esculpem uma norma incriminadora cuja sanção imposta

advém da lei penal, que traduz a intenção do legislador em incriminar tal conduta. Ensina Pères (2001, p. 56) “tal planificação é levada a cabo pela Dogmática Jurídico Penal através da sistematização de normas e saberes estruturados em torno da atuação institucional em relação aos comportamentos então reprimidos”. Assim, a função do direito penal é além de tipificar as condutas, atribuir limites ao poder punitivo do Estado, bem como o autorizar a exercer o poder/dever de punir de forma justa.

Ocorre que, apesar da importância do direito penal e a sua aplicação há alguns seguimentos que são prejudicados a partir de fatores externos a lei e a justiça social. Neste passo que surge o direito penal simbólico como uma ferramenta social de opiniões públicas a partir dos discursos midiáticos e da influência da mídia sobre casos jurídicos. Os quais denotam os fatos como querem, sem pensar nas consequências de direito que surgem, “pretendendo ocultar as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, mostrando a elaboração de novas e mais rígidas leis penais como a única solução para a segurança social”. (PRAZERES, 2015, s.d, *apud* OLIVEIRA, 2019, p. 3).

Fim simbólico seria aquele pelo qual não se objetiva, através do instrumental punitivo do Estado, a resolução efetiva dos conflitos de interesses sociais ou a tutela real de bens considerados relevantes para a sociedade. Como o Direito brasileiro sustenta que a missão do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos, qualquer efeito simbólico da pena é considerado ilegítimo. De forma acrítica, tais efeitos da pena são frequentemente execrados ou simplesmente ignorados pela doutrina penal brasileira. (OLIVEIRA, 2019, p. 3-4).

Vale ressaltar, ainda, que segundo Oliveira (2019, p. 4“) entretanto, de forma distinta, o Direito Penal Simbólico esforça-se para solucionar os obstáculos da criminalidade e da segurança de maneira irreal, causando na opinião pública a sensação aliviadora de um legislador alerta”. Agora, basta pôr em xeque a dogmática penal do direito penal máximo e mínimo.

O Direito Penal Máximo se pauta no cenário descrito por Razaboni Junior, Lazari, Luca (2017, p. 2), qual seja: “o clamor público, claramente influenciado pelas críticas as legislações penais e a supervalorização da impunidade, ambos sentimentos ofertados pela mídia social, corroboram na expansão das teorias maximalistas”. Nesta posição, há uma severa punição antecipada, por meio de

prisões preventivas e cautelares, além de haver supressão de diversas garantias constitucionais e processuais, qualificando até mesmo quem merece tal respaldo.

Deste modo, tem-se que bem jurídico é um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social. Assim, tal valor se incorpora à norma como um objeto de referência real, constituindo por tanto um elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes. No que se refere a objeto real, tem-se que este se faz pela concepção orientada pelo pressuposto de lesão ou perigo de lesão, ao passo em que se verifica pela injustiça. Não há injusto sem a devida demonstração de efetiva lesão ou perigo de lesão a um determinado bem jurídico. (TAVARES, 2000, p. 179, *apud* RAZABONI JUNIOR, LAZARI, LUCA, 2017, p. 9)

Já no Direito Penal Mínimo, ensinam Razaboni Junior, Lazari, Luca (2017, p. 2) que “o Direito Penal Mínimo, ou como cognominado por Rogério Greco de Direito Penal do Equilíbrio, assume seu espaço como teoria mediana em comparação com o Direito Penal Máximo e o Abolicionismo”. Há uma preservação das garantias legais e constitucionais do acusado, bem como o arcabouço do devido processo legal, mas ainda incide a punição severa mediante um delito praticado.

3.1. O PRINCÍPIO DA MÍNIMA INTERVENÇÃO PENAL

O direito não é visto apenas como um código cheio de regras e leis que impõe a sociedade um comportamento esperado, o direito também envolve uma série de princípios. Quanto aos princípios, leciona Oliveira (2015, *online*) “afirma-se que os princípios são as normas fundantes e nucleares de um sistema; que se apresentam como demarcadores do ponto inicial dos estudos de uma disciplina jurídica”. Assim, os princípios orientam o legislador da criação ou revogação de uma norma, bem como orienta o magistrado no julgamento de uma causa, a fim de se chegar no cerne do direito: a justiça.

Brilhante é a composição de Miguel Reale acerca dos princípios:

Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários. (REALE, 1986, p. 60).

Na clássica definição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico. (MELLO, 2009, p. 53, *apud* BARRETO, 2018, *online*).

Humberto Ávila propõe o conceito de princípio da seguinte forma:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2008, p. 78-79, *apud* BOMFIM, 2009, p. 42).

E os princípios podem ser divididos, em princípios gerais do direito, o qual pode ser definidos por Oliveira (2015, *online*) como “no fundo, os princípios gerais do direito continuavam a operar com a mesma lógica que estava pressuposta pelo sistema de direito privado: a lacuna legislativa seria apenas aparente”. Estes são aplicados sobre qualquer ramo do direito. Também existem os princípios constitucionais, o qual a sua valoração se encontra nos dispositivos implícitos e explícitos do texto constitucional, e ainda os princípios jurídico-epistemológicos, os quais são próprios de algum ramo do direito, como o direito civil, processual e penal.

O princípio da mínima intervenção penal, é um dos princípios jurídico-epistemológicos de maior expoente na matéria penal, que é talvez um dos mais

importantes se tratando da conquista histórica que ele carrega, bem como o simbolismo cultural que traz consigo. Neste sentido, ressalta Orlando (2010, p. 48) que “a partir do século XVIII, o direito penal passou a representar uma busca pela limitação do poder punitivo do Estado face ao cidadão, já que nos séculos passados este poder servia de opressão”.

O Direito é uno, ou seja, um sistema conciso de normas e princípios aplicados em complementariedade, em uma perfeita simbiose entre seus mais diversos “braços”. O direito penal, por ser a ferramenta jurídica mais gravosa ao homem, ou seja, restringindo a sua liberdade, deve ser utilizada somente quanto estritamente necessário à prevenção dos bens jurídicos relevantes para a sociedade. Cleber Masson assevera que “[...] é legítima a intervenção penal apenas quando a criminalização de um fato constitui meio indispensável à proteção de determinado bem ou interesse, não podendo ser tutelado por outros ramos do direito” (MASSON, 2018, p. 52)

Outrossim, salienta Oliveira (2018, p. 14) que este princípio representa a liberdade de ir e vir da pessoa humana, bem como retirar isso dela é uma medida excepcional, e que “o ser humano é livre por natureza, através de sua autonomia, respeitados determinados pactos sociais estabelecidos em lei, procura meios de se realizar como pessoa, de se dignificar”. Vale ressaltar, ainda, que este princípio não se encontra positivado na Constituição Federal de 1988, nem no Código Penal brasileiro. Assim, leciona Quaresma (2016, p. 38) que “não obstante, impõe-se não só ao legislador, como também ao intérprete da lei, por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, bem como com os pressupostos políticos do Estado Democrático de Direito”.

O princípio da intervenção mínima, também denominado de princípio da *ultima ratio*, restringe o poder incriminador estatal, orientando a sua incidência, para que recaia apenas quando for meio necessário para a proteção de determinados bens jurídicos. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 8º, prevê esse preceito ao afirmar que a lei somente deve prever as penas estritamente necessárias. (SILVA, 2020, p. 237).

Nas palavras de Capez:

A intervenção mínima tem como ponto de partida a característica da fragmentariedade do Direito Penal. Este se apresenta por meio de pequenos flashes, que são pontos de luz na escuridão do universo. Trata-se de um gigantesco oceano de irrelevância, pontado por ilhas de tipicidade, enquanto o crime é um naufrago à deriva, procurando uma porção de terra na qual se possa chegar. (CAPEZ, 2020, p. 93).

De igual modo, Bitencourt (2012, p. 52), *apud* Quaresma (2016, p. 39), apregoa que o princípio da mínima intervenção penal "orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para proteção de determinado bem jurídico". Quando o legislador cria ou extingue uma lei, ele se baseia no momento social e partir de uma dogmática política fundamenta tal norma de modo que outros ramos do direito foram insuficientes para a proteger um determinado bem jurídico de importância, que precisa ser tutelado pelo direito penal.

Neste sentido, Silva (2020, p. 237) leciona que "o princípio da intervenção mínima se manifesta como uma orientação político-criminal restritiva do jus puniendi. Ele tem dois destinatários: o legislador e os intérpretes do direito, sendo a base do que se convencionou chamar de Direito Penal Mínimo". A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 8º determinou que "a lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada" (FRANÇA, 2017).

O direito penal deve ser a última "*ratio*" ou o "cavalo de reserva", atuando, portanto, somente quando estritamente necessário. Na lição de Bitencourt, o princípio da intervenção mínima do direito penal:

Orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. (BITENCOURT, 2012, p. 17).

Insta frisar que somente as condutas lesivas ou, ainda, condutas as quais apresentam uma ameaça a um bem jurídico realmente relevante para sociedade devem ser combatidas pelo direito penal. Cabe frisar que o legislador não deve ignorar a opinião social no momento da criminalização primária, ou seja, quando define qual bem jurídico deve ser protegido pela ordem jurídica vigente, em especial o direito pena. Greco (2017, p. 127) aduz que “é com base neste princípio que os bens são selecionados para permanecer sob a tutela do Direito Penal, porque considerados como os de maior importância, também será com fundamento nele que o legislador, atento às mutações da sociedade”.

Nessa mesma linha de pensamento, Roberti (2001, p. 68) ensina que a intervenção mínima do direito penal está estritamente relacionada com a assunção da dignidade humana:

Reconhecido como intangível este postulado da dignidade da pessoa humana, uma certeza advém, a de que as disposições que restringem a liberdade humana não podem ultrapassar o limite necessário, entendendo-se como limite o exercício do direito cedido pelo povo aos seus dirigentes, apenas para coibir a conduta então tida como perniciososa para a harmonia da sociedade, sendo a intervenção mínima do direito penal inerente ao Estado Democrático de Direito, servindo de princípio limitador do poder punitivo estatal. (ROBERTI, 2001, p. 68, *apud* ORLANDO, 2010, p. 50).

Destarte, todos os aspectos do princípio da intervenção mínima são como as duas faces da mesma moeda. Por um caminho, orienta os legisladores na escolha dos bens juridicamente relevantes mais importantes e necessárias na sociedade atual; por outro caminho, também serve como um guia para que os legisladores cancelem a proteção penal para bens de especial importância no passado. No entanto, com o desenvolvimento da sociedade, ela pode ser aprovada hoje. Outros ramos do sistema jurídico protegem esses bens não relevantes na esfera penal de maneira satisfatória. (GRECO, 2017, p. 129).

Já para Roberti (2001, p. 73), o princípio da intervenção mínima possui três funções dentro do ordenamento jurídico: 1) estabelecer as hipóteses de incidência das leis penais; 2) indicar os limites de restrição da liberdade de ação humana, para que seja alcançada pela norma penal; 3) estabelecer a necessidade da incidência da consequência do delito.

Bem, dada a natureza fundamental da prisão, então a *jus puniendi* do Estado deve ser tomada como a última medida, os processos penais são árduos, complicados e dolorosos. Principalmente condenações criminais, privar alguém de sua liberdade, contato com parentes, relocação onde não há condições humanas, são medidas extremas, daí o caráter subsidiário da esfera penal. Segundo a posição de Oliveira (2018, p. 15), “ora, o anseio punitivista deve ser deixado de lado. Estamos lidando como seres humanos e as consequências de um encarceramento podem ser irreversíveis”.

O direito penal é o instrumento normativo mais violento no que tange as regulamentações sociais, especialmente por meio de aplicação da pena privativa de liberdade, o direito dos cidadãos de liberdade deve ser preservado. Capez (2020, p. 98) “com efeito, um Direito Penal democrático não pode conceber uma incriminação que traga mais temor, mais ônus, mais limitação social do que benefício à coletividade”. De uma perspectiva política criminal, é de suma importância que se priorize todos os métodos de resolução de conflitos e que a repressão criminal deve ser o último recurso.

3.2. O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E DA FRAGMENTARIEDADE

A partir da compreensão do princípio da intervenção mínima do direito penal, é que se pode discorrer acerca dos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade, visto que estes dois últimos são corolários do primeiro. Segundo Nilo Batista (s.d, p. 85) *apud* Silva (2020, p. 240) ao “princípio da intervenção mínima se relacionam duas características do direito penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade”. Neste mesmo sentido, Nucci (2020, p. 106) aponta, em seu magistério, que “destacávamos o princípio da fragmentariedade, como autônomo, para fins didáticos, embora fosse, sem dúvida, corolário da intervenção mínima”.

No contexto da intervenção mínima decorre a característica da subsidiariedade do direito penal, assim, a lei penal só deve ser aplicada quando não há outro ramo do direito que possa tutelar tal conduta humana, deve funcionar como a última escolha na solução de conflitos. Pois, conforme já mencionado o direito penal tem uma bruta ruptura do homem com a sociedade

livre, visto que comina penas, e entre elas a privativa de liberdade. Nessa toada, Borges (2014, p. 18) afirma que “o direito penal deve conseguir a tutela da paz social obtendo o respeito à lei e aos direitos dos demais, mas sem prejudicar a dignidade, o livre desenvolvimento da personalidade ou a igualdade e restringindo o mínimo a liberdade”.

Uma característica do princípio da última razão bastante importante para a democratização do direito penal na contemporaneidade é a subsidiariedade. A característica indica que, quando houver uma saída para resolver a dificuldade fora do direito penal – frise-se: do violento direito penal –, em outro ramo do conhecimento, como psicologia, medicina, psiquiatria, sociologia, antropologia, ou outro ramo do direito, como civil, família, sucessões, administrativo ou tributário, este deve ser o caminho a ser escolhido pelo Estado. Portanto, a questão da subsidiariedade é de escolha pelo Estado da opção geradora de menor violência. (BOMFIM, 2009, p. 59).

Em comparação com o direito penal, o direito civil e o administrativo têm direitos prioritários de intervenção, enquanto o direito penal é apenas para manter o sistema, enquanto as medidas de intervenção são reduzidas e têm o menor impacto. Silva (2020, p. 240) “assim, ele depende da insuficiência de outros mecanismos formais ou informais de controle social para atuar com legitimidade. O Direito Penal somente deve tratar de problemas sociais que sejam insolúveis por outras instâncias de controle social”. É com isso que nasce a característica subsidiária do direito penal, o qual só deve intervir quando necessário.

Insta frisar que, segundo Borges (2014, p. 18), “usar o Direito Penal como primeira opção na mediação de conflitos — estar-se-ia vulgarizando a força estatal, privilegiando o império da brutalidade, pois a todos os erros seriam impostas reprimendas máximas”. Este princípio não serve apenas na aplicação de uma regra codificada, mas também orienta o legislador na criação de uma norma abstrata, ou seja, a norma penal só será elaborada se nenhum outro ramo do direito tiver condição de lidar com o conflito atual, o direito penal é a última razão a ser posto em jogo.

Não menos correta é a visão de Anabela Miranda Rodrigues ao dizer que “na verdade, na mais recente definição de bem jurídico, independentemente da diversidade de formulações, o

ponto de partida é o de que o bem jurídico possui natureza social e o de que o direito penal só deve intervir para prevenir danos sociais e não para salvaguardar concepções ideológicas ou morais ou realizar finalidades transcendentais”. E continua, firmando entendimento de que “a premissa de base continua a ser a de que o hodierno Estado de direito é informado pelo princípio do pluralismo e da tolerância, daqui se deduzindo, ainda mais uma vez, que a pena estatal não pode ser legitimamente aplicada para impor o mero respeito por determinadas concepções morais. Desta orientação axiológica do sistema constitucional derivaria, pois, um princípio vinculante de política criminal: o direito penal tem por função apenas preservar as condições essenciais a uma pacífica convivência dos indivíduos cidadãos, só nesta medida logrando, pois, legitimidade a intervenção jurídico-penal” (NUCCI, 2020, p. 106).

O legislador seleciona os bens jurídicos que merecem ser tutelados pela dogmática penal, e as expõe no texto constitucional, o art. 5º, da CF, por exemplo, é recheado de direitos que merecem a proteção penal, como o direito à vida, a propriedade, a liberdade. Logo, a constituição exerce um papel fundamental de mandatário dos bens jurídicos que necessitam de guarita na legislação penal:

Se de um lado orienta o legislador, elegendo valores considerados indispensáveis à manutenção da sociedade, por outro, segundo uma concepção garantista do Direito Penal, impede que esse mesmo legislador, com uma suposta finalidade protetiva de bens, proíba ou imponha determinados comportamentos, violando direitos fundamentais atribuídos a toda pessoa humana, também, consagrados pela Constituição. (GRECO, 2004, p. 05, *apud* LIMA, 2016, p. 16).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), também, traz em seus julgados os princípios da intervenção mínima, da subsidiariedade e da fragmentariedade do direito penal:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO DE ÁGUA VITIMANDO A COMPANHIA DE ABASTECIMENTO. RESSARCIMENTO DO PREJUÍZO ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. COLORIDO MERAMENTE CIVIL DOS FATOS. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. VIABILIDADE.

1. O Direito Penal deve ser encarado de acordo com a principiologia constitucional. Dentre os princípios constitucionais implícitos figura o da subsidiariedade, por meio do qual a intervenção penal somente é admissível

quando os demais ramos do direito não conseguem bem equacionar os conflitos sociais. *In casu*, tendo-se apurado, em verdade, apenas um ilícito de colorido meramente contratual, relativamente à distribuição da água, com o equacionamento da questão no plano civil, não se justifica a persecução penal. 2. Ordem concedida para trancar a ação penal n. 0268968-47.2010.8.19.0001, da 36.^a Vara Criminal da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. (STJ, 2011, *online*) (grifei).

O princípio da fragmentariedade dentro do direito penal é conceituado por Nucci (2020, p. 106) no sentido que “fragmentariedade significa que nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas e punidas pelo direito penal que, por sua vez, constitui somente parcela do ordenamento jurídico”. Destaca, por seu turno, Bitencourt (2020, p. 130) “o significado do princípio constitucional da intervenção mínima ressalta o caráter fragmentário do Direito Penal. Ora, este ramo da ciência jurídica protege tão somente valores imprescindíveis para a sociedade”.

Quando Binding cunhou o termo fragmentariedade, pretendia criticar a legislação da parte especial do Código Penal alemão, aduzindo as lacunas da lei penal. No entanto, o correr do tempo mostrou razão à necessidade de fragmentação da proteção penal. Assim, a fragmentariedade indica que o direito penal somente arcará com uma parcela protetiva mínima do que o Estado tutela. (BOMFIM, 2009, p. 43).

Logo, este caráter fragmentário da esfera penal deve ser compreendido com base de que nem todos os bens jurídicos serão alvo de tutela penal, visto que o direito penal deve tutelar apenas os bens de maior relevância jurídica. Nas palavras de Greco (2017, p. 139) “comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim, a sua natureza fragmentária”.

De igual modo, é o pensamento de Bitencourt:

Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limitasse a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela

ordem jurídica. Isso, segundo Régis Prado, “é o que se denomina caráter fragmentário do Direito Penal. Faz-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa”. (BITENCOURT, 2020, p. 130-131).

Segundo o magistério apresentado por Muñoz Conde:

Nem todas as ações que atacam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, nem tampouco todos os bens jurídicos são protegidos por ele. O Direito Penal, repito mais uma vez, se limita somente a castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, daí seu caráter ‘fragmentário’, pois que de toda a gama de ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, o Direito Penal só se ocupa de uma parte, fragmentos, se bem que da maior importância. (MUÑOZ CONDE, s.d, p. 71-72, *apud* GRECO, 2017, p. 191)

Portanto, uma vez que o princípio da subsidiariedade inclui apenas a proteção dos bens mais relevantes e básicos para a manutenção do controle social, o princípio da fragmentariedade visa garantir que o direito penal só seja aplicado em situações de extrema gravidade. Segundo Silva (2020, p. 241) “o sistema criminal só pode intervir se regulado por lei prévia, escrita, estrita e certa. A sua intervenção deve ocorrer sempre sob o império da lei”. Alguns doutrinadores acreditam que a projeção do princípio da fragmentariedade penal ocorre em um plano concreto, enquanto o princípio subsidiariedade ocorre em um plano abstrato, referindo-se ao processo legislativo.

3.3. O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E A POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DA TIPICIDADE MATERIAL NO CRIME DE ABORTO

A compreensão do direito penal, como meio de controle social, tem chamado a atenção das pessoas. Geralmente é uma explicação de certos fatos sociais. Em teoria, irá entrar em conflito com a ordem, padronizando assim o direito penal. Isto é, a lei visa a premissa básica da convivência social harmoniosa, que é uma exigência essencial para uma coexistência ordenada, não apenas regras ou ordens. Cada norma afirma que algo deve ser atribuído

ao reconhecimento de valor. O comportamento é declarado como um fator determinante e obrigatório. É o julgamento de valor e a necessidade de atribuí-lo para algo ou uma certa qualidade de um bem jurídico. (GUIMARÃES, 2013, p. 16).

O direito é uma ciência social aplicada e deve se ater as modificações que ocorrem na sociedade onde ele está sendo aplicado, de modo que não passa a ser uma norma morta, sem eficácia e aplicabilidade. Segundo Welzel (1987, p. 83) *apud* Bitencourt (2020, p. 134) “o Direito Penal tipifica somente condutas que tenham uma certa relevância social; caso contrário, não poderiam ser delitos”. Em outras palavras, ensina Nucci (2020, p. 297) “com relação à adequação social, pode-se sustentar que uma conduta aceita e aprovada consensualmente pela sociedade, ainda que não seja causa de justificação, pode ser considerada não lesiva ao bem jurídico tutelado”.

Este princípio que surgiu de uma teoria formulada pelo jurista alemão Hans Welzel, entende em primeiro posicionamento defendido por Welzel que a adequação social seria uma causa justificante. Contudo, em um momento mais recente entendeu que a adequação social seria causa de exclusão da tipicidade. Silva (2020, p. 93) assevera que “o motivo da mudança foi a constatação de que as causas de justificação são permissões especiais para a realização de ações típicas, sendo assim, socialmente inadequadas”.

Nas palavras de Welzel:

É missão do Direito Penal amparar os valores elementares da vida da comunidade... Desta forma, por trás da proibição de matar está o pensamento primário que tende a assegurar o respeito pela vida dos demais... Resulta claro que a segurança de todos somente se garante suficientemente, quando se assegura o respeito pela vida alheia. (GUIMARÃES, 2013, p. 16).

Na concepção de Nilo Batista, ele entende o princípio da adequação social como um princípio explicativo pode reinserir o tipo de crime em uma sociedade de histórica. Já para Claus Roxin, um dos dogmáticos penais alemão, determina este princípio para servir como um auxílio explicativo para limitar o conteúdo do texto que acolhe formas de comportamento socialmente aceitáveis. Assim, ressalta Bitencourt (2020, p. 134) “em outros termos, segundo esta teoria,

as condutas que se consideram “socialmente adequadas” não se revestem de tipicidade e, por isso, não podem constituir delitos”.

O tipo penal implica uma seleção de comportamentos e, ao mesmo tempo, uma valoração (o típico já é penalmente relevante). Contudo, também é verdade, certos comportamentos em si mesmos típicos carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois muitas vezes há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado. Por isso, segundo Stratenwerth, “é incompatível criminalizar uma conduta só porque se opõe à concepção da maioria ou ao padrão médio de comportamento”. A tipicidade de um comportamento proibido é enriquecida pelo desvalor da ação e pelo desvalor do resultado lesando efetivamente o bem juridicamente protegido, constituindo o que se chama de tipicidade material. Donde se conclui que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao socialmente permitido ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica. Mas, como afirma Jescheck. “só se pode falar de exclusão da tipicidade de uma ação por razão de adequação social se faltar o conteúdo típico do injusto”. (BITENCOURT, 2020, p. 134-135).

Na lição de Luiz Regis Prado:

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada (PRADO, s.d, p. 83, apud GRECO, 2017, p. 135)

Em outras palavras, as normas existem para servir a sociedade, na sociedade e na vida social. É diferente a norma implantada hoje e da norma na da vida social do passado e também diferente do futuro. Segundo Guimarães (2013, p. 14) “e, se a norma foi promulgada no passado, evolui e transfunde-se em elemento da vida social com a finalidade de melhor servir às exigências sociais dentro da realidade atual”. Noutra giro, esclarece Scandelari (2018, p. 84) “para ele, na função dos tipos de representar um modelo de conduta proibida está claro que todas as condutas selecionadas e neles descritas possuem uma carga, de intensidade variável, de inadequação social”.

Ações socialmente apropriadas são aceitáveis no contexto social atual. Eles estão dentro da faixa de exercício normal, portanto, a liberdade de todos na

ordem social não pode ser considerada típico. A adequação social deve ser motivo para a exclusão da tipicidade material, visto que condutas aceitas e praticadas de forma reiteradas e em grande escala na sociedade são aceitas por ela, o que não coaduna com a tipificação de crimes como o aborto. Nucci (2020, p. 297) aponta que “se determinada conduta é acolhida como socialmente adequada deixa de ser considerada lesiva a qualquer bem jurídico, tornando-se um indiferente penal”.

Durante muito tempo discutiu-se qual seria a natureza jurídica da chamada “adequação social” e de qual seria a sua localização entre as categorias sistemáticas do delito, concretamente, se afastaria a tipicidade ou se eliminaria a antijuricidade de determinadas condutas típicas. O próprio Welzel, seu mais destacado defensor, vacilou sobre seus efeitos, admitindo-a, inicialmente, como excludente da tipicidade, depois como causa de justificação e, finalmente, outra vez, como excludente da tipicidade. Por último, conforme anota Jescheck, Welzel acabou aceitando o princípio da “adequação social” somente como princípio geral de interpretação, entendimento até hoje seguido por respeitáveis penalistas. (BITENCOURT, 2020, p. 135).

Quanto às funções do princípio da adequação social, explana Greco:

O princípio da adequação social, na verdade, possui dupla função. Uma delas, já destacada acima, é a de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade. A sua segunda função é dirigida ao legislador em duas vertentes. A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes. Se a conduta que está na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la valendo-se do Direito Penal. Tal princípio serve-lhe, portanto, como norte. (GRECO, 2017, p. 136).

Dessa forma, o agente pode cometer uma conduta que se enquadra no texto legal como criminosa, ou seja, formalmente típica- prevista pelo legislador na norma penal como um crime, e, mesmo assim, não ser um ato criminoso, pois a sociedade, na época em que o fato ocorreu, não mais visualizava tal conduta como merecedora de punição estatal, seja por mudança de entendimento de determinada situação, seja por não haver mais necessidade de proteção do bem

jurídico até então tutelado. De acordo com Masson “[...] não pode ser considerado criminoso o comportamento humano que, embora tipificado em lei, não afrontar o sentimento social de justiça”. (MASSON, 2018. p. 49).

O princípio da adequação social é de tamanha importância para o reconhecimento da exclusão da tipicidade material do crime de aborto, visto que deve ser aplicado no sentido de ser uma causa supralegal da tipicidade. O direito penal não deve ser injusto ao colocar na balança a vida da gestante ou a vida do feto, há que de falar que apesar de ser uma prática ainda proibida ela é realizada de forma insegura, o que coloca em jogo não só o viés político e jurídico, mas o viés de saúde pública. O direito não deve agir com injustiças e em prol da adequação social o crime de aborto deveria ser excluído.

A questão do aborto mostra que a prática é uma realidade social, e esta realidade, como adequação social não pode ser ignorado pelo legislador. É importante notar também que o aborto é diariamente realizado fora do âmbito da lei, o que fere um dos princípios básicos da vida humana, ou seja, o direito à dignidade da gestante e do feto que sofrerá com as manobras abortivas sem um profissional qualificado. Além de tentar ampliar o alcance da prevenção da gravidez por meio da educação sexual, o aborto deve ser incluído no sistema público de saúde como objeto de debates sobre direitos sexuais e reprodutivos.

Depois de enumerados fatores, vê-se que o tema envolve não apenas aspectos de natureza éticas, sociais ou políticas, mas também aspectos socioeconômicos, psicológicos, e o mais importante, a respeito da saúde pública. Sendo assim, o aborto é considerado um problema grave nos dias atuais, que não pode ser ignorado, exigindo até uma atualização na legislação e um debate mais acirrado. Portanto, o aborto é considerado um problema grave nos dias de hoje, que não pode ser ignorado, e ainda requer uma legislação atualizada e debate mais intenso.

CONCLUSÃO

O aborto, mais que uma questão a ser discutida no âmbito do direito é um problema de saúde pública, por tanto, um problema social. A existência e as consequências devem ser discutidas incluindo a justiça social, direitos humanos e saúde pública. Em vários posicionamentos deste trabalho, verificou-se que a atual legislação restritiva é prejudicial à saúde das mulheres e não reduz o número de abortos clandestinos. É necessário sensibilizar a sociedade para os direitos humanos das mulheres e realizar ações de formação para profissionais de saúde. Uma forma de descentralizar os serviços de aborto para aumentar o acesso das mulheres aos serviços de saúde deve ser estudada.

Ao longo da história da humanidade, o aborto foi e tem sido causado por vários métodos diferentes, mesmo que seja uma ação ilegal. Os aspectos éticos, jurídicos e religiosos do aborto têm sido objeto de claro debate em todo o planeta. Com o passar dos anos, essa é a prática que melhor revela sua diversidade terapêutica. Em certas épocas e regiões, não era, ou é punido. Em outras ocasiões e entre outros grupos e povos, eles foram severamente punidos com a pena de morte, o que revela a construção histórica das práticas abortivas.

Foi possível verificar que a ocorrência do aborto ocorre em toda a sociedade desde seu surgimento, antes era considerado um problema que pertencia a escolha feminina, pois se tratava do corpo da mulher, o pensamento foi fortemente modificado com o advento do cristianismo que deu uma visão angelical ao feto e a criança. Também, o aborto não era considerado crime em muitos povos e culturas e em alguns países do mundo. Hoje, as práticas abortivas são permitidas de forma delimitada.

O objetivo deste trabalho de conclusão de curso foi orientar os leitores sobre a interrupção voluntária da gravidez, como forma de escolha da mulher que é a gestante, visto que a partir da adequação social e dos princípios fundantes da esfera penal possa agastar a tipicidade material do delito de aborto. Nota-se que há uma tendência contemporânea para que isso ocorra, mesmo que de forma primitiva, já fora pacificado na jurisprudência – inclusive a do Supremo Tribunal Federal – que as gestantes de feto anencéfalos podem praticar o aborto sem cometer delito.

Esta decisão histórica da maior instância do poder judiciário, mostra o princípio da adequação social em forte compasso com a sociedade brasileira, pois não seria viável a gestante dá a vida a um feto que não há expectativa de uma vida digna e saudável, não obstante este entendimento, pode-se firmar, ainda, pautada na dignidade da pessoa humana, livre planejamento familiar e direitos reprodutivos a possibilidade de que a gestante opte se há a intenção ou não de levar a gestação a diante, seja ela como for.

O Direito Penal deve guerrear apenas comportamentos prejudiciais ou comportamentos que ainda representam uma ameaça aos bens legítimos que são verdadeiramente socialmente relevantes. Ressalte-se que no momento da primeira condenação do legislador, ou seja, na definição dos bens jurídicos que deveriam ser protegidos pelo ordenamento jurídico vigente, a opinião pública não deveria ser ignorada. Nesse sentido, as afirmações interpretativas do Código Penal, especialmente a importância do impacto social relacionado ao crime de aborto, são importantes nas condenações criminais.

Neste interim, em harmonia com os princípios constitucionais, da dignidade da pessoa humana, e do princípio da intervenção mínima do direito penal é urgente que ocorra uma mudança legislativa com base na adequação social, a fim de excluir a tipicidade material do crime de aborto previsto no atual Código Penal. Contudo, em um governo aristocrata e severamente tradicional, onde a bancada cristã busca a gestação completa com bases em textos bíblicos e formada por um quantitativo de homem, essas questões de projeto de lei são sempre arquivadas, quando chegam a serem votadas.

Dessa forma, o agente pode praticar um ato que se enquadre no texto legal, ou seja, um ato criminoso, sendo formalmente tipificado - o ato criminoso previsto pelo legislador nas normas do direito penal e, ainda assim, não ser um ato típico, pois a sociedade, quando na ocorrência do fato, já não mais enxerga esse tipo de comportamento como punível pelo Estado, seja porque mudou seu entendimento da situação específica, seja porque não precisa mais proteger os interesses jurídicos que foram protegidos até agora. Se o comportamento humano é um fato formalmente típico, mas não enfrenta um senso de justiça social, não pode ser considerado um crime.

REFERÊNCIAS

ALBAN, Rafaela de Oliveira. **Uma releitura do conceito analítico de crime através do princípio da exigibilidade**, 2019. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/RAFAELA-DE-OLIVEIRA-ALBAN.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

ALBUQUERQUE, Camila Menezes de. **O direito penal do inimigo**. Boa Vista, 2011. 60 f. Universidade Federal de Roraima. Disponível em: <http://ufr.br/direito/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=125:direito-penal-do-inimigo-autora-camila-menezes-de-albuquerque-orientador-prof-msc-mauro-jose-do-nascimento-campello&id=22:2011-1&Itemid=314>. Acesso em: 03 out. 2020.

BACELAR, Renan Victor Boy. **Direito Canônico: Vivências históricas e teóricas da cultura jurídica ocidental**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-AY5LA5/1/bacelar__direito_can_nico.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

BAPTISTA, Ana Luiza da Costa Andrade. **NÃO NASCER: reflexões sobre a história do aborto**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Serviço Social) - Universidade Federal Fluminense, Campos dos Goytacazes, 2017. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/11299/1/TFC%20Banca1.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2020.

BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Levando o abolicionismo a sério: seria possível uma conciliação entre garantistas e abolicionistas? *In: CANÊDO, Carlos Augusto et al. Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Belo Horizonte: Initia via, 2019.

BASTOS, Priscila Mansur Bussade. A percepção do aborto ao longo da história e a construção do seu conceito nos dias atuais. *In: Revista Unitas*, v. 5, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://revista.faculdadeunida.com.br/index.php/unitas/article/view/609/583>>. Acesso em: 06 ago. 2020.

BEDIN, Cléia de Fátima. **A aplicação do princípio da insignificância no crime contra o patrimônio denominado furto famélico**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) -Universidade Comunitária da Região de Chapecó, UNOCHAPECÓ, 2012. Disponível em <<http://www.unochapeco.edu.br/static/data/portal/downloads/1678.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto **Tratado de direito penal: parte geral**, 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Parte geral**. Coleção Tratado de direito penal v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BOMFIM, Urbano Félix Pugliese do. **Uma correção ao sentido do princípio da intervenção mínima no direito penal**. Dissertação (em Direito) - Universidade Federal da Bahia, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8832/1/URBANO%20F%C3%89LIX%20PUGLIESE%20DO%20BOMFIM.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

BORGES, Ronaldo Bússolo. **Princípio da insignificância no crime de furto e a aplicabilidade nos tribunais de Santa Catarina e rio grande do sul**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel Direito) -Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, 2016. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/2749/1/Ronaldo%20B%c3%bassolo%20Borges.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

BRANDÃO, Cláudio. **Teorias da conduta no direito penal**. 2000, Disponível em < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/631/r148-05.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 ago. 2020.

BRASIL, Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 11 ago. 2020.

BRASIL, Lei de 16 de dezembro de 1830. **Código Criminal do Império do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 11 ago. 2020

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012**. Reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1594009208566&disposition=inline>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRASIL, **Resolução CFM nº 1.989 de 14 de maio de 2012**. Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências. Disponível em: https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/wp-content/uploads/2019/02/1989_20121.pdf. Acesso em: 09 out. 2020.

CAITANO, Lara de Alcantara. **O aborto no brasil e as inovações propostas**. Anápolis, 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário de Anápolis. Disponível em: <<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/844/1/Monografia%20-%20Lara%20de%20Alcantara.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

CAMARA, Victória Albuquerque. **O paradigma religioso e a construção do direito das famílias brasileiro**. Brasília, 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Disponível em:
<https://bdm.unb.br/bitstream/10483/12045/1/2015_VictoriaAlbuquerqueCamar a.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

CAMPOS, Ana Silveira De Resende de. **Descriminalização do abortamento**. Disponível em:
<<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/descriminalizacao-abortamento.htm#sdfotnote1sym>>. Acesso em: 06 ago. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 2, parte especial: arts. 121 a 212. - 19. ed. atual. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CAPEZ, Fernando. **Parte geral**. Coleção Curso de direito penal. v. 124. ed. Atual.- São Paulo. Saraiva Educação, 2020.

CARPES, Amanda. **A falácia da criminalização do aborto**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Centro Universitário Curitiba. Curitiba, 2018. Disponível em:
<<https://www.unicuritiba.edu.br/images/tcc/2018/dir/AMANDA-CARPES.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2020.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Interrupção da Gravidez: Uma Questão de Direitos Humanos**. *In: Revista da EMERJ*, v. 13, nº 50, 2010. Disponível em:
<https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_191.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.

CUNHA, Leonardo Djalma da. **O policial e a hierarquia**. A subordinação e suas consequências: a responsabilidade penal e administrativa dos atos dos policiais e a utilização das excludentes de ilicitude e culpabilidade que os amparam na atuação policial. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)- Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2015. Disponível em:
<<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/157119/MONOGRAFIA%20FINALIZADA%20LEONARDO%20DJALMA%20DA%20CUNHA%20PDF.A.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 set. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral** (arts. 1 ao 120). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ESTEFAM, André **Direito penal: parte geral** (arts. 1º a 120). 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FELTRIN, Liziane Machado. **Respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e da humanização da pena na execução penal**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, 2008. Disponível em

<<http://siaibib01.univali.br/pdf/Liziane%20Machado%20Feltrin.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2020.

FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio. **A culpabilidade no direito penal: estruturação dogmática das teorias da culpabilidade e os limites ao poder de punir do estado.** *In: Revista Acadêmica*, Vol. 86, Nº1, 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/download/681/513>>. Acesso em: 15 set. 2020.

FRANÇA (País). **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 02 de outubro de 1789.** Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 03 out. 2020.

GOMES, Edlaine de Campos; MENEZES, Rachel Aisengart. **Aborto e Eutanásia: Dilemas Contemporâneos sobre os Limites da Vida.** *Physis In: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 18, 2008. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/physis/v18n1/v18n01a06.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I.** 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GUIMARÃES, Juliana Vianna. **Adequação social como limite à incriminação nos crimes sexuais: da presunção de violência ao estupro de vulneráveis.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2013/JulianaViannaGuimaraes_Monografia.pdf. Acesso em: 09 out. 2020.

JARDIM, Gabriel De Araújo. **Velocidades do Direito Penal.** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/velocidades-do-direito-penal/>. Acesso em: 03 out. 2020.

LIMA, Bruno Bessa de. **Direito Penal mínimo na sociedade brasileira.** *In: Revista Jus Navigandi*, n. 3319, ano 17, 2 ago. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22338>. Acesso em: 03 out. 2020.

LIMA, Camila Motta de Oliveira. **O alcance do princípio da culpabilidade e a exclusão da responsabilidade penal do agente.** Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro 2017. Disponível em: <http://www.unirio.br/ccjp/arquivos/tcc/2017-1-tcc-camila-motta-de-oliveira-lima-2>. Acesso em: 21 set. 2020.

LIMA, Natari Jéssika da Costa. **Reconhecimento da insignificância penal na presença da reincidência.** Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/187133128.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

LUCCA, José Felipe. **A (in)compatibilidade do direito penal do inimigo no estado democrático de direito**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário UNIVATES, 2016. Disponível em: <https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/1351/1/2016JoseFelipeLucca.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

MADEIRA, Lígia Mori. **História do direito medieval**: heranças jurídico-políticas para a construção da modernidade. Disponível em: <https://www1.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaicho/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v8n15n16/Historia_do_direito_medieval.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

MADEIRO, Ricardo César Vieira. **A descriminalização do aborto**. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-graduação em Direito Penal e Processo Penal) - Centro de Estudos Sociais Aplicados da Universidade Estadual do Ceará. Ceará, 2014. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/07/A-Decriminaliza%C3%A7%C3%A3o-do-Aborto.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

MARQUES, Márcio Rangel. **A teoria do crime**. Artigo Científico (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, 2008. Disponível em: <<http://fdc.br/Artigos/.%5C%5CArquivos%5CArtigos%5C19%5CATeoriaCrime.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2020.

MARTINS, A. M. de O. (2013). **O corpo feminino na Idade Média**: um lugar de tentações. In, Braz, J. & Neves, M. O corpo-Memória e Identidade (pp. 103-116). *In: Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas*. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/311923537_O_CORPO_FEMININO_NA_IDADE_MEDIA_UM_LUGAR_DE_TENTACOES>. Acesso em: 19 ago. 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: Parte Geral: arts. 1º ao 120. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.

MATTE, Natalia Allet. **O princípio da co-culpabilidade e sua (in) aplicabilidade no direito penal brasileiro**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2008. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Natalia%20Allet%20Matte.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.

MIETLICKI, Paulla Paim. **O acordo de não persecução penal e sua inserção no direito brasileiro**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Federal do Rio Grande do Sul Rio Grande do Sul, 2018. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/174661/001061500.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 nov. 2020.

MOURA, Roberta Barbosa de. **ABORTO**: direito, moral e religião. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Universidade Federal de Juiz de Fora. Juiz de Fora, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/5250/1/robertabarbosademoura.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza **Curso de direito penal : parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal** , Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Amanda Caruso de. **Direito penal simbólico e o maniqueísmo midiático**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Evangélica, Anápolis, 2019. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/1258/1/Monografia%20-%20Amanda%20Caruso.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

OLIVEIRA, Atena. **As formas de processamento no período da Inquisição**. In: **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://atenaoliveira.jusbrasil.com.br/artigos/661733544/as-formas-de-processamento-no-periodo-da-inquisicao>>. Acesso em: 19 ago. 2020.

OLIVEIRA, Guilherme Lucas de. **Da necessidade de um direito penal mínimo: viabilizando sua existência**. Artigo Científico (Bacharelado em Direito)- Universidade Federal de Lavras, Lavras, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufla.br/bitstream/1/31402/1/Guilherme%20Lucas%20de%20Oliveira%20-%20TCC.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

OLIVEIRA, Inayara de. **Democracia e aborto**: as disputas acerca da descriminalização no Brasil e no Uruguai. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <https://bdm.unb.br/bitstream/10483/14806/1/2016_InayaradeOliveira.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Proposta metodológica para a análise do conceito de princípio no Direito**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-14/diario-classe-proposta-metodologica-analise-conceito-principio-direito>. Acesso em: 03 out. 2020.

ORLANDO, Marielen Paura. **O princípio da intervenção mínima no direito penal**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2010. Disponível em: <<https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/532/O%20princ%20c3%adp%20da%20interven%20a7%20a3o%20m%20adnima%20no%20direito%20penal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 03 out. 2020.

ORTEGA, Flavia. **As velocidades do direito penal**. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/344640749/as-velocidades-do-direito-penal>. Acesso em: 03 out. 2020.

PAAPE, Pamela Dieter. **O tratamento jurídico do aborto na história das legislações criminais brasileiras**. In: **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**, v. 05, pp. 83-96, 2018. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/aborto>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

PACHECO, Eliana Descovi. **O aborto e sua evolução histórica**. In: **DireitoNet**, 2007. Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3764/O-aborto-e-sua-evolucao-historica>>. Acesso em: 06 ago. 2020.

PASSETTI, Edson. **O discurso abolicionista penal**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Univates- Lajeado, 2016. Disponível em: <https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/1351/1/2016JoseFelipeLucca.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

PÉRES, Quitéria Tamanini Vieira. **A função simbólica do direito penal como matriz oculta da política criminal brasileira contemporânea**. Dissertação (Mestrado em Direito) -Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2001. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/82005/178399.pdf?sequence=1>. Acesso em: 03 out. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

QUARESMA, Rafaela Guariglia. **A incompatibilidade entre o direito penal do inimigo e o estado democrático de direito**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/2391/1/Monografia%20-%20Rafaela%20Guariglia%20Quaresma.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo. **Direito penal do inimigo e seu eco na sociedade brasileira: estudo de caso na fundação educacional do município de Assis (FEMA)**. In: **Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP**, Marília/SP, 2017. Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/view/7014/4500>. Acesso em: 03 out. 2020.

RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo. LAZARI, Rafael José Nadim de. LUCA, Guilherme Domingos de. **Direito penal mínimo: a teoria do equilíbrio da norma penal**. v. 10, n. 1, p 245 - 258, UNIVEM, Marília, São Paulo, 2017. Disponível em: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:NcQRzJEu_fkJ:https://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/view/7014/4500

://revista.univem.edu.br/REGRAD/article/view/2187/675+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 03 out. 2020.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

REBOUÇAS, Melina Séfora Souza; DUTRA, Elza Maria do Socorro. **Não nascer**: algumas reflexões fenomenológico-existenciais sobre a história do aborto. *In: Psicologia em Estudo*, v. 16, n. 3, p. 419-428, Maringá, 2011. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/pe/v16n3/v16n3a09.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2020.

ROLIM, Dalmir Teixeira. **Teoria do crime e suas correntes ao longo do tempo**. *In: Conteúdo Jurídico*. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46774/teoria-do-crime-e-suas-correntes-ao-longo-do-tempo>>. Acesso em: 15 set. 2020.

RORATO, Débora Caramori. **Precisamos falar sobre o aborto**: uma análise da interrupção voluntária da gravidez à luz dos princípios e direitos fundamentais. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria, 2013 Disponível em: <<https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/2922/mono%20final.pdf?sequencia=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 06 ago. 2020.

SÁ, André Beltrão Gadelha de. **Evolução histórica do aborto**. *In: Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 2016. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47418/evolucao-historica-do-aborto>>. Acesso em: 06 ago. 2020.

SALMEN, Amir Roberto. **Uma análise singela sobre a teoria das Velocidades do Direito Penal**. Disponível em: <<http://www.dpi.policiacivil.pr.gov.br/arquivos/File/velocidadesdpdireitopenal.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2020.

SANTOS, Bruno Eduardo Vieira. **Um resumo sobre as velocidades do direito penal**. *In: Jus Navigandi*, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63624/um-resumo-sobre-as-velocidades-do-direito-penal>. Acesso em: 03 out. 2020.

SCANDELARI, Gustavo Britta. **Adequação social: ainda um critério útil para a limitação do direito penal? Exame do art. 229, CP**. *In: Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 10, n. 18, 2018. Disponível em: <[https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/download/138/111#:~:text=Apesar%20de%20procedente%20a%20cr%C3%ADtica,\(in\)toler%C3%A2ncia%20da%20sociedade.&text=229%3B%20limita%C3%A7%C3%A3o%20do%20Direito%20penal](https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/download/138/111#:~:text=Apesar%20de%20procedente%20a%20cr%C3%ADtica,(in)toler%C3%A2ncia%20da%20sociedade.&text=229%3B%20limita%C3%A7%C3%A3o%20do%20Direito%20penal)>. Acesso em: 15 out. 2020.

SEGHETTO, Luana. **O aborto na perspectiva dos direitos da mulher genitora**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, 2017. Disponível em:

<<https://www.imed.edu.br/Uploads/AlumniReunions/LUANA%20SEGHETTO.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2020.

SILVA, Camila Morás da. **A crise do direito penal tradicional**: o direito penal de velocidades como resposta aos novos paradigmas da sociedade do risco. Artigo científico (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito de Santa Maria, Santa Maria, 2018. Disponível em: <http://sites.fadisma.com.br/entrementes/anais/wp-content/uploads/2018/01/a-crise-do-direito-penal-tradicional-o-direito-penal-de-velocidades-como-resposta-aos-novos-paradigmas.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

SILVA, Daniel Neves. **Estabelecimento da Igreja Católica na Idade Média**. Disponível em: < <https://www.historiadomundo.com.br/idade-media/a-igreja-medieval.htm>>. Acesso em: 19 ago. 2020.

SILVA, Davi de Lima Pereira da. **Aborto humanitário**: uma análise à luz da Constituição. *In: Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, n. 6188, Teresina, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82986>. Acesso em: 21 set. 2020.

SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios penais**. 2. ed. rev., ampl., atual. Belo Horizonte. Fórum, 2020. Social. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/4668/1/monografia%20ABORTO%20corrigido%2028.06.2017%20%C3%A9%20esse%20PDF.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

SOUZA, Danilo César Basílio de; ALVARENGA, Altair Resende de. **A inexigibilidade de conduta diversa como causa supra legal de excludente da culpabilidade**. *In: Revista do Curso de Direito da Unifor*, v. 1 n. 1, 2010. Disponível em: <<https://periodicos.uniformg.edu.br:21011/ojs/index.php/cursodireitouniformg/article/view/24>>. Acesso em: 21 set. 2020.

SOUZA, Veronica Alves Nunes Galdino de. **Aborto**: direito de escolha da mulher. Rio das Ostras, 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Serviços Sociais) – Universidade Federal Fluminense, Rio das Ostras, 2017. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/5228/1/TCC%20VERONICA2017.pdf>> Acesso em: 21 set. 2020.

STJ, HABEAS CORPUS: HC 197601 / RJ. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJ: 28/06/2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100330250&dt_publicacao=03/08/2011. Acesso em: 09 out. 2020.

SUPREMO Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Distrito Federal**, 2016. Disponível em <<https://m.migalhas.com.br/quentes/325948/mulheres-nao-sao-uteros-a>>

servicoda-sociedade-diz-barroso-stf-no-entanto-rejeita-aborto-para-gravidas-com-zika>. Acesso em: 25 ago. 2020.

SUPREMO, Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

VIANA, André de Paula. **Aborto**. *In: Âmbito Jurídico*, 2016. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/aborto/>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

ZAHLUTH, Carolina Messeder; LIMA, Maria Lúcia Chaves; DIAS, Bárbara Lou da Costa Veloso. **Caça às bruxas**: a criminalização do aborto e as implicações para as mulheres na atualidade. *In: Revista Periodicus*, v. 1, n. 10, 2018. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/revistaperiodicus/article/view/27882/1715>>. Acesso em: 19 ago. 2020.