UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE

ELIS MARIANA DUARTE TINÉ DE OLIVEIRA

ADEQUAÇÃO SOCIAL E O ABORTO: PREVALÊNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DA MULHER

JOÃO PESSOA – PB
2024

ELIS MARIANA DUARTE TINÉ DE OLIVEIRA

ADEQUAÇÃO SOCIAL E O ABORTO: A PREVALÊNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DA MULHER

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao programa de Pós-Graduação em Prática Judicante da Universidade Estadual da Paraíba em parceria com a Escola Superior de Magistratura como requisito à obtenção do título de especialista.

Área de concentração: Direto Constitucional

Orientador: Prof. Dr. Adriana Torres Alves.

JOÃO PESSOA – PB
2024

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

O48a Oliveira, Elis Mariana Duarte Tiné de.

Adequação social e o aborto [manuscrito] : um estudo sobre a prevalência da dignidade da pessoa humana da mulher / Elis Mariana Duarte Tiné de Oliveira. - 2024.

47 p.

Digitado. Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, 2025. "Orientação : Profa. Dra. Adriana Torres Alves, Coordenação do Curso de Direito - CH. "

1. Aborto. 2. Adequação social. 3. Prevalência da dignidade da pessoa humana. I. Título

21. ed. CDD 363.46

Elaborada por Elesbao S. Neto - CRB - 15/347 BSC5/UEPB

ELIS MARIANA DUARTE TINÉ DE OLIVEIRA

ADEQUAÇÃO SOCIAL E O ABORTO: PREVALÊNCIA DO DIREITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DA MULHER

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em parceria com a Escola Superior da Magistratura da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Especialização em Prática Judicante.

Área de concentração: Direito Constitucional

Aprovado(a) em: 25/03/2024

Nota: 9,0

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Adriana Torres Alves de Jesus (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba – UEPB

Profa. Dra. Milena Barbosa de Melo (Examinadora)
Universidade Estadual da Paraíba – UEPB

Documento assinado digitalmente
gov.br ANA ALICE RAMOS TEJO SALGADO
Data: 26/03/2024 14:32:07-0300
Verifique em https://validar.iti.gov.br

Profa. Dra. Ana Alice Ramos Tejo Salgado (Orientadora)

Dedico este trabalho a todas as mulheres que perderam suas vidas ou sofrem com as sequelas advindas de um abortamento inseguro, sem a proteção do Estado. Dedico, ainda, àquelas mulheres que no exercício da sua liberdade de crença, da sua autodeterminação e na tentativa de preservação da sua saúde psíquica foram penalizadas pelo mesmo Estado que violou seus direitos fundamentais, que violou a sua Dignidade.

Solidarizo-me com cada uma de vocês.

AGRADECIMENTOS

A vida é uma manifestação de amor, e agradeço à DEUS por me dar o seu amor infinito através dos meus filhos João Wanderley de Medeiros Neto e Igor Duarte Tiné de Medeiros.

Agradeço aos meus pequeninos pela compreensão durante toda essa jornada acadêmica. A cada dedicação minha ao curso e a este trabalho, e consequente ausências momentâneas, sempre deixei claro a eles que tudo que faço, faço por eles e para eles.

Se cheguei até aqui é porque o amor deles me guiou, e meu amor por eles me deu força.

Obrigada, meus lindos meninos, obrigada por me ensinar o que é amar.

A minha orientadora, Prof. Dra. Adriana Torres, com a qual fui presenteada com seus ensinamentos já aos 45 do segundo tempo, mas que sem ela não teria sido possível a entrega deste trabalho. Foi um prazer mais uma vez beber da fonte dos seus ensinamentos. Que a vida nos proporcione mais reencontros como este.

A UEPB e a ESMA, além da direção e administração, que conjuntamente realizam seu trabalho com tanto amor e dedicação, trabalhando incansavelmente para que nós, alunos, possamos contar com um ensino de extrema qualidade.

Agradeço a todos os professores que passaram por minha vida trazendo grandes contribuições para o meu aperfeiçoamento humano e profissional. A palavra mestre nunca fará justiça aos professores dedicados aos quais sem nominar terão os meus eternos agradecimentos.

A todos aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos de mim, fazendo está vida valer cada vez mais a pena.

“Não nascemos mulheres, tornamo-nos mulheres”
Simone de Beauvoir

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso traz um estudo bibliográfico e documental, por meio dedutivo, sobre estar-se-á ou não, com a criminalização da intervenção voluntária da gravidez, diante da violação da dignidade humana da mulher pela legislação pátria e sob o viés da inconstitucionalidade. Para tal, o objetivo foi delinear quais os bens jurídicos foram protegidos no decorrer do contexto histórico, tanto pelo ordenamento jurídico brasileiro, quanto em direito comparado, e a violação à princípios constitucionais e penais resultante da proteção da vida do feto. E, diante da violação sistemática a dignidade humana da mulher, analisou a aplicação da teoria da adequação social como técnica de hermenêutica com o fim de se afastar a tipicidade material da conduta trazendo à tona mais uma excludente extralegal ao crime de aborto. Ademais, em análise das ADPF's 54 e 442, percebe-se a relativização a tal proteção com a ampliação, para além das previsões legais já tipificadas pelo código penal, das causas legais de exclusão de ilicitudes no crime de aborto, e a possibilidade do abortamento até o 3 mês de gestação. Por fim, a presente monografia entende que o aborto, apesar de ser formalmente típico, deve em sua interpretação, aplicando-se a teoria da adequação social, ter sua tipicidade material afastada em garantia da luta civil da mulher na busca pela proteção da sua dignidade humana.

Palavras Chaves: Aborto. Adequação social. Prevalência da Dignidade da Pessoa Humana da Mulher.

ABSTRACT

This course conclusion work brings a bibliographic and documentary study, through deductive means, on whether the criminalization of voluntary pregnancy intervention is possible, given the violation of women's human dignity by national legislation and under the unconstitutionality bias. To this end, the objective was to outline which legal assets were protected throughout the historical context, both by the Brazilian legal system and in comparative law, and the violation of constitutional and criminal principles resulting from the protection of the life of the fetus. And, faced with the systematic violation of women's human dignity, it analyzed the application of the theory of social adequacy as a hermeneutic technique to remove the material typicality of conduct, bringing to light yet another extralegal exclusion to the crime of abortion. Furthermore, in the analysis of ADPF's 54 and 442, one can see the relativization of such protection with the expansion, in addition to the legal provisions already typified by the criminal code, of the legal causes of exclusion of illegality in the crime of abortion, and the possibility from abortion to the 3rd month of pregnancy. Finally, this monograph understands that abortion, despite being formally typical, must, in its interpretation, applying the theory of social adequacy, have its material typicality removed to guarantee the civil struggle of women in the search for the protection of their dignity human.

Key Words: Abortion. Social adequacy. Prevalence of the Dignity of the Human Person of Women.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11
1. ABORTO NO CONTEXTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO DO BRASIL 15
2. TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E SUA APLICAÇÃO AO CRIME DE ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 31
3. A PREVALÊNCIA DA DIGNIDADE HUMANA DA MULHER NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DO CASO SÃO MATHEUS E CASO BOBIGNY 40
CONSIDERAÇÕES FINAIS 48
REFERÊNCIAS 53

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo a temática do aborto por intermédio de uma análise crítica sob o viés civil-constitucional. Inicialmente será feita uma abordagem histórica do aborto, perpassando pelo direito comparado e a legislação brasileira, em seguida, as observações adentram no campo ético com apontamentos principiológicos e uma visão sob o prisma da dignidade humana da mulher, e, por fim, então será trabalhado o ponto de vista da adequação social.

Assim, o problemática em estudo consiste em saber se, apesar da legislação brasileira prevê a dignidade da pessoa humana da mulher, ela é aplicada no caso concreto? Diante da legalidade estrita e da violação aos direitos fundamentais, o Estado Democrático de Direito deve privilegiar o sentido material da norma ao formalismo legal?

Aqui, o objetivo é analisar se legislador ordinário tem como referência os valores constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro, estando obrigatoriamente vinculado a uma proteção jurídica dos bens jurídicos como unidade de função social, tendo à norma principiológica como parâmetro basilar. E, mais especificamente, verificar a aplicabilidade da adequação social no entorno social a influenciar na interpretação da temática do que deve ser penalmente sancionável, mediante a observância de direitos fundamentais da mulher no ordenamento jurídico brasileiro. É nesta dialética que, a consideração quanto ao bem jurídico que hoje é tutelado deve ser revista com o intuito de se saber o que, como, e quando, é merecedor de proteção (SILVEIRA, 2010).

Para tal, o estudo foi desenvolvido por meio de uma pesquisa bibliográfica que permitiu um cruzamento de fontes e materiais que abordaram os conceitos de aborto, o princípio da dignidade humana e da teoria da adequação social. A análise está ancorada em uma abordagem qualitativa, cujo intuito de aprofundar a compreensão do fenômeno em sua subjetividade e

contexto social da mulher, em um comparativo entre a quantidade de abortamentos não legal e os julgamentos realizados no tribunal do júri.

Neste ponto, ainda será analisada os tratados internacionais, bem como a ADPF 442 e ADPF 54 defendem a legalidade do aborto por ser ele um direito à saúde, no entanto, o Brasil, em contraposição, continua por criminalizá-lo sob a justificativa de proteção ou direito à vida. Nessa toada, milhares de mulheres morrem anualmente na prática do abortamento. O que vemos são abortos recorrentes e aceitos hipocritamente pela sociedade, já que os que ocorrem de forma ilegal se sobrepõem ao legais.

Este trabalho também possui caráter explicativo, na medida em que busca justificar, por meio de uma concepção teórica, a estruturação do crime e sua influência sobre à saúde, à vida e à autodeterminação da mulher. Assim, a análise irá além da simples descrição dos fatos e dos fenômenos, oferecendo uma interpretação que contextualiza e problematiza o cumprimento ou não dos ditames legais e constitucionais por parte do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. Eis que, apesar de o Código Penal estabelecer as situações de exclusão de ilicitude para o abortamento desde 1940, por quase 50 anos, este direito das mulheres permaneceu ignorado pelos serviços de saúde. Tais serviços só foram regulamentados em 1999 pelo Ministério da Saúde disponibilizando equipe multiprofissional de médicos, enfermeiros, psicólogos e assistentes sociais (BRASIL, 2012).

Ademais, o método quantitativo restará presente como a base em dados fornecidos em sítios do judiciário e do executivo nacional, identificando a discrepância entre o número de aborto legais e ilegais, e mapeando os dados sobre julgamentos em tribunal do júri, bem como o efetivo cumprimento da pena pela mulher. No Brasil, as estimativas mais recentes refletem que, 1 milhão de abortamentos inseguros ocupam uma das principais causas de mortalidade materna a cada ano, valendo salientar o comprovado vínculo a sua ilegalidade e à morte materna

(CEDAW, 2012). A morbidade vinculada ao abortamento também se reflete nos números de internações hospitalares, ou seja, cerca de 20% dos abortos implicam em internações (BRASIL, 2008).

Por fim, através do método dedutivo, após a análise bibliográfica e de dados oficiais, detectar-se-á, além da violação à Dignidade Humana da Mulher, a ilegalidade por violação a princípios penais do ordenamento jurídico brasileiro, tais quais a intervenção mínima, a alteridade e o, consequente, desrespeito ao princípio da subsidiariedade ao não se respeitar a Ultima Ratio do Código Penal, evidenciando-se os efeitos danosos nos direitos fundamentais de partes envolvidas na imputação de conflito, que, além dos já citados, após o processo penal, são etiquetadas como criminosas. .

No primeiro tópico, fez-se uma abordagem quanto ao contexto da historicidade do aborto e da análise dos princípios constitucionais e penais, e direitos fundamentais, delineando a flagrante inconstitucionalidade, na dimensão da não-recepcionalidade, pela violação à Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da República e, desta forma, englobando o direito à vida, à saúde, à autonomia, à autodeterminação etc., da mulher.

Bem como, analisou-se a relativização que se deu com a ADPF 54 que permitiu o abortamento de feto anencéfalo inserindo no ordenamento jurídico uma causa extralegal de excludente de ilicitude. E, notadamente, a adequação social lastreada no direito da mulher a uma vida digna, encontra-se atualmente em análise constitucional na ADPF 442, que tem por escopo a descriminalização do crime de aborto até o terceiro mês de gestação. Se julgada procedente teremos o reconhecimento da constitucionalidade dos direitos fundamentais da mulher. E se o ordenamento pátrio já admite uma exceção como excludente de ilicitude, permitir-se-á a excludente de tipicidade.

No segundo tópico, denota-se que, a aplicação da adequação social no ordenamento jurídico brasileiro não fere o princípio da legalidade ou da segurança jurídica. Ela se revela

como garantia de aplicação de justiça frente a positivada ideia de segurança jurídica. A adequação social deve ser aplicada como regra de hermenêutica afastando a aplicação da lei penal em determinados casos com a finalidade de evitar injustiças. O princípio da adequação social para a sua aplicabilidade deve primar pelo respeito aos direitos fundamentais gerais e, em especial, pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Entendendo-se as bases do que se pretende tutelar fica mais fácil se delinear o percurso explicativo da adequação social em que a sua aplicação se dá como exceção à regra.

Por fim, e no terceiro e último tópico, e para contextualizar tais premissa, foi trazida à baila os casos de São Mateus e de Bobigny, ambos de estupro, mostrando que em situações análogas diversas foram a suas conclusões. No primeiro houve a violação ao ordenamento jurídico brasileiro, à lei penal do art. 128 do CP, e aos direitos fundamentais, e no segundo, acertadamente, primou-se pelo direito da gestante de determinar suas próprias escolhas e seu próprio universo valorativo. Temos então, respectivamente uma violação a excludente de ilicitude e uma pela descriminalização da conduta abortiva.

Tem-se assim que, inexiste razão para a intervenção do Direito Penal quando se está diante de conduta socialmente praticada, ao passo que 1 a cada 5 mulheres já praticaram aborto, vale dizer que se amoldada aos preceitos gerais de Direito e, em particular, harmoniza-se com a realidade social da atualidade. Anote-se que, a missão pacificadora do Estado, em matéria penal, consiste em não interferir em demasia nos conflitos sociais e, muito menos, intervindo em situações em que sua presença é simplesmente ignorada, ou desprezada pelos protagonistas.

Neste sentido, e sob o prisma do direito a interrupção da gravidez, na visão de que ele engloba diversos outros direitos de cunho fundamental, tal qual o direito à vida, à liberdade, à dignidade humana, observa-se que o relegar a ingerência de classe professa e reacionária, que opinam e terminam por decidir sobre quem deve recair o direito, caracteriza violação sistemática a constituição.

1. ABORTO NO CONTEXTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO DO BRASIL

O aborto é uma constante que sempre fez parte da história humana modificando a sua abordagem de acordo com o tempo e das diferentes sociedades. A forma de como se considera a gravidez, o feto e a mulher passaram por uma árdua evolução com o decorrer dos séculos. O cristianismo foi o primeiro a equiparar o aborto ao homicídio mostrando ser o feto o objeto de interesse a ser protegido. Em sentido diverso, a tradição clássica se preocupava com o pai, a sociedade, e em último caso, a mulher, mas jamais o feto (GALIOTTI, 2007).

Vê-se que a mulher não era o centro da questão relativa à concepção, sendo lesado, a princípio, o direito da sociedade ao processo de formação da vida e do homem na esperança de um nascituro do sexo masculino. No entanto, tem-se também que não era posta em questão o direito do nascituro.

No século XIX, começam a surgir normas colocando o aborto entre os crimes contra a pessoa, entre aqueles que atentam contra à vida. Surge aqui os primeiros debates jurídicos em torno de quais direitos fundamentais a lei penal buscava tutelar. Duas eram as teorias que divergiam entre si, uma defendia o aborto como ato lesivo ao nascituro, a outra como ofensa ao interesse da coletividade. Ora como legítima expectativa a um novo cidadão, ora ao direito a integridade física da mulher devido à alta taxa de mortalidade em abortos clandestinos (GALIOTTI, 2007).

É após a segunda guerra mundial que as mulheres adquirem uma maior consciência passando por radicais mudanças sociais e de costumes, reduzindo a sua religiosidade. É neste momento que se estabelece a diferença entre a sociedade e a igreja, passando o justo e o injusto a ser uma consciência individual distante de indicações eclesiásticas (SILVEIRA, 2010). É neste contexto que as leis que criminalizam a interrupção voluntária da gravidez tornam-se símbolo

da violação do corpo e da identidade feminina. Ganha força a ideia do aborto como um direito civil (GALIOTTI, 2007).

> Só pode ser consciência ética e coletiva, a convicção longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da pessoa humana exige respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais. Pautas de caráter moral hão de ser tidos em conta na tomada de decisões jurídicas e políticas. Seu caráter moral radica em que fazem referência a aspectos transcendentais da vida dos indivíduos, a aspectos que afetam ao ser moral do homem, a sua dignidade e a sua liberdade (CUNHA JUNIOR, 2013, p. 58).

Positivado os direitos fundamentais, todos os atos dos poderes constitucionalmente estabelecidos devem os ter como referência, caso contrário, ter-se-á uma invalidade jurídico constitucional. O poder legislativo ao engendrar regras deve realizar a contento de uma imposição constitucional, concretizando um direito. A liberdade do tema sobre o qual legislar não entrega também uma liberdade do seu conteúdo à guisa dos mandamentos constitucionais que devem ser observados e respeitados.

O poder executivo e o poder judiciário se vinculam aos direitos fundamentais. Este último, de forma especial já que a ele caberá a efetividade da constituição, sendo neste contexto que se defende uma postura ativa do judiciário na defesa dos direitos fundamentais, justificando as ADPF's 54[1] e 442[2], que serão tratadas em capítulo próprio.

Entende-se por aborto, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), como a interrupção de uma gravidez antes do marco de viabilidade do feto, ou seja, antes de o feto se tornar viável para vida extrauterina e contra as normas legais. A definição de "viabilidade" é

[1] Decisão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que é inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo constitui aborto.

[2] A ADPF 442, de autoria do PSOL em conjunto com o Instituto Anis, foi apresentada ao STF, em março de 2017, e pede que os artigos do Código Penal que tratam o aborto como crime sejam considerados inconstitucionais.

variável em diferentes países, podendo variar entre tempo gestacional mínimo de 20 a 28 semanas, e de peso fetal mínimo de 400 a 1.000 gramas. E, se entendendo por “Embrião”, o

desenvolvimento celular de um óvulo fecundado por um espermatozoide até 8 semanas após a fertilização.

O direito a interrupção da gravidez, com providências jurídico-normativas do legislativo, tem por propósito garantir um mínimo necessário a uma existência digna com a destinação de recursos materiais indispensável à satisfação dos postulados da justiça social. O direito à saúde está diretamente ligado ao direito à vida, e a constituição federal dispôs que é um direito a todos garantido mediante políticas sociais (CUNHA JUNIOR, 2013). Nas suas palavras, temos:

> O direito à saúde representa uma garantia constitucional de condições mínimas e indispensáveis para a existência digna. E o princípio da dignidade da pessoa humana é o seu melhor fundamento. Desse modo, é obrigação do Estado Social proporcionar ao indivíduo os meios necessários a garantir um padrão mínimo de satisfação como modo de realização de sua plena felicidade (CUNHA JUNIOR, 2013, p. 59).

A conduta do abortamento voluntário ou do autoaborto é tipificado no art. 124 ao 126 na parte especial, título I – dos crimes contra a pessoa, capítulo I – dos crimes contra a vida no diploma legal de nº 2848, datado de 1940. Nesta tipificação do Código Penal vemos as restrições à direitos fundamentais ainda em plano abstrato, cerceando-os de forma definitiva e, portanto, irreversíveis os direitos inerentes à mulher. A concretização do abuso estatal se dará em julgamento que se dará pelo tribunal popular ou Tribunal do Júri, previsão dada pelo artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição brasileira de 1988:

> Artigo 5º (...) XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

O nosso postulado maior prevê em seu artigo 5º direitos individuais e coletivos, entendendo-se por individuais tudo aquilo que visa a defesa de uma autonomia pessoal,

permitindo ao destinatário desenvolver seus ideais e gozar de sua liberdade sem a interferência indevida do Estado e do particular. Já quanto aos direitos coletivos, estar-se-á protegendo um grupo ou coletividade onde a defesa de seus membros é apenas reflexa ou indireta (CUNHA JUNIOR, 2013). Temos assim uma das maiores declarações do mundo, o que reflete a preocupação da Constituição com a proteção dos direitos humanos, um de seus fundamentos da República Federativa do Brasil.

As normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, expressão interna de Direitos Humanos, são dotadas de eficácia plena e exigibilidade imediata, além de ser oponível erga omnes. O que significa dizer que, a princípio, não são dependentes de qualquer interposição do legislador para lograrem efetividade e eficácia social, podendo toda a sociedade usufruir deles de forma ativa. A isso se deve ao fato da Carta Magna está alicerçada no princípio da dignidade da pessoa humana (CUNHA JUNIOR, 2013).

Neste contexto, várias são as vertentes filosóficas que tentam explicar as concepções justificadoras dos Direitos Humanos:

> Para os jusnaturalistas, os Direitos do Homem são imperativos do direito natural inatos ao ser humano, anteriores e superiores ao Estado. Para os positivistas, os Direitos do Homem são franquias previstas e concedidas por lei. E, para os idealistas, os Direitos do Homem são pautas ideais recolhidas ao longo do tempo, enquanto para os realistas são o resultado da experiência concreta haurida das lutas políticas, econômicas e sociais (CUNHA JUNIOR, 2013, p. 56).

Com a heterogeneidade dos fundamentos dos direitos humanos, não se deve buscar o seu caráter absoluto em abstrato, mas se analisar os casos concretos e ponderar qual direito deve prevalecer naquela situação. Não se encontra a proporcionalidade quando se verifica no caso concreto a negativa da interrupção da gravidez pelo Estado ao colocar o direito à vida do feto em patamar superior de proteção ao direito à vida, à saúde, à liberdade, à autodeterminação da mulher.

> Isso significa que a restrição de um direito fundamental só é possível in concreto, atendendo-se a regra da máxima observância e da mínima restrição dos direitos fundamentais. Não há a mínima possibilidade de se limitar um direito fundamental em abstrato (CUNHA JUNIOR, 2013, p. 57).

Seguindo o raciocínio, e sabendo que os direitos são, historicamente e estruturalmente, diversos, é de fácil percepção que dificuldades surjam para a sua efetivação no plano jurídico. Os documentos, nacionais ou internacionais, trazem princípios com expressões vagas e imprecisas exigindo interpretações. O problema é que essas interpretações podem variar no tempo, e o que não é dignidade da pessoa humana hoje, pode ser amanhã.

O aborto, assim entendida como conduta tipificada, antes de ser um ato necessário a intervenção do Estado pela via penal, deve ser entendida como um problema de saúde pública. Segundo a Organização Mundial da Saúde, o abortamento inseguro representa um importante problema de saúde pública em todo mundo, particularmente mais grave nos países em desenvolvimento. Constitui-se também como questão de justiça social de grande amplitude e complexa cadeia, envolvendo fatores legais, econômicos, sociais e psicológicos. (BRASIL, 2008).

> A penalização do aborto não protege a vida das gestantes e é a quarta causa de óbito materno no Brasil. Ele é tido como grave problema de saúde pública. Segundo estimativa da Organização Mundial de Saúde (OMS), no Brasil, 31% das gestações terminam em abortamento. Anualmente, ocorrem aproximadamente 1,4 milhão de abortamentos espontâneos e inseguros, com uma taxa de 3,7 abortos para 100 mulheres de 15 a 49 anos... A dimensão dos números comprova que o aborto inseguro é um assunto de saúde pública que deve ser priorizado pelos governantes, pelos legisladores e pela sociedade, seja por meio de uma reforma da legislação ou de uma campanha educativa séria. As mulheres não podem ser condenadas à morte por não terem acesso aos seus direitos previstos na legislação maior e infraconstitucional. (MORAIS, 2008, p. 35)

Sendo o aborto um assunto de saúde pública, e a saúde um direito ligado diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Deve ser observado pelo Estado a máxima de que o direito penal deve ser a Ultima Ratio, somente devendo atuar quando os outros ramos do direito e da sociedade se mostrarem incapaz de dar a devida tutela aos bens relevantes na vida do indivíduo e da sociedade se os outros meios de controle social se mostrarem insuficientes para a tutela de um bem, no caso, a interrupção da gravidez, a sua criminalização é inadequada e não recomendável.

Colocando a mulher como “criminosa” termina por rotulá-la causando, além dos danos físicos e psíquicos, danos sociais inestimáveis. Há claramente uma situação de injustiça e, resistir à injustiça é um dever de indivíduo para consigo mesmo, porque é um preceito da existência moral, sendo um dever para com a sociedade (JHERING, 2014). Surge aqui a necessidade de impor limites ao legislador penal, não se podendo utilizar o direito penal como instrumentos de tutela de todos os bens jurídicos, devendo haver uma análise, frisando novamente, qual o bem jurídico deverá ter a proteção estatal. Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo direito penal, como nem todos os bens são por eles protegidos.

O Código Penal data de 1940, tendo sido reformado diversas vezes ao longo dos tempos, mas não em seu Art. 124 e 126, mantendo-se, desde então, até os dias atuais tal qual a sua promulgação, traz a criminalização do aborto nos seguintes termos:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe 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 débil 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.

No próprio caderno há a permissiva legal da prática do aborto, é o que se denomina excludentes de ilicitude, quais sejam:

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.

Na infração do art. 124, tem-se como autor do fato, e vítima, um só "corpo social", ou seja, aquele corpo que será atingido será o da mulher. No mais, tal tipificação não impede que a conduta aconteça, ou tão pouco que se repita. Mas, quando uma mulher não deseja continuar a sua gestação, ela entende a interrupção dela como a única forma viável de solucionar tal questão. E, apesar de ser tratado como crime, o aborto não deixa de ser praticado, ele é realizado, mas sem aparato estatal e, consequentemente, recorrendo-se ao mercado clandestino.

O irrisório número de julgamentos no tribunal do júri demonstra que a adoção do modelo de justiça criminal dissuasório, com foco na punição das mulheres, criminalizando-a, não compensa.

> Foram registrados pelo menos 1.313 processos pelo crime de aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento, tipificado no artigo 124 do Código Penal. As informações foram obtidas pela Gênero e Número no Justiça em Números, banco de dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e correspondem aos processos de 2015 a 2018. A reportagem da Gênero e Número solicitou os dados sobre os processos por aborto voluntário por duas vias: com o CNJ, que disponibilizou os dados, e com os Tribunais de Justiça das 27 unidades federativas. Até o fechamento da reportagem, apenas Rio de Janeiro, Espírito Santo, Distrito Federal, Pará e Ceará enviaram as informações. Entre os cinco estados, foram registrados 41 processos relativos ao aborto realizado pela gestante ou com seu consentimento entre janeiro e agosto de 2019. A criminalização não quer dizer necessariamente que as mulheres que abortam vão cumprir sua pena presas. O art. 89 da Lei 9.099/95 dispõe que, nos crimes em que a pena mínima for igual ou inferior a um ano, poderá ser proposta a suspensão condicional do processo, por dois a quatro anos, desde que a acusada apresente uma série de requisitos, tais como ter bons antecedentes. Por isso, na maioria dos casos de mulheres processadas por aborto elas não precisam enfrentar um júri nem ser encarceradas, segundo as especialistas ouvidas pela Gênero e Número nesta reportagem. Nesse caso, o juiz extingue a ação e o Estado não pode mais punir criminalmente a mulher. (SILVA, 2019, p. 45)

> Os índices que estimam o aborto no Brasil baseiam-se em técnicas indiretas, como uma, pesquise, fundamentada em internações associadas ao procedimento, que calcula que ocorreram 2,07 para um número estabelecido, e utilizam um parâmetro – a razão de internações com causa de aborto -, afirmando que um percentual de 20% de aborto implicou em internações no SUS. (DINIZ apud FONSECA, 2018, p. 58)

A luta deve ser direcionada ao Estado esclarecendo os impactos que a população e o sistema de saúde sofrem ao se subordinar à ideais compostos por uma moral arcaica e fortemente influenciada por questões religiosas em contraponto aos fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil, violando os direitos à saúde, à vida, à igualdade e à autonomia descritas na Declaração dos Direitos Humanos. (FONSECA, 2018) A Constituição federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, é a base de sustentação do próprio Estado Democrático de Direito, proporcionando a efetivação dos valores sociais (CUNHA JUNIOR, 2013).

Inovando no ordenamento constitucional, a Carta Magna de 88 trouxe a previsão da Arguição de Preceito Fundamental, regulamentada pela lei nº 9.882/99, em um controle concentrado-incidental junto ao Supremo Tribunal Federal, permitindo a resolução antecipada de controvérsias constitucionais relevantes, evitando um longo decurso do tempo para a sua resolução. Entende-se por preceito fundamental toda norma constitucional – seja princípios ou regras – que veiculem os valores supremos de uma sociedade (CUNHA JUNIOR, 2013).

É aquilo de mais relevante numa Constituição, aferível pela sua indispensabilidade. Para tanto, deve-se um estudo de ordem constitucional normativo para identificar o que é essencial para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais. Na ADPF 33, restou consignado que:

> Alguns desses preceitos estão descritos explicitamente na Constituição Federal (CF), como é o caso dos direitos e das garantias fundamentais – não restritos à redação do artigo 5º, mas também aos indicados ao longo de todo o texto constitucional –, os princípios constitucionais sensíveis (CF, art. 34, inciso VII) e as cláusulas pétreas (CF, art. 60, §4º)[3].

[3] Voto – Ministro de Gilmar Mendes – Medida Cautelar – ADPF 33. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700. Acessado em 08/09/2023. [8] Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.
§ 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

Uma das hipóteses de cabimento é o reconhecimento de invalidade ato normativo anterior à Constituição, que neste caso, não pode se dar através da propositura ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista se tratar de não-recepção com a consequente revogação do ato impugnado, vejamos:

> Art. 1º A arguição prevista no § 1o do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.
> Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:
>
> I - Quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição"; (grifo nosso)

A decisão proferida em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental deverá ser comunicada para cumprimento imediato às autoridades ou órgãos responsáveis pelo ato ou omissão questionada, fixando as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental[8]. A decisão proferida será de natureza declaratória reconhecendo um estado preexistente com efeito retroativo, e ainda: "[...] Art. 10, § 3º - A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Assim, na proteção dos direitos das fundamentais, e diante da análise de que os art. 124 e 126 do Código Penal de 1940 está em flagrante desacordo com os diversos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Foram arguidas duas ADPF's, a de nº 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, que findou com a decisão procedente para declarar a descriminalização do abortamento do feto anencéfalo, e a n º 442 em busca da Não receptividade pela constituição do aborto praticado até a 12 semana impetrada pelo partido socialismo e liberdade – PSOL.

> O questionamento da legitimidade da criminalização do aborto induzido e voluntário, doravante descrito apenas como "aborto", exige o enfrentamento de uma pergunta: os art. 124 e 126 do Código Penal se justificam diante de preceitos constitucionais? A tese desta Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é que as razões jurídicas que moveram a criminalização do aborto pelo

> Código Penal de 1940 não se sustentam, porque violam os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas (Constituição Federal, art. 1o , inc. I e II; art. 3o , inc. IV; art. 5o , caput e inc. I, III; art. 6o , caput; art. 196; art. 226, § 7º).

O juiz sujeita-se à Constituição, e, portanto, é seu o papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos em que reside o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo. Daí resulta que, o fundamento da legitimação do Poder Judiciário e da sua independência não é mais do que o valor da igualdade, então os direitos fundamentais são de cada um, na sua individualidade, e de todos (FERRAJOLI, 1997).

Na exposição de motivos do código penal de 1940, ao descrever as hipóteses de licitude do aborto, foi clara ao incriminar o abortamento eugenésico, conceituado como aquele praticado em face dos comprovados riscos de que o feto nasça com graves anomalias psíquicas ou físicas (SANCHES CUNHA, 2016). A saber:

> Mantém o projeto a incriminação do aborto, mas declara penalmente lícito, quando praticado por médico habilitado, o aborto necessário, ou em caso de prenhez resultante de estupro. Militam em favor da exceção razões de ordem social e individual, a que o legislador penal não pode deixar de atender[4]. (grifo nosso)

É lamentável não ter o legislador legitimado o aborto eugenésico ainda que a criança nasça com enfermidade incurável, que inviabilize a vida extrauterina, ao passo que fixa outras excludentes de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa (BITENCOURT, 2009). O próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX.

Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da

---

[4] Disponível em: https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/103238-exposiuuo-de-motivosdaparteespecial-do-cudigo-penal.html. Acessado em 07/09/2023. [5] Carmem Lúcia – STF – ADPF 54.

previsão[5] . Além de o direito à vida não ser absoluto, a proteção a ele conferida comporta diferentes gradações consoante enfatizou o Supremo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Para reforçar essa conclusão, basta observar a pena cominada ao crime de homicídio (de seis a vinte anos) e de aborto provocado pela gestante ou com seu

consentimento (de um a três anos)[5], a revelar que o direito à vida ganha contornos mais amplos, atraindo proteção estatal mais intensa, à medida que ocorre o desenvolvimento".[6]

O tema da anencefalia despertou na doutrina, na jurisprudência e na sociedade uma importante discussão sobre o prosseguimento de gestação quando presente anomalia congênita impeditiva de sobrevida após o nascimento. O fato é materialmente atípico, pois a interrupção da gravidez não é arbitraria já que se encontra baseada na certeza da morte, fazendo a sua antecipação para privilegiar interesses relativos à saúde, à dignidade humana e à liberdade da mulher (SANCHES CUNHA, 2016).

No entanto, em 2003, o tema já tinha sido trazido à baila no H.C. 84.025 e o plenário do STF julgou o pedido prejudicado pela perda do objeto devido ao óbito da recém-nascida. Ainda assim chegou a entrar em julgamento e teve o seguinte pronunciamento do Ministro Celso de Melo:

> O dogmatismo religioso revela-se tão opressivo à liberdade das pessoas quanto a intolerância do Estado, pois ambos constituem meio de autoritária restrição à esfera

[5] Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de dois a seis anos. Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

[6] Voto de Celso de Mello. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.025/RJ, Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 04 de março de 2004. Diário da Justiça, Brasília, DF, 18 mar. 2004. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874. Acessado em 08/09/2023. [8] Cármen Lúcia Antunes Rocha – STF – ADPF 54.

> de livre-arbítrio e de autodeterminação das pessoas, que hão de ser essencialmente livres na avaliação de questões pertinentes ao âmbito de seu foro íntimo, notadamente em temas do direito que assiste a mulher, seja o controle da sua própria sexualidade, e aí surge o tema dos direitos reprodutivos, seja sobre a matéria que confere o controle sobre a sua própria fecundidade[8].

No Direito comparado, outros Tribunais Constitucionais já assentaram não ser a vida um valor constitucional absoluto. Apenas a título ilustrativo, vale mencionar decisão da Corte Constitucional italiana em que se declarou a inconstitucionalidade parcial de dispositivo que criminalizava o aborto sem estabelecer exceção alguma. Eis o que ficou consignado:

> [...] o interesse constitucionalmente protegido relativo ao nascituro pode entrar em colisão com outros bens que gozam de tutela constitucional e que, por consequência, a lei não pode dar ao primeiro uma prevalência absoluta, negando aos segundos adequada proteção. E é exatamente este vício de ilegitimidade constitucional que, no entendimento da Corte, invalida a atual disciplina penal do aborto...Ora, não existe

---

> equivalência entre o direito não apenas à vida, mas também à saúde de quem já é pessoa, como a mãe, e a salvaguarda do embrião, que pessoa ainda deve tornar-se. (SARMENTO, 2006, p. 181)

Na Convenção de Belém do Pará ou Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, ratificada pelo Estado brasileiro em 27 de novembro de 1995, determina que cabe à mulher decidir sobre sua vida reprodutiva, cujo artigo 4º preconiza que:

> Inclui como direitos humanos das mulheres o direito à integridade física, mental e moral, à liberdade, à dignidade e a não ser submetida a tortura. Define como violência qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Neste sentido, cabe à mulher na gerência da sua vida privada, exercendo o direito à privacidade, sem receio de qualquer de punição, refletir sobre sua vida reprodutiva avaliando se quer, ou não, levar a sua gestação adiante. Ao passo que ao Estado compete, apenas, o dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes, e depois, da decisão. A mulher tem o direito de se autodeterminar escolhendo de agir de acordo com a própria vontade e crença.

Portanto, atuando de maneira diversa da descrita estará o Estado violando o direito à privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Não só isso, há ainda ofensa à dignidade humana da gestante já que obrigar a mulher a seguir com a gravidez de feto

anencéfalo, sem viabilidade de vida representando forma de imposição de sofrimento físico e moral à mulher, sujeita aos riscos e à certeza inafastável da morte do ser gestado, em situação equiparável à tortura.

Corroborando ao que foi dito, enfatiza Dr. Mário Ghisi, representante do Ministério Público com a fala de uma gestante em audiência pública: É constrangedora a ideia de outrem decidir por mim, no extremo do meu sofrimento, por valores que não adoto. É constrangedor para os direitos humanos que o Estado se imiscua no âmago da intimidade do lar para decretarlhe condutas que torturam.

Cabe analisar o fato de que, proteger apenas um dos seres da relação privilegiando aquele que possui vida intrauterina, aniquilando os direitos da mulher, causando-lhe um imenso sacrifício, vai de encontro ao princípio da proporcionalidade. Obrigar a mulher a manter a gestação desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura[14] ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido, seria mantê-la presa dentro de si mesma.

Instado a se manifestar, a Suprema Corte, em decisão inédita quanto ao assunto, reconheceu na ADPF 54 que diante de anomalia irreversível do feto há de se reconhecer a certeza de 100% e fazer cessar sentimentos mórbidos vivenciado durante a gestação pela mulher. A gestante convive diariamente com triste realidade e o pensamento no feto dentro de si que nunca será um ser vivo conflitando diretamente a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. Ministro Carlos Ayres Britto assim resumiu os desafios da Corte diante do caso:

> O conjunto normativo penal que apõe na voluntária interrupção da gravidez a tarja da delitividade – sobre duas específicas excludentes de apenação – exprime um querer legislado que se me afigura um ato do poder público […] regulador de matéria – essa matéria da anencefalia fetal – permanentemente aberta aos mais acirrados conflitos de opinião; conflitos tanto jurídico-penais e constitucionais quanto filosóficos e religiosos, além de médicos, evidentemente[15].

A gestante informada do resultado poderá optar livremente por fazer o aborto ou manter a gravidez, qualquer das decisões poderá ser tomada, a pedido da mulher, com apoio de uma junta médica ou de outro profissional. Realizando, assim, a interrupção da gravidez em uma estrutura adequada preservando a sua vida.

> O ministro relator da ADPF 54 enfatizou na parte conclusiva do seu votoa supremacia dos direitos da mulher à dignidade (CF, art. 1º, III), à liberdade sexual (art. 5º, caput), à autonomia (ar. 5º, II), à privacidade (art. 5º, X), à integridade física, moral e psicológica (art. 5º, III), e à saúde (art. 6º, caput). Juntamente com a proteção dos princípios mencionados, a Constituição atribui supremacia específica à liberdade de "crença religiosa ou de convicção filosófica ou política" (art. 5º, inciso VI). Além disso, determina que ninguém poderá ser privado do exercício dos seus direitos por professar uma ou outra crença ou por adotar uma ou outra posição ideológica (art. 5º, inciso VIII). Se a Constituição Federal garante a proteção superior a essas liberdades, não se pode considerar válida uma legislação infraconstitucional que nega ao indivíduo a capacidade de se autodeterminar, no plano de suas escolhas existenciais, a partir de suas convicções pessoais.
> (PIRES, 2013, p. 113)

Em relação às concepções de bens e valores morais, a inviabilidade do consenso, em temas sensíveis, impõe o controle sobre a ação do Estado que possa implicar na violação de direitos individuais. Nesse caso, a intervenção do Estado na ação individual não exige o consentimento. Na hipótese do direito ao consentimento voluntário para a realização do aborto, o dilema se situa no conflito de interesses da mulher e do feto. (PIRES, 2018)

A tese da ADPF 442, protocolada em 2017 no STF, traz como premissa fundamental que a legitimidade da criminalização do aborto voluntário, de acordo com os art. 124 e 126 do Código Penal, não mais se justificam, por serem tais tipificações uma violação aos preceitos constitucionais. Assim, restam violados os princípios, dentre outros, da dignidade da pessoa humana, da saúde, da vida e da proibição de tortura ou tratamento degradante.

> A Pesquisa Nacional do Aborto 2016 mostra que, somente em 2015, 417 mil mulheres realizaram aborto no Brasil urbano e 503 mil mulheres em extrapolação para todo o país.7 Isso significa que cerca de uma mulher a cada minuto faz aborto no Brasil. O aborto é, portanto, um fato da vida reprodutiva das mulheres brasileiras.
> (ADPF 442/PSOL, 2017)

O Pacto São José da Costa Rica prevê que a vida merece proteção desde o momento da concepção, no entanto, tal previsão não autoriza que um embrião seja equiparado a uma pessoa,

e a sua proteção não pode resultar em uma excessiva e arbitrária violação aos demais direitos humanos protegidos.

> Em consequência, não é admissível o argumento do Estado no sentido de que suas normas constitucionais concedem uma maior proteção do direito à vida e, por conseguinte, procederia fazer prevalecer este direito de forma absoluta. Ao contrário, esta visão nega a existência de direitos que podem ser objeto de restrições desproporcionais sob uma defesa da proteção absoluta do direito à vida, o que seria contrário à tutela dos direitos humanos, aspecto que constitui o objeto e fim do tratado. Ou seja, em aplicação do princípio de interpretação mais favorável, a alegada "proteção mais ampla" no âmbito interno não pode permitir nem justificar a supressão do gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitálos em maior medida que a prevista nela. [...] Portanto, a Corte conclui que o objetivo e fim da cláusula "em geral" do artigo 4.1 da Convenção é a de permitir, conforme corresponda, um adequado balanço entre direitos e interesses em conflito. No caso que ocupa a atenção da Corte, basta afirmar que este objeto e fim implica que não se pode alegar a proteção absoluta do embrião anulando outros direitos. [...] A Corte utilizou os diversos métodos de interpretação, os quais levaram a resultados coincidentes no sentido de que o embrião não pode ser entendido como pessoa para efeitos do artigo 4.1 da Convenção Americana. (ADPF 442/PSOL, 2017)

Sob essa perspectiva, a Suprema Corte brasileira, coadunando com o pensamento explicitado pela Corte dos Direitos Humanos, em uma interpretação realizada com o fim de se estabelecer a proteção do embrião, constatou-se que a Carta Magna não faz qualquer referência ao momento que se inicia a vida e, neste contexto, não se é possível estabelecer quando se dará a proteção da vida embrionária.

> Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana e a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana [...] O Direito infraconstitucional protege de modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. (ADPF 442/PSOL, 2017)

Nessa contextualização, de forma pioneira, o ministro do STF, Marco Aurélio, assentou que é no nascimento com potência de vida, e não apenas uma criatura humana em desenvolvimento, que deve repousar o marco para a personalidade jurídica, presumindo-se, assim, o marco para os direitos fundamentais. Tal posicionamento deixou claro a não existência de direitos absolutos, ao passo que, afirmou ser a criminalização do aborto uma violação aos direitos fundamentais da mulher.

> O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto. Sopesando-se os custos e benefícios da criminalização, torna-se evidente a ilegitimidade constitucional da tipificação penal da interrupção voluntária da gestação, por violar os direitos fundamentais das

> mulheres e gerar custos sociais (e.g., problema de saúde pública e mortes) muito superiores aos benefícios da criminalização. (ADPF 442/PSOL, 2017)

Muito embora não haja direitos absolutos, a dignidade da pessoa humana, direito este que fundamentou constitucionalmente a descriminalização do aborto em diversos países[7], é um Fundamento da República Federativa do Brasil que dele deriva todos os outros direitos humanos. Ademais, ele afasta concepções religiosas e tem como corolário os direitos a autonomia, igualdade e vida. (SIEGEL apud ADPF442/PSOL, 2017)

> Um amadurecimento jurisprudencial desta Suprema Corte na ADI 3.510 e ADPF 54 levou à densificação do princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de que embrião ou feto é criatura humana com valor intrínseco, mas sem o estatuto de pessoa constitucional – por isso, sua proteção é infraconstitucional. (ADPF 442/PSOL, 2017)

Faz-se, assim, necessário avaliar a adequação social da conduta típica em busca de se responder se a sua aplicação se daria por um objetivo constitucional legítimo e inadequação do emolduramento penal.

> O instrumento da lei penal é a mais gravosa intervenção estatal para proteção de bens jurídicos e não se justifica quando não se utilizam outras medidas menos violadoras dos direitos e garantias fundamentais em questão. No Brasil, as políticas de saúde sexual e reprodutiva, que deveriam garantir às mulheres melhores condições para planejar e cuidar de seus projetos de vida, ainda são deficitárias. (ADPF 442/PSOL, 2017)

Observa-se que na ausência de eficácia penal, a única efetividade na criminalização constatada, é a violação sistemática a direitos humanos demonstrando a sua desproporcionalidade já que quanto maior o mal causado pela tipificação, maior deve ser as causas que as justificam. Não parece razoável a proteção do embrião, que só se justifica infraconstitucionalmente, ser maior do que da mulher, direitos garantidos constitucionalmente). Diante de todo o exposto, pedido principal da ADPF em estudo, fundamenta-se em:

> Resta evidente a incompatibilidade dos artigos 124 e 126 do Código Penal com o texto constitucional por afronta aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa

[7] França, 1975; Canadá, 1988; Alemanha, 1993; África do Sul, 2004; Colômbia, 2006; Cidade do México (Distrito Federal do México), 2008, dentre outras. (ADPF, PSOL)

> humana, da cidadania e da não discriminação, bem como aos direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade de gênero, à proibição de tortura ou ao tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar (Constituição Federal, art. 1o , incisos I e II; art. 3o , inciso IV; art. 5o , caput e incisos I, III; art. 6o , caput; art. 196; art. 226, § 7º). Os precedentes estabelecidos por esta Suprema Corte na ADI 3.510, na ADPF 54 e no HC 124.306 afirmam a impossibilidade de imputar estatuto de pessoa constitucional ao embrião ou feto. Ao embrião ou feto é reconhecido o valor intrínseco de pertencimento à espécie humana, por isso, a proteção infraconstitucional gradual na gestação. No entanto, essa proteção não pode ser desproporcional: tem que ter como limites o respeito à dignidade da pessoa humana, à cidadania, à promoção de não discriminação e aos direitos fundamentais das mulheres. (APDF 442/PSOL, 2017).

Por fim, assevera Rosa Weber, relatora da ADPF 442, que não pode o Supremo Tribunal Federal impor a força normativa da Constituição da República diante de ato político do Poder Legislativo que sacrifica os direitos fundamentais das mulheres protegidos pela Constituição. É dever deste Supremo Tribunal Federal, como instituição que tem por função precípua a guarda da Constituição, reconhecer a não recepção dos atos normativos que não protegem de modo adequada e suficiente direitos fundamentais, em particular a tutela adequada do valor intrínseco da vida humana. E julgou procedente, em parte, o pedido, para declarar a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, em ordem a excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação realizada nas primeiras doze semanas.

2. TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E SUA APLICAÇÃO AO CRIME DE ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A adequação social, no contexto abordado, exige que a lei que infringe um direito ou valor constitucional esteja racionalmente conectada a um objetivo constitucional legítimo, ou seja, deve ser analisado tanto a legitimidade do objetivo, quanto se os meios são apropriados para o que a lei propõe regular (BITENCOURT, 2009).

A adequação social tem como seu idealizador o teórico alemão Hans Welzel que

conceitua tal instituto como o afastamento da incidência do direito Penal de certas condutas tidas como aceitáveis dentro de uma perspectiva histórico-social. Assim, o entorno social poderia influir na interpretação da temática do penalmente sancionável.

> Mais do que isso, enquadra-se, também como a possibilidade de exclusão de incidência penal em situações em que existe um desencontro entre os preceitos éticos e morais de uma determinada comunidade diante de uma conduta descrita como criminosa. Excluir a tipicidade em tais incidências significa proceder a uma rigorosa análise das circunstâncias específicas da ação que acabam por neutralizar a relevância da lesão a um determinado bem jurídico. (ROXIM apud SILVEIRA, 2010)

Para que haja a incidência do princípio da adequação social, é indispensável certo consenso na sociedade no que tange à conduta analisada. Entretanto, a vontade da maioria não é suficiente. É necessário, pois, que a adequação social do bem jurídico protegido esteja subordinado aos direitos e garantias fundamentais (RODRIGUES, 2012).

> Bem jurídico é elemento da própria condição do sujeito e da sua projeção social, e nesse sentido pode ser entendido como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os demais componentes. Sendo um valor e, portanto, um objeto de preferência real e não simplesmente ideal ou funcional de sujeito, o bem jurídico condiciona a validade da norma e, ao mesmo tempo, subordina a sua eficácia à demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo. Por isso, são inválidas normas incriminadoras sem referência direta a qualquer bem jurídico, nem se admite sua aplicação sem resultado de dano ou perigo a esse bem jurídico. A existência de um bem jurídico e a demonstração de sua efetiva lesão ou colocação em perigo constituem, assim, pressupostos indeclináveis do injusto penal. [...] O bem jurídico na qualidade de valor e, consequentemente inserido no amplo aspecto de finalidade da ordem jurídica cumpre a função de proteção, não dele próprio, senão da dignidade da pessoa humana, que é objeto final de proteção da ordem jurídica. Isso significa que o bem jurídico só vale na medida em que se insira como objeto referencial de proteção da pessoa, pois só nesta condição é que se insere na norma como valor. (TAVARES apud RODRIGUES, 2012, p, 159)

Assim, e segundo Welzel, o princípio da adequação social permite pensar o sentido social em face da norma ou incriminação aplicável. Disso resulta, em geral, que todos os tipos e conceitos nele empregados, como abortar, não deve ser entendido em um sentido causal exterior, seu conteúdo resulta muito mais na totalidade social. Desta forma, socialmente adequadas são todas as atividades que se movem dentro do marco das ordens ético-sociais da vida social, estabelecidas por intermédio da história. (WELZEL apud RODRIGUES, 2012)

> O tipo penal implica na seleção de comportamentos e, ao mesmo tempo uma valoração. Contudo, também é verdade, certos comportamentos em si mesmo sendo

> 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. Panteia-se no quadro de pacífica aceitação ou apática reação da sociedade quando em confronto com ações e resultados. (BITENCOURT, 2009)

Neste panorama, a adequação social é um elemento hermenêutico acessório que poderia, em relação a determinadas temáticas culturais, afastar a responsabilidade penal nos casos em que, mesmo se observando a presença do fato típico, o risco ao bem jurídico demonstrou-se irrelevante, entendendo que a aplicação do instituto seria plenamente possível.

> Na teoria jurídica do crime, encontra-se, deste modo, sob os ventos de interpelações decisivas para a discussão crítica e a inovação, a ponto de ter de se abrir a novos modos de pensar a realidade e de a definir, como se poderá verificar em face de recentes aquisições de conhecimentos (neurociências, filosofia da mente e das ciências cognitivas). Existe um impulso ainda não inteiramente formulado para uma reconstrução dos critérios jurídicos que se referem ao conhecimento da capacidade, possibilidade e interesse da responsabilidade penal. Está, pois, em causa distinguir o que é adaptável a novos desígnios e o que é perene. (BRANDÃO, 2020)

Os bens jurídicos não são vistos em situações estáticas, deve-se avaliar os fatos. Assim, as dúvidas emergem ao passo que, embora sejam tipicamente prevista, não se mostre mais contrária aos preceitos sociais de um determinado grupo. Essas situações, embora pareçam basilar, escondem problemas altamente complexos quando se nota o fato de que as sociedades plurais, onde se reúnem povos, pensamentos e credos distintos, acabam por embutir um amplo leque de possibilidades. (SILVEIRA, 2010).

> É certo que o Estado democrático pode vir, por vezes, a exercer o seu poder criminalizando condutas que, ainda que eventualmente aceitas pelo meio social, acabem por se mostrar temerárias a determinado bem jurídico. Só que, para tal se verificar, se deveria ter em mente que a legitimidade da novel disposição criminalizante há de se basar em anteparo de tutela lastreado em bens jurídicos. (CADOPPI apud SILVEIRA, 2010, p. 167)

O instrumento de poder exercido pelo Estado, através de tipificação de condutas, levanta dúvida sobre o que se entende sobre Justiça e Direito. Assim, ainda que o direito evolua em consonância com a própria evolução social, muitas vezes, o normativismo fechado acaba por impor situações de anomia quanto a expectativa do justo. Ressalta-se que, a moral não pode servir de afirmação positiva da sanção penal. É inegável que uma consideração de Justiça, dentro de um prisma moral, pode afastar um Direito. (FOUCAULT, 2014)

A dicotomia entre Justiça e segurança jurídica hoje se encontra em certa medida reduzida quando se tem uma orientação do Direito Penal com base em políticas criminais. Os conceitos de Justiça e segurança jurídicas devem se mostrar fundidos. No mais, para a aplicação da adequação social, faz-se necessário a valoração da utilidade e da própria justiça, da mesma forma que se valora a segurança jurídica.

> A certeza do direito não pode significar, como acentua Diciotti, a previsibilidade das decisões judiciais ou o controle da correção destas decisões. A meu ver, a racionalidade da sentença não importa em previsibilidade, pois, como afirmei, a racionalidade está em diferentes caminhos. O controle da correção, contudo, pode realizar-se tendo em vista os precedentes, a teoria dogmática jurídica e a adequação social aos valores constitucionais e aos valores reputados como relevantes para a sociedade. (REALE JR apud BITENCOURT, 2009)

Portanto, a adequação social não se mostra como um contrassigno do sistema, sendo inerente a ele. Trata-se de uma função do próprio ordenamento jurídico, sendo a base da norma incriminadora e que reflete em sua interpretação e aplicação. O juízo de valor de uma norma não pode se originar da vontade do legislador, privilegia-se a justiça e os anseios da sociedade.

> Enquanto o princípio da mera legalidade, ao enunciar as condições de existência ou de vigência de qualquer norma jurídica, é um princípio geral de direito público, o princípio da estrita legalidade, no sentido que tem sido associado até o momento do metanorma que condiciona a validade das leis vigentes à taxatividade de seus conteúdos e à decidibilidade da verdade jurídica de suas aplicações, é uma garantia que se refere só ao direito penal. Efetivamente, somente a lei penal, na medida em que incide na liberdade pessoal dos cidadãos, está obrigada a vincular a si mesma não somente formas, senão também, por meio de jurídica exigida às motivações judiciais, a substância ou os conteúdos dos atos que a ele se aplicam. Esta é a garantia estrutural que diferencia o direito penal no Estado ‘de Direito’ do direito penal dos Estados simplesmente legais, nos quais o legislador é onipotente, e, portanto, são válidas todas as leis vigentes, sem nenhum limite substancial à
>
> primazia da lei. (FERRAJOLI apud RODRIGUES, 2012)

No que tange a legalidade estrita, não há nenhuma incompatibilidade quanto a aplicação da adequação social ao passo que aquela proíbe a criação de crimes e penas sem devida previsão legal, e esta, exclui, dentro do primeiro substrato do crime, a tipicidade material, tornando-a atípica. Para melhor entendimento da aplicação da teoria da adequação social ao crime de aborto, há de se analisar a teoria finalista do crime.

> O próprio Welzel, na sua revolucionária transformação da teoria do delito, manteve o conceito analítico de crime. Deixa-se entendimento muito claro ao afirmar que o

> conceito d culpabilidade acrescenta ao da ação antijurídica tanto de uma ação dolosa como não dolosa um novo elemento, que é o que a converte em delito. Com essa afirmação Welzel confirma que, para ele, a culpabilidade é um elemento constitutivo de crime, sem a qual este não se aperfeiçoa. (BITENCOURT, 2009, p. 234).

Welzel desenvolveu sua doutrina finalista, entre 193 e 1960, baseado no modo fenomenológico de investigação onde o direito penal se ocupa com fatos dotados de significado valorativo, e não apenas, a sua dimensão físico-naturalista. Assim, tem-se por finalidade o caráter final da ação, na qual, baseia-se em que o homem pode prever, dentro das possibilidades, as consequências possíveis de sua conduta. O finalismo contribuiu decisivamente para o descobrimento do desvalor da ação, como elemento constitutivo do injusto penal, e para melhor delimitação da própria culpabilidade e de outros pressupostos da responsabilidade penal (BITENCOURT, 2009).

> A contribuição mais marcante do finalismo foi retirar os elementos subjetivos que integravam a culpabilidade, nascendo, assim, uma concepção puramente normativa. O finalismo deslocou o dolo e a culpa para o injusto, retirando-as da culpabilidade, levando, dessa forma, a finalidade para o centro do injusto. Concentrou a culpabilidade somente aquelas circunstâncias que condicionam a reprovabilidade da conduta contrária ao direito. (PEÑA apud BITENCOURT, 2009, p. 159)

Assim, para o finalismo o Direito Penal deve respeitar a base empírica, condicionandose a realidade e só assim os princípios normativos serão atendidos. A ação deixa de ser concebida como mero processo causal para ser focada como exercício de uma atividade finalística. Concentra-se no desvalor da conduta, ignorando o desvalor do resultado. Essa é a teoria adota pelo nosso caderno penal, bem como pela maioria da doutrina pátria.

A teoria finalista da ação interfere na compreensão de todos os elementos do crime. A ação é o elo que harmoniza os elementos que foram construídos para transformar uma conduta em um crime, quais sejam: a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. Isto se dá porque o conceito de ação está presente na definição de cada um destes elementos, pois a tipicidade consiste no juízo de adequação da conduta frente ao modelo legal de crime; a antijuridicidade é o juízo de reprovação da conduta pelo ordenamento jurídico e a culpabilidade, por sua vez, é o juízo de reprovação do autor da conduta. (COLEN, 2021)

A lei exige para a legalidade do aborto apenas a tipicidade do fato, o que implica a sua subsunção à descrição típica. Se o tipo penal descreve todos os elementos fundamentadores do injusto, é sabido que, na criação destes, o legislador pode basicamente adotar dois critérios de ajuste e emolduramento da conduta incriminada. De um lado, pode estabelecer a descrição completa do proibido, sem deixar qualquer possibilidade de interpretação aos operadores de direito. De outro, escancara seu gizar a interpretações dos aplicadores do direito, quer de forma ampla, quer de forma, estrita. (SILVEIRA, 2010)

A formulação welzeliana sobre a adequação penal, mostra-se como uma causa da exclusão da tipicidade requerendo, esta, o aperfeiçoamento do seu caráter subjetivo para a realização do crime. Na concepção finalista, a adequação social se mostra imprescindível para a abertura do sistema fechado da lei, onde possibilita os legisladores a ver além de um contexto conservador.

> Os modelos fechados de Direito devem ceder espaço a teleológica busca de melhores soluções dos conflitos. Para tanto, não se pode falar em uma segurança jurídica estática, a qual nada mais informa do que uma não adaptação aos problemas, senão em uma busca resolutiva para a vida em sociedade. Em outras palavras, a aludida segurança nada mais significa do que uma resposta pré-moldada, aprioristicamente desenhada, de reprovação. O intento de segurança da Justiça, por outro lado, abre mão de preconcepções incriminadoras, para que, conforme o caso, de acordo com as situações político-criminalmente a ele orbitantes, venha-se a ter uma resposta penal (SILVEIRA, 2010).

A busca do justo deve sustentar exceções à aplicação da lei penal, tendo, entre as fórmulas, a noção de adequação social como fator de afastamento da tipicidade penal, mostrando-se, pois, como uma teoria que pretende fornecer os princípios para um juízo de valor que desempenha uma dúplice função, limitando, em nome da ordem ético-social, as condutas enquadradas nos tipos penais e, aplicar como método geral de interpretação dos tipos penais à luz de uma ideia social.

> A adequação social pode ser aplicada como regra de hermenêutica em diversos casos. Ademais, em uma leitura finalista, não existem empecilhos, nem óbices ao emprego da adequação social. O argumento de que ele violaria a segurança jurídica é por demais preso a um positivismo que deve, sob a égide da Justiça, ser superado. (SILVEIRA, 2010, p. 59)

E ainda, temos que a adequação social, como uma resposta a teoria puramente causal, ainda é útil instrumento do arsenal hermenêutico a ser utilizado para a superação do positivismo penal, o qual, de qualquer forma, isoladamente, não raro, mostra-se como fator gerador de injustiças. Ao interromper a gravidez praticando o aborto, a mulher não tem como finalidade da prática de uma conduta descrita em lei. Apesar da ciência da proibição, ela age conscientemente na sua realização com autodeterminação sexual e na preservação de sua saúde física e mental.

> A adequação social constitui de certo modo a pauta dos tipos penais: é o estado "normal" de liberdades social de ação que lhes serve de base e é pressuposto (tacitamente) por eles. Por isso quedam também excluídas dos tipos penais as ações socialmente adequadas, ainda que em todos aqueles casos que poderiam ser subsumidas neles. (LOPES apud RODRIGUES, 2012, p. 98)

O legislador ao selecionar um tipo incriminador deve analisar a função da conduta proibida em seu caráter social, referindo-se a sua inadequação à vida social ordenada. Assim, indicam as formas de conduta que supõem uma infração grave de ordem histórica da vida social, no contexto da natureza social histórica do direito penal. (WELZEL apud RODRIGUES, 2012)

A adequação social deve ser concebida como meio interpretativo do tipo, e, com base na interpretação dada, deve-se argumentar que o que é comum na sociedade pode ser um critério para a adequar penal e socialmente a concepção de normalidade da conduta no meio social. Assim, temos que a adequação social é o sinônimo de normatização da ação e do seu desvalor ao interpretar a atuação do agente, dando-lhe significado ético e social.

> O tipo penal implica uma seleção de comportamento e, ao mesmo tempo uma valoração (o típico é penalmente relevante). Contudo, também é verdade, certos comportamentos em si mesmo 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. [...]. A tipicidade de um comportamento é enriquecida pelo desvalor da ação e pelo desvalor do resultado lesando efetivamente o bem jurídico protegido, constituindo o que se chama de tipicidade material. Donde se conclui que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica e formal, porém materialmente irrelevante, adequandose ao socialmente permitido ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica. (BITENCOURT, 2009, p. 165)

Assim, para o Direito Penal, só poderá ser considerada causa típica aquela que se mostrar relevante para a consecução do resultado. A interpretação, sob a ótica da adequação social, do tipo penal do aborto demonstra a sua irrelevância nas acepções dos fins da pena, do Direito Penal e social (LIMA JUNIOR, 2022).

> Welzel volta agora `concepção de adequação social como causa de exclusão da tipicidade [...]. Essa mudança é lógica, pois, ao conceber Welzel a adequação social como causa de justificação, incorreria em uma contradição em seu conceito de tipo [...]. Se a conduta socialmente adequada está conforme à ordem ético-social normal, histórica, da comunidade, não pode ser ao mesmo tempo típica, ou seja, (segundo o conceito de tipo de Welzel), relevante para o tipo penal. O tipo não é para Welzel uma descrição avalorada [...], mas uma seleção das condutas que supõem uma infração grave, insuportável da ordem ético-social da comunidade. (WELZEL apud RODRIGUES, 2012, p. 265)

Reveste-se de suma importância que o tipo penal do aborto não seja analisado exclusivamente de forma gramatical, faz-se necessário a inserção, quando da sua interpretação, de elementos históricos e sociológicos, ajustando a lei com a vontade nela contida de concordância com as novas condições de exigência sociais, afastando-se do tempo de sua elaboração.

> Os pressupostos éticos, sociais, econômicos e políticos, além do ordenamento penal de um Estado, são basilares a sua aplicação, mostrando-se como expressão da fisionomia de uma sociedade em determinado momento da sua evolução histórica e cultura. A atmosfera cultural envolveria o Direito Penal é que acaba por justificar a sua aceitação da adequação social. Afinal, considerando-se que uma lei, ou um Código Penal, não nasce ex abrupto, ter-se-ia que visualizar o entorno social de determinada norma, para, além, de compreendê-la, aplicá-la ou não. (BETTIOL apud SILVEIRA, 2010, p. 53)

A conduta abortiva, portanto, insere-se em um panorama histórico-cultural e que não deveriam estar introduzidas no injusto penal por serem adequadas e não desautorizadas socialmente. Ou seja, a valoração social do abortamento, e sua consequente adequação, deve ser interpretado com base na intenção e nos motivos do autor consubstanciando a ideia de a consequência do seu ato ter como única destinatária a própria mulher.

O princípio da adequação social tem como foco a análise da conduta delitiva dentro da sociedade, diante dessa premissa, adequando-se o aborto, prática diuturnamente aplicada deve ser vista como atípica por exclusão da atipicidade material. Trata-se, portanto, de uma conduta

normal dentro do âmbito de liberdade social da mulher ao decidir sobre sua liberdade sexual, e sobre o seu corpo, o único que sofre as consequências da ação.

> Na área dos Direitos dos Humanos, há novos direitos a serem conquistados, há marginalizações a serem superadas, na dialética do processo histórico. Mas há também, sobretudo no caso brasileiro, direitos existentes que simplesmente precisam ser cumpridos. Não é difícil visualizar a indivisibilidade dos direito Direitos Fundamentais, bastando, para isso, enumerar os diversos direitos que compõem os grupos de direitos fundamentais mencionados e perceber, do ponto de vista lógico, que não efetivamente liberdade sem que existam as mínimas condições para o seu exercício, que são os direitos sociais e econômicos, que surgem aí como garantias socioeconômicas de implementação dos direitos individuais e políticos.
> (MAGALHÃES apud RODRIGUES, 2012, p. 168)

O princípio da adequação social decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, desta forma não há aqui nenhuma intenção com a sua aplicação de se violar os direitos humanos, ao reverso, busca-se sim garantir a sua aplicação de forma efetiva e na ponderação entre quais direitos deve preponderar, proteja-se o direito fundamental e irrenunciável à vida e à saúde da mãe, dentre outros direitos.

> Toda realidade cultural é, essencialmente, processo que não pode ser compreendido senão na unidade solidária de seu desenvolvimento dialético. O direito, visto na totalidade de seu processo, é uma sucessão de culminantes momentos normativos, nos quais os fatos e os valores se integram dinamicamente: é essa a unidade concreta e dinâmica que deve ser objeto da hermenêutica jurídica. (REALE apud SILVEIRA, 2010, p. 65)

A restrição de direitos fundamentais das mulheres com a criminalização do aborto não é capaz de fomentar o resultado pretendido com qual seja, a redução do número de abortos. Assim também se posiciona a Corte Constitucional de Portugal, ao decidir pela constitucionalidade da lei de aborto.

A taxa de prisão, no comparativo com o universo mulheres que praticam aborto, demonstra inaplicabilidade na norma incriminadora o que não afasta o seu caráter nocivo e discriminatório, colocando mulheres no papel de criminosas. Neste contexto, pode-se dizer que, levando-se em conta que 3.019.797 das mulheres que abortaram e hoje possuem filhos, elas restariam presas e esses números simbolizariam as famílias que teriam mães encarceradas (DINIZ, 2017).

> Faz-se no Brasil dos tempos presentes, o discurso do Direito Penal de intervenção mínima, mas não há nenhuma correspondência entres esse discurso e a realidade legislativa. Ao invés da renúncia formal ao controle penal para a solução dos conflitos sociais ou da adoção de um processo mitigador de penas, com a criação de alternativas à pena privativa de liberdade, ou mesmo de busca, no comportamento processual, de expedientes idôneos a sustar o processo de forma a equacionar o conflito de maneira não punitiva, parte-se para um destemperado processo de criminalização no qual a primeira a única resposta estatal, em face do surgimento de um conflito social, é o emprego da via penal. (ZAFFARONI apud RODRIGUES, 2012)

Uma conduta para ser tipificada deve ser racionalmente definida consoante as garantias e direitos existentes. A aplicação do princípio da adequação social faz aproximar a teoria à prática garantista, assim, o Estado Democrático de Direito brasileiro é preciso o seu reconhecimento e a sua aplicabilidade para a efetivação de um direito penal mínimo. No entanto, a realidade tanto legislativa quanto judiciária, demonstra que o direito tem sido aplicado irracionalmente, não se adequando ao modelo garantista. Para tal, os juízes e os tribunais devem decidir pela incidência do princípio adequação social como forma de se fazer prevalecer a dignidade humana da mulher.

3. A PREVALÊNCIA DA DIGNIDADE HUMANA DA MULHER NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DO CASO SÃO MATHEUS E CASO BOBIGNY

O direito à vida e à saúde preconizado na nossa Constituição Federal é claro na intenção de a todos abranger sem qualquer distinção de gênero, raça e classe social. No entanto, como uma nítida violação ao princípio da igualdade vemos esse direito ser negado há mais de três décadas as mulheres.

A prática do aborto não é tida enquanto um direito inerente à mulher, uma vez que, do ponto de vista legal é um crime doloso contra a vida, neste caso, a interpretação se dá como crime contra vida intrauterina. Em contraponto a legislação interna, preconiza o Pacto São José

da Costa Rica, que a não descriminalização do direito ao aborto é na verdade uma violação a dignidade da pessoa da mulher, da saúde da mulher.

Neste sentido, observa-se um embate interpretativo e discursivo entre a Constituição Federal, Lei Supralegal, Lei Infralegal, e toda uma Sociedade, e os possíveis indícios de mutação[8] no discurso jurídico deles decorrentes.

Ambos os casos em estudo nos interpelam pelos discursos de interdição referentes ao direito do sujeito feminino de dispor de seu próprio corpo, como também de sua sexualidade. Demonstra-se os direitos alcançados e perdidos ao redor do caso francês Bobigny de 1972 e do caso brasileiro de São Mateus de 2020 – dois casos de estupro de menor seguidos de aborto que tiveram ampla divulgação e desfechos antagônicos.

Há semelhanças entre os casos, mas disparidade nas consequências, já que, em Bobigny, o direito à interrupção da gravidez foi alcançado tendo apoio da sociedade e indo de encontro ao conservadorismo. No Brasil, ao contrário, as manifestações foram contra a vítima, acarretando atos constrangedores, tanto no âmbito judicial, como nos trâmites hospitalares para execução da interrupção gestacional da criança de 10 anos, o que resultou em danos no âmbito psicológico, emocional e social da vítima e da sua avó (sua tutora legal).

Dentre todos os aspectos da norma penal, temos a não exigência de autorização judicial para a realização do aborto nos casos de estupro, desta forma o profissional da área médica está livre para realizar o aborto independentemente até mesmo da existência de boletim de ocorrência ou de inquérito policial em desfavor do autor do crime. Segundo a Defensora Pública de Santa Catarina, Anne Teive Auras (2022, p.1)[9]: Nessas hipóteses, não há necessidade de autorização judicial. É o que se entende.

---

[8] Mutação legal é o procedimento de mudança de interpretação de dispositivo legal, sem que ocorra mudança do seu texto. Lenta e gradualmente, o significado do texto modifica-se em razão de novas realidades circundantes.

[9] AURAS, Anne Teive. Aborto não deixa de ser legal após 20 semanas de gravidez: entenda o que diz a lei. G1, 21 jun. 2012. Disponível em: https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2022/06/21/aborto-nao-deixa-de-ser-legal-apos20semanas-degravidez-entenda-o-que-diz-a-lei.ghtml. Acesso em: 15 jan. 2024.

> Falando especificamente de violência sexual, como é o caso da menina, se ela vai até um serviço de saúde e relata que foi vítima de violência sexual, que foi estuprada, ela tem direito ao atendimento.

Ou seja, para os casos de gravidez decorrente de violência sexual, não é preciso apresentar boletim de ocorrência ou algum exame que ateste o crime de estupro, como um laudo do Instituto Médico Legal (IML). Para o atendimento, basta o relato da vítima à equipe médica.

Devido a atualidade do tema se torna cada vez mais imperioso uma análise da sistemática penal e social dada à prática do aborto. O legislador fez a devida delimitação dos casos previsto em lei ao qual se dá a mulher a faculdade de seguir em frente ou não com uma gravidez em caso de estupro, ou pela inviabilidade do feto, ou risco de morte da mãe.

O que em nada impede a constante interferência pelas camadas mais antiquadas da sociedade, defendendo a ideologia de proteção ao direito à vida desde a sua concepção, lutando para diminuir o direito ao abortamento, e procurando impedir a interrupção de uma gestação, mesmo nesses casos permitidos por lei.

Em contraponto ao conservadorismo, temos as progressistas, a ala feminista, que intentam legalizar a interrupção voluntária da gravidez, respeitando o direito da mulher de dispor de seu próprio corpo, protegendo a mulher vítima de estupro, interpretando o aborto como uma defesa integral à saúde.

Esta lei também descriminaliza, em condições específicas, a interrupção voluntária da gravidez realizada por motivos terapêuticos, hoje denominada interrupção médica da gravidez, resultando no direito de interromper voluntariamente a gravidez até a 14ª semana de gestação.

A antecipação da vida intrauterina é um tema polêmico que envolve questões éticas, religiosas, jurídicas e médicas. No entanto, há argumentos favoráveis a essa prática, que podem ser apresentados sob diferentes perspectivas.

Do ponto de vista ético, a antecipação da vida intrauterina pode ser vista como um direito da mulher sobre o seu próprio corpo e o seu projeto de vida. A mulher deve ter autonomia para decidir se quer ou não levar adiante uma gestação, considerando os seus valores, desejos e circunstâncias.

Do ponto de vista religioso, a antecipação da vida intrauterina pode ser entendida como uma forma de respeitar a vontade divina, que concede ao ser humano o livre-arbítrio e a capacidade de escolher o seu destino. A mulher que opta pela antecipação da vida intrauterina não está cometendo um pecado, mas sim exercendo a sua liberdade e responsabilidade moral.

Do ponto de vista jurídico, a antecipação da vida intrauterina pode ser considerada como um direito humano fundamental, que garante a dignidade, a igualdade e a justiça para as mulheres. A mulher que recorre à antecipação da vida intrauterina não está violando nenhuma lei, mas sim reivindicando o seu acesso à saúde, à educação e à cidadania

Do ponto de vista médico, a antecipação da vida intrauterina pode ser avaliada como um procedimento seguro, eficaz e benéfico para a saúde da mulher e do feto. A mulher que realiza a antecipação da vida intrauterina não está colocando em risco a sua vida ou a sua fertilidade, mas sim prevenindo complicações e sequelas decorrentes de uma gestação indesejada ou problemática.

A antecipação da vida intrauterina pode evitar o sofrimento de mulheres que enfrentam gravidezes indesejadas, de risco ou resultantes de violência; pode ser compatível com diferentes crenças e tradições religiosas, que reconhecem a complexidade e a diversidade das situações humanas; pode contribuir para a redução da mortalidade materna, da pobreza e da desigualdade social; e pode favorecer o planejamento familiar e o controle populacional

O primeiro a ser analisado será o caso São Matheus, que no dia 13 de agosto veio a público o caso de estupro de vulnerável de uma menina de 10 anos de idade, moradora da cidade de São Mateus, interior do Espírito Santo. Caso que se deu em meio a várias violações das leis

pátrias e dos direitos humanos e continua a ter desdobramentos ainda mais impactantes no mundo fático, causando grande impacto na sociedade e desencadeando debates jurídicos.

Neste caso, uma menina abusada desde os 6 anos de idade e com gravidez confirmada aos 10 anos após chegar ao hospital com várias dores abdominais, mas seu desejo pela interrupção da gravidez através do aborto legal foi negado pelos médicos.

O argumento utilizado por eles é que não poderiam realizar o aborto, pois ela já se encontrava na 22ª semana de gestação, 6º mês. Na 22ª semana, seja por desconhecimento, seja por não sentir os sintomas gravídicos, é necessário proceder com a antecipação do parto por conta do estado avançado do feto. E mesmos nos casos de permissão legal, há todo um procedimento burocrático a ser seguido.

O processo foi judicializado e, após a oitiva da vítima pelo juiz e por toda a equipe psicossocial do tribunal de justiça daquele estado, foi autorizado o aborto. Na decisão, o juiz escreve que assistentes sociais que atenderam a criança disseram que "só de tocar no assunto, a menina entra em profundo sofrimento, grita, chora e nega a todo instante, apenas reafirma não querer (dar prosseguimento à gestação)[12].

Só assim, a vítima de um crime Hediondo, e adequada as exigências do aborto humanitário elencado no art. 128, II, CP, e, portanto, apta, se assim sua representante legal consentir, a ter um procedimento seguro com todo aparato de saúde, consegue ter seu direito garantido (SILVA, 2021). No entanto, o Hospital Roberto Silvares, em São Mateus, no Espírito Santo, recusou-se a atender a decisão judicial da interrupção da gestação.

Sabendo-se que essa decisão judicial foi dada a favor da vítima por razões médicas: a criança de 10 anos estaria correndo risco de vida se prosseguisse com a gestação. Ademais, também apresentava sintomas psicológicos graves: as assistentes sociais do conselho tutelar relataram durante entrevista que só em citar a palavra bebê durante a consulta, a menina gritava

[12] DALVI, Bruno; MARCONDES, Luiza. Justiça autoriza interrupção de gravidez de criança estuprada no ES. G1, 30 jun. 2024. Disponível em: https://g1.globo.com/es/espirito-santo/noticia/2020/08/15/justicaautorizainterrupcao-de-gravidez-de-crianca-estuprada-em-sao-mateus-no-nortedo-es.ghtml. Acesso em: 15 jan. 2024.

incessantemente. Mesmo a criança já se encontrando com um quadro de diabetes gestacional e alegando que não queria prosseguir com a gravidez, houve uma comoção de segmentos intitulados religiosos para tentar impedi-la de seguir adiante com o aborto (MAIA, 2020).

A criança violentada, de inocência violada e o corpo forçosamente transformado em de mulher não pôde ter seus direitos de forma digna preservados. Ocorreram manifestações religiosas antiaborto na frente de sua própria residência, bem como no hospital. Seus dados foram intencionalmente divulgados e grupos contra o aborto foram parar na porta do hospital, não poupando insultos como "assassinos" aos funcionários. E, em meio a tudo isso, a entrada da menina só foi possível dentro do porta-malas do carro.

Pode-se ver que, no caso São Mateus, em 2020, que o conservadorismo demonstrado nas manifestações "pró-vida" não está em consonância com o aparato "legal" brasileiro e internacional. Um Estado que em se declarando laico não deveria pautar suas decisões em bases religiosas, bem como não deveria permitir que dogmas, majoritários ou não, ditassem a vida das pessoas. Não se deveria admitir que pautas de grupos religiosos guiassem os condutores da nação, ou interferissem em decisões judiciais quando o assunto são direitos basilares constitucionalmente garantidos (BUGLIONE, 2013)

Com toda a polêmica causada por esta problemática, fora realizada Consulta Pública no ano de 2022, no site do Senado que dispõe sobre o Estatuto da Gestante (Projeto de lei n° 5435 de 2020 - PL 5435/2020), de autoria do Senador Eduardo Girão (PODEMOS/CE), com a finalidade de viabilizar a pauta conservadorista "pró vida" visando impedir o aborto até mesmo para as vítimas de estupro indo de encontro a precedentes atuais e ao princípio da vedação ao retrocesso, o que seria uma violação ao princípio da "vedação ao No Cliquet".

Entender diferente seria ampliar a literalidade do dispositivo penal, de modo a produzir efeitos in malam partem, o que como cediço é vedado. A lei exige, para a legalidade do aborto, apenas a tipicidade do fato, o que implica a sua subsunção à descrição típica do estupro, sendo irrelevante, nesse sentido, se perquirir acerca da ilicitude e da culpabilidade da conduta do agente.

Esta lei também descriminaliza em condições específicas a interrupção voluntária da gravidez realizada por motivos terapêuticos, hoje denominada interrupção médica da gravidez resultando no direito de interromper voluntariamente a gravidez até a 14ª semana de gestação.

A antecipação da vida intrauterina pode evitar o sofrimento de mulheres que enfrentam gravidezes indesejadas, de risco ou resultantes de violência; pode ser compatível com diferentes crenças e tradições religiosas, que reconhecem a complexidade e a diversidade das situações humanas; pode contribuir para a redução da mortalidade materna, da pobreza e da desigualdade social; e pode favorecer o planejamento familiar e o controle populacional.

Portanto, há diversos motivos para defender a antecipação da vida intrauterina como uma opção legítima e positiva para as mulheres e para a sociedade. A antecipação da vida intrauterina não é uma questão de certo ou errado, mas sim de respeito e tolerância às diferentes escolhas e realidades.

O caso Bobigny consiste em um processo francês midiatizado em 1971 sobre a jovem Marie-Claire, dezesseis anos, que foi estuprada pelo seu colega de classe e cuja mãe ajudou a abortar. Foi julgada por ter feito um aborto (BEAUVOIR, 2009).

Na França, os advogados de defesa transformaram o tribunal em uma plataforma política fazendo com que o caso Bobigny resultasse na mudança da lei sobre o aborto, que passou a ser permitido. Mas antes disso, ela compareceu perante o tribunal de menores de Bobigny com base no antigo artigo 317 do código penal que previa em seu terceiro parágrafo:

> Será punido com prisão de seis meses a dois anos e multa de 360 francos a 20.000 francos a mulher que tenha obtido para si o aborto ou tenha tentado obtê-lo, ou que

> tenha consentido em fazer uso dos meios que lhe foram indicados ou administrados para esse fim.

Clarie acabou por confessar que o fez em plena consciência por não desejar ter um filho. Fora absolvida, entretanto, o Estado não desmentiu a criminalização do aborto e justificou a decisão com a premissa de que ela foi dada para preservar a "ordem moral, familiar e social", posto que a adolescente não teria outra opção, a não ser cometer o ato proibido em lei.

A defesa de Marie-Clarie, realizada pela advogada Gisèle Halimi, com o apoio de por Simone de Beauvoir e sua associação CHOISIR, iniciou um o debate contra o conservadorismo e a lei antiabortista que, naquela época, já era considerada ultrapassada na França em plena Década de 50. Dizia Annie Ernaux: "Era impossível determinar se o aborto era proibido porque era errado ou se era errado porque era proibido. Julgávamos em relação à lei, não julgávamos a lei. As mulheres francesas tiveram sucesso nas suas reivindicações (LE PROCÈS DE BOBIGNY, 1972).

Vale ressaltar que, para atingir o feito esperado da legalização do aborto, foi lançado o "Manifeste des 343" e publicado no Nouvel Observateur. Com ele, 336 mulheres, se não mais, contando com o apoio de Simone de Beauvoir Annie Ernaux, Gisèle Halimi, entre outras, assinaram e confessaram ter recorrido ao aborto.

> Os autores do Manifeste des 343 (Manifesto dos 343) incluíam um grande grupo de mulheres e ativistas francesas culturalmente eminentes que declararam que todas haviam feito abortos ilegalmente, que neste momento, apesar da crescente descriminalização em grande parte da Europa Ocidental, ainda eram proibidos dentro sua república. Incluindo nomes tão importantes como Simone de Beauvoir, Jeanne Moreau e Catherine Deneuve, o manifesto reuniu mulheres excepcionais das áreas acadêmica, jurídica, teatral, cinematográfica e literária, ao lado de ativistas de base. A sua ação constituiu um desafio ousado para as autoridades francesas, desafiando-as a prender alguns dos mais brilhantes pensadores e inovadores culturais do país ao abrigo de uma lei que os signatários consideraram profundamente injusta, sexista e antitética aos valores da liberdade individual e da cidadania. (OLIVER-POWELL, 2020, p. 97)

Inicia-se uma campanha pela legalização ressaltando a necessidade de emancipar o corpo da mulher dando a ela o controle de seu próprio corpo e de sua maternidade. Os 343 entoam juntos: "O uso do nosso corpo não precisa ser regulado. Não queremos tolerâncias, migalhas

que os outros humanos nos têm dado desde a nossa existência: queremos a liberdade de usar nossos corpos como bem entendermos". (LE PROCÈS DE BOBIGNY, 1972).

O julgamento de Bobigny faz parte de um contexto de luta. Mais do que a soltura do acusado, é a condenação de uma lei que se joga mulheres no tribunal. Ao fazer deste caso o julgamento político da criminalização do aborto, a defesa inverte o equilíbrio de poder, acusa a lei e torna necessária a adaptação da lei às realidades sociais (BEAUVOIR, 2009).

Assim, em 1975, é publicada a Lei do Véu que suspende por um período de 5 anos as disposições penais que reprimem o aborto em caso de interrupção voluntária da gravidez até a 10ª semana sob certas condições.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho foi embasado em pesquisa bibliográfica civil e constitucional, bem como, tratados internacionais, leis em sentido amplo, e de dados estatísticos governamentais com fim de confirmar a hipótese de que, não obstante, o fato do aborto ser um tipo penal, isto não inibe a sua prática rotineira, e, ao mesmo tempo, que não chega aos órgãos jurisdicionais para que sejam aplicadas sanções decorrentes da conduta abortiva descrita no tipo penal. Manifestou-se quando da verificação dos dados oficiais explanados neste estudo que, interrupção voluntária da gravidez é uma prática recorrente entre as mulheres brasileiras, e a sua vedação, tal qual ocorre desde 1940, é uma violação constante da Dignidade da Pessoa Humana, e injustiças recorrentes são praticadas. Ou seja, diante de 1 milhão de abortamentos realizados por ano, temse que, historicamente e costumeiramente, a ordem ético-social admite tacitamente que o bem jurídico a se tutelar é a vida da mãe, e não do embrião.

Tratou-se, consequentemente, de um estudo conceitual sobre o aborto e a adequação social, sob a perspectiva da prevalência dos direitos humanos da mulher, e qual bem jurídico

abraça-se com prioridade, e qual deve ser abraçado. O direito à vida do feto, em que atualmente se fundamenta as razões da criminalização, em contraponto à tutela do direito à saúde e dignidade humana da mulher. Assim, na análise do conceito de bem jurídico a ser tutelado, verificou-se que a proteção em favor de um tecido social específico, o feto, é ainda mais danoso que a conduta abortiva tipificada.

O objeto de estudo consistente na aplicação da teoria da adequação social, dentro de uma consideração em que a lei incriminadora do ordenamento jurídico brasileiro viola a prevalência da dignidade da pessoa humana foi alcançado, ao passo que, observou-se a violação da dignidade da pessoa humana da mulher pelo Estado brasileiro ao admitir interferência externas pelos conservadores na administração da justiça. Acertadamente, incorpora-se a ideia de que, ao legislador, o ordenamento jurídico brasileiro delimita a escolha das condutas que pretende proibir ou impor para que se tutele os bens mais relevantes. O legislador não pode selecionar um comportamento socialmente adequado para criar um tipo penal. (CAETANO, 2020).

Neste contexto, encerra-se na inevitabilidade da necessidade de se reavaliar qual bem jurídico deve preponderar quando da incorporação pela legislação brasileira dos princípios éticos e jurídicos, não deixando de contemplar que os direitos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais, e a violência de gênero, inclusive a gravidez forçada, é incompatível com a dignidade e o valor da pessoa humana (VIENA, 1993).

Nesta toada, no primeiro tópico, contextualizando e estudando a legislação brasileira, percebeu-se, após todo delineamento realizado, que de fato há uma violação pelo ordenamento jurídico brasileiro à Dignidade da Pessoa Humana da mulher, englobando o seu direito à vida, à saúde, à autonomia, à autodeterminação. Analisada a ADPF 54, temos que seu termo foi a relativização da proteção da vida do feto, permitindo o abortamento de feto anencéfalo, com a

inserção no ordenamento jurídico brasileiro, e fixação de um precedente, de uma causa extralegal de excludente de ilicitude. Na ADPF 442, ainda em debate na corte suprema, intentase, lastreada no direito da mulher a uma vida digna, a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação com o desfecho do reconhecimento da a flagrante inconstitucionalidade, na dimensão, também, da não-recepcionalidade pela Constituição Cidadã. Defendemos, portanto que, a legislação penal infraconstitucional que criminaliza aborto, deve ser reconhecida pela Corte Constitucional Suprema como não recepcionada pela Carta Magna na ADPF 442.

Corroborando, para a legitimação da criminalização de uma conduta, faz-se necessária a contrariedade da ética de determinado povo em determinado período histórico, o que acaba por exigir um juízo de valor do legislador que deve colocar suas preferências pessoais de lado, e se basear na Lei Maior como a única restrição prévia à eleição dos bens jurídicos, limitando a capacidade punitiva do Estado (SILVEIRA, 2010). Enfrentar a adequação e a consequente constitucionalidade do aborto significa fazer um questionamento legítimo da razoabilidade constitucional. (BRITO, 2016)

No segundo tópico, denotou-se que, a aplicação da teoria da adequação social deve se dar pela técnica da hermenêutica no ordenamento jurídico brasileiro, não ferindo o princípio da legalidade ou da segurança jurídica, primando pelo respeito aos direitos fundamentais gerais e, em especial, pelo princípio da dignidade da pessoa humana da mulher, objeto de estudo deste trabalho. Assim, e conforme foi doutrinariamente espelhado, na teoria de Welzel a adequação social funciona como uma excludente da tipicidade, afastando a tipicidade material. Eis as justificantes de aplicação da adequação social no direito material, como excludente extralegal da tipicidade penal, afastando o primeiro substrato do crime, deixando a conduta de ser materialmente típica. O ordenamento jurídico já admite uma descriminante extralegal o que

abriu o precedente para a aplicação da teoria em estudo não se devendo falar em ativismo judicial.

Por derradeiro, no terceiro tópico, verificou-se que, após a contextualização do caso São Matheus, Brasil/2020, uma criança é impedida de realizar o aborto dentro dos casos admitidos em lei, ocorrendo a violação o direito legal ao abortamento, causa permissiva do ordenamento jurídico brasileiro constante art. 128 do CP, e aos direitos fundamentais ao passo que não houve a prevalência da dignidade da pessoa humana da mulher. Para enfatizar, foi trazida à baila o caso de Bobigny em que se primou pelo direito da gestante de determinar suas próprias escolhas e seu próprio universo valorativo, conquista da ala feminista francesa em busca dos seus direitos civis.

Os relatos são de suma importância eis que, após o embasamento legal e doutrinário dos tópicos anteriores, externou-se um retrato claro de que, o Brasil, uma democracia laica, que garante a liberdade de consciência e crença, e que não se tolera qualquer tipo de ingerência por qualquer congregação, resguardando o seu ordenamento jurídico neutro, na prática se baseia em interpretações normativas de cunho religioso, realizada pela ala conservadora, composta por representantes estatais dos três poderes, em detrimento de princípios jurídicos constitucionais. Ou seja, o discurso conservadorista e religioso dita a pauta política o que interfere diretamente na produção de leis no país. Injustiças e violações de direitos fundamentais ocorrem diuturnamente com as mais vãs justificativas.

Diante de todo o exposto, concluímos que, a solução do problema da interrupção voluntária da gravidez deve ser jurídica, e as evidências científicas relevantes à pacificação constitucional da controvérsia devem ser aquelas que apontam para os sentidos de justiça da descriminalização do aborto à luz da ordem constitucional vigente, e de instrumentos internacionais de direitos humanos, afastando crença religiosas individuais. Ou seja, para ser respeitados o corpo e decisão da mulher, na falta de uma atuação eficaz e socialmente abrangente

por meio do poder legislativo, faz-se necessária a interferência interpretativa conforme a constituição pelo poder judiciário para garantir um direito fundamental.

Para sanar tais violações, legais e constitucionais, asseveramos que, hermeneuticamente aplicada a teoria da adequação social ela é uma das defesas dos direitos humanos da mulher, principal fundamento da descriminalização do aborto em plano internacional, e que pode, e deve, ser aplicado pela Corte Constitucional diante de precedentes já firmados, nas condutas típicas de interrupção voluntária da gravidez descritas nos art. 124 e 126 do Código Penal não mais se justificam por serem tais tipificações uma violação aos preceitos constitucionais. Devendo por ser reconhecida a excludente da tipicidade, afastando o aspecto material da conduta abortiva e assegurando a prevalência da dignidade humana da mulher.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral / Cezar Roberto Bitencourt. – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDÃO, Cláudio (Professor) B817 Teoria jurídica do crime / Cláudio Brandão. - 6. ed. - Belo Horizonte, São Paulo : D'Plácido, 2020. 336 p. - (Ciência criminal contemporânea; v. 1)

BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Coordenação de Trabalho e Rendimento. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: síntese de indicadores 2014. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94935.pdf. Acesso em: 08 set. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 29 maio 2008. Diário da Justiça Eletrônico. Acesso em: 06 jan. 2024.

_____. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. "Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação"

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. "Código Penal".

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. Magnitude do Aborto no Brasil. Aspectos Epidemiológicos e Socioculturais. Abortamento Previsto em lei em situações de violência sexual – Brasília: Ministério da Saúde, 2008.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas. Prevenção de tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra as mulheres e adolescentes: norma técnica. 3. Ed. Atual. Ampl. Brasília: Ministério da Saúde, 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 29 maio 2008. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 96, 28 maio 2010. Acesso: em 06 jan. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Relator: Ministro Marco Aurélio de Melo. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf. Acesso em: 22 ago. 2023

BUGLIONE, Samantha. O Aborto Voluntário e seu Eterno Desconforto: um Debate sobre o Alcance das Democracias Laicas. In: FERRAZ, Carolina Valença et al [org.]. Manual dos Direitos da Mulher. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 184-204

BURKE, Anderson. Vitimologia / Anderson Burke – Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

CAETANO, Wesley. Da adequação social. Publicação de artigo. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/da-adequacao-social/779034018 . Acesso em: 08 ago. 2023.

COLEN, Guilherme Coelho. A TEORIA FINALISTA DA AÇÃO E AS BASES DO CÓDIGO PENAL. Revista da Faculdade Mineira de Direito. V. 21. N. 41. 2021

COMITÊ CEDAW. Sétimo Relatório Periódico Brasileiro. (CEDAW/C/BRA/7). Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, CEDAW, 51ºsessão, RELATÓRIO ALTERNATIVO BRASILEIRO 2006-2009 COMITÊ CEDAW janeiro 2012. Disponível em: http://www.cladem.org/yaeshora/images/estiempo/brasil/pdf/1Enero_-_Brasil__RA_CEDAW_2012.pdf . Acesso em: 07 set. 2023

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Artavia Murillo e outros ("Fecundação in vitro") vs. Costa Rica. Sentença de 28 de novembro de 2012 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). Acesso em: 06 jan. 2024.

CRESPO, Daniel de Azevedo. A TEORIA GERAL DO CRIME: CONCEITO E ELEMENTOS. Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação. São Paulo, v.7.n.2. fev. 2021.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Bahia. Ed. JusPodivm, Rev. Ampl. e Atul., 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: Parte Especial (art. 121 ao 361) / Rogério Sanches Cunha – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2016.

CHÂTELET, C. (2020). Le procès de Bobigny: manières de voir. Jeu, (174), 72–75. Disponível em: <https://www.erudit.org/en/journals/jeu/2020-n174-jeu05207/92987ac.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2024.

DEZEN, Gabriel. Constituição Federal esquematizada em quadros / Gabriel Dezen. – Brasília : Alumnus, 2015.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. Cien Saúde Coletiva, v. 22, n. 2, 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/j/csc/a/8LRYdgSMzMW4SDDQ65zzFHx/?lang=pt. Acesso em: 08 set. 2023

FERRAJOLI, Luigi. O novo em direito e política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FONTES/HOFFMANN. Carreiras Policiais: criminologia. – 3 ed. rev. atual. e ampl. / Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Tradução: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: o nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2014.

JHERING, Rudolf von. A luta pelo direito / Rudolf von Jhering – CL EDJUR – Leme/SP – 1ª edição – Triagem 2014.
MORAIS, Lorena Ribeiro de. A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher. – Vol. 6 - Brasília. Ed. do Senatus6, 2008. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_aborto_impacto.pdf?sequence=6#:~:text=O%20aborto%20eug%C3%AAnico%20ou%20eugen%C3%A9sico,n%C3%A3o%20%C3%A9%20permitido%20no%20Brasil Acesso em: 08 set. 2023.

OLIVER-POWELL, Melissa. Além do espetáculo do sofrimento: L'Une chante, l'autre pas e reescrevendo o tema do aborto na França, de Agnès Varda . Estudos Feministas , vol. 46 não. 1, 2020, pág. 14-42. Projeto MUSE , https://doi.org/10.1353/fem.2020.0002 .

PIRES, Teresinha Inês Teles. UMA ABORDAGEM INTERPRETATIVA DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO JULGAMENTO DA ADPF 54. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 577-598, julho/dezembro de 2013

PSOL, Petição Inicial. ADPF – 442 - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/psolstfdescriminalizeaborto-meses.pdf. Acesso em: 08 set. 2023.

SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2006.

SILVA, Vitória Régia. "Criminalização do aborto causa ao menos um processo na Justiça a cada dois dias" (“Gênero e Número | Criminalização do aborto causa ao menos um processo ...”) Disponível em: https://www.generonumero.media/reportagens/abortocriminalizacao-brasil-um-doisdiasjustica/. Acesso em: 06 set. 2023.