

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

VANESSA CHAVES LESSA

**O SUJEITO PASSIVO DO CRIME DE ABORTO:
A proteção do titular do direito à vida**

Juiz de Fora

2014

VANESSA CHAVES LESSA

O SUJEITO PASSIVO DO CRIME DE ABORTO:

A proteção do titular do direito à vida

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, na área de concentração em Direito Penal, como requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues.

Juiz de Fora

2014

VANESSA CHAVES LESSA

O SUJEITO PASSIVO DO CRIME DE ABORTO:

A proteção do titular do direito à vida

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, na área de concentração em Direito Penal, como requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues.

Aprovada em: Juiz de Fora, 06 de fevereiro de 2014.

Professor Doutor Luiz Antônio Barroso Rodrigues - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Doutor Cléverson Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Mestre Cristiano Álvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

Dedico este trabalho às 50 milhões de vidas indefesas e inocentes que morrem todos os anos como vítimas do aborto, sem que mundo esteja atento aos seus gritos silenciosos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu Senhor e meu Deus por todas as graças concedidas em minha vida e por sempre se encontrar durante toda a minha trajetória à minha frente para me guiar, atrás para me proteger, sob mim para me iluminar e dentro de meu coração para me fortalecer em todos os desafios e obstáculos encontrados durante esta caminhada.

Agradeço imensamente à minha família por ser o meu porto seguro durante todos esses anos de estudo. Aos meus pais Jonas e Neuza pelo apoio, pelo carinho e pela dedicação durante cada momento vivido, estando comigo em todos as vitórias e derrotas, me fortalecendo com o amor puro e generoso que sempre viveram e com o qual construíram o nosso lar alegre e luminoso. Aos meus irmãos Natália, Caroline e Filipi, e aos meus mais novos irmãos, meus cunhados Marcelo e Pablo, por todo o companheirismo, o apoio e a paciência nas caminhadas de estudo, e por sempre alegrarem cada um dos meus dias com essa amizade verdadeira.

Agradeço ao meu anjo amigo, meu noivo Diego, dádiva de Deus colocada em minha vida para me fazer a pessoa mais completa e feliz, aquele que antes de tudo é o melhor amigo que me ensina, a cada dia, a viver um amor verdadeiro e incondicional.

Aos meus avós Laurice e Gabriel, pelas palavras de sabedoria e pelos sorrisos que me fortalecem no dia a dia. À Tia Lora por me ensinar a viver a humildade e a simplicidade, sempre com uma alegria intensa. A todos os meus tios e aos meus primos por todas as palavras de apoio. A todos os meus amigos, de modo muito especial a Shirlei, a Aline, a Pâmela, a Patrícia e as meninas do G-8, por toda amizade, incentivo e por poder sempre contar com vocês em todos os momentos e em todas as circunstâncias, mesmo que à distância.

Agradeço a todos os professores, que passaram por minha vida durante todos esses anos de estudo intensos, pelo ensino e pela dedicação. Agradeço de modo muito especial ao professor Marcos Vinício Chein Feres por todo auxílio durante minha vida acadêmica e por todo amor depositado em sua profissão de ensinar. Ao meu orientador Luiz Antônio Barroso Rodrigues pela dedicação nos seus ensinamentos e por me fazer apaixonar cada vez mais pela sua atuação, enquanto Defensor Público, me ensinando a viver o Direito com mais justiça e humanidade.

A todos que diretamente ou indiretamente me auxiliaram durante esses anos de estudo e na elaboração desse trabalho, o meu muito obrigado!

“Aí onde estão os nossos irmãos, os homens, aí onde estão
nossas aspirações, o nosso trabalho, os nossos amores, aí está o lugar do nosso
encontro cotidiano com Cristo.” (São José Maria Escrivá)

RESUMO

A questão do aborto e da sua legalização situa-se hoje no centro de uma discussão assídua entre diversos debates públicos, filosóficos e bioéticos da sociedade brasileira. Trata-se de uma questão que ultrapassa o âmbito das discussões morais e médicas para envolver as próprias questões legais quanto ao tema. Desta forma, o objetivo do presente estudo é definir o sujeito passivo do crime de aborto, demonstrando quais direitos lhe são violados e a premente necessidade de sua tutela. Assim, partindo da interdisciplinaridade, e dos “Critérios de Seleção de crimes e cominação de penas” de Juarez Tavares pretende-se demonstrar a relevância da conceituação de pessoa, enquanto sujeito de direitos, para que, dessa forma, se possa dar efetividade à sua proteção, justificando-se a intervenção penal na esfera privada. Diante desta questão, e sob o olhar da fundamentação teórica adotada, pode-se afirmar, portanto, que o sujeito passivo primário do crime de aborto é o embrião, assim caracterizado a partir da formação do genoma humano, que se perfaz com a concepção, sendo, portanto, o bem jurídico tutelado no crime de aborto a vida do embrião, considerando sua condição de pessoa, e, portanto, sujeito de direitos, de modo que qualquer ataque ou afronta à sua hegemonia, deve ser traduzida como típica em nossa lei penal, a fim de se assegurar a efetiva proteção do titular do direito à vida, como um valor absoluto no ordenamento brasileiro.

Palavras-chave: Aborto. Embrião. Ser Humano. Pessoa. Direito à vida.

ABSTRACT

The issue of abortion and its legalization lies today at the center of a diligent discussion among public philosophical and bioethical discussions of Brazilian society. This is an issue that goes beyond the scope of the moral and medical discussions to involve themselves legal issues on the subject. Thus, the objective of this study is to define the taxable person of the crime of abortion showing you what rights are violated and the urgent need for its protection. Thus, based on interdisciplinarity and " Selection Criteria crimes and pain of penalties " Juarez Tavares is intended to demonstrate the relevance of the concept of person, as a subject of rights, which thus can be given to its effectiveness protection, justifying the criminal intervention in the private sphere. Faced with this question , and from the perspective of theoretical reasoning adopted , it can be stated , therefore, that the primary taxpayer of the crime of abortion the embryo is thus characterized from the formation of the human genome , which adds up with the design, is therefore well tutored in the legal crime of abortion the life of the embryo , considering their personhood , and therefore the subject of rights, so that any attack or affront to their hegemony, should be translated as typical in our law criminal, in order to ensure the effective protection of the holder of the right to life, as an absolute value in the Brazilian legal system.

Keywords: Abortion. Embryo. Being Human. Person. Right to life.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	O ABORTO E A SOCIEDADE OCIDENTAL	13
3	OS PROTAGONISTAS DO ABORTO	16
3.1	ANÁLISE CRÍTICA DAS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS	17
3.2	A IDENTIDADE DO EMBRIÃO	21
3.2.1	Quando começa a vida humana?	22
3.2.2	O embrião é pessoa desde a concepção?	24
4	O BEM JURÍDICO PROTEGIDO NO ABORTO	29
4.1	A PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	30
4.2	O DIREITO À VIDA DO NASCITURO no DIREITO PENAL	35
5	O ABORTO E OS CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DE JUAREZ TAVARES... 36	
5.1	A PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	38
5.2	A PROTEÇÃO DE BEM JURÍDICO	39
5.3	A NECESSIDADE DA PENA	39
5.4	A INTERVENÇÃO MÍNIMA	40
5.5	A PROPORCIONALIDADE	42
6	O ABORTO NO NOVO DO CÓDIGO PENAL	42
7	CONCLUSÃO	49
	REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

A questão do aborto e da sua legalização situa-se hoje no centro de uma discussão assídua entre diversos debates públicos, filosóficos e bioéticos da sociedade brasileira. Trata-se de uma questão que ultrapassa o âmbito das discussões morais e médicas para envolver as próprias questões legais quanto ao tema.

O estudo jurídico do aborto após os anos 1960/70 assumiu uma nova forma histórica, peculiar: partiu-se de uma avaliação que tratava o aborto como um ato moralmente ilícito e desprezível, que sequer necessitava de justificação específica, para hoje exigir a necessidade de fundamentação racional, dado a discussão sobre a licitude do aborto. Na atual conjuntura, em especial no campo da Bioética, observa-se que a controvérsia sobre o aborto depende da questão em saber se o feto é ou não pessoa.

Não obstante as discussões morais, biológicas e filosóficas no campo da Medicina e da Bioética, a legislação penal brasileira incrimina o aborto provocado. No mesmo sentido, a doutrina majoritária penal opõe-se à sua prática sem, contudo, enfrentar os debates que permeiam a questão, carecendo ainda de justificação racional a criminalização do aborto. Isso demonstra a necessidade de precisão técnica quanto a este tema.

O crime de aborto, tutelado nos artigos 124 a 128 do Código Penal Brasileiro, está inserido no Título “Dos crimes contra a pessoa” e no Capítulo “Dos crimes contra a vida”. Entretanto, em nenhum dos referidos artigos se encontra definido qual seria o sujeito passivo do crime neles previstos, em especial no que tange ao aborto consentido ou provocado pela gestante, constante no artigo 124 do diploma legal. Tendo em vista tal indefinição, diverge a doutrina quanto a quem seria o sujeito de direito que sofre a lesão ao direito à vida.

Por outro lado, Juarez Tavares em seu trabalho intitulado “Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas”, defende a necessidade da estrita observância aos aspectos materiais de formação da norma, sob pena de converter-se a formulação jurídica a mero jogo de raciocínio lógico, sem qualquer resposta aos anseios sociais. Tal observância adquire suma importância quando as normas versam acerca do direito criminal, haja vista a exigência de respeito às garantias e liberdades individuais, que refletem diretamente no regime democrático.

O jurista atenta para a histórica inobservância de qualquer base para a elaboração de normas incriminadoras, defendendo, assim, a criação de critérios de legitimação das normas de caráter criminal. Os critérios por ele formulados passam pelo enfoque da proteção à

dignidade da pessoa humana e do bem jurídico, necessidade de pena, formas de controle administrativo, intervenção mínima e proporcionalidade.

A partir desta análise e dentro do contexto de indefinição doutrinária, torna-se imperioso a conceituação do sujeito passivo do aborto, bem como do bem jurídico tutelado, para que se concretizem os objetivos fundamentais que legitimam a existência de um tipo penal para sua proteção a tal bem.

Na falta de detido trabalho científico que busque uma sistematização das questões biomédicas e legais quanto ao conceito de pessoa e a defesa da vida intrauterina, há o risco de que o crime de aborto pereça por falta de efetividade ou, pior, que más interpretações se propaguem e levem consigo a efetiva proteção dada por este tipo penal à vida humana.

Desta forma, destaca-se a relevância prática e teórica do presente trabalho, cujo principal objetivo é definir o sujeito passivo do crime de aborto, demonstrando quais direitos lhe são violados e a premente necessidade de sua tutela. Assim, partindo da interdisciplinaridade, pretende-se demonstrar a relevância da conceituação de pessoa, enquanto sujeito de direitos, para que, dessa forma, se possa dar efetividade à sua proteção, justificando-se a intervenção penal na esfera privada. Frisa-se que o presente estudo não visa esgotar todas as questões pertinentes ao tema, dado a vasta possibilidade de questionamentos a serem levantados em diversas hipóteses especificamente consideradas, mas objetiva-se justificar e definir a base de qualquer discussão quanto ao aborto, partindo do seu ponto chave com a definição do sujeito passivo que o aborto visa tutelar.

Neste sentido, partindo dos critérios de seleção de crimes propostos pelo professor Juarez Tavares e do conceito jurídico e bioético de pessoa, vislumbra-se a falta de definição jurídica do sujeito passivo no crime de aborto, o que gera a ausência de efetividade do tipo penal insculpido nos artigos 124, 125 e 126 do Código Penal mostrando-se necessária sua interpretação para garantir a implementação dos fins constitucionais e legais almejados.

Dado, portanto, a escassez de pesquisas jurídicas nesta seara, o afastamento do Direito das demais esferas do saber, bem como a ausência de posicionamento técnico-jurídico nesta questão, a presente investigação adquire grande expressão.

A pesquisa proposta neste trabalho alinha-se à vertente metodológica das pesquisas jurídico-teórica. Serão utilizados aspectos conceituais, ideológicos e doutrinários no campo do Direito Penal e da Bioética, na busca de aprimorar imediatamente fundamentos teóricos de definição do sujeito passivo a ser tutelado na esfera penal. Genericamente, tomam-se como métodos de investigação do Direito os tipos jurídico-descritivo, para compreender

devidamente a medida de proteção do titular do direito à vida dada pelo ordenamento vigente, e jurídico-propositivo, à medida que para as falhas percebidas, soluções serão propostas.

A investigação a ser realizada, primordialmente de cunho teórico, toma como procedimento a análise de conteúdo, visto que a partir dos objetivos traçados, propõe-se um estudo de textos teóricos e legais. Para tanto, apoia-se na interpretação do direito, se valendo de raciocínios dedutivos para que, compreendendo a hermenêutica jurídica, possa sua aplicação ser observada na *práxis*.

Para análise do tema em questão, preliminarmente, será realizado um breve histórico da moralidade relativa ao aborto do mundo ocidental, demonstrando as formas de pensamento quanto a prática do mesmo.

O capítulo 3, partindo de uma análise crítica das definições doutrinárias sobre os possíveis sujeitos passivos do crime de aborto, busca definir a identidade do embrião a partir da conceituação biológica do ser humano para as Ciências Médicas, bem como da compreensão do conceito filosófico de pessoa para a Bioética. Já o capítulo 4, em estrita ligação com o capítulo anterior, faz uma investigação doutrinária do bem jurídico protegido pelo crime de aborto, definindo moral e filosoficamente o direito à vida na Medicina e analisando a tutela da pessoa humana nos diplomas legais previstos no ordenamento brasileiro.

Definida tais questões, o capítulo 5 fará a investigação do crime de aborto sobre o crivo dos “Critérios de seleção de crimes e cominação de penas”, definidos por Juarez Tavares, para verificar se o bem jurídico pelo crime exige a tutela penal.

Por fim, no último capítulo do presente trabalho, será realizada uma verificação do enfoque dado ao aborto no Anteprojeto do Código Penal, o PLS 236 de 2012, visando demonstrar a tutela penal para a proteção da vida intrauterina e a atual postura do Poder Legislativo quanto ao tema.

2 O ABORTO E A SOCIEDADE OCIDENTAL

Para a compreensão dos problemas relacionados à moralidade do aborto, que constitui o principal foco das atuais discussões sobre sua licitude, é preciso fazer uma breve reflexão histórica sobre o tema, a fim de verificar os posicionamentos que foram surgindo ao longo dos séculos.

No antigo direito romano o aborto cometido pela mulher era considerado impune, uma vez que ela podia dispor de sua integridade física. Esta legislação considerava vida tão somente o corpo autônomo, tratando o feto como “parte das entranhas maternas” (MORI, 1997, p.17). Deste modo o aborto constituía uma ofensa ao corpo da mulher, salvo se cometido contra a vontade do marido, quando o aborto era punido por corresponder a um ataque aos direitos de prole do marido.

No mesmo sentido, na Grécia antiga, o aborto era geralmente permitido, não existindo restrições jurídicas quanto ao tema. Assim, pode-se observar que no mundo antigo a prática do aborto era difundida, constituindo uma exceção a sua punição.

Com a influência cristã houve uma mudança de mentalidade quanto ao aborto, punindo-se o atentado contra a mulher grávida de feto já formado por considerá-lo contrário à soberania divina. O feto, para essa posição de pensamento, senão um ser no sentido jurídico, ao menos devia ser tratado como partícula divina confiada à proteção social. Partindo desta concepção, muitos padres discutiam o problema da animação, quando Deus infundia a alma racional no corpo, surgindo, assim, duas correntes: a primeira que defendia a animação imediata, segundo a qual a alma é infundida por Deus logo após a concepção; a segunda, sustentando a animação retardada, afirmava que a alma só era infundida após certo lapso temporal.

Apesar da divergência quanto à concepção da infusão da alma, o aborto permanece para a Igreja como um pecado grave, independente da animação do feto, sendo até então mantida a posição coerente e clara no plano teórico-doutrinal dos cristãos sobre a imoralidade do aborto. Essa interdição se mantém tendo em vista a importância atribuída ao matrimônio pelos cristãos, sacramento ao qual é confiada a transmissão da vida.

Com os avanços da embriologia e das ciências médicas promoveu-se um novo discurso, mais esclarecido sobre a reprodução, possuindo como discurso nas palavras de Rizzo (1775) apud Mori (1997, p. 22), “Cuidar, com atenção, da sobrevivência do humano, desde seu aparecer”.

Após a Revolução Francesa, as novas legislações foram embasadas pelas novas ideias do âmbito reprodutivo, a começar da Lei inglesa de 1803 que começou a punir severamente o aborto. Sob o mesmo fundamento, nos Estados Unidos, houve a primeira interdição ao aborto no estado de Nova York, em 1828, assim como as demais formas de intervenções cirúrgicas, com a finalidade de proteger a vida das mulheres.

No direito italiano, o aborto era proibido, estando contido, até 1990, no título relativo aos “delitos contra pessoa”, no seu capítulo IV, após os delitos relativos à lesão corporal e

antes daquelas previstas ao “abandono de crianças e de outras pessoas incapazes de prover a si mesmas ou em perigo”. Isso demonstra que para o legislador italiano o aborto era punido como uma “autolesão injustificada das capacidades gerativas da mulher” (MORI, 1997, p. 24). Com a constituição do Código Rocco (1930), o aborto manteve a proibição em relação ao aborto, entretanto, passou a constituir o capítulo relativo aos delitos “contra a sanidade e a integridade da estirpe”. Assim, pode-se observar que o aborto permaneceu como um delito contra as capacidades gerativas, mas se justificou por ser tratado como um delito contra os interesses estatais na descendência.

Essa influência difundiu-se na segunda metade do século XIX em toda a Europa e na América com a vigência de novas leis restritivas ao aborto. Praticamente todas as legislações o contemplavam e o puniam de formas distintas. Alguns o tratavam como um crime contra a pessoa, como ocorreu na Argentina, na Bolívia, na Costa Rica, no Equador e na Venezuela. Outras legislações tipificavam o aborto no título dos crimes contra a vida, como se sucedeu na Colômbia, Cuba, Guatemala, México e Peru.

Até então o aborto era proibido severamente por diversas justificações, sendo inquestionável sua ilicitude no campo jurídico. Até que em 1960 surge na Europa e nos Estados Unidos uma nova questão que novamente colocou a tona as discussões relacionadas ao aborto: uso da talidomida. Milhares de mulheres, durante as primeiras fases da gestação, utilizaram a talidomida, um calmante que provocava diversas anomalias nos fetos, trazendo à discussão o problema do aborto nas hipóteses de malformações fetais.

Neste mesmo período surgem os movimentos feministas, entre os anos 1960 e 1970, e o debate do aborto assumiu novos contornos até então inquestionáveis. As intervenções das mulheres, nos movimentos feministas, passaram a afirmar um *direito ao aborto* como forma de garantia e efetivação da igualdade entre homem e mulher. Acusaram as legislações restritivas de ineficazes nas garantias dos direitos de seus cidadãos por induzir as mulheres, que se encontravam nestas situações, a se submeterem ao aborto clandestino. Diante deste quadro as tradicionais razões que sustentavam a interdição não mais se sustentaram, o que levou ao crescimento extraordinário sobre o consenso do aborto, especialmente pelas novas técnicas que transformaram o aborto em uma intervenção de caráter ambulatorial.

Diante deste novo quadro, juntamente com as novas descobertas biológicas sobre o patrimônio genético durante os anos 50, a nova discussão acerca do aborto girou em torno dos questionamentos quanto o fato de ser ou não o feto pessoa desde a concepção, e, por conseguinte, a ilicitude ou não do aborto.

Não obstante tal debate no plano doutrinário, em 1973, no caso *Roe vs. Wade*, a Corte Suprema dos Estados Unidos criou um precedente ao permitir o aborto, afirmando que o nascituro não era pessoa e pertencia à mãe, não sendo considerado, portanto, pessoa perante a lei, mesmo que seja tido por ser humano. Por outro lado, na Europa, o argumento para a aprovação das legislações permissivas ao aborto, a partir de 1970, não traziam a discussão sobre a questão ser ou não o feto pessoa, se justificando a legalização tão somente por um argumento socioeconômico baseado no aborto clandestino, por entenderem tais legisladores que a proibição levava muitas mulheres à clandestinidade. Muitos outros países, dos diversos continentes, também seguem suas legislações neste sentido, e na atual conjuntura cerca de 70% das mulheres do mundo tem a possibilidade de praticar o aborto clinicamente assistido, apesar de ainda se verificar a não diminuição dos abortos clandestinos nestes países.

Desta breve análise histórica depreende-se que até os anos de 1960 e 1970 a questão do aborto era tratada de forma muito distinta daquela que hoje enfrentamos, com uma mudança radical da avaliação moral do aborto. Se antes sequer era discutido o caráter ilícito do aborto, por se tratar de um ato desprezível, cuja interdição era justificada pela violação à ordem matrimonial ou ao interesse do Estado na descendência, hoje a discussão sobre a licitude do aborto traz novas exigências técnicas de justificação racional para a sua proibição. Portanto, tendo em vista essa nova necessidade de justificação, pretende-se analisar e demonstrar, nas linhas que se seguem, os problemas de justificação da proibição do aborto encontrados pela doutrina penal e pela legislação brasileira, para então propor soluções a tais discussões. Tal exigência neste campo não corresponde a uma opção, mas uma exigência séria e indispensável no atual debate jurídico.

3 OS PROTAGONISTAS DO ABORTO

O Código Penal Brasileiro, em sua reforma em 1984, não definiu expressamente o conceito de crime, cabendo tal tarefa à doutrina. Tendo em vista, portanto, os grandes debates doutrinários, o conceito de “crime” evoluiu com o passar dos séculos, dentre as quais as mais significativas são aquelas que realizam um conceito formal, material e analítico do crime.

Conforme os ensinamentos de Bettiol, citado por Rogério Greco:

“duas concepções opostas se embatem entre si com a finalidade de conceituar o crime: uma de caráter formal, outra de caráter substancial. A

primeira atém-se ao crime *sub specie iuris*, no sentido de considerar o crime ‘todo o fato humano, proibido pela lei penal’. A segunda, por sua vez, supera este formalismo considerando o crime ‘todo o fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade’.” (Curso de Direito Penal, 2012. v. 1. p. 140).

No aspecto formal, portanto, o crime seria uma conduta violadora da norma penal emanada do Estado. Em contrapartida, sob o aspecto material ou substancial o crime é conceituado como violação a um bem jurídico protegido pela norma penal.

Por fim, o conceito analítico de crime possui importância técnica por apresentar os elementos constitutivos do crime, de modo que este pode ser definido como toda a ação ou omissão, típica, antijurídica e culpável, não obstante as discussões, ainda vigentes, da teoria tripartida ou bipartida do crime, que tem a culpabilidade como pressuposto da aplicação da pena.

Como se pode observar em todos os conceitos propostos, o crime pressupõe uma conduta, seja ela uma ação ou uma omissão, e uma violação. A conduta, por sua vez, pressupõe um comportamento humano, enquanto a violação indica algo sobre os quais recaem os atos constitutivos de um crime. Desta compreensão se destacam os sujeitos da ação. Segundo Bittencourt (2008, p. 230) e Mirabete (2006, p.12), o sujeito ativo é quem pratica o fato descrito como crime na norma penal incriminadora, enquanto o sujeito passivo seria o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado pela conduta criminosa.

Assim sendo, verifica-se que todo crime exige a presença de um sujeito ativo e do sujeito passivo para que a tutela penal seja efetivada. Partindo, portanto, desta imprescindibilidade dos sujeitos da ação para a caracterização de um crime, as linhas a seguir farão a análise de tais sujeitos no crime de aborto para a verificação das posições doutrinárias e, por conseguinte, as incongruências de suas constatações.

3.1 ANÁLISE CRÍTICA DAS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

Em sua etimologia, a palavra aborto significa privação do nascimento, tendo em vista a composição das palavras latinas *ab* (privação) e *ortus* (nascimento). Dentre as várias definições do termo “aborto”, aquelas que possuem maior destaque para o tema são os conceitos médico-legais e os jurídicos.

No âmbito médico, a obstetrícia define o aborto como a expulsão do feto nos primeiros meses de vida, restringindo a interrupção da gravidez dentro de um período predeterminado. Após esse prazo a expulsão do feto seria tratada como um parto prematuro. Assim, na definição de Kunde e Eabino, apud Zamai (2013), abortamento é:

”a interrupção da gestação antes de completar 20 semanas ou 139 dias, com expulsão parcial ou total dos produtos da concepção, com ou sem identificação do embrião ou feto vivo ou morto, pesando menos de 500g. Pode-se dividir em precoce, se ocorrer antes de 12 semanas, ou tardio, se entre 12 semanas e 20 semanas.”

No âmbito jurídico, o tempo gestacional não constitui elemento fundamental para a definição do aborto, considerando-o como a interrupção da gravidez com a morte do produto da concepção, em qualquer fase do ciclo gravídico. Desta forma, pode-se destacar o conceito de aborto de Mirabete:

“Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão.” (Manual de Direito Penal, 2006. v. 2. p. 62).

Corroborando com este entendimento, assim define Fernando Capez:

“Considera-se aborto a interrupção da gravidez, com a consequente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intrauterina.” (Curso de Direito Penal, 2004. v. 2. p. 108).

A doutrina penal sempre encontrou unicidade quando da conceituação jurídica do aborto, bem como na análise dos seus elementos constitutivos. Entretanto, o principal - senão o único - ponto de discussão entre os doutrinadores abrange a questão atinente aos sujeitos da ação, mais especificadamente ao sujeito passivo do crime de aborto. Nesta análise se restringirá aos entendimentos dos principais doutrinadores penais na contemporaneidade, quais sejam Rogério Greco (2007, p. 244), Cezar Roberto Bittencourt (2007, p. 130), Fernando Capez (2004, p. 110), Fernando Galvão (2013, p.114) e Mirabete (2006, p. 63).

De forma uníssona, entendem os doutrinadores que o sujeito ativo no crime de aborto se diferencia tão somente pela espécie de aborto. Assim, no auto aborto ou aborto consentido, tipificado no artigo 124 do Código Penal, por se tratar de um crime de mão própria, a autora só poderia ser a gestante. Enquanto isso, no aborto provocado por terceiro, com ou sem o

consentimento da gestante, previstos nos artigos 125 e 126 do Código Penal, o sujeito ativo poderia ser qualquer pessoa, por se tratar de um crime comum.

Entretanto, ao fazer a análise do sujeito passivo do crime do aborto, a doutrina possui grandes divergências, que refletem exatamente na constatação de ser o feto ou não um sujeito de direitos. Há aqueles que defendem ser sujeito passivo do crime em comento a comunidade ou o Estado. Advoga tal entendimento Julio Fabbrini Mirabete, ao estabelecer que:

“Não é o feto, porém, titular de bem jurídico ofendido, apesar de ter seus direitos de natureza civil resguardados. Sujeito passivo é o Estado ou a comunidade nacional. Vítima também é a mulher quando o aborto é praticado sem seu consentimento.” (Manual de Direito Penal, 2004. v. 2. p. 111).

Em que pese tratar-se de uma corrente minoritária, o que se percebe claramente é que tal corrente ganha cada vez mais repercussão e relevância dos atuais debates envolvendo a questão do aborto, isso porque para tal entendimento o feto não seria titular do bem jurídico tutelado pelo aborto.

Tal entendimento, entretanto, se mostra plenamente insustentável por simples verificação da Teoria Geral do Delito. Isso porque o sujeito passivo pode ser dividido sob o aspecto formal, enquanto Estado, e o aspecto material, se referindo ao titular do interesse penalmente tutelado. Neste sentido, são as lições de José Frederico Marques:

“Em todo crime, portanto, há dois sujeitos passivos: um constante, que é o Estado, visto que o crime é violação de um interesse público e estatal; e um sujeito eventual, que é o titular do interesse concreto atingido pelo crime.” (Tratado de Direito Penal, 2002. p. 23).

Não há equívoco em definir o Estado como sujeito passivo do um crime. Afinal o Estado-Administração é constante de todo crime, conforme assevera Marques (2002, p. 22), por ser ele o titular do interesse jurídico que se consubstancia no *jus puniendi* nascido com a prática da infração penal. Trata-se, portanto, de um sujeito secundário ou mesmo mediato, uma vez que todo crime enseja uma ofensa ao interesse estatal, que repercute no interesse da coletividade. Entretanto, errôneo seria definir o Estado como um sujeito material do crime, enquanto titular do bem ou interesse lesado, especialmente nos crimes que tratam da violação ao direito à vida, dentre os quais o aborto, conforme pretende Mirabete e outros doutrinadores que comungam de seu entendimento. O Estado só poderá atuar como sujeito passivo imediato

em determinados casos, previstos por lei, como ocorre nos crimes contra a Administração Pública.

Verifica-se, portanto a real impossibilidade de se considerar o Estado ou a comunidade nacional como o sujeito passivo do crime de aborto, uma vez que o mesmo não é o titular do bem jurídico tutelado pelo tipo penal em estudo, detendo tão somente a característica de sujeito passivo mediato e secundário, enquanto detentor do *jus puniendi*. Mais absurdo seria considerar a gestante como sujeito passivo do auto aborto e do aborto provocado com o seu consentimento, como já sustentaram alguns doutrinadores. Isso porque nos termos do Código Penal o aborto está inserido no capítulo dos crimes contra a vida, da qual se depreende que a tutela penal seria dirigida para a proteção da vida do produto da concepção e não da integridade física ou da saúde da gestante. Deste modo, não há que se considerarem os argumentos relativos à liberdade da gestante sobre o próprio corpo.

Noutro giro, a corrente majoritária defende que o sujeito passivo principal do crime de aborto, em suas diversas modalidades, é o fruto da concepção. Neste sentido para Rogério Greco e Cezar Bittencourt no autoaborto e no aborto consentido somente o feto, ou genericamente, o produto da concepção, em suas diversas fases de desenvolvimento, é o sujeito passivo do crime. Não pode a gestante gozar desse status de sujeito passivo nessas modalidades de aborto não pode figurar, ao mesmo tempo, como sujeito ativo e passivo, não havendo, assim, o crime de autolesão. Já na espécie de aborto praticado por terceiro, sem o consentimento da gestante, conforme preconiza Bittencourt, há uma dupla subjetividade passiva: o feto, precipuamente, e a gestante, de forma secundária.

Comunga deste entendimento Fernando Capez:

“a) no auto aborto ou aborto consentido: é o feto que é detentor, desde sua concepção, dos chamados ‘direitos civis do nascituro’ (CC, art. 4º). A uma primeira análise tem-se a impressão que a gestante também seria o sujeito passivo do delito em estudo, contudo não se concebe a possibilidade de alguém ser ao mesmo tempo sujeito ativo e passivo de um crime;
b) no aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante: os sujeitos passivos são a gestante e o feto. Trata-se de crime de dupla subjetividade passiva.” (Curso de Direito Penal, 2004. v. 2. p. 111).

Conforme se pode observar tal corrente defende o embrião como sujeito passivo. Todavia, confere esse *status* ao embrião tão somente pelo fato de considerem como objeto material do crime a vida humana em formação, desconsiderando, assim, o embrião enquanto pessoa titular de direitos. Não é uníssono, portanto, a afirmação da existência de vida do ser que se desenvolve no ventre materno, mesmo entre aqueles que defendem ser o embrião o

sujeito passivo do crime. Alguns doutrinadores defendem uma mera expectativa de vida tutelável, e não vida em seu valor absoluto. Tal questão ganha maior relevância quando se questionar se o ser em formação é ou não pessoa. Neste sentido é o entendimento de Bittencourt (2007, p. 130), ao afirmar que “o produto da concepção – feto ou embrião – não é pessoa”, entendimento este corroborado por Galvão (2013, p. 111).

Isso demonstra a insuficiência por parte da doutrina da sustentabilidade dos seus entendimentos, tendo em vista a sua própria incoerência interna: ora se o embrião não é pessoa, como poderia configurar como sujeito passivo do crime de aborto, enquanto titular do bem juridicamente protegido?

Como se pode observar a divergência da doutrina sobre a definição da vítima do crime de aborto e a ausência de justificção racional sobre a definição do sujeito passivo do referido crime constitui o principal óbice para a sua efetiva proteção. Ocorre que a ofensa ao interesse do sujeito passivo constitui a essência do crime, sendo extremamente necessária a efetiva definição de quem seria o sujeito passivo a qual a ofensa se dirige para que, assim, uma determinada conduta seja criminalizada.

Vencida, portanto, a corrente minoritária que sustenta o Estado como sujeito passivo do crime de aborto, pelos argumentos anteriormente aduzidos, observa-se que o atual problema relativo à identificação e reconhecimento do embrião como sujeito passivo do aborto é o de saber se o embrião é ou não é pessoa desde a concepção. Assim, nas linhas que se seguem será realizada uma justificção racional para a definição do embrião como sujeito passivo, utilizando-se especialmente os ensinamentos retirados de outras ciências do saber em especial da Biologia, da Medicina, da Bioética e da Filosofia.

3.2 A IDENTIDADE DO EMBRIÃO

A caracterização dos crimes contra a vida pressupõe a existência de um ser humano com vida. Dessa forma, “não se pode cometer crime contra uma vida que ainda não teve início” (GALVÃO, 2013, p. 112). Entretanto a identificação do início da proteção legal, especialmente no crime de aborto, encontra grandes óbices no Direito Penal, uma vez que esse busca, por meio de conceitos normativos, definir o sujeito passivo, titular do bem jurídico tutelado. Todavia, não há um consenso entre os cientistas sobre o início da vida humana, isso porque muitas vezes se confundem os conceitos de “ser humano” e “pessoa”.

Parece estranho fazer tal distinção, mas para que se tenha uma pesquisa técnica e científica bem definida, tal distinção, realizada pela Bioética, possui grande relevância (MORI, 1997).

Na linguagem comum termos como “pessoa”, “vida humana”, “ser humano” e “homem” são tratadas como sinônimos, uma vez que se consideram as características de pessoa às situações em que a vida humana se apresenta. Ocorre que tal linguagem comum não pode ser a mesma utilizada no rigor exigido pelas ciências do saber, uma vez que a falta de precisão terminológica pode viciar o argumento científico, como nos apresenta a argumentação relativa ao sujeito passivo do crime em comento. Não pode, portanto, a Biologia utilizar-se da linguagem técnica “ser humano”, para em seguida fazer o uso da linguagem comum, tratando-o como “pessoa”. Sendo assim, entende-se que a identificação de um ser humano ou do indivíduo humano requer a utilização da literatura médica e biológica, enquanto que a definição de “pessoa” exige uma noção da Filosofia. Partindo de tal premissa, a partir de agora será definido uma identidade do embrião, verificando quais aspectos caracterizam um ser como indivíduo humano, e se todos os indivíduos humanos, inclusive o embrião, podem ser considerados pessoas.

3.2.1 Quando começa a vida humana?

Identificar o início da vida, e, por conseguinte, definir um marco inicial da proteção legal, não é uma tarefa muito simples, especialmente nos crimes de aborto, quando a vida se desenvolve no interior do útero materno e não pode ser percebida nos primeiros momentos pelos olhos humanos. Conforme dito no tópico acima, a tarefa de reconhecer o embrião como ser humano ou indivíduo humano cabe às ciências médicas e biológicas, e não à Filosofia e muito menos ao Direito.

Na linguagem técnica da Biologia a vida humana indica a “vida dos organismos pertencentes à espécie *homo sapiens*” (MORI, 1997, p. 46) e esta se inicia no momento da gestação. Mas, então, quando se inicia a gestação?

Do ponto de vista médico (NEME, 1994), a gestação se inicia com a fecundação, ou seja, quando o ovo se forma na trompa, pela união dos gametas masculino e feminino, a partir do qual se define a idade gestacional. Graças aos avanços da embriologia se constata um processo complexo na formação da vida humana: após o ato sexual os espermatozoides empregam várias horas para chegar às trompas de Falópio. Quando o espermatozoide intercepta o óvulo maduro inicia-se o processo de fecundação, que requer cerca de 24 a 36

horas; depois de penetrar no oócito, o núcleo masculino fica do lado de fora do núcleo feminino durante aproximadamente 16 horas antes de começar a singamia (fusão de dois núcleos), originando um novo patrimônio cromossômico diplóide. A partir deste momento, surgem as primeiras divisões celulares, atravessando, posteriormente, várias fases. A seguir, o óvulo fecundado desce das trompas até o útero e, ao redor do 6º ou 7º dia desde a concepção, começa a aninhar-se sobre a parede uterina, se implantando a esta após o 14º ou 15º dia, quando também se forma o eixo caudal que dará a origem à espinha dorsal.

Graças aos avanços tecnológicos, portanto, se distingue três fases: a relação sexual, a fecundação – quando os gametas se unem – e a nidação – quando o embrião se une ao corpo da mulher. Entretanto, sob a perspectiva médica e biológica, tais fases apenas correspondem ao desenvolvimento do embrião, momentos que fazem parte do novo sistema gerado pela concepção, quando o embrião “inicia seu ciclo vital próprio que, em seguida, continua de forma ininterrupta” (MORI, 1997, p. 48).

Para embasar a afirmativa de que a gravidez, e, por conseguinte, a vida humana se inicia na fecundação, a Medicina e a Biologia se utilizam dos atuais conhecimentos da genética. Assim, a lição do Dr. Dernival da Silva Brandão (apud Galvão, 2013, p. 112), especialista em Ginecologia e Membro Emérito da Academia Fluminense de Medicina:

“O embrião é o ser humano na fase inicial de sua vida. É um ser humano em virtude de sua constituição genética específica própria e de ser gerado por um casal humano através de gametas humanos – espermatozoides e óvulo. Compreende a fase de desenvolvimento que vai desde a concepção, com a formação do zigoto na união dos gametas, até completar a oitava semana de vida. Desde o primeiro momento de sua existência esse novo ser já tem determinadas suas características pessoais fundamentais como sexo, grupo sanguíneo, cor da pele e dos olhos, etc. É o agente do seu próprio desenvolvimento, coordenado de acordo com o seu próprio código genético. O cientista Jerime Lejeune, professor da universidade de René Descartes, em Paris, que dedicou toda a sua vida ao estudo da genética fundamental, descobridor da Síndrome de Down (mongolismo), nos diz: ‘Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano estão presentes. A fecundação é o marco inicial da vida. Daí para frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato’.” (Direito Penal, 2013. p. 112).

O Dr. Dalton Luiz de Paula Ramos (apud Galvão, 2013, p. 113), livre docente pela Universidade de São Paulo, professor em Bioética da USP e membro do Núcleo Interdisciplinar de Bioética da UNIFESP acentua que, *in verbis*:

“Os biólogos empregam diferentes termos – como, por exemplo, zigoto, embrião, feto, etc. -, para caracterizar diferentes etapas da evolução do óvulo fecundo. Todavia esses diferentes nomes não conferem diferentes dignidades a essas diversas etapas.

Mesmo não sendo possível distinguir nas fases iniciais os formatos humanos, nessa nova vida se encontram todas as informações, que se chama ‘código genético’, suficientes para que o embrião saiba como fazer para se desenvolver. Ninguém mais, mesmo a mãe, vai interferir nesses processos de ampliação do novo ser. A mãe, por meio do seu corpo, vai oferecer a essa nova vida um ambiente adequado (o útero) e os nutrientes necessários. Mas é o embrião que administra a construção e executa a obra. Logo, o embrião não é ‘da mãe’; ele tem vida própria. O embrião ‘está’ na mãe, que acolhe pois ama. Não se trata, então, de um simples amontoado de células. O embrião é vida humana.” (Direito Penal, 2013. p. 113).

Conforme restou insofismavelmente demonstrado pela ciência, utilizando dos recursos mais modernos da genética, quando o espermatozoide se une ao óvulo nasce o embrião em sua primeira fase, um ser já está completo por deter um patrimônio genético próprio, distinto de sua mãe. Falta-lhe, apenas, o tempo e a alimentação para que chegue ao seu pleno desenvolvimento, sem nenhuma mudança qualitativa.

Biologicamente, portanto, é inegável que a formação de um novo ser, com um novo código genético, começa no momento da união do óvulo com o espermatozoide.

Sendo assim, ao se considerar o aborto como interrupção da gravidez, e se do ponto de vista médico a gestação se inicia com a fecundação, a tutela do crime do aborto deve se iniciar com o momento da concepção. O sujeito passivo do aborto provocado, portanto, titular do bem jurídico ofendido não é, pois, o nada, mas sim uma vida humana concreta.

3.2.2 O embrião é pessoa desde a concepção?

Definido, pois, a partir da constatação biológica que o embrião é um ser humano individualizado desde a fecundação, destaca-se que a interpretação dos dados biológicos é insuficiente para sustentar a conclusão de que o feto é pessoa. Podemos, assim, como faz a Biologia e a linguagem comum, considerar todos os homens como pessoas?

Para ser fornecer uma resposta mais precisa sobre essa pergunta, deve-se recorrer à Filosofia, uma vez que seus conceitos tradicionais de pessoa se utilizam de um elemento que transcende as características biológicas do “ser humano”. A principal questão suscitada na discussão bioética em torno da pessoa se encontra na diversidade de concepção de pessoa para a Filosofia, com teorias muito divergentes que influenciam a aplicação prática de tais

conceitos. Assim, inicialmente cabe aqui fazer a distinção entre os vários conceitos de pessoa para diversas correntes filosóficas, para dessa forma se chegar à questão relativa ao embrião.

Segundo Laura Palazzani (2007, p.100) é possível distinguir duas tendências contrárias no conceito de pessoa: por um lado tem-se uma corrente que favorece a separação entre o conceito de pessoa e o ser humano, e outra que defende a identidade entre pessoa, ser humano e vida humana.

Para a tendência reducionista-evolucionária diversas teorias defendem o adiamento da origem da pessoa com relação à origem do ser humano, de modo que não consideram o indivíduo genético e biologicamente humano como pessoa desde o momento da fertilização, entendendo que apenas em uma fase posterior o mesmo se tornará uma pessoa de fato. Dentre as várias teorias reducionistas se podem observar diversidade de “limites” para se considerar o indivíduo humano como pessoa.

Para alguns autores separacionistas o primeiro “limite” seria a nidação, momento no qual haveria a implantação do embrião nas paredes uterinas. Essa perspectiva filosófica enfatiza a relação como elemento integrante e essencial para a definição da pessoa, de modo que o início da pessoa seria identificado no momento em que o embrião se implantasse no ventre materno, quando, então, estabeleceria um “inter-relacionamento celular” (PALAZZANI, 2007, p. 102). Antes da nidação, portanto, o embrião seria tão somente um amontoado de células, só se constituindo como pessoa por uma relação. Entretanto, Palazzani sustenta a fragilidade desse argumento, ao aduzir que:

“O relacionamento não constitui, original e estruturalmente, o sujeito: ao contrário, o sujeito é que torna possível o relacionamento (ou, mesmo, propicia a condição para sua possibilidade). Não existe relacionamento (nem físico nem, muito menos, psíquico e social) quando não existe um ser capaz de relacionar-se.” (Identidade e estatuto do embrião humano, 2007. p. 102).

Outra teoria separacionista identifica o estatuto pessoal como o momento da formação do sistema nervoso central, como condição essencial para a percepção de dor e do prazer. Trata-se, entretanto, de uma visão utilitária de pessoa por identifica-la com o início da sensibilidade, ou seja, de capacidade perceptiva de maximização do prazer e minimização da dor. Todavia, mais uma vez é claramente perceptível que tal argumento não encontra amparado, uma vez que a identificação da pessoa tão somente pela posse de sensibilidade incluiria também na definição de pessoa seres “não humanos”, como os animais. Além disso, a presença de função sensorial também pressupõe um sujeito que a detenha, e que pode livremente exercer tal função. Não é, pois, o exercício da função que constitui a existência do

sujeito, e, além disso, seria muito subjetivo definir a experiência de prazer ou dor pela sensibilidade, por se tratar de algo que não pode ser quantificado em termos reais.

Uma terceira teoria da corrente separacionista seria aquela que identifica a pessoa como momento da formação do córtex cerebral, como condição mínima para a racionalidade, trata-se, portanto, de uma visão racionalista da pessoa, que considera a razão como elemento constitutivo, partindo-se do paralelo entre as definições médicas de “morte cerebral” e, por consequência “vida cerebral”. Entendem que, se a morte, biologicamente, é definida pela morte cerebral do indivíduo, a vida enquanto pessoa também deveria ser definida pela presença mínima de condições neurofisiológicas, que só ocorre com a formação do córtex cerebral. Todavia, a grande falha desta teoria está na correspondência entre morte e vida, uma vez que, empiricamente, a morte cerebral é a cessação irreversível e patológica do corpo humano, enquanto que o início da vida cerebral, na embriogênese, é marcado pelo aumento ordenado, constante e progressivo, de uma inter-relação intensa entre células, de modo que nem mesmo com a formação do córtex cerebral a atividade cerebral se encerra, perdurando-se até mesmo após o nascimento da criança e durante parte de seu desenvolvimento fora do ventre materno. Sendo assim, seria inadmissível reconhecer a pessoa tão somente com a formação do córtex cerebral uma vez que esse corresponde tão somente a um desenvolvimento natural do embrião. Caso não fosse dessa forma seríamos compelidos a não reconhecer como pessoas aqueles seres humanos que não fossem dotados de uma “natureza racional” demonstrada por meio da racionalidade e da intencionalidade, como as crianças pequenas, os deficientes mentais, ou mesmo aqueles que se encontram dormindo, como pretendido por Peter Singer (apud Spaemann, 2010, p. 227) que nega o estatuto pessoal a tais indivíduos. Neste mesmo sentido, o Código Penal Brasileiro ao reconhecer a inimputabilidade aos menores de 18 anos e àqueles que detêm doença mental, estaria também negando a tais agentes a condição de pessoa? A resposta a essa questão, por óbvio, seria negativa, uma vez que a lei brasileira visa demonstrar e ratificar é o entendimento de que o indivíduo humano no seu desenvolvimento apenas adquire certas características pessoais, presumindo, nestes casos, a falta de maturidade mental e a anormalidade psíquica aos inimputáveis. A racionalidade, portanto, é inerente ao crescimento de qualquer pessoa e não condição que a defina como tal.

Por fim, pode-se também destacar como uma teoria separacionista aquela que define a pessoa a partir do exercício efetivo da razão, identificando, assim, como pessoa os indivíduos na fase pós-natal, quando adquirem a autoconsciência ou quando manifestam a capacidade de intelecção e autodeterminação, pressupondo, assim, a existência da pessoa com a presença de determinada capacidade. Tal teoria mais uma vez exclui do estatuto pessoal não só os

embriões, o feto, e as crianças menores, mas também o ser humano adormecido ou embriagado, que possuem sua racionalidade e autoconsciência temporariamente suspensa. Todavia, para o exercício efetivo de qualquer função, inclusive a capacidade de inteligência e autodeterminação, torna-se indispensável a prévia existência de uma pessoa humana total, sendo, portanto, o sujeito o pressuposto da capacidade e não o contrário.

Como se pode bem observar as teorias separacionistas, em sua totalidade, negam o estatuto pessoal aos embriões humanos. Entretanto, o conceito de pessoa elaborado pelos filósofos reducionistas-evolucionista, a fim de caracterizar o ser humano, se apresenta completamente divorciada da realidade de lhe subjaz. Por outro lado, torna-se imperioso para o reconhecimento da dignidade e direitos do ser humano a resolução da discussão relativa sobre o conceito de pessoa.

Para a filosofia ocidental, “pessoa” é um ente que goza de tutela e direitos especiais, por isso a importância de sua adequada conceituação para justificar a centralidade normativa em torno da proteção do ser humano. Nos dizeres de Laura Palazzani:

“Atribuir o estatuto de pessoa ao ser humano significa afirmar algo mais que o simples reconhecimento empírico da humanidade biológica desse ser. A identificação factual do ser humano como pessoa (em que o conceito de pessoa é definido em termos preliminares no plano teórico), no nível filosófico do ser humano e, em última instância, explica a base de seus valores e direitos.” (Identidade e estatuto do embrião humano, 2007. p. 109).

Originalmente o conceito de pessoa foi elaborado para identificar o ser humano real. Sendo assim, a definição de sujeito que se apresenta mais adequada na esfera de uma filosofia da pessoa seria aquela que identifica a coincidência entre ser humano e pessoa, isso porque a elaboração de um conceito deve ser determinada de acordo com a realidade natural ao qual se refere, e “não é a realidade que deve conformar-se ao conceito”. Por essa razão, a Filosofia deve limitar-se a reconhecer as realidades naturais, evitando substituir o real pelo conceitual, obrigando o real a ajustar-se ao conceitual. Deve, portanto, ser a definição filosófica um resultado de um processo de abstração e contemplação, a começar de uma observação da realidade humana e voltar-se para ela quando da sua aplicação.

Segundo Palazzani (2007, p. 111), a definição filosófica de pessoa mais adequada, em seu sentido amplo e integral, identificando-a como ser humano real é a definição tradicional defendida por Boécio e São Tomás de Aquino, segundo o qual pessoa é a substância individual de natureza racional. Desse conceito, pode ser destacados dois elementos da definição de pessoa: a substância e a natureza racional. Para Aristóteles (apud Palazzani,

2007, p. 112) a substância individual é o “sujeito distinto que subsiste em si, pertence a si e não é inerente a mais nada”. Por esse conceito é possível compreender que as funções e os atos exercidos pelo homem não existem em si mesmos, mas compõem um indivíduo humano substancial, de modo que a identidade pessoal do ser humano não se reduziria ao exercício de determinadas funções ou à aquisição de determinadas capacidades, mas sim à condição real, singular e permanente, de onde emanam tais habilidades. A pessoa é, assim, a substância porque é como é o homem, não começa a existir depois do homem e nem se extingue antes dele.

Para enfim se concluir a definição de pessoa é necessário a natureza racional, própria dos seres humanos. Deve-se entender como “natureza” o fato de pertencer à espécie humana, de modo que o critério para a condição de ser pessoa só pode ser a pertença biológica ao gênero humano. Já o adjetivo “racional” deve ser avaliado em sentido amplo, e não indicar apenas inteligência e racionalidade como pretendem as teorias separatistas. O “racional” refere-se à razão, pensamento, palavra, linguagem, comunicação, relação, liberdade, interioridade e intencionalidade (PALAZZANI, 2007). Deste modo, a pessoa, enquanto natureza racional da substância individual, sustentada pelo mundo ocidental no contexto do substancialismo, é composta de corpo e alma intelectual, sendo que esta característica que transcende a natureza físico-orgânica corresponde à forma substancial do corpo humano. A alma seria, assim, o “ato primário” de um corpo natural (biológico).

Pelo exposto, no plano filosófico, para dar expressão de pessoa ao ser humano basta que se identifique neste “ato primário” a unificação das propriedades, atos e funções do homem, independente da manifestação externa. Sendo assim, pode-se afirmar que o ser humano é uma pessoa por se tratar de uma substância individual de natureza racional, e não que “se torna” uma pessoa tendo em vista o exercício de algumas funções e habilidades, uma vez que a ausência de certas propriedades não nega a existência da pessoa, permanecendo tal por sua natureza por preexistir às suas qualidades. “As funções são ‘de’ uma pessoa, não são ‘a’ pessoa”, nos dizeres de Laura Palazzani (2007, p. 113), de modo que é possível afirmar que todos os seres humanos são pessoas.

Destas considerações filosóficas depreende-se que basta a presença da “natureza racional de uma substância individual” para reconhecer o estatuto pessoal no ser humano, mesmo diante de um desenvolvimento incompleto como ocorre com os embriões. Sendo assim, pode-se afirmar que os embriões, considerados como seres humanos pelas ciências médicas e biológicas a quem compete a análise acerca da vida humana, conforme demonstrado no subitem anterior, já são considerados pessoas para a Filosofia, uma vez que,

embora não tenham manifestado suas capacidades no grau máximo, detém as condições básicas necessárias para seu desenvolvimento ininterrupto, quando se permitirá a concretização das características pessoais. Nesta perspectiva que enfrenta tecnicamente os conceitos de pessoa e o próprio conceito biológico de ser humano, pode-se afirmar que a concepção, quando do momento da união dos gametas masculinos e femininos, com a formação do patrimônio genético humano, marca o início de uma nova vida humano e, portanto, de uma nova pessoa.

4 O BEM JURÍDICO PROTEGIDO NO ABORTO

Uma vez definido no capítulo anterior que o sujeito passivo do crime é o embrião, entendido como ser humano, e, conseqüentemente, pessoa, deve-se a partir de agora definir qual bem jurídico é tutelado no aborto e como essa tutela é realizada pelos demais ramos do Direito.

A finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens essenciais ao convívio em sociedade, funcionando como a *ultima ratio regum*, na medida em que só pode atuar quando insuficiente a proteção dos demais ramos do Direito. Por isso, uma das questões mais importantes que apresenta o Direito Penal é a delimitação do objeto material do delito.

A necessidade de elaboração do conceito de bem jurídico surgiu nos primórdios do século XIX. A primeira definição, elaborada por Feuerbach, à luz da concepção iluminista, buscou demonstrar a existência de um direito subjetivo, do Estado ou do particular, como objeto de proteção do preceito penal. Em seguida, Binding passou a conceber o bem jurídico como um “estado valorado” pelo legislador. Por fim, graças a Von Liszt, entendeu-se o bem jurídico como o interesse juridicamente protegido, integrando-o, assim, o conceito central da estrutura do delito.

A partir desta evolução conceitual, Bittencout (2008, p. 262) sugere uma definição ao bem jurídico, “como todo valor da vida humana protegido pelo Direito”. Os bens jurídicos são, portanto, os interesses que o Direito tutela, de modo que em todo crime existe um bem que lhe constitui e que, necessariamente é também objeto da tutela penal. Atualmente, utiliza-se o bem jurídico como base dos tipos penais, por possuir grande relevância prática na aplicação da lei penal, uma vez que para a caracterização de um crime é necessária a lesão ou perigo de lesão a um bem juridicamente tutelado. Por isso, é possível afirmar que não há crime sem objeto jurídico material. Na seara penal, portanto, somente alguns bens são tratados

como bens jurídicos, uma vez que tais bens exigem proteção especial, dada a insuficiência da proteção oferecida pelas demais áreas do ordenamento jurídico.

No crime de aborto, para os doutrinadores penalistas, mesmo para aqueles que defendem ser o Estado o sujeito passivo, é uníssono o entendimento de que o bem jurídico tutelado pelo tipo é a vida do produto da concepção, embora desconsiderem o embrião como pessoa, tratando-o como “uma vida humana pendente” (GALVÃO, 2013, p. 111) ou mesmo “uma vida humana em formação” (BITTENCOURT, 2008, p. 130), o que se mostra uma visão errônea sobre o conceito de pessoa, conforme já fora demonstrado. Assim, o objeto material do crime de aborto é o direito à vida do embrião, devendo o Direito Penal tutelá-lo nas hipóteses de lesão ou mesmo o perigo de lesão.

4.1 A PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O direito à vida é consagrado pelo constituinte brasileiro como o primeiro dos direitos fundamentais insculpidos no artigo 5º do texto constitucional, sendo considerado irrevogável por se tratar de uma cláusula pétrea:

“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” (BRASIL, Constituição da República).

A existência humana é, assim, tratada como valor supremo e ponto de partida para todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição: ora, não faz sentido declarar e enumerar qualquer outro direito se, antes, não se assegurasse o direito de estar vivo para usufruir dos direitos proclamados pelo constituinte. Neste sentido, acentua Alexandre de Moraes (200, p.61) apud Alfradique (2008):

“o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui-se em pré-requisito a existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina.” (Natureza jurídica do embrião - vida - dignidade e proteção - vida e valor absoluto. In: **Âmbito jurídico**, Rio Grande, XI, n. 57, set 2008. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index>>. Acesso em ago. 2013)

O direito à vida, frente ao Estado, apresenta, ainda, duas dimensões: por um lado trata-se de um direito de defesa ao impedir que os poderes públicos pratiquem atos que atentem contra qualquer ser humano, impondo também aos demais cidadãos o dever de não agredir tal direito, e por outro lado tem-se uma dimensão positiva caracterizada pelo dever de proteção da vida, face os outros sujeitos privados. Clara, portanto, a primazia dada pelo constituinte de 1988 ao direito à vida, da qual se extrai vários princípios norteadores do ordenamento: o princípio da inviolabilidade do direito à vida, o princípio da universalidade – que garante os direitos fundamentais a todos os seres humanos –, o princípio da irrenunciabilidade – segundo o qual os direitos fundamentais são irrenunciáveis - e, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para a maior parte dos constitucionalistas a titularidade do direito à vida deve ser reconhecida a todos os seres humanos indistintamente, por se tratar de um pressuposto ao reconhecimento feito pelo ordenamento jurídico ao princípio da dignidade da pessoa humana. Desse modo, coloca-se o direito à vida a todo ser humano, desde o momento do seu surgimento até a sua morte, devendo em todos os momentos ser tratado com igual respeito à sua dignidade. Neste norte são os ensinamentos de Paulo Gustavo Gonet Branco:

“Não se há de condicionar o direito à vida a que se atinja determinada fase de desenvolvimento orgânico do ser humano. Tampouco cabe subordinar esse direito fundamental a opções do legislador infraconstitucional sobre atribuição de personalidade jurídica para atos da vida civil. O direito à vida não pode ter o seu núcleo essencial apequenado pelo legislador constitucional – e é essa consequência constitucionalmente inadequada que se produziria se se partisse para interpretar a Constituição segundo a legislação ordinária, máxime quando esta não se mostrar tão ampla como exige o integral respeito do direito à vida. Havendo vida humana, não importa em que etapa de desenvolvimento e não importa o que o legislador infraconstitucional dispõe sobre personalidade jurídica, há o direito à vida.” (Curso de Direito Constitucional, 2012, p.292).

Sendo assim, para se reconhecer e conceder a afetiva proteção ao direito à vida, nos moldes e na integralidade assegurados pela Constituição Federal, o único elemento decisivo consiste tão somente na verificação de existência da vida humana desde a concepção, quando já se presencia um ser vivo, distinto de sua mãe, pertencente à espécie biológica *homo sapiens* e, portanto, titular do direito à vida. Verificada, pois, a titularidade do direito à vida,

reconhece a Carta Magna, em seus artigos 1º, inciso III e artigo 5º, inciso III, o valor da dignidade da pessoa humana, completando o conteúdo mínimo de direitos fundamentais.

Dessa forma, a dignidade humana no nosso ordenamento constitui o núcleo de direitos invioláveis, correspondente a uma expressão negativa ao direito à vida, por limitar o poder estatal, os grupos sociais e os indivíduos em geral. Assim, para que as pessoas vivam com dignidade é necessário não só o respeito aos direitos fundamentais, mas especialmente o respeito ao ser humano e aos seus valores.

A centralidade do direito à vida é também muito ressaltada em tratados internacionais da qual o Brasil é signatário. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), dispõe no artigo 4º que “ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”, demonstrando, em um sentido amplo, a tutela do nascituro. Também esse diploma de fundamental importância para o reconhecimento dos Direitos Humanos, em seu artigo 6º, diz que “todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.” O homem, portanto, da Declaração dos Direitos Humanos é uma pessoa e, como tal deve ser tratado pela lei.

No mesmo passo, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 – o Pacto de San José da Costa Rica – anuncia expressamente a proteção ao nascituro ao declarar em seu artigo 4º que “qualquer pessoa tem direito ao respeito pela sua vida. Este direito deve ser protegido por lei, e em geral a partir da concepção”. Neste mesmo sentido disciplina o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas de 1968, ao explicitar que “o direito à vida é inerente à pessoa humana” e que “este direito deverá ser protegido pela lei”, dispondo também que “ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”. Neste norte, também se destaca a tutela dada pela Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989, ao assegurar em seu artigo 6º que “os Estados-partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida”. Verifica-se, portanto, que a tutela da vida humana se estende ao Direito alienígena, demonstrando a preocupação dos diversos países e organizações internacionais com os direitos humanos inerentes a toda pessoa, elevando até mesmo a pessoa como sujeito do Direito Internacional.

No plano infraconstitucional, mais especificadamente no Código civilista, o livro I da parte geral do Código de 2002 define a pessoa enquanto sujeito de direito, dispondo que no seu artigo 1ª que: “Toda pessoa é capaz de direitos deveres na ordem civil”. A partir desta afirmação depreende-se que a existência de uma faculdade ou poder pressupõe um sujeito que efetive o exercício desses direitos. Por outro lado, o artigo 2º do mesmo diploma legal faz uma definição da personalidade jurídica, diz que: “A personalidade civil da pessoa começa do

nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Se na primeira parte o artigo parece indicar que o nascituro não é pessoa, por outro lado na segunda parte do mesmo artigo o legislador parece afirmar o contrário.

Considerando, assim, a redação do artigo 2º do Código Civil, lançou o legislador uma série de dúvidas sobre a natureza jurídica do nascituro, e, como consequência, sobre a possibilidade ou não de ser titular de direitos. Para a solução desta questão três teorias foram criadas pela doutrina civilista para solucionar tal embate. Uma primeira teoria denominada natalista defende que o nascituro não é dotado de personalidade jurídica, uma vez que esta só é adquirida com o nascimento com vida. Outra teoria sustenta que o nascituro é uma pessoa condicional, uma vez que sua personalidade jurídica está condicionada ao seu nascimento com vida. Essa teoria é chamada de teoria da personalidade condicional e sujeita os direitos do nascituro a uma condição suspensiva.

Por fim, há a teoria concepcionista que reconhece os direitos de personalidade ao nascituro, sendo esta a teoria prevalecente entre os doutrinadores contemporâneos do Direito Civil Brasileiro, por várias razões. Primeiramente essa teoria se encontra alicerçada não somente pelos ditames constitucionais, mas também no próprio Código Civil buscando como referências as regras contidas no artigo 542 autorizando o contrato de doação em favor do nascituro, e o artigo 1.609, parágrafo único, permitindo o reconhecimento da filiação do nascituro, bem como o artigo 1.779, ao tratar da possibilidade de nomeação do curador ao nascituro, e o artigo 1.798, reconhecendo a capacidade sucessória do nascituro. Sendo assim, não há dúvida de que a lei civil afasta a tese natalista, reconhecendo o nascituro como titular dos direitos da personalidade, desde a concepção.

Outro ponto que enfatiza a adoção da tese concepcionista no ordenamento brasileiro é o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), impondo a salvaguarda do nascimento do nascituro, através do reconhecimento do direito à assistência pré-natal, para o regular desenvolvimento da gestação (artigo 7º).

A corrente concepcionista também tem prevalecido na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ganhou reforço com a entrada em vigor da Lei 11.804/08, permitindo a concessão de alimentos gravídicos, em favor do nascituro, bem como pela postura assumida pelo Conselho de Justiça Federal e pelo próprio STJ, aprovando o Enunciado nº 01 na I Jornada de Direito Civil, que assim dispõe: “A proteção que o Código defere ao nascituro alcança também o natimorto no que concerne aos direitos de personalidade, tais como nome, imagem e sepultura”.

Inobstante reconhecer desde a concepção os direitos da personalidade, a tese concepcionista não nega que os direitos patrimoniais do nascituro ficam condicionados ao nascimento com vida, mas isso não afasta o reconhecimento de sua personalidade jurídica. Esse é o entendimento consubstanciado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, ao afirmar que “não se pode negar a personalidade jurídica do nascituro, pois ‘quem afirma direitos e obrigações afirma personalidade, sendo a capacidade de direito e o status atributos da personalidade’”. Assim, o fato de o nascituro ter proteção legal lhe garante o reconhecimento da personalidade, conforme uma interpretação sistemática do ordenamento, isso porque não se pode condicionar a realidade natural à legalidade vigente.

Cabe ressaltar que o artigo 2º do Código Civil de 2002 repete a disposição contida no artigo 4º do Código Civil de 1916. No passado, até se justificava a atribuição da personalidade ao nascimento, tendo em vista a ausência de meios científicos apropriados para determinar o momento da concepção, bem como pelo pensamento dominante de que o feto não era um ser biologicamente independente da mãe. Entretanto, com os atuais conhecimentos científicos, pode-se afirmar com absoluta certeza que a vida humana surge na concepção, momento em que surge um indivíduo único e irrepetível. Não é a lei positiva, pois, que deve determinar a existência de personalidade jurídica a um ser humano e sim o contrário: “a legalidade vigente é que deve ajustar-se e modificar-se para corresponder às exigências da realidade natural” (VILADRICH, 1987).

Conforme exposto fica claro, portanto, que o ordenamento brasileiro prima pela proteção do direito à vida, seguindo os preceitos constitucionais eleitos pelo poder constituinte que privilegia a vida humana em todos os seus aspectos, como pressuposto para o exercício dos demais direitos fundamentais. No mesmo sentido seguem os demais diplomas legais, que, hierarquicamente inferiores à Constituição Federal, devem seguir os preceitos nela eleitos.

Em que pese as discussões doutrinárias acerca da proteção da vida humana e na natureza jurídica do embrião, fato é que, biologicamente, o termo inicial do ser humano é a concepção, e à luz da teoria não-separatista abordada no capítulo anterior, deve ser conferido ao mesmo o conceito de pessoa. Desse modo, não há porque o Direito obstaculizar essa constatação empírica e filosófica. Enquanto não se reconhecer o nascituro, como sujeito de direitos, este sempre receberá tão somente a proteção parcial dos seus direitos, e é exatamente a falta de enfrentamento desta questão a causa das inúmeras dúvidas que surgem sobre se ele é um titular de direitos.

4.2 O DIREITO À VIDA DO NASCITURO NO DIREITO PENAL

A importância dada à vida pela Constituição Federal exige a proteção radical desse direito no plano do Direito Penal, enquanto *ultima ratio* na tutela eficiente do valor central do ordenamento jurídico. Nesta seara, a vida humana aparece como o bem jurídico de mais elevado valor. Não havendo outra forma de proteger a vida, deve o legislador se utilizar das medidas de atinjam as liberdades dos demais sujeitos em caso de violação ao bem supremo, daí a importância do Direito Penal como instrumento mais contundente do Estado para realizar sua tarefa de proteção dos bens jurídicos.

Exatamente por essa necessidade da proteção da vida que o legislador penal tipificou a prática do aborto entre os artigos 124 a 128, como medida indispensável para a proteção do bem jurídico: a vida humana intrauterina. Sendo, portanto, o sujeito passivo do aborto não a gestante, mas sim o feto, se mostra correta a classificação do referido delito no vigente Código Penal Brasileiro, previsto no título I do referido diploma intitulado “Crimes contra a pessoa”, e no capítulo “Crimes contra a vida”, demonstrando a incriminação da conduta não apenas para reprimir a conduta contrária ao valor central da vida para o ordenamento jurídico, mas também para ressaltar a antijuridicidade do comportamento. Tal disposição do aborto no Código Penal, no título que inicia a Parte Especial do código, ressalta a intenção do legislador na proteção do indivíduo, como ponto de partida para toda a tutela penal. Além disso, ao inserir o crime de aborto no capítulo destinado aos “Crimes contra a vida”, se demonstra, mais uma vez, que a punição do aborto tem como objetivo tutelar a pessoa humana, dentre os quais o embrião, que sob nenhum aspecto deve ser tratado como uma pessoa em potencial, mas sim como um indivíduo concreto, seja qual for o nível do seu natural desenvolvimento.

O tipo do aborto, portanto, não foi criado para proteger a potencialidade do nascituro de ser uma pessoa, mas sim para proteger uma pessoa, em sua totalidade, conforme defendido pelos demais ramos do Direito e pelo próprio legislador penal quando da incriminação do aborto.

Por outro lado, há ainda os defensores da tese de que em se tratando o feto de uma pessoa com direito à vida, tal direito não implica no direito de fazer uso do corpo da mulher para continuar a viver (MORI, 1997, p. 69). Todavia, a própria legislação penal deixa claro que terceiros não tem o poder de disposição sobre o não nascido, não sendo, assim, admissível à mulher suscitar um direito ao próprio corpo, ante a superioridade do valor da vida humana, impondo-se a proibição do aborto, mesmo que tal direito colida com outros interesses e

direitos constitucionalmente previstos. De acordo com esse entendimento ressalta Paulo Gustavo Gonet Branco:

“Embora a gravidez também diga respeito à esfera íntima da mulher, o embrião humano forma um ser humano distinto da mãe, com direito à vida, carente de proteção eficaz pelos poderes públicos – não importando nem mesmo o grau de saúde ou o tempo de sobrevivência que se possa prognosticar para a criança por nascer. Daí a justificação da tutela penal, impeditiva de que o problema do aborto seja reconduzido a uma singela questão de autodeterminação da mãe – qualquer que seja o estágio de desenvolvimento da gravidez.” (Curso de Direito Constitucional, 2012, p.292).

Tendo em vista, portanto, a superioridade do direito à vida, ante a sua posição no ápice dos valores protegido pela ordem constitucional, inclusive com a delegação de sua proteção à *ultima ratio* da tipificação penal, é inexorável a preservação da vida humana, seja qual for a fase do seu desenvolvimento e a sua potencialidade, devendo a vida ser protegida em sua integralidade, como um valor absoluto.

5 O ABORTO E OS CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DE JUAREZ TAVARES

Encerrada a análise acerca da identidade do embrião enquanto ser humano e pessoa, no sentido biológico e filosófico, e verificado a que o bem tutelado no aborto é o direito à vida deste embrião, tratado como valor absoluto eleito pelo legislador constituinte e assegurado pelas infraconstitucionais, nessa parte do estudo será contraposto o crime do aborto aos Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas, defendidos por Juarez Tavares, em seu trabalho que serve como marco teórico para o presente trabalho. Isso porque ao verificar a necessidade da criação de critérios para a criminalização de determinada conduta, conforme pretendido por Juarez Tavares, o autor nos remete à necessidade de se justificar a tipificação determinada pelo legislador à prática do aborto. Sendo assim, uma vez verificados todos os pressupostos contidos na incriminação do aborto, bem como suas deficiências, e uma vez solucionado o problema da justificação racional do crime de aborto, com a definição do embrião como sujeito passivo do crime e titular do direito por ele tutelado, ainda torna-se necessário verificar se a seletividade do bem jurídico penalmente relevando atende aos critérios definidos por Juarez Tavares.

No trabalho intitulado “Critérios de Seleção de crimes e cominação de penas” (1992), Juarez Tavares defende que a norma incriminadora não deve refletir tão somente a imposição de deveres para a satisfação da ação própria de sancionar, mas deve ser o resultado da interação de interesses que se manifestam quando da elaboração da norma, enquanto aspecto material da formação normativa. A partir desta constatação observa o doutrinador, especialmente na esfera penal, a inexistência de critérios para a elaboração de normas incriminadoras, não obstante a exigência constitucional de defesa das garantias e liberdades constitucionais, que refletem o regime democrático. Tal inobservância de critérios que legitimem a intervenção estatal na esfera individual demonstra que, por diversas vezes, a norma incriminadora deixa de exprimir o interesse geral, para muitas vezes significar a manifestação de interesses políticos e particulares, violando frontalmente o ideário democrático. Afirma, ainda, Juarez Tavares que a análise da posição assumida pelos juristas quando da aplicação de uma norma incriminadora, revela que “o poder de punir se exerce de qualquer modo” e “sem compromisso com a defesa dos direitos humanos” (1992, p. 76), uma vez que inicialmente a preocupação do jurista é a de apenas encontrar critérios de garantia individual em face da intervenção do Estado, para só depois, em um segundo momento, preocupar-se com a justificação da incriminação e da sanção.

Diante deste contexto, Juarez Tavares propõe o estabelecimento de regras e princípios a serem observados no processo legislativo das normas de caráter criminal, como critérios limitadores ao poder de punir, por exigência do Estado Democrático de Direito. Para tanto, o jurista classifica os critérios em dois grupos de princípios. O primeiro grupo corresponde aos chamados “princípios de limitação material”, composto pela dignidade da pessoa humana, o bem jurídico, a necessidade da pena e a proporcionalidade. Já o segundo grupo é composto dos “princípios de limitação formal”, que tratam da legalidade e seus corolários.

Nesta esteira argumentativa, o presente capítulo se restringirá à análise dos “princípios de limitação material” do crime de aborto, uma vez que tal crime já atende às limitações formais da legalidade e da tipicidade, por ser tratar de delito previsto por lei, emanado de autoridade competente. Resta assim, analisar pormenorizadamente cada limitação material em confronto como crime de aborto, para verificar se a incriminação de tal conduta atende aos critérios de seleção de crimes, legitimando a intervenção estatal e, por conseguinte, se tal imposição coaduna-se com a defesa dos direitos humanos assegurados pelo regime democrático.

5.1 A PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para Juarez Tavares (1992, p. 77-78) a proteção à dignidade humana, insculpida no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, serve como parâmetro ao legislador na seleção de tipos e na responsabilização pelo seu cometimento. Tal entendimento deriva da premissa de que a proteção à dignidade toma o cidadão como fim, impedido que sejam objetos do Estado, e impossibilitando a existência de normas que impliquem na desigualdade e no sofrimento do indivíduo. Assim, considera o jurista que “a dignidade surge como valor intrínseco de todo ser humano, que não pode ser substituído pelo seu equivalente”.

No que tange ao crime em estudo, observa-se que o mesmo, conforme amplamente demonstrado, tem como sujeito passivo o embrião. Já restou devidamente comprovado que o embrião é uma vida humana, cuja definição compete às ciências biológicas e médicas, estando abarcado no conceito de pessoa explicitado pela Filosofia. Por se tratar, portanto, de pessoa humana, goza o embrião da proteção constitucional da dignidade, como um valor intrínseco à sua própria natureza, não podendo haver qualquer forma de seletividade à sua tutela pelo seu grau de desenvolvimento. Assim sendo verifica-se, *in casu*, a necessidade da norma penal para incriminar condutas que violem a dignidade do embrião, a fim de que o mesmo seja tutelado frente à possibilidade da criação de leis que impliquem maior sofrimento e a redução de sua dignidade.

Considerar, pois, os argumentos da legalização do aborto tendo em vista o direito da mulher sobre o próprio corpo, seria realizar uma clara graduação da dignidade, conferindo à mulher maior dignidade que aquela conferida ao embrião, rebaixando-o como a um meio de livre disposição da mãe e não um fim em si mesmo, tratando-o meramente como membro de um organismo e não como um indivíduo humano único e irrepetível. Deste modo, demonstrado que a ordem constitucional assegura um valor absoluto que reconhece a proteção da dignidade humana como fim de todo direito, afigura-se imperativo a existência da norma incriminadora do aborto, como forma de garantir a tutela dos embriões, igualmente dignos de proteção estatal.

5.2 A PROTEÇÃO DE BEM JURÍDICO

Quanto à proteção ao bem jurídico tutelado, Juarez Tavares ressalta que o legislador, ao proibir ou determinar condutas deve ter como objetivo impedir uma lesão concreta a determinado bem jurídico. Neste sentido, salienta o jurista:

“o conceito do bem jurídico passa por uma profunda transformação, ora compreendendo-se no seu conteúdo personalista, ora na sua legitimação democrática. Tanto em uma, como em outra concepção, o que importa é que o poder de punir do Estado não pode proibir condutas, senão quando impliquem em lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos, tomados como valores concretos que tornam possível a proteção da pessoa humana, como seu destinatário final, ou que assegurem a sua participação no processo democrático, sem qualquer referência a um dever geral de obediência.” (Critérios de Seleção de Crimes e Cominação De Penas. *In: Revista Brasileira De Ciências Criminais*. São Paulo: RT, 1992. p. 80).

Conforme amplamente analisado no capítulo anterior, pode-se assegurar que o bem jurídico protegido pelo crime de aborto é o direito à vida do embrião. Há, portanto, a proibição do aborto por implicar em um resultado extremamente lesivo ao bem jurídico, coadunando, com o segundo critério eleito por Juarez Tavares para a seleção de crimes, isso porque o abortamento implica em lesão aos valores concretos no embrião, um ser humano individualmente considerado. O bem jurídico eleito pelo legislador ao tipificar o aborto vincula-se aos valores concretos de proteção da pessoa humana, demonstrando-se, mais uma vez, a necessidade da norma incriminadora.

5.3 A NECESSIDADE DA PENA

Para o marco teórico em questão a análise da necessidade da pena deve ser articulada com os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade. Na perspectiva da fragmentariedade destaca que “o Direito Penal só pode intervir quando se trate de tutelar bens fundamentais e contra ofensas intoleráveis, o que justificaria a imposição da medida extrema da pena e seus maléficis efeitos” (TAVARES, 1992, p. 81).

Sob esse primeiro aspecto não há que se discutir a relevância do bem jurídico tutelado no crime de aborto: tutela-se o direito à vida, tratado pelo ordenamento jurídico como o principal direito conferido a todos os indivíduos, que merecem a proteção estatal em sua integralidade, por se tratar de um pressuposto para o exercício dos demais direitos.

Impõe-se ainda na análise da necessidade da pena segundo Juarez Tavares o caráter subsidiário da norma penal, segundo o qual a função do Direito Penal seria apenas suplementar à proteção jurídica em geral, valendo-se da pena como o último recurso para a proteção do bem jurídico, “quando os demais ramos não se mostrarem eficazes na defesa dos bens jurídicos” (TAVARES, 1992, p. 82).

O referido caráter subsidiário das sanções penais, quando analisado no contexto do crime de aborto, revela-se mais uma vez justificado tendo em vista a inexistência de formas de controle extrapenal cabíveis. Apesar das diversas formas de proteção à vida contida na própria Constituição Federal e nos demais diplomas legais, que priorizam a vida como valor absoluto eleito pelo ordenamento pátrio, se observa que tais esferas se mostram insuficientes para assegurar o direito do embrião tutelado pelo aborto, se restringindo tão somente à proteção de direitos patrimoniais, sendo assim necessária a tutela penal para restringir as condutas que vão de encontro à vida do nascituro.

5.4 A INTERVENÇÃO MÍNIMA

No que tange ao princípio da intervenção mínimo, assim dispõe Juarez Tavares:

“O princípio da intervenção mínima constitui, antes de mais nada, um princípio de ordem política, que vincula o legislador, previamente a qualquer elaboração legislativa, de modo que esse se veja obrigado a verificar se a lei que irá propor, formular, discutir, redigir ou promulgar se harmoniza com os postulados dos direitos humanos.” (Critérios de Seleção de Crimes e Cominação De Penas. *In: Revista Brasileira De Ciências Criminais*. São Paulo: RT, 1992. p. 82).

Para o jurista, portanto, a atividade legislativa deve ser orientada pelos direitos humanos, não se limitando às garantias e liberdades individuais, mas visando a tutela da própria condição humana. Assim, o autor faz uma subdivisão do princípio da intervenção mínima sob dois aspectos: o princípio da condição humana e o princípio da idoneidade. Para o primeiro enfoque deve-se evitar qualquer lei que venha a proibir ações inerentes à própria

condição humana, de modo a exigir o cumprimento de deveres impossíveis fisicamente. Por seu turno, o princípio da idoneidade impõe ao legislador certificar-se de um comportamento, quanto à sua utilidade e a eficácia do seu alcance de proteção, antes de criminalizar tal comportamento ou mesmo realizar reformas legislativas. Depreende-se, portanto, que no que tange à norma penal deve o legislador atender às demandas concretas da sociedade, correspondendo racionalmente as expectativas dos seus destinatários. Neste sentido, conclui:

“A exigência dos direitos humanos, no panorama da intervenção mínima, deve centrar-se em que a formulação de novas leis penais só deve ocorrer quando demonstrada racionalmente a sua utilidade como instrumento de coibir a injustiça estrutural.” (Critérios de Seleção de Crimes e Cominação De Penas. *In: Revista Brasileira De Ciências Criminais*. São Paulo: RT, 1992. p. 83).

O que se extrai quando da submissão dos artigos 124, 125 e 126 do Código Penal a tal crivo, é que o legislador observou atentamente os interesses da sociedade considerada como um todo, pois a proibição do aborto reveste-se de um caráter concreto e necessário no sentido de dar à sociedade uma resposta legal a uma situação que se apresenta violadora do interesse coletivo, normatizando tal esfera e tipificando as condutas que infringissem as normas criadas. Isso porque a decisão de acabar com a vida de um ser humano não pode, pois, ser considerado um assunto unicamente privado, de modo que quando o exercício da “liberdade da mulher” ocasionar consequências negativas para o bem público, a liberdade individual deve ser preterida em favor do que é bom para o conjunto da sociedade.

Verificou-se que o legislador, quando da criminalização da conduta, visa tutelar a vida humana, não se limitando aos direitos individuais, mas sim ao bem mais protegido pela sociedade, próprio da condição humana, que não pode de nenhuma forma ser alterada pelo direito. Ao contrário, deve o direito se adequar à realidade humana, tutelando a vida com um todo, sendo inadmissível uma conduta que lese a vida portando impossível o exercício que qualquer direito do embrião, enquanto pessoa humana individualizada, isso violaria frontalmente o princípio da humanidade, enquanto subprincípio da intervenção mínima. Além disso, quando da criminalização do aborto, atende o legislador ao subprincípio da idoneidade, uma vez que se certificando, empiricamente, que a vida humana se inicia com a concepção, verifica a necessidade do alcance e extensão da proteção do direito à vida ao nascituro, em qualquer fase do seu desenvolvimento.

5.5 A PROPORCIONALIDADE

A proporcionalidade, indicada por Juarez Tavares como critério para a cominação das penas, implica que a pena deve guardar uma relação proporcional com o dano social produzido pelo delito, devendo a mesma se limitar às situações graves e intoleráveis que afetam os direitos humanos. Nesse sentido se expressa:

“Aqui, o dano social funciona como ponto de referência obrigatório para a fixação de parâmetros ao legislador na confecção da norma incriminadora, no sentido de estabelecer uma relação de proporcionalidade entre o que se pretende coibir, sob a ameaça da pena, e a eficácia concreta da ação criminosa.” (Critérios de Seleção de Crimes e Cominação De Penas. *In: Revista Brasileira De Ciências Criminais*. São Paulo: RT, 1992. p. 84).

Mais uma vez, quando submetemos o crime em comento à análise vinculada ao princípio em tela, verifica-se uma simetria. Isto porque tendo em vista a grave lesividade da conduta, o legislador fixou as penas em atenção ao dano social ocasionado pelo aborto, mostrando-se real e eficaz a aplicação de tais penas.

Cabe aqui uma ressalva da pena imposta ao aborto quando comparada àquela contida no artigo 121 do Código Penal, em relação ao homicídio: se observa que a punição do homicídio é sensivelmente mais intensa do que a do aborto, do que se conclui inequivocamente que, para o Direito Penal, a vida humana em desenvolvimento não vale tanto quanto a do indivíduo nascido, o que é questionável, mas tal questão não está contida no objeto do presente trabalho.

6 O ABORTO NO NOVO DO CÓDIGO PENAL

Após todo o exposto, resta ainda destacar a postura assumida pelo atual legislador na proteção do embrião no crime de aborto, e como será a previsão normativa para a efetiva proteção do direito à vida. Para tanto se torna imperioso a análise do Anteprojeto do Código Penal atualmente previsto no Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 236 de 2012. A comissão responsável pela elaboração do novo Código Penal após inúmeras discussões, especialmente no que tange ao aborto, elaborou e fixou o projeto nos termos contidos no PLS nº 236 de

2012, remetendo qual projeto à análise de uma comissão especial de senadores, que possui como o relator Senador Pedro Taques.

No mês de dezembro de 2013, após o relatório apresentado pelo senador Pedro Taques, a comissão especial de senadores designada para propor o novo Código Penal aprovou as alterações por ele elaboradas, abrindo, assim, o prazo para apresentação das emendas pelos demais senadores. Abaixo se pode verificar as novas alterações propostas pelo Anteprojeto do Código Penal, e as reformas apresentadas pelo senador Pedro Taques que foram acolhidas pela comissão especial:

Tabela – Aborto no Anteprojeto do Código Penal

Legislação penal	PLS nº 236 de 2012	Parecer do relator
<p>Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento</p> <p>Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:</p> <p>Pena – reclusão, de um a quatro anos.</p>	<p>Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento</p> <p>Art. 125. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:</p> <p>Pena – prisão, de <u>seis meses a dois anos.</u></p>	<p>Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento</p> <p>Art. 125. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:</p> <p>Pena – prisão, de <u>um a três anos.</u></p> <p><u>§ 1º Aplica-se a pena do artigo referente ao aborto provocado sem o consentimento da gestante se ela for menor de 14 anos ou pessoa com deficiência mental, ou se o consentimento for obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.</u></p> <p><u>§ 2º A pena é aumentada de metade se, em consequência do aborto ou dos meios</u></p>

		<u>empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal grave; e duplicada se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevenha a morte.</u>
<p>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</p>	<p>Aborto consensual provocado por terceiro Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – prisão, de <u>seis meses a dois anos</u></p>	<p>Aborto consensual provocado por terceiro Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – prisão, de <u>um a três anos.</u></p>
<p>Aborto provocado por terceiro Art. 125 – Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de três a dez anos</p>	<p>Aborto provocado por terceiro Art. 127. Provocar aborto sem o consentimento da gestante: Pena – prisão, de <u>quatro a dez anos</u> <u>§1º Aumenta-se a pena de um a dois terços se, em consequência do aborto ou da tentativa de aborto, resultar má formação do feto sobrevivente</u> <u>§2º A pena é aumentada na metade se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal grave; e até no dobro, se, por qualquer dessas causas, lhe</u></p>	<p>Aborto provocado por terceiro Art. 127. Provocar aborto sem o consentimento da gestante: Pena – prisão, de quatro a dez anos §1º Aumenta-se a pena de um a dois terços se, em consequência do aborto ou da tentativa de aborto, resultar má formação do feto sobrevivente §2º A pena é aumentada na metade se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal grave, <u>ou se é cometido em criança ou</u></p>

	<u>sobrevém a morte</u>	<u>adolescente.</u> <u>§ 3º A pena é aumentada até o dobro se, por qualquer das causas referidas no parágrafo anterior, sobrevém a morte da gestante.</u>
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.	<u>Exclusão do crime</u>	
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.	Art. 128. Não há crime de aborto: <u>I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante;</u> <u>II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;</u> <u>III – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;</u> <u>IV – se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da</u>	Art. 128. Não há crime de aborto <u>praticado por médico:</u> I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante; II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida; ou III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina, em ambos os casos

	<p><u>gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.</u></p> <p><u>Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I deste artigo, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou, quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro.</u></p>	<p>atestado por dois médicos.</p> <p>§ 1º Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I deste artigo, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou, quando incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro.</p> <p>§ 2º No caso de gestante com idade inferior a dezoito anos, ressalvada a hipótese do inciso I do caput deste artigo, a coleta do consentimento será precedida de avaliação técnica interdisciplinar, observados os princípios constantes da legislação especial, bem como sua maturidade, estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, devendo ser prestada toda assistência psicológica e social que se fizer necessária à superação de possíveis traumas decorrentes da medida.</p>
--	--	---

Quanto ao crime de aborto, o Anteprojeto do Código Penal não atendeu às demandas de alguns grupos da sociedade, pleiteando a legalização do aborto, mantendo, assim, a sua criminalização. Entretanto, traz muitas mudanças quanto ao aborto, se comparado ao Código Penal vigente.

O PLS 236/2012 em seu texto reduz drasticamente a reprovabilidade do crime provocado pela gestante ou com seu consentimento, na forma simples, colocando-o em situação de mera infração de pequeno potencial ofensivo, já que pela proposta tal crime seria punido com prisão, de seis meses a dois anos, o que acaba por permitir a transação penal, em tese, e aplicação de restritiva de direitos ou exclusivamente pecuniária, não gerando nem mesmo a possibilidade de reincidência caso a beneficiada venha a praticar novo crime posteriormente (§4º do artigo 76). Mesmo com as alterações realizadas pelo senador Pedro Taques, penalizando o crime de aborto com uma pena de prisão, de um a três anos, observa-se que há uma redução da pena imposta pelo atual Código Penal, que prevê a pena de um a quatro anos, demonstrando, assim, uma relativização do direito à vida do embrião, já que se reduz ainda mais a reprovabilidade do crime.

O que mais chama atenção no Anteprojeto do Código Penal, entretanto, é o rol previsto no artigo 128, que trata das hipóteses de exclusão de ilicitude. Enquanto a legislação atual autoriza o aborto, no caso do inciso I do predicado artigo, apenas para salvar a vida da gestante, desde que praticado por médico e não haja outro meio, para o projeto atual o inciso I diz que “não há crime de aborto se houver risco à vida ou à saúde da gestante”. Isso muda substancialmente o que diz o Código Penal atual ao dizer que “não se pune o aborto praticado por médico se não há outro meio de salvar a vida da gestante”. O aborto nesse caso continua sendo crime, mas não é punido.

Há um grande perigo na elaboração deste novo predicado, uma vez que pela análise do inciso I do projeto é possível identificar que não se exige o problema de saúde de fato, mas apenas o risco à saúde. Essa formulação pode ensejar uma interpretação extensiva quanto às hipóteses de aborto legal, por se tratar de uma preposição muito elástica, e isso também seria um grande problema na real tutela do bem jurídico protegido pelo aborto. Além disso, cabe ressaltar que o termo saúde inclui não só a saúde física, mas também a saúde mental, o que ampliaria, ainda mais o rol de possibilidades contidas no inciso I do Novo Código Penal.

É evidente, portanto, que a previsão em questão poderá levar à prática incontrolável de abortos acobertados pela “legalidade”, a critério único e exclusivo dos profissionais da área médica. É que a compreensão que se pode dar à expressão “preservar a saúde da gestante” é por demais extensa e se circunscreve ao domínio da ciência médica.

Outro problema diz respeito ao inciso II do artigo 128 do Anteprojeto que amplia a possibilidade de aborto lícito, antes restrito ao caso da gravidez resultante de estupro, para autorizá-lo sempre que a gravidez resultar de “violação da liberdade sexual ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida”. Em arremate, o §1º do artigo em testilha estabelece que, nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante ou, quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro. Observa-se que o legislador está equiparando uma menor de idade a uma pessoa impossibilitada de consentir. Ora uma menor informada de que não precisa interromper o aborto, que pode levar a gravidez a diante, pode optar por não abortar, não cabendo tal decisão aos seus representantes legais.

Outra questão é o fato que o texto proposto acolhe a decisão do STF quanto ao aborto nos casos de anencefalia. Esse foi um dos mais claros casos de ativismo judicial no país, com o Judiciário se arvorando no direito de legislar, indo além de sua faculdade, tomando o poder do Legislativo, questionando-se, assim, sua inserção no Novo Código Penal.

O Projeto trazia consigo no artigo 128, o inciso IV que dizia que “não há crime de aborto se por vontade da gestante, até a 12ª semana de gestação, o médico ou psicólogo constatar que a mulher não tem condições psicológicas de arcar com a maternidade”. Essa questão de não ter “condições psicológicas de arcar com a maternidade” seria a aprovação do aborto, porque qualquer médico ou psicólogo poderia assinar um atestado, o que seria uma tragédia. Mas o senador Pedro Taques retirou esse inciso quando da elaboração do seu relatório, demonstrando, assim, uma posição acertada quanto ao direito à vida do embrião, que deve ser tutelado pelo aborto.

Analisando todas as considerações acima tratadas pode-se observar que o legislador penal, em especial no PLS 236/2012, tem demonstrado uma relativização do bem jurídico protegido pelo aborto. Tal posicionamento resulta da atual indefinição e precisão técnica da doutrina e do próprio Poder legislativo quanto ao sujeito que o crime de aborto visa proteger: o embrião e não o Estado, a comunidade ou mesmo a mulher. Por que a proposta do Novo Código Penal reduz a pena quando o aborto é cometido pela gestante ou com o seu consentimento e por outro lado aumenta o patamar mínimo da pena quando o aborto praticado sem o consentimento da mulher? Será que para o legislador penal brasileiro a mulher é que teve ser tutelada pelo crime de aborto, ou é o embrião o titular do direito à vida?

Tais reflexões demonstram claramente que essa imprecisão quanto ao sujeito passivo do aborto deve ser enfrentada pelos juristas e pelo próprio legislador penal antes de qualquer alteração legislativa nesse sentido. Torna-se imperiosa a análise das demais ciências do saber

para que a legislação reflita a realidade e tutele de forma efetiva os bens jurídicos por ela protegidos. É necessário que o atual legislador penal suscite a discussão anteriormente levantada e enfrentada para concluir que o embrião, enquanto ser humano é uma pessoa, e, portanto, titular do direito à vida e sujeito passivo do crime de aborto, cabendo ao legislador a formulação de uma norma penal que tutele cada vez mais o direito à vida do embrião, e não sua relativização, como tem se posicionado até o presente momento no Anteprojeto do Código Penal, com a redução da pena imposta e o aumento das hipóteses de aborto legalmente previstos.

7 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o presente estudo buscou verificar a necessidade da tutela penal no crime de aborto, partindo do seu ponto básico: a definição do sujeito passivo do crime de aborto.

Passando, pois, pela contextualização da discussão quanto à moralidade do aborto, constatou-se a mudança radical da avaliação moral do aborto no mundo Ocidental, verificando que a questão atual sobre o aborto traz novas exigências técnicas de justificação racional para a sua proibição, em especial sobre a discussão se o feto é ou não considerado pessoa. Observou-se ainda que o atual problema no direito brasileiro relativo ao reconhecimento do embrião como sujeito passivo do aborto é a constatação se o embrião é ou não é pessoa desde a concepção, daí as discussões dos doutrinadores penalistas quanto ao tema. Por isso, há a necessidade da interdisciplinaridade do Direito com outras ciências do saber para se definir a questão, em especial com os conceitos da Biologia, da Medicina, da Bioética e da Filosofia. Não pode, portanto, o Direito a par das outras ciências, que detém o conhecimento técnico sobre o tema, fazer a definição da vida ou do conceito de pessoa. Pelo contrário, deve o Direito, partindo-se do conceito das ciências capacitadas para definir a questão, apenas tutelar as constatações fáticas observadas e estudadas.

Fato é que a vida humana começa com a concepção. Essa é uma verdade biologicamente indiscutível: desde o zigoto, o que se tem é vida; vida diferente do espermatozoide e do óvulo; vida diferente da do pai e da mãe, mas vida humana, se pai e mãe são humanos. Pré-embrionária a início, embrionária, após, mas vida humana. Em suma, desde a concepção há vida humana nascente, a ser tutelada, sendo indiferente, para a definição do aborto, o grau de desenvolvimento e amadurecimento do embrião humano.

Por outro lado, partindo-se das considerações trazidas pela Filosofia, devem-se afastar as teses separacionistas por definirem pessoa tão somente pela existência de certas funções, capacidades e habilidades, que, todavia, pressupõem um sujeito que os detenha. Não é, pois, o exercício da função que constitui a existência do sujeito, mas sim o contrário. Assim, a definição filosófica mais acertada de pessoa seria aquela que a define como “natureza racional de uma substância individual”, de modo a se afirmar que o ser humano é uma pessoa e não que “se torna” uma pessoa tendo em vista o exercício de algumas funções e habilidades. Afirma-se, portanto, que os embriões, considerados como seres humanos, já são também considerados pessoas para a Filosofia, por possuírem as condições básicas necessárias para seu desenvolvimento ininterrupto.

Quanto ao objeto material do aborto, é inquestionável que o bem jurídico tutelado é a vida do embrião. Tendo em vista, portanto, a superioridade do direito à vida, ante a sua posição no ápice dos valores protegido pela ordem constitucional, inclusive com a delegação de sua proteção à *ultima ratio* da tipificação penal, é inexorável a preservação da vida humana.

A regra de tutela do direito à vida do embrião já é prevista no ordenamento brasileiro, por isso que consagrada no Código Civil, uma vez que a proteção do concebido e do nascituro na lei civilista não pode ter significação apenas processual ou sucessória, à vista dos princípios constitucionais de dignidade da personalidade humana, do seu desenvolvimento. Sem contar que o direito à vida é também garantia constitucional expressa (artigo 5º, inciso III) e prevista em diversos tratados internacionais da qual o Brasil é signatário. Deve, portanto, o Direito Penal cuidar de tutelar, prioritariamente, a vida humana mesmo que em sua forma rudimentar e frágil, mas, digna da mesma proteção dispensada ao ser humano nascido: o embrião.

Deste modo, demonstrado que a ordem constitucional assegura um valor absoluto que reconhece a proteção da dignidade humana como fim de todo direito, afigura-se imperativo a existência da norma incriminadora do aborto, como forma de garantir a tutela dos embriões, igualmente dignos de proteção estatal. Considerar, pois, os argumentos da legalização do aborto tendo em vista o direito da mulher sobre o próprio corpo, seria realizar uma clara graduação da dignidade, conferindo à mulher maior dignidade que aquela conferida ao embrião, o que seria contrário aos valores consagrados pelo Estado.

Submetendo o crime do aborto ao crivo dos critérios para tipificação de condutas e cominação das penas, elaborados pelo jurista Juarez Tavares, analisou-se individualmente acerca da obediência à proteção da dignidade da pessoa humana, a proteção do bem jurídico, a

necessidade da pena, a intervenção mínima e a proporcionalidade. De tal análise restou comprovado que a legislação relativa ao aborto superou todos os critérios exigidos pela proteção destinada à vida humana e à condição humana da norma penal, bem como pela comprovação da lesividade das condutas incriminadoras e pela inexistência de outras normas hábeis para tutelar de forma efetiva a vida intrauterina, e, por fim, pelo inquestionável interesse social na incriminação do aborto, com a efetividade das penalidades aplicáveis.

No Anteprojeto do Novo Código Penal Brasileiro, dado a aparente relativização do direito à vida por parte do legislador, em especial com a redução da pena imposta ao auto aborto e ao aborto consentido, bem como o aumento das hipóteses de aborto legalmente previstos, observou-se a premente necessidade de o legislador penal suscitar a questão levantada em relação ao embrião para concluir que este, enquanto ser humano, é uma pessoa, o titular do direito à vida no crime de aborto. Isso demonstra a necessidade de se reanalisar as propostas contidas no projeto, para que o legislador vise a formulação de uma norma penal que tutele efetivamente o direito assegurado ao embrião, e não uma abertura para a descriminalização do aborto.

Diante desta questão, e sob o olhar da fundamentação teórica adotada, pode-se afirmar, portanto, que o sujeito passivo primário do crime de aborto é o embrião, assim caracterizado a partir da formação do genoma humano, que se perfaz com a concepção, momento no qual se determina o patrimônio genético do novo ser em desenvolvimento. Desta forma, o bem jurídico tutelado no crime de aborto é a vida do embrião, considerando sua condição de pessoa, e, portanto, sujeito de direitos. Daí a necessidade da tutela penal para crimes que atente contra a sua vida, em especial pelo Novo Código Penal. Como portador de interesses e direitos, assegurados em leis, o embrião assume uma materialidade efetiva, motivo que qualquer ataque ou afronta à sua hegemonia, deve ser traduzida como típica em nossa lei penal, a fim de se assegurar a efetiva proteção do titular do direito à vida, como um valor absoluto no ordenamento brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALFRADIQUE, Eliane. Natureza Jurídica Do Embrião - Vida - Dignidade E Proteção - Vida E Valor Absoluto. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, Xi, N. 57, Set 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5151>. Acesso em: 29 ago. 2013.

BALLONE, Gj. O Indivíduo, O Ser Humano E A Pessoa - In. **Psiquweb Psiquiatria Geral**, 2001. Disponível em: <<http://gballone.sites.uol.com.br/voce/pessoa.html>>. Acesso em: 10 out. de 2013.

BATISTA, Nilo. **Temas De Direito Penal**. Rio De Janeiro: Liber Juris, 1984.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado De Direito Penal: Parte Geral**. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. p. 205-234.

_____. **Tratado De Direito Penal: Dos Crimes Contra A Pessoa**. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2. p. 128-152.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. **PLC - Projeto de Lei da Câmara Nº 03 de 2013**. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=111416>. Acesso em: 07 jan. 2014.

BRASIL. **PLS - Projeto de Lei do Senado Nº 236 de 2012**. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acesso em: 07 jan. 2014.

CAMPOS, Diogo Leite de; BARROS, Stella. **O Início da Pessoa e da Pessoa Jurídica**. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/lcamposbarbas.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso De Direito Penal: Parte Especial**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2. p. 108-125.

ENGELHARDT JR, H. Tristram. **Fundamentos Da Bioética**. São Paulo: Loyola, 2008.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: Crimes Contra a Pessoa. São Paulo: Saraiva, 2013. p.19-131.

GANTHLLER, Heinrich. **O Direito À Vida na Medicina**: Uma Investigação Moral e Filosófica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso De Direito Penal**: Parte Geral. 14ª ed. Rio De Janeiro: Impetus, 2012. v. 1. p.135-154.

_____. **Curso De Direito Penal**: Parte Especial. 4ª ed. Rio De Janeiro: Impetus, 2007. p. 237-266.

MARQUES, José Frederico. **Tratado De Direito Penal**. Campinas: Millennium, 2002. v. 2. p. 17-27.

MEIRELLES, Jussara. **A Vida Humana Embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 289-297.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual De Direito Penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 2. p. 7-71.

MORI, Maurizio. **A Moralidade do Aborto**: Sacralidade da vida e novo papel da mulher. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. 99 p.

NEME, Bussâmara. **Obstetrícia Básica**. São Paulo: Sarvier, 1994.

PALAZZANI, Laura. Os Significados do conceito filosófico de pessoa e suas implicações no debate atual sobre o Estatuto do Embrião Humano. In: **Identidade e Estatuto do Embrião Humano**. Belém: Centro de Cultura e Formação Cristã da Arquidiocese de Belém, 2007. p. 91-114.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**, 6ª ed . São Paulo: RT, 2011.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral.** 6ª ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1.

RENAUT, Alain. **O Indivíduo: Reflexão acerca da Filosofia ao Sujeito.** 2ª ed. Trad. Elena Gaidano. Rio De Janeiro: Difel, 2004.

ROSENVOLD, Nelson; Farias, Cristiano Chaves de. **Direito Civil: Teoria Geral.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 280-289.

SPAEMANN, Robert. **Personas: Acerca de la distinción entre “Algo” Y “Alguien”.** Espanha: Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, 2010. p. 227-236.

TARTUCE, Flávio. **Manual De Direito Civil.** São Paulo: Método, 2011. p. 67-73.

TASCA, Flori Antônio. **Todo Ser Humano, perante a Lei, é pessoa.** Disponível em <<http://www.sindicomercio.org.br/artigos/artigos.asp?id=109&col=jur%c3%addico>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

TAVARES, Juarez. Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: RT, 1992. p. 75-87.

VILADRICH, Pedro-Juan. **Aborto E A Sociedade Permissiva.** São Paulo: Quadrante, 1987.

XAVIER, Elton Dias. A Bioética e o conceito de pessoa: A Re-Significação Jurídica do Ser enquanto Pessoa. *In: Revista Bioética.* n° 83. América Do Norte, nov. 2009.

ZAMAI, Emerson. **Legalização do aborto Eugênico.** Disponível em: <<http://www.meuartigo.br/brasilecola.com/sociologia/legalizacao-aborto-eugenico.htm>>. Acesso em: 04 jan. 2013.