

JÚLIA CORRÊA DE FREITAS

O ABORTO E A TEORIA DO CONCURSO DE AGENTES

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2022

JÚLIA CORRÊA DE FREITAS

O ABORTO E A TEORIA DO CONCURSO DE AGENTES

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Adriano Gouveia de Lima.

ANÁPOLIS – 2022

JÚLIA CORRÊA DE FREITAS

O ABORTO E A TEORIA DO CONCURSO DE AGENTES

Anápolis, _____ de _____ de 2022.

Banca Examinadora

Dedico o presente escrito à Deus, que em sua infinita grandeza estende suas mãos generosas à nossa debilidades e, em plena sabedoria, capacita-nos em nossos trabalhos. Venho também dedicá-la aos meus mentores e familiares, por todas as instruções que me foram dadas com tamanha ternura e maestria ao longo desta jornada.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por escopo explicar o crime de aborto, entendido como tal a interrupção da gestação na mulher grávida, ato a ser praticado pela própria gestante, bem como executado por terceiros, de modo a caracterizar o concurso de agentes. No contexto deste projeto, para todos os efeitos, será debatido o abortamento advindo da decisão voluntária e consciente da mulher grávida, cuja consequência, reconhecida por todos os agentes envolvidos, resultará no encerramento de uma vida intrauterina, em quaisquer etapas da gestação. No intuito de aclarar as diretrizes intrínsecas ao tema, far-se-á necessária a realização de aprofundada análise sobre a classificação dos crimes dolosos contra a vida, bem como a sua contextualização frente aos tribunais do júri. Para mais, o estudo projetado procederá com a abordagem do concurso de agentes ante a tipificação do crime de aborto, oportunizando assim o estudo amplo das diversas hipóteses de realização do ato, tornado também possível contrastar as determinações legais com os diversos posicionamentos sociais, religiosos e culturais da sociedade contemporânea. Por fim, considerando o presente tema como de extrema relevância ao cenário atual, o referido projeto busca esmerilhar sobre o impacto social ocasionado pela criminalização do abortamento no Brasil e os seus reflexos nas diversas esferas da sociedade brasileira.

Palavras-chave: Aborto; Vida Intrauterina; Concurso de crimes; Violência; Processo Penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I- A VIDA INTRAUTERINA	03
1.1 Conceito de gestação para o direito penal e tutela do feto	03
1.2 O marco inicial da gestação	05
1.3 Teorias da Nidação e da Concepção	07
1.4 Teorias Natalista e da Personalidade Condicional	11
1.5 O direito fundamental à vida.....	14
CAPÍTULO II- O CONCURSO DE AGENTES	17
2.1 O que se entende por concurso de agentes.....	17
2.2 O concurso de agentes no crime de aborto.....	23
2.3 As espécies de aborto	26
CAPÍTULO III- O CRIME DE ABORTO E O TRIBUNAL DO JÚRI	31
3.1 Do aborto como crime doloso contra a vida	31
3.2 Análise do julgamento de aborto pelo tribunal do júri.....	34
3.3 Dos reflexos culturais, sociais e religiosos do crime de aborto	37
CONCLUSÃO	41
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

INTRODUÇÃO

O foco principal desta monografia está nas normatizações acerca do crime de aborto, em suas diversas modalidades, e no concurso de agentes. Evidencia-se que a proteção da vida é um direito garantido no Brasil desde o momento da concepção, tal como elucidado pela Lei 10.406/2002, o Código Civil Brasileiro, em seu Artigo 2º, que visa garantir os direitos do nascituro, ou seja, o ser gerado ainda não nascido.

Desta maneira, a interrupção forçada da gestação é tipificada pelo Código Penal Brasileiro em seus artigos 124 a 126, tendo por escopo a proteção à vida do feto, bem como aos direitos referentes à integridade da mulher grávida. Entretanto, muito se debate acerca das exceções determinadas para tal tipificação, sendo divergentes os entendimentos sobre os limites entre ambos os direitos defendidos.

A presente obra, do mesmo modo, anseia por abordar a aplicação do regramento do crime de aborto no concurso de agentes, apresentando as especificidades intrínsecas na análise de cada hipótese. Neste estudo, buscar-se-á explanar as contradições doutrinárias sobre a adoção da teoria monística, impondo as penalidades previstas ao mesmo crime a todos os participantes, em desconformidade com a teoria pluralística, compreendida como regra para o concurso de agentes no crime de aborto.

Ressalta-se que o aborto é foco de debates em diversos âmbitos sociais, tais como políticos, doutrinários, culturais e religiosos, gerando inúmeras controvérsias no que concerne a legalização e as exceções estabelecidas ao crime de aborto no Brasil. Este conflito ideológico advém da dificuldade encontrada pelo legislador em designar limites entre os direitos e interesses da mulher gestante em relação aos direitos garantidos ao feto em formação, de modo que as garantias de um não sobreponham a defesa dos direitos de outrem.

Nesta senda, serão utilizados escritos diversos, bem como divergentes posicionamentos doutrinários acerca do referido tema na presente confecção. Inicialmente, no primeiro capítulo será abordado o conceito de gestação para o ordenamento jurídico no Brasil, considerando as diversas teorias acerca do marco inicial da vida humana.

Seguidamente, aprofundar-se-á no capítulo segundo sobre as espécies de aborto previstas no Código Penal Brasileiro, ampliando a análise concernente às exceções apontadas como excludentes de punibilidade de seus agentes. No mesmo estudo, será apresentado o entendimento doutrinário sobre o concurso de agentes e sua aplicação no crime de aborto. Para mais, serão demonstradas as teorias monistas e pluralísticas, compreendendo-se que o crime em análise se trata de uma ressalva à regra legalmente aplicada.

Por fim, o terceiro capítulo terá o intuito de elucidar em detalhes acerca da integração do aborto no rol de crimes dolosos contra a vida e, conseqüentemente, a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de sua execução. Além disso, serão discutidos os reflexos culturais, sociais e religiosos no julgamento do crime de aborto, tendo em vista as divergências encontradas no que se entende por crime e pela viabilidade de punição por sua prática.

CAPÍTULO I – A VIDA INTRAUTERINA

Inicialmente, o presente capítulo intenta explanar as inúmeras teorias acerca do marco inicial da vida humana, os entendimentos pertinentes à tutela do feto durante o período de incubação, tal como os conceitos pertinentes à gestação e à vida intrauterina acolhidos pelo direito penal brasileiro.

1.1 O conceito de gestação para o Direito Penal e tutela do feto

Os inúmeros conceitos de gestação iniciaram-se, em tese, em meados do século XVII, após a criação de instrumentos óticos capazes de analisar variadas espécies de microrganismos, o que ampliou a visão científica acerca dos mistérios da vida.

Anteriormente aos avanços tecnológicos, o ser humano incompreendia, entre tantas temáticas, os processos de formação intrauterina, como, a título de exemplo, a presença de espermatozoides no sêmen masculino, os períodos de fertilidade feminina, bem como a formação de zigotos no ato de uma fecundação, tal como aponta Iône Pinsson, em sua obra Reprodução humana abordagem histórica na formação dos professores de biologia (PINSSON, 2003).

Uma tese considerada marco histórico, por volta de 1954, possibilitou a união de teorias científicas e religiosas, ao afirmar que os espermatozoides masculinos percorriam espaços em direção ao óvulo feminino, provocando a

fecundação. Teorias como a de Malpighi, amplamente conhecida por estudiosos da época, principiaram a ideia de que a vida se inicia no momento exato da fecundação (MALPIGHI, 1954).

Portanto, podemos entender a vida como o mais antigo direito tutelado, prevista nas cartas de lei de diversos povos e nações ao longo da história da humanidade.

Na maior parte do mundo contemporâneo, o direito à vida é previsto nos direitos fundamentais intrínsecos ao homem, sendo este inalienável e intransferível, compreendido como o mais valorado bem para grande parte dos povos, tal como a Declaração Universal Dos Direitos Humanos, entre outros (DUDH, 1948).

Como prova desta prevalência, é possível citar o Pacto José da Costa Rica (CIDH,1969), que garantia o direito à vida, desde o momento de sua concepção, tornando-se este um direito convalidado, respaldado e não arbitrário.

O Brasil passou a abarcar parte de tal Pacto em seu Ordenamento Jurídico por meio da formulação do Decreto 678/1992, estabelecendo, em Letra Constitucional, o direito fundamental e inalienável do homem à vida (BRASIL, 1988).

O Código Civil Brasileiro dispõe em seu artigo 2º que a existência da pessoa humana é marcada pelo seu nascimento com vida, conforme segue:

Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.
Artigo 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro (BRASIL, 2002, online).

Junto à mesma Lei, verifica-se que o ente, mesmo antes de nascer, já resta existente, também constituído de direitos garantidos por Lei. O cumprimento dos preceitos pertinentes à fixação do direito à vida depara-se com um complexo dilema, o seu marco inicial, o momento a partir do qual o impedimento de sua continuidade torna-se lesão a um direito fundamental, com o apontamento do início da gestação, e conseqüentemente, dos direitos do ser gerado. (VENOSA, 2013).

Por fim, o professor Ferreira apresenta o nascituro no sentido de “Aquele que há de nascer; O ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como evento futuro e certo.” (FERREIRA, 2010, p.1453)

1.2. O marco inicial da gestação.

Demarcar um momento exato da existência humana consiste em atribuir um conjunto de direitos inerentes ao homem para o ente em processo de desenvolvimento gestacional a partir de instante determinado para sua iniciação.

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece, por Norma Constitucional o princípio da anterioridade da lei, nos seguintes termos:

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos interiores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (BRASIL, 1940, online).

Diante do estipulado, compreende-se que, os direitos fundamentais, garantidos por lei, à todas as pessoas em território nacional, ou pertencentes a ele, só passam a existir juntamente com o marco legalmente apontado para a existência

humana, logo, o marco inicial de seu primeiro estágio de desenvolvimento, ou seja, no decurso da vida intrauterina.

Tal apontamento determina o momento em que diversos atos se tornam uma lesão ao direito de terceiros, uma vez que, tal como previsto pelo Código de Direito Civil brasileiro, são garantidos direitos do nascituro (BRASIL, 2002).

A doutrina moderna explana o termo “nascituro” como aquele ente humano em processo de geração, ainda não nascido, com expectativa de nascimento, conforme disse, “que há de nascer; aquele que há de nascer; o ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como evento futuro e certo”. (FERREIRA, 2010, p.1453).

Apesar de sua condição de completa dependência materna para a conservação da vida, no instante em que se torna um ente humano perante a lei, o feto passa a integrar o corpo social, restando incabível qualquer distinção, de qualquer natureza, entre nascituros e seres nascidos, tal como preceitua a Constituição Federal Brasileira em seu artigo V, in verbis:

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 (BRASIL, 1988, online)

Tendo em vista os direitos intrínsecos à personalidade humana garantidos pela legislação pátria, determinar o marco da origem da vida intrauterina significa apontar o início de inúmeros direitos pertencentes aos indivíduos mesmo antes de seu nascimento, tais como se tornar credor de pensão alimentícia, adquirir, por expectativa, doações realizadas em seu nome, direitos sucessórios, entre tantos, mas principalmente, o direito fundamental à vida, tais como definidos pelo Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002).

Neste sentido, referenciando à vida do nascituro desde o instante em que resta concebido, faz-se importante reconhecer o momento exato em que as ciências voltadas às áreas da saúde compreendem como princípio da existência humana.

Inicialmente, tomando por base os critérios utilizados pela Embriologia acerca da evolução humana desde o início de sua formação até o instante inicial do trabalho de parto, ressalta as correntes principais sobre o início da vida humana: a concepcionista, a genético-desenvolvimentista, subdividindo-se em teoria da singamia, teoria da cariogamia, a nidação do ovo, da personalidade condicional e a natalista, conforme a visão apresentada por Raphael Mendonça Costa Cildo Giolo Júnior (2015) em sua obra *Teorias Jurídicas Acerca Do Início Da Vida Humana*.

1.3. Teorias da Nidação e da Concepção

No ato da fecundação, o óvulo feminino deve ser implantado no útero, uma vez que este não será capaz de sobreviver em local alheio. Neste momento ocorreu a chamada gravidez tubária, anterior à implantação, onde o óvulo fecundado resistirá até o momento em que puder receber as condições necessárias para seu desenvolvimento dentro do ambiente uterino (SILVA, 2002).

Neste ínterim, os adeptos à teoria da nidação afirmam que o marco inicial da existência humana se dará somente após a implantação do óvulo, iniciando-se dias após a concepção, conforme aponta Cristiane Beuren Vasconcelos:

Esta teoria apregoa que somente a partir da nidação (fixação) do ovo no útero materno é que começa, de fato, a vida. Tendo em vista que esta fase começa em torno do sexto dia – quando começam a ocorrer as primeiras trocas materno-fetais – e termina entre o sétimo e o décimo segundo dia após a fecundação, pela doutrina da nidação do ovo, enquanto este estágio evolutivo não for atingido, existe tão somente um amontoado de células, que constituiriam o alicerce do embrião. (2006, p.35)

Os estudiosos pertencentes à esta vertente compreendem que com a nidação o ente recebe individualização, passando a integrar uma categoria biológica, tornando-se assim um ser humano constituído de personalidade.

Acerca do debate, questiona-se sobre a licitude de métodos contraceptivos popularmente utilizados e fortemente acessível na sociedade, conforme disserta Júlio Fabbrini Mirabeti:

O objeto material do delito é o produto da fecundação (ovo, embrião ou feto). Segundo a doutrina, a vida intra-uterina se inicia com a fecundação ou constituição do ovo, ou seja, a concepção. Já se tem apontado, porém, como início da gravidez, a implantação do óvulo no útero materno (nidação). Considerando que é permitida a venda do DIU e pílulas anticoncepcionais cujo o efeito é acelerar a passagem do ovo pela trompa, de modo que atinja ele o útero sem condições de implantar-se, ou transformar o endométrio para criar nele condições adversas para a implantação do óvulo, forçoso é concluir-se que se deve aceitar a segunda posição, tendo em vista a lei penal. Caso contrário, dever-se-á incriminar como aborto o resultado da ação de pílulas e dos dispositivos intra-uterinos que atuam após a fecundação (2007, p. 62).

Em que pese o desconhecimento popular desta teoria, muitos profissionais da área da saúde no Brasil apontam o processo de nidação como marco inicial da vida, uma vez que embriões fecundados em laboratórios, a título de exemplo, não sobrevivem alheio ao útero materno (SILVA, 2002)

Em suma, os estudiosos que questionam as teses relacionadas à nidação como marco de vida, aduzem ser este apenas um estágio obrigatório durante o processo gestacional, e não exclusivo para o início do desenvolvimento humano.

Por sua vez, a teoria concepcionista compreende que o marco inicial da vida se dá pela ocorrência de fecundação do espermatozoide junto ao óvulo, evento também classificado pela ciência como concepção.

Este conceito é adotado pelo Código Civil Brasileiro que dispõe em seu artigo 2º que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Os direitos do embrião também recebem garantia pela Constituição Federal, conforme elucida o seu artigo 5º, in verbis:

Artigo 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:
XXXVI – Garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida. (BRASIL, 1998, online)

Em síntese, esta tese apresenta a vida, com todos os direitos intrínsecos à ela, desde a formação do zigoto, uma vez que este, com todas as suas condições naturais resultará em condição humana plena. (ROCHA, 2008).

Renata da Rocha, Professora de Bioética e Direito alega que os adeptos da teoria da concepção entendem o início da vida com a fecundação, ou seja, a partir de sua constituição embrionária, conforme se vê:

A teoria concepcionista, considerando a primeira etapa do desenvolvimento embrionário humano, entende que o embrião possui um estatuto moral semelhante ao de um ser humano adulto, o que equivale a afirmar que a vida humana inicia-se, para os concepcionistas, com a fertilização do ovócito secundário pelo espermatozoide. A partir desse evento, o embrião já possui a condição plena de pessoa, compreendendo, essa condição a complexidade de valores inerentes ao ente em desenvolvimento (ROCHA, 2008, p.75).

Entretanto, vertentes contraditórias rebatem tais teses sob a alegação de que, sendo adotada essa teoria, não poderiam haver, por exemplo, estudos e pesquisas com embriões, ainda que fertilizados in vitro, uma vez que tal procedência implicaria crime de aborto.

Pamplona Filho e Araújo, por sua vez, posicionam-se no sentido de que faz-se necessária a concessão de direitos intrínsecos à personalidade jurídica aos indivíduos com mera expectativa de nascimento:

A doutrina concepcionista tem como base o fato de que, ao se proteger legalmente os direitos do nascituro, o ordenamento já o considera pessoa, na medida em que, segundo a sistematização do direito privado, somente pessoas são consideradas sujeitos de direito, e, conseqüentemente, possuem personalidade jurídica. Dessa forma, não há que se falar em expectativa de direitos para o nascituro, pois estes não estão condicionados ao nascimento com vida, existem independentemente dele. (2007, p.34).

Um dos principais pontos relevantes apresentados por esta corrente é o fato de que o zigoto possui toda a carga genética do ser humano que está sendo gerado, sendo indubitavelmente uma vida já existente com estrutura corpórea em formação.

Na compreensão concepcionista, de acordo com o professor Reinaldo Pereira e Silva (2002), em sua obra *Bioética E Biodireito: As Implicações De Um Reencontro*, encontram-se duas espécies desta teoria, a signamia e a caiogamia

A cariogamia aponta o momento em que os gametas masculinos e femininos se fundem. No entanto, este conceito apresenta um intervalo de tempo em que, entre a aproximação dos gametas e a sua fusão, não há que se falar em personalidade do ser (SILVA, 2002).

Já na singamia, compreende-se o início da vida como anterior ao exato instante da concepção, iniciando-se na liberação de espermatozoides e no percurso destes até o óvulo por meio da carona radiata, ou seja, o marco se dá desde o impulso vital demonstrado (SILVA, 2002).

Neste exposto verifica-se que os defensores desta teoria invocam os argumentos trazidos à baila, ratificando a existência humana a partir do momento

de sua concepção, bem como afirmam que tal teoria encontra-se como a única acolhida pelo nosso Ordenamento Jurídico Pátrio (SILVA, 2002).

1.4. Teorias Natalista e da Personalidade Condicional

A teoria Natalista sustenta a ideia de que a existência humana, repleta de personalidade jurídica, se dará, tão somente, com o nascimento com vida, não sendo o nascituro considerado uma pessoa, mas sim um ente que goza de “mera expectativa de direitos”.

De acordo com Pereira, é imprescindível que o ser disponha de personalidade jurídica para que seja reconhecido como detentor de direitos, conforme explana:

O nascituro não é ainda pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito (2007, p.153).

Esta teoria parte do pressuposto de que a personalidade se inicia juntamente ao parto, quando este resulta em nascimento com vida, traduzindo-se em uma visão conhecida como legalista. (SILVA, 2002)

Neste entendimento, constata-se que o embrião não será considerado um ente humano, possuindo meras expectativas de direito, não havendo que se falar em lesão destes em qualquer momento anterior ao seu nascimento com vida.

Acerca dos debates, o Exmo. Ministro Carlos Ayres Britto, em seu voto na ADI 3510, determinou:

As pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o artigo 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a CF, quando se refere à 'dignidade da pessoa humana' (art. 1º, III), aos 'direitos da pessoa humana' (art. 34, VII, b), ao 'livre exercício dos direitos (...) individuais' (art. 85, III) e aos 'direitos e garantias individuais' (art. 60, § 4º, IV), estaria falando dos direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Assim, numa primeira síntese, a Carta Magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa, e que a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado (BRAGA, 2008).

O Código Civil dispõe em seu artigo 2º que a personalidade dos indivíduos surge a partir de seu nascimento com vida, adotando, aparentemente, uma visão voltada à teoria natalista. Contudo, deixa a salvo os direitos do nascituro desde a sua concepção, aderindo assim à tese concepcionista, produzindo divergências doutrinárias.

Pela Teoria da Personalidade Condicional, considera-se personalidade humana a partir da concepção apenas se houver nascimento com vida, sendo este uma condição suspensiva.

Neste mesmo entendimento, Flávio Tartuce elucidava sobre os direitos condicionados ao nascimento da pessoa humana, inexistindo na hipótese de inocorrência do referido evento:

O grande problema da corrente doutrinária é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro. Ressalte-se, por oportuno, que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo, como propugna a corrente. Além disso, essa linha de entendimento acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos efetivos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, também mera expectativa de direitos (2014, p.79).

Assim, compreende-se que ao ser concebido poderia ser atribuído ao nascituro alguns direitos extrapatrimoniais como seria o direito à vida,

possibilitando assim a caracterização do crime de aborto, no entanto, o ente apenas adquiriria personalidade a partir do momento em que ocorresse o seu nascimento com vida (SILVA, 2002)

Faz-se válido ressaltar o pensamento de William Artur Pussi ao dizer que “o início da personalidade do nascituro a partir da concepção, com a condição de nascer com vida, a pessoa é como tal considerada desde o momento da concepção” (PUSSI, 2008, p. 446)

Por fim, tal vertente fundamenta-se na ideia de que os direitos atribuídos ao ente em processo de gestação, apenas computarão eficácia com a concretização do requisito imprescindível para existência plena, o nascimento com vida (Simeão, 2000)

1.7 O direito fundamental à Vida

Inicialmente, conforme amplamente compreendido pela sociedade brasileira, a vida é um direito inalienável e intransponível, garantida a cada indivíduo humano, e sobrepuja as demais garantias concebidas pela Lei maior a todos os brasileiros, tal como prevê:

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. (BRASIL, 1988, *online*)

Desta maneira, perfaz um ordenamento jurídico baseado na proteção das garantias intrínsecas à pessoa humana, sendo indiscutível a defesa da vida, desde a sua instauração até que seja definitivamente findada.

Contextualizando ao crime em análise às garantias constitucionais supremencionadas, faz-se válido aclarar que a tipicidade do crime de Aborto está prevista pelo Código Penal brasileiro junto ao rol de crimes praticados contra a vida, tal como se extrai do artigo 124 da referida lei, ao apontar a conduta como:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos. (BRASIL, 1940, *online*).

Sob perspectivas médico-legais, compreende-se o aborto como uma interrupção do processo gestacional até a 22ª semana de desenvolvimento do feto, tendo em vista a viabilidade, ainda que mínima, de vida extrauterina após o decurso deste período (SILVA, 2002).

O objetivo jurídico penal é a proteção do direito à vida do feto, podendo-se afirmar que o bem jurídico tutelado é a vida humana intrauterina e a tutela do direito ao nascimento com vida, ou seja, tem o intuito de preservar o feto quaisquer atos que lesionem ou apresentam riscos de danos aos bens jurídicos invioláveis.

Apesar do entendimento quando ao direito do nascituro à vida, defensores da legalização do aborto defendem a mulher como dona de seu próprio corpo, estando o direito à autonomia sobre o corpo atrelada à sua dignidade e liberdade como ser individual, conforme exposto pelo senador Magno Malta na comissão de direitos humanos e legislação. (MALTA, 2017)

Todavia, o ente gerado, ainda que dependente por completo do ser gerador, é repleto de personalidade própria, sendo-lhe garantido o direito de nascer, conforme determinado por lei, uma vez que, constituído no ventre materno, é um indivíduo particular. Tais divergências encontram força no âmbito da ética e do senso popular, bem como das condições morais adotadas pela sociedade brasileira atual. (CUTRIM, 2021)

O direito à vida é reconhecido e preservado junto à Constituição Federal, de maneira ampla, garantindo a conservação da vida humana desde o momento da sua concepção. (BRASIL, 1988)

Neste ínterim, verifica-se que o direito pátrio compreende que, em que pese de existir de forma autônoma, o nascituro é considerado um sujeito de direitos, logo, restam impostos princípios que embasam e preservam o direitos aplicados à eles. Assim, juntamente ao com o Código Civil Brasileiro, tais princípios buscam garantir o direito à vida e a dignidade do nascituro (BRASIL, 2002)

CAPÍTULO II – O CONCURSO DE AGENTES

Em síntese, o presente capítulo possui o escopo de aclarar o concurso de agentes no crime de aborto, expondo as principais hipóteses caracterizadoras de concurso, de participação e de coautoria na prática delitiva.

Logo, ante os aspectos analisados, no contexto do artigo 29 do código penal, faz-se de essencial importância o estudo do presente capítulo.

2.1. O que se entende por Concurso de agentes

Práticas delituosas, conforme o Direito Penal Brasileiro (CPB), pode ser realizada de maneira individual, tal como em codelinquência, sendo nesta configurados dois ou mais agentes vinculados para a concretização do mesmo ato típico. (BRASIL, 1940)

O Direito Brasileiro adota a teoria denominada restritiva, a qual distingue a autoria da participação, sendo este último subdividido em duas modalidades, quais sejam, participação impunível e participação de menor importância, devidamente apontadas pelos artigos 31 e 29, § 1º do Código Penal Brasileiro. (BRASIL, 1940)

Todavia, verifica-se também a aplicação da teoria do domínio do fato, onde é almejada a punição daquele chamado autor mediato, quem é punido como

autor ainda que não tenha realizado diretamente o ato criminoso, porém, agiu na indução de terceiro para a execução do delito, terceiro este incapaz de discernir sobre seus atos. Este entendimento é reconhecido por Fernando Capez ao afirmar que o executor atua sem vontade ou consciência, considerando-se, por essa razão, que a conduta principal foi realizada pelo autor mediato. (CAPEZ, 2012)

Logo, a teoria adotada, em regra, pelo CPB acerca da execução em concurso de agentes é a restritiva, aquela que diferencia a atuação dos autores e dos partícipes. (BRASIL, 1940)

Em foco ao crime de abortamento, afere-se a hipótese de execução por um único autor delitivo, assim como a realização da conduta por parte de dois ou mais agentes que atuam conjuntamente em prol do resultado almejado, conforme a definição abarcada pelo ordenamento jurídico brasileiro junto ao artigo 29 do Código Penal Brasileiro:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (BRASIL, 1940, *online*)

Para mais, Júlio Fabbrini Mirabete, a respeito das classificações ditas pela legislação em vigor, assume o posicionamento de que o concurso poderia ser classificado como a ciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na infração penal, como foco em um mesmo fim, sendo dispensável um acordo prévio entre as pessoas. (MIRABETE, 2007)

Neste mesmo entendimento, quanto à união de mais de um indivíduo para a execução do mesmo delito, Rogério Greco complementa o estudo com a seguinte linha doutrinária vejamos:

Em síntese, somente quando duas ou mais pessoas, unidas pelo liame subjetivo, levarem a efeito condutas relevantes dirigidas ao cometimento de uma mesma infração penal é que poderemos falar em concurso de pessoas. (GRECO, 2011, p. 564)

Portanto, percebe-se que, no crime de aborto, são elencadas diversas condutas delitivas que cooperam entre si para a obtenção de um resultado em comum, de modo a caracterizar o concurso de agentes, abarcando como componentes autores e partícipes. (GRECO, 2017)

Em análise às modalidades de tal hipótese junto ao artigo supracitado, Rogério Greco entende que os delitos plurissubjetivos advêm da restrição de autores ou coautores, de maneira que o art. 29 que ilustra o concurso necessário aplica-se tão somente no que tange à participação. (GRECO, 2017)

César Bitencourt, complementarmente, explicita que tal classificação irá depender da atuação de cada um dos agentes até o momento de concretização do delito executado, instuindo que “Concurso eventual de pessoas pode receber a contribuição de terceiros até o momento de consumação do crime, podendo ser em modalidades de coautoria ou de participação criminosa.” (BITENCOURT, 2018, p.808)

Na modalidade de participação no concurso de agentes, conforme os ensinamentos de Bitencourt, percebe-se a existência de um autor principal, responsável pelo preenchimento dos requisitos denotados pela norma penal, que, no intuito de realizar o delito, remete parte de tal execução à terceiros, compreendidos como partícipes. (BITENCOURT, 2018)

Nesta senda, nas palavras deste mesmo doutrinador, verifica-se uma maior punibilidade nas hipóteses que determinam a figura do partícipe, cuja interpretação relaciona-se com o presente objeto de estudo:

O partícipe não pratica a conduta descrita pelo preceito primário da norma penal, mas realiza uma atividade secundária que contribui,

estimula ou favorece a execução da conduta proibida. Não realiza atividade propriamente executiva. A norma que determina a punição do partícipe implica uma ampliação da punibilidade de comportamentos que, de outro modo, seriam impunes, pois as prescrições da Parte Especial do Código não abrangem o comportamento do partícipe. (BITENCOURT, 2018 p. 444)

O partícipe, juntamente aos demais agentes, responde pelo crime executado, sendo atribuída a ele a mesma sanção imposta aos autores e coautores delitivos, atinando, contudo, para a proporcionalidade de sua participação. (BITENCOURT, 2018)

Assim, neste entendimento, entre as modalidades descritas junto ao crime de aborto, classificam-se como participação todas aquelas hipóteses em que a conduta é praticada por terceiros, uma vez que os atos executados cooperam entre si pela mesma finalidade, qual seja, a interrupção forçada do período gestacional, resultando no rompimento da vida do ser gerado.

Vislumbra-se que o CPB acata a teoria unitária, por meio da qual resta definido que todos os participantes responderão ao mesmo tipo penal, lhes sendo cominada a pena na medida de sua culpa. (GRECO, 2011)

Neste conceito do concurso de pessoas, conforme regra adotada pelo artigo 29 do CPB, verifica-se também a existência da coautoria entre agentes, hipótese na qual as ações delituosas praticadas, apesar de não preencherem a mesma tipificação penal, foram executados aspirando o mesmo resultado. (BRASIL, 1940)

Acerca desta teoria unitária, Fernando Capez entende que não há qualquer distinção quanto ao enquadramento típico entre autor e partícipe, de modo que todos os que, na qualidade de coautores ou partícipes, deram a sua contribuição para o resultado típico deverão por ele responder, pode-se dizer que todas as condutas amoldam-se ao mesmo tipo legal. (CAPEZ, 2006)

Quanto à coautoria supramencionada, por essência, entende-se como sendo esta inaplicável ao crime de autoaborto, visto ser considerado crime próprio, já que nela o sujeito ativo é a gestante, e, sendo também crime de mão própria, somente admitirá a participação. Assim, o terceiro que aborta em acordo com o consentimento da mulher grávida, esta possui autoria do crime previsto no art. 124 do CPB, e o terceiro é figurado responde pelo crime do art. 126 do CPB. (CAPEZ, 2006)

A participação, por sua vez, é percebida na ocorrência de auxílio e instigação ao aborto, onde os terceiros responsáveis pelo induzimento responderão como partícipe pelo crime previsto no artigo 124, ou no artigo 126 como partícipe na realização do aborto. (PRADO, 2018)

Deste modo, apesar da contribuição mútua dos agentes para a mesma finalidade, a doutrina majoritária tem compreendido que, nas espécies do crime de abortamento, adotar-se-á a teoria da pluralidade de agentes.

Acerca do aborto em pluralidade de agentes, Bitencourt (2012) explica que uma parte da doutrina afirma ser possível a comunicabilidade da influência do estado puerperal da parturiente na análise delitiva, e outra parte compreende que tal condição é incomunicável, respondendo o terceiro pelo crime de homicídio. (BITENCOURT, 2012)

A título de exemplo, sobre a penalidade a ser aplicada aos indivíduos partícipes na hipótese do crime de infanticídio, Nelson Hungria entende que, uma vez que tal ilicitude é crime personalíssimo, não incidirá a mesma tipicidade ao terceiro envolvido, conforme expressa:

Não diz com o infanticídio a regra do art. 25 ('Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas'). Trata-se de um crime personalíssimo. A condição 'sob a influência do estado puerperal' é incomunicável. Não tem aplicação, aqui, a norma do art. 26, sobre as circunstâncias de caráter pessoal,

quando elementares do crime. [...] O partícipe (instigador, auxiliar ou co-executor material) do infanticídio responderá por homicídio. (1955, p. 270)

Desta maneira, Hungria adere à ideia de que a atuação dos partícipes no crime de aborto não corresponde à configuração do infanticídio, sendo o mesmo unicamente atribuído à mulher em puerpério contra o indivíduo por ela gerado.

Aníbal Bruno, em seguimento a esta mesma ideia, compreende que, para todos os envolvidos, salvo a ação da mulher em estado de puerpério, é mantido o sentido comum da cessação de uma vida humana, isto é, o crime de homicídio:

Só se pode participar do crime de infanticídio a mãe que mata o filho nas condições particulares fixadas na lei. O privilégio que se concede à mulher sob a condição personalística do estado puerperal não pode estender-se a ninguém mais. Qualquer outro que participe do fato age em crime de homicídio. A condição do estado puerperal, em que se fundamenta o privilégio é que só se realiza na pessoa da mulher que tem o filho impede que se mantenha sob o mesmo título a unidade do crime para o qual concorrem os vários partícipes. Em todos os atos praticados trata-se, direta ou indiretamente de matar, mas só em relação à mulher, pela condição particular em que atua, esse matar toma a configuração do infanticídio. Para outros mantém o sentido comum da ação de destruir uma vida humana, que é o homicídio. (2005, p.116)

Assim, resta que, no entendimento majoritário, o crime de infanticídio terá caráter personalíssimo, não comunicando o estado de puerpério aos terceiros envolvidos, de forma que a mulher grávida responderá pelo crime de infanticídio e os partícipes serão configurados pelo crime de homicídio.

Em síntese, ao que se aúfere da corrente doutrinária majoritária, embora o Código Penal Brasileiro, adote, em regra, a teoria monística, impondo as penalidades previstas ao mesmo crime de maneira igualitária a todos os participantes, também abrange a teoria pluralística em algumas modalidades excepcionais, tal como ocorre no crime de abortamento, quando praticado por terceiros.

2.2. O concurso de agentes no Crime de Aborto

O Código Penal Brasileiro, junto ao seu artigo 124, denota o autoaborto como a interrupção forçada da gravidez, com o dolo de ceifar a vida do feto. Deste modo, trata-se de um crime de mão própria, posto que a referida autoria depende restritamente à condição de gravidez para a execução ou consentimento do delito, in verbis:

123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de dois a seis anos.
Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque. Pena - detenção, de um a três anos. (BRASIL, 1940, *online*)

De acordo com este pensamento, mesmo que o fato crime seja efetuado por mais de um indivíduo, permanece indivisível e único, não havendo diferença entre eles. Ambos os envolvidos são responsabilizados pelo resultado obtido, de modo que se deve punir todos os agentes de maneira igualitária, na proporção de sua atuação.

Neste íterim, faz-se válido ressaltar que o crime de aborto se apresenta como uma exceção à teoria monista adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, visto ser possível a pluralidade de agentes em sua execução, adotando-se a teoria pluralística. (BITENCOURT, 2012)

Acerca da teoria pertinente à pluralidade de agentes na execução criminosa, Rogério Greco compreende que a proporção de delitos é proporcional ao seu número de participantes, tal como elenca:

A cada participante corresponde uma conduta própria, um elemento psicológico próprio e um resultado igualmente particular. À pluralidade de agentes corresponde a pluralidade de crimes. Existem tantos crimes quanto forem os participantes do ato delituoso (2012, p.417)

Assim, é compreendido que artigo 126 do CPB tipifica um crime pertencente à teoria pluralística, visto que, apesar das variadas condutas com o mesmo escopo, qual seja, a morte do nascituro, cada um dos indivíduos envolvidos deverá responder por uma espécie incriminadora específica, conforme com as características previstas para cada delito. (BRASIL, 1940)

Para Fernando Capez a teoria pluralística foi aderida pelo Código Penal para a sua aplicação tão somente em condições especiais, sendo assim uma exceção à regra sob a qual baseia-se o direito criminal brasileiro. (CAPEZ, 2012)

Deduz-se, desta forma, que é necessária a conduta da genitora em tirar a vida de sua prole, tal como o ato se encontrar no período puerperal da autora, e, por fim, que o ilícito seja cometido durante tal condição da parturiente. Logo, não há que se falar em infanticídio na hipótese de ausência de quaisquer destes requisitos.

Cleber Masson apresenta uma colocação no sentido de que o infanticídio deveria ser compreendido como uma espécie de privilégio ao crime de homicídio, posto que, a tipicidade é verificada na conduta de matar alguém, conforme vejamos:

Possui iguais elementares do crime de homicídio, mas também elementos especializantes atinentes aos sujeitos, ao tempo e à motivação do crime. Não se exige qualquer finalidade especial para favorecer a mãe com a figura típica privilegiada, bastando esteja ela influenciada pelo estado puerperal. (MASSON, 2017, p.75)

Neste exposto, verifica-se que o ordenamento jurídico apresentou, ao longo do tempo, diversas modificações acerca do crime de infanticídio, e que, atualmente, estando tipificado no rol das modalidades de homicídio, faz-se cabível a caracterização de seu caráter específico. (MASSON, 2017)

Sob outros termos, Rogério Greco aborda o tema elucidando que, para o delito do infanticídio, tal como a mãe é sujeito exclusivo para seu cometimento, o

seu filho recém-nascido também configura-se de modo personalíssimo como pólo passivo. Em suas palavras:

O infanticídio é um delito próprio, uma vez que o tipo penal do art. 123 do Código Penal indicou tanto o sujeito ativo como o passivo. Assim, pela redação da figura típica, somente a mãe pode ser sujeito ativo da mencionada infração penal, tendo como sujeito passivo o próprio filho. (GRECO, 2015, p.216)

Assim, aferindo-se, indubitavelmente, a prática de infanticídio como crime personalíssimo, quaisquer terceiros englobados na consumação delitiva, diante da modalidade de concursos de agentes apontada pela legislação vigente, serão responsabilizados quanto à sua coautoria ou participação.

Em resumo, apesar da teoria prevalecente junto à legislação, a chamada teoria monista, o crime de aborto, em situações determinadas, acata também a teoria pluralística, hipótese em que cada conduta delitiva será atribuída ao seu agente executor, conforme o resultado por ele adquirido, ocorrendo assim delitos e penalidades individuais.

2.3. As espécies do crime de aborto

A tipificação do crime de aborto visa garantir proteção legal à vida intrauterina, desde o tempo da concepção até o rompimento da dilatação do colo do útero materno, ou seja, ao instante inicial do processo de parto, visto que, após tal marco, os delitos praticados são classificados como crimes contra a vida extrauterina, conforme claramente expresso pelo Código Penal Brasileiro. (BRASIL, 1940)

Assim, vislumbra-se que os artigos supracitados fazem referência a crimes cometidos contra pessoa humana após e anteriormente ao seu nascimento, capazes de lesionar o direito fundamental à vida. (BRASIL, 1940)

O crime de aborto é classificado pelo ordenamento jurídico de acordo com o seu resultado (tentativa e consumação), praticado em razão de inúmeras condições as quais a mulher gestante encontra-se submetida diante da sociedade, conforme explicitado por Júlio Fabbrini Mirabete:

O aborto pode ser espontâneo ou natural (problemas de saúde da gestante), acidental (queda, atropelamento etc.) ou provocado (aborto criminoso). As causas da prática do aborto criminoso podem ser de natureza econômica (mulher que trabalha, falta de condições para sustentar mais um filho etc.), moral (gravidez extramatrimonial, estupro etc.) ou individual (vaidade, egoísmo, horror à responsabilidade etc.). (2002, p. 93)

A Lei não estipulou um período base para o crime da aborto, sendo o delito concretizado pela interrupção da gravidez em qualquer etapa da gestação, a partir de sua iniciação. (MIRABETE, 2002)

Em análise concomitante ao campo da obstetrícia, especialidade responsável pelo estudo da gestação, do parto e do puerpério em seus diversos aspectos, o aborto é compreendido como:

A interrupção da gravidez, espontânea ou propositada, desde o momento da fecundação do óvulo pelo gameta masculino até a 21ª semana de gestação; daí em diante, até a 28ª semana, fala em parto imaturo, e, entre a 29ª semana, ambas, inclusive, em parto prematuro [...]. (CROCE, 2012, p. 537)

No campo da religião, faz-se também válido ressaltar o posicionamento abarcado pela Igreja Católica, visto se tratar de uma instituição de grande influência em âmbito global, cujos dogmas repudiam a prática do abortamento em qualquer etapa da gravidez, classificando o aborto em direto e indireto. (CATECISMO, 1993)

Neste aspecto, o Catecismo, documento doutrinário oficial da Igreja Católica, aponta os ensinamentos apresentados por meio da Encíclica Gaudium et spes acerca do abortamento:

A Igreja afirmou, desde o século I, a malícia moral de todo o aborto provocado (...). O aborto direto, isto é, querido como fim ou como meio, é gravemente contrário à lei moral: «Não matarás o embrião por meio do aborto, nem farás que morra o recém-nascido. Deus [...], Senhor da vida, confiou aos homens, para que estes desempenhassem dum modo digno dos mesmos homens, o nobre encargo de conservar a vida. Esta deve, pois, ser salvaguardada, com extrema solícitude, desde o primeiro momento da concepção; o aborto e o infanticídio são crimes abomináveis. (GAUDIUM ET SPES, n. 51)

No campo da direito positivo, portanto, afere-se diferentes espécies de abortamento de acordo com o resultado, os tipos de agentes e o consentimento da mulher gestante.

No Ordenamento Jurídico Brasileiro, tem-se como espécie o Autoaborto ou o aborto consentido, sendo este uma conduta compreendida como crime doloso e de mão própria, cabível nas formas tentada ou consumada, conforme aponta o artigo 126 do Código Penal Brasileiro:

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência Forma qualificada. (BRASIL. 1940, online)

Outra espécie apresentada por lei é aquela do aborto consentido. Tal modalidade de abortamento terá a sua consumação no instante em que se der o consentimento da mulher gestante a terceiros para a realização do delito. (MIRABETE, 2015)

Nesta hipótese, o agente deverá responder diretamente pelo crime previsto no artigo 126 do CPB, logo, apesar da execução de crime de mão própria, haverá uma exceção à teoria monista visto o reconhecimento do concurso de pessoas na pratica de manobras abortivas por terceiros, com ou sem o consentimento da gestante. (MIRABETE, 2015)

Na modalidade de realização do aborto sem o consentimento, anuência ou ciência de quaisquer métodos pela mulher grávida, é possível que o autor se utilize de inúmeros meios para consumação do crime, tais como a coação ou uso de força física. Sobre esta modalidade, esclarece Mirabete:

Trata-se no caso de crime doloso, podendo o agente atuar como dolo eventual. Neste caso, é evidente a necessidade de que tenha conhecimento da gravidez e que assuma o risco de produzir o resultado. Não há que se falar em crime culposo, não tipificado em lei, podendo ocorrer o crime de lesão corporal culposa, ou lesão corporal dolosa, seguida de aborto culposo. (MIRABETE, 2015, p. 85)

Quanto à punição imposta para interrupção da gestação sem o consentimento da mulher grávida, causada pelo contexto de fraude e violência, incorrerá pena mais rigorosa estabelecida por lei:

124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem o provoque: Pena - reclusão, de três a seis anos
Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos.” (BRASIL, 1930, online)

Para mais, o referido delito trata-se de crime comum, sendo possível a prática deste por qualquer indivíduo, no qual incorrerá a presença de duas vítimas, a vida intrauterina e a mulher gestante. (MIRABETE, 2015)

Em suma, compreende-se que, com a adoção da teoria pluralística, o abortamento cominará penas individuais, conforme a sua autoria ou participação, tal como entabulado entre os artigos 123 e 126 do Código Penal Brasileiro, responsáveis pela classificação e cominação de penas para cada uma das modalidades previstas no crime de aborto.

CAPÍTULO III – O CRIME DE ABORTO E O TRIBUNAL DO JÚRI

O presente capítulo intenta abordar o tema do aborto no âmbito da competência do tribunal do júri e as exceções adotadas para a descriminalização do aborto nas hipóteses previstas em Lei.

Nesta senda, faz-se de suma importância observar os aspectos jurídicos previstos especialmente no crime de aborto para compreender a influência, o contexto e as consequências sociais evidenciadas pela criminalização do aborto e pelos consequentes debates travados em torno dela.

3.1. Do aborto como crime doloso contra a vida

O ordenamento jurídico brasileiro, nas linhas da Constituição Federal, prevê a atuação do Tribunal do Júri elencado junto aos direitos e garantias fundamentais listados pelo artigo 5º, conforme apresenta-se:

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:
XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; (BRASIL, 1988, *online*)

Logo, pelos dizeres acima, a base do Tribunal do Júri no Brasil é a Constituição Federal, sendo esta uma garantia fundamental. Logo, o Tribunal do júri não pode ser suprimido, pois se trata de cláusula pétrea, portanto imodificável por norma infraconstitucional, visto que, conforme explanou Guilherme Nucci, O tribunal do júri é a garantia da participação do cidadão na administração da justiça de seu país. (NUCCI, 1999)

Diante disso, a especificação de julgamento para crimes dolosos contra a vida abarca o entendimento que a competência do júri será aquela prevista no art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal, responsável por determinar os crimes dolosos previstos na Parte Especial do Código Penal referentes aos crimes contra a vida, conforme segue:

Art. 74. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri.

§ 1º Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados. (BRASIL, 1948, *online*)

Nesta senda, vislumbra-se a competência do tribunal do júri para julgar as diversas modalidades de aborto, concebendo como exceções ao delito o risco de vida da gestante e a gestação decorrente de estupro, conforme exposto pelo art. 128 do Código Penal Brasileiro. (BRASIL, 1940)

Diante disso, não se configurará como crime de abortamento o ato de findar o processo gestacional nas hipóteses legalmente previstas, visto a inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que a vida da genitora e a vida do feto encontram-se igualmente ameaçadas.

No decorrer dos anos, com a evolução da ciência, novos dilemas surgiram acerca deste debate. A sociedade, como detentora primordial do poder social, tem compreendido o aborto necessário, tal como o humanitário, como atos confrontantes com o direito à vida. Este contexto é vislumbrado pela formulação de

Arguição de descumprimento de preceito fundamental de nº 50, onde o Supremo Tribunal Federal compreendeu que:

O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos. Nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dúbio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portador de deficiência grave que permita sobrevivência extrauterina. Cuida-se tão somente de anencefalia. Na expressão da Dra. Lia Zanotta Machado, “deficiência é uma situação onde é possível estar no mundo; anencefalia, não”. De fato, a anencefalia mostra-se incompatível com a vida extrauterina, ao passo que a deficiência não. (BRASIL, 2012, *online*).

Assim, afere-se que do entendimento jurisprudencial tem sido uma manobra realizada com o intuito de encontrar um equilíbrio entre a permissividade em determinadas hipóteses legais e o entendimento social daquilo considerado verdadeiramente vida.

O Tribunal do Júri é um mecanismo utilizado para propiciar o julgamento de um indivíduo por seus próprios semelhantes, garantindo a decisão popular nos julgamentos de crimes dolosos efetuados contra a vida, conforme leciona Márcio Schlee Gomes:

O Tribunal do Júri representa a Justiça realizada pelos próprios cidadãos. Tem sua origem na luta do povo contra os poderes imperiais, soberanos, impondo que os julgamentos fossem resultado de um processo analisado pelos próprios membros da comunidade. (2010, p.21)

O crime de aborto, configurando-se como crime doloso contra a vida, salvo nas condições apresentadas como exceção à prática delitiva, terá julgamento de competência do Tribunal do Júri, em todas as hipóteses previstas entre os artigos 124 e 128 do Código Penal Brasileiro,. (BRASIL, 1988)

Todavia, o contexto em que se encontra a prática do aborto, por vezes é percebido pela sociedade de maneira divergente em relação ao cometimento dos demais crimes dolosos contra a vida, razão pela qual não resta costumeiro o conhecimento de mulheres levadas a júri popular pelo cometimento de aborto. (BEAVOIR, 2009)

Isto posto, apesar do impacto causado socialmente pela temática, as penalidades previstas pela legislação se destoam do contexto reconhecido pela comunidade, tal como expressa Bezerra, o Direito no Brasil ocorre em dissonância com as reais necessidades da população (BEZERRA, 2001)

3.2. Análise do julgamento do aborto pelo Tribunal do Júri.

A retirada de um direito natural como a vida é considerado, tal como afirma Hunt, um crime contrário à própria existência humana, uma contrariedade extrema aos direitos humanos. (HUNT, 2009).

Nota-se que, a justiça, compreendida como a base da ordem social, estabelece diferentes penalidades aos autores de crimes contra a vida, em conformidade com os requisitos culturais, históricos e religiosos de cada localidade. (BECCARIA, 2000)

A Constituição Federal Brasileira constituiu, por meio de seu artigo 5º, a competência do Tribunal do Júri para o julgamentos de crimes contra a vida na modalidade dolosa, tais como o infanticídio e o aborto, a título de exemplo. (BRASIL, 1988)

Da mesma maneira, o Código de Processo Penal, em seu artigo 74, elucida em rol taxativo todos os crimes previstos para julgamento nos moldes do Tribunal do Júri:

Art. 74. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri.

§ 1º Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados. (BRASIL, 1941, *online*)

O julgamento pelo júri é formado por cidadãos de conduta estimada, entre os quais é realizado um sorteio para definir os jurados responsáveis pelo caso a ser analisado. O filtro realizado para estipular tais indivíduos de prestígio baseia-se na escolha entre brasileiros natos ou naturalizados, que apresentem comportamento idôneo, a devida habilidade cognitiva, que cumpram devidamente os seus deveres políticos e sociais, entre outros. (CAPEZ, 2012)

Em tal modalidade de juízo, são cidadãos comuns responsabilizados para definir a condenação, tal como a absolvição do indivíduo acusado de crime doloso contra a vida. Neste contexto, as pessoas selecionadas para o cumprimento desta demanda podem julgar por livre convencimento acerca do caso concreto. Assim, não se faz necessário o julgamento baseado nas provas apresentadas junto aos autos daquela condenação. (BONFIN, 2010)

O doutrinador Flávio Tribuzi se posiciona no sentido de que a modalidade do julgamento por júri popular proporciona uma maior garantia das diretrizes democráticas vigentes, visto ser uma justiça em conformidade direta com os interesses do povo, conforme segue:

O Tribunal do Júri, também chamado de tribunal do Júri Popular ou Tribunal do Povo, é formado por um grupo de pessoas do povo para, sob presidência de um Juiz de Direito, julgar, em nome da sociedade, qualquer elemento da comunidade acusado da prática de um ato criminoso, e por essa razão há quem diga que essa forma de julgamento é uma das mais elevadas e perfeitas expressões democráticas do mundo moderno. (TRIBUZY, 2000)

Por sua vez, Fernando Capez acrescenta que, sendo o tribunal do júri um modelo que atribui o julgamento aos cidadãos, é possível que o réu seja beneficiado pelo livre convencimento dos jurados: “Sua finalidade é de ampliar o direito de defesa dos réus, funcionando como uma garantia individual dos acusados pela prática de crimes dolosos contra a vida e permitir que, em lugar do juiz togado, preso a regras jurídicas, sejam julgados pelos seus pares.” (CAPEZ, 2011, p.632)

A presente Constituição Federal estipulou a realização do tribunal do júri com as suas principais características junto aos Direitos e Garantias Fundamentais, in verbis:

É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida: homicídio; infanticídio; participação em suicídio e aborto. (BRASIL, 1988, *online*)

Os artigos concernentes ao aborto visam proteger o direito à vida, sendo objeto de tais tipificações a lesão a vida do nascituro, todavia, quando o agente atenta contra o direito à vida de um recém-nascido, pela própria mãe, quando esta se encontrar sob influência do puerpério, tratar-se-á do crime de infanticídio. (BRASIL, 1940)

Todavia, percebe-se que as punições quanto aos crimes contra a vida do feto apresentam determinadas exceções, previsões garantidas pelas diversas construções jurisprudenciais. Assim, as hipóteses listadas como exceção ao crime de aborto, apesar de reconhecer a ilicitude, extingue a punibilidade do agente. (BRASIL, 1940)

3.3. Dos reflexos culturais, sociais e religiosos do crime de aborto

Com a influência do cristianismo em todo o território brasileiro, a prática de abortamento passou a ser popularmente abominada, apresentando reflexos em

todo o ordenamento jurídico, e, conseqüentemente, em diversas esferas da sociedade.

Capez (2012) explicita que na Idade Média o teólogo Santo Agostinho, com base na doutrina de Aristóteles, considerava que o aborto configuraria crime tão somente na hipótese de o feto abarcar uma alma, o que se julgava ocorrer quarenta ou oitenta dias após a concepção.

A tradição da Igreja católica, tais como religiões abrangidas pelo cristianismo, sempre considerou a vida humana como algo a ser protegida e favorecida, desde a sua iniciação, e, do mesmo modo, durante todas as fases do seu desenvolvimento (CATECISMO, 1993)

Portanto, diante de tais posicionamentos, resta clarividente que as religiões cristãs sempre influenciaram na criminalização do aborto ao longo dos séculos, no entanto, foi somente com o Código Penal de 1940 que o crime de aborto provocado foi então tipificado no Brasil.

Souza (2019) enfatiza que a teoria concepcionista foi adotada pelo cristianismo assim como pelo ordenamento jurídico brasileiro, por meio da redação do artigo 2º do Código Civil que dispõe que:

Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil
Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. (BRASIL, 2019, *online*).

Tal como explana o artigo anterior, a legislação ampara os direitos civis dos indivíduos nascidos, bem como alarga tal proteção aos indivíduos já concebidos, anteriormente ao seu nascimento.

Acerca da teoria concepcionista adotada pelo ordenamento jurídico através da referida inovação do Código Civil Brasileiro, a professora Silmara Chinelato esclarece que:

A tomada de posição de que o nascituro é pessoa, importa reconhecer-lhe outros direitos além dos que expressamente lhe são conferidos pelo Código Civil, uma vez que se afastam na espécie por inaplicável, a regra de hermenêutica *excepciones sunt strictissima einterpretationis*. Reitera nosso modo de ver quanto à não-taxatividade dos direitos reconhecidos ao concebido pelo Código, outro postulado de hermenêutica, no sentido de que a enunciação taxativa é indicada expressamente pelas palavras só, somente, apenas e outras similares, inexistente no texto do art. 4º, que ao contrário, refere-se genericamente a 'direitos do nascituro'. (2000, p. 255.)

Neste entendimento, assume-se uma ideia de que o nascituro, desde o conhecimento de sua existência, já é considerado um indivíduo detentor de direitos perante a sociedade, tal como os quaisquer componentes do corpo social.

Esta teoria pressupõe que a vida humana deve ser resguardada a partir do momento de sua concepção no útero materno. Para Diniz, esta teoria pode ser aclarada por meio de estudos científicos modernos, conforme afirma:

A fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida inicia-se no ato da concepção, ou seja, da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, dentro ou fora do útero. A partir daí tudo é transformação morfológico-temporal, que passará pelo nascimento e alcançará a morte, sem que haja qualquer alteração do código genético, que é singular, tornando a vida humana irrepetível e, com isso, cada ser humano único (2011, p. 50).

Portanto, é imprescindível para a classificação dos crimes contra a vida intrauterina a discussão acerca do marco inicial da vida humana, uma vez que, para se falar em interrupção gestacional, faz-se necessário, primeiramente, estabelecer a amplitude da proteção jurídica reservada aos nascituros.

Assim, conclui-se que, conforme Cavalcante e Xavier (2006) A Constituição Federal Brasileira de fato resguarda a vida embrionária, entretanto, resta inegável que tal proteção constitucional possui eficácia imensuravelmente distante da tutela prestada no que concerne os direitos concedidos aos indivíduos já nascidos.

CONCLUSÃO

No decorrer do presente trabalho, foi redigido acerca dos conflitos vislumbrados entre o senso comum, as legislações vigentes e os seus reflexos na sociedade brasileira. Ao passo que, ainda nos dias de hoje, inúmeros obstáculos são encontrados para a aplicação das sanções previstas ao crime de aborto, posta a divergência entre as teorias acerca do marco inicial da vida humana, tal como os limites estabelecidos para a defesa dos direitos intrínsecos ao nascituro em colisão aos direitos interligados à dignidade e a liberdade da mulher gestante.

Nesta senda, percebe-se diversos reflexos advindos de tais contradições, tais como as exceções determinadas para a prática do abortamento, a fim de que tal ato não possa configurar uma prática delitiva, tomando por fundamento teorias, estatísticas e posicionamentos sociais acerca do direito à vida.

Cumprе ressaltar que, apesar das mudanças recorrentes em relação às normas estipuladas sobre o crime de aborto, grande parte da população brasileira, visto se tratar de uma nação preponderantemente cristã, posiciona-se contrariamente às exceções abarcadas ao aborto, partindo em defesa da vida, tomando por base a teoria da concepção.

As contraposições provêm, principalmente, da discrepância presente nas inovações trazidas pela legislação. Muito se aponta sobre a possibilidade de tais exceções para o crime de aborto tratarem-se de normas inconstitucionais, a qual declara, como direito fundamental e inalienável, o direito de todos à vida.

Assim sendo, a presente pesquisa utilizou-se da melhor doutrina e a mais atualizada jurisprudência sobre o assunto. Sabe-se que tal assunto não se esgota na presente pesquisa, posto que, outras no futuro, quando houver a possibilidade de aprimorar mais ainda o tema podem ser feitas em nível de maior elucidação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARIAS, Geraldo. **Em 1953 foi descoberta a estrutura do DNA: Etapas de um grande avanço científico**. Passo Fundo: Embrapa Trigo, 2004. Documentos Online. Disponível em: http://www.cnpt.embrapa.br/biblio/do/p_do44.htm. Acesso em 05 Jan. 2021.

Assembleia Geral da ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. 2. ed. Tradução: Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **A produção do Direito no Brasil: a dissociação entre Direito e realidade social e o direito de acesso à justiça**. Ilhéus: Editus, 2001.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, César. **Tratado de Direito Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BONFIN, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 5ª ed. rev e atual de acordo com as Leis 11.900, 12.016 e 12.037 de 2009., São Paulo: Saraiva, 2010.

BRAGA, Taynara Cristina. ADI no 3.510: Bioética e suas repercursões no ordenamento jurídico. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, 14 de novembro de 2014. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/33465>>. Acesso em 18 Dez. 2021.

BRASIL. **Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 18 Dez. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 20 Set. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado Federal. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 Ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 263, de 23 de fevereiro de 1948**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L263.htm. Acesso em 09 Mai. 2022.

BRUNO, Aníbal, RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio: crime típico, figura autônoma, concurso de agentes**. São Paulo: Pillares, 2004.

BRUNO, Anibal, apud JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte Especial**, v. 2. 23. ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

BOIM, Priscila. **Teorias do início da vida e lei de biossegurança**. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/1863/1773>. Acesso em: 10 Ago. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial simplificado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012

CFM. **Conselho Federal de Medicina**. Revista, Bioética. Brasília, 2000.

CROCE, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUTRIM, Fábio Luiz Viégas. **Aborto E Ética: Uma Análise Crítica Dos Valores**.
DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**.
v. 7. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAUDIUM ET SPES. **Documentos do Concílio Ecumêncio Vaticano II**. São Paulo: Paulus, 1997.

GIOLO, Raphael Cildo. **Teorias jurídicas acerca do início da Vida Humana**.
Revista eletrônica da Faculdade de Direito da Franca, dezembro de 2015.

GOMES, Márcio Schlee – **Júri: Limites Constitucionais da Pronúncia**. 1º ed.
Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – parte especial**. 12 ed. Rio de Janeiro:
Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. **Processo penal comentado**. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

IGREJA CATÓLICA. **Catecismo da Igreja Católica. 3. ed.** Petrópolis: Vozes; São Paulo: Paulinas, Loyola, Ave-Maria, 1993.

JESUS, Damásio E. de. **Código penal anotado**. 17 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUNIOR, Josceli. O nascituro e sua personalidade jurídica. **Revista 167**, 1 de janeiro de 2017.

JUNIOR, Cildo. **Teorias Jurídicas acerca do início da vida humana**. V.10, n.2, Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, 2015.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

MATOS, Priscila Batista. **Direito à vida do nascituro na fase intrauterina**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 15 – n. 47, 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. São Paulo. Atlas, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18 ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte especial art. 121 a 234 CP**. 25. ed. São Paulo: atlas, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. v. 1. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri: princípios constitucionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de San José de Costa Rica). Costa Rica, 1969.

PAMPLONA, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **A tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direito de Família**. Vol. V. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro - volume 2: parte especial**. 16. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

RIBEIRO, Lorena. **A Legislação sobre o Aborto e o seu impacto na saúde da mulher**. Brasília: Senatus, 2008.

ROCHA, Renata. **Direito à vida e as pesquisas com células-tronco: limites éticos e jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SANCHES, Vladia. **O conflito sobre o início da vida**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=671df07e9737de59>. Acesso em: 27 Mai. 2022.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os Direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, Reinaldo. **Bioética e Biodireito: As implicações de um reencontro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SOUZA, Priscila. **Teorias do início da vida e lei de biosegurança**. 2008.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil – Volume Único**. 4ª ed. São Paulo – SP: Método, 2014.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia**. São Paulo: Atlas, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte geral**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.