

A EQUIDADE DA PROTEÇÃO ESTATAL AO FETO A TERMO NO CONTEXTO DOS CRIMES CONTRA A VIDA

Gustavo Ferreira¹

RESUMO: muito ainda se discute sobre a descriminalização do crime de aborto, seja no seio de grupos vulgares, seja no de abastados em pretensão de conhecimento, inclusive, o jurídico. Prescrutar o grau de equidade que o Estado, através das leis, dispensa ao objeto material do crime que tem como bem jurídico a vida, mostra-se deveras importante e atual, apesar de sua histórica presença na civilização. Isso porque o objeto material influencia diretamente na determinação do preceito secundário de crimes contra a vida, o que implica perquirir o assunto buscando elucidar discrepâncias tutelares incompatíveis com direitos constitucionais e internacionais. À vista disso, investiga-se a proteção dispensada pelo Estado ao feto a termo nos limites do diploma repressivo, esquadrinhando uma produção teórica forte em bibliografia, jurisprudência e legislação, conceituando-se e comparando-se premissas com o fito de arrematar pragmaticamente a idiosincrasia estatal quanto ao direito à vida do ser humano, quando da iminência de seu vir ao mundo pulmonar, implicando em arrefecimento na penalização do crime de aborto. Porquanto, demonstrou-se haver discrepância no *quantum* da sanção estatal dispensada àqueles que matam um ser humano, com alocações topográficas diversas de preceitos primários de mesmo bem jurídico tutelado, com destaque para a desproporcionalidade da pena cominada a prática de condutas análogas.

Palavras-chave: feto a termo. Direito à vida. Aborto. Equidade. Pena.

ABSTRACT: a lot is discussed about abortion crime decriminalization, be in the center of ordinary groups or among those who are knowledge wealthy, including legal comprehension. Examining the State equity through the laws, dispenses the crime material object that has life as a legal asset, proves to be important and current, despite of his historical presence on civilization. This is because the material object directly influences the secondary precept determination of crimes against life, which implies the subject investigating seeking to clarify tutelary divergences incompatible with constitutional and international rights. However, is investigated the State protection to the term fetus within the limits of the repressive document, analyzing a strong theoretical production in bibliography, jurisprudence and legislation, comparing and conceptualizing some premises with objective of pragmatically ending the state idiosyncrasy regarding the human being right to life, when it is imminent his coming to the pulmonary world, implying a “cooling” penalization of the abortion crime. Although was demonstrated there is a discrepancy in the sanction State’s quantum dedicated to those who kill a human being, with topographical different allocation and primary precepts and same legal protected asset, aiming on disproportionality of penalty imposed on similar practices conducts.

¹ Unifacex

Revista de Direito Unifacex. Natal -RN, V.11, n. 01, 2023. ISSN: 2179216-X. Paper avaliado pelo sistema OJS, recebido em 13 de dezembro de 2023; aprovado em 27 de dezembro de 2023.

Keyword: term fetus. Life rights. Abortion. Equity. Penalty.

1 INTRODUÇÃO

Vulgari modo, o tema patrocina vastos e contundentes debates que se revestem da ideia sobre colisão de direitos fundamentais, mas que guardam, não muito clandestina, a vontade intrínseca em ver descriminalizar, em absoluto, o ato de abortar um feto humano, ainda que instantes antes de seu vir à luz.

A técnica jurídica, *a contrario sensu*, deve permanecer à margem dessa celeuma perfunctória, debruçando-se imparcialmente sobre a questão para diagnosticar o posicionamento do Estado frente às ações não permitidas que atentem contra a vida do ser humano em último estágio de desenvolvimento uterino, confrontando-as com outros crimes da mesma espécie, descritos no Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro).

Essa questão, nada obstante a alta relevância – a considerar o grau de importância do bem jurídico tutelado – é pouco discutida pela comunidade jurídica dentro de um contexto lógico, diante do preceito primário contido no artigo 121, do Código Penal, frente ao objeto material dos artigos 124 a 126, do mesmo diploma repressivo, pois que se trata em essência de igualdade de tutela, isto é, do ser humano nascente com inequívoca viabilidade de vida extrauterina.

Assim, diante da relevância sociojurídica do tema, far-se-á um estudo interdisciplinar – forte em conteúdo bibliográfico, normativo e jurisprudencial, de teor constitucional e criminal, além de outros esparsos – possibilitando desnudar a proporcionalidade da censura determinada pelo Estado brasileiro àqueles que atentam contra a vida humana, a fim de aferir se o feto a termo tem seu direito à vida tutelado em mesmo nível de proteção que os demais de sua espécie.

Para o escrutínio, marca-se um limite claro por meio da concepção médica da viabilidade fetal, a partir do qual não se concebe malsinações sobre inexistência de vida humana, almejando conferir possível interferência do objeto material na prescrição do *quantum* de pena cominada ao agente do crime, bem como a influência do sujeito ativo na determinação do preceito secundário. Ressalta-se que não se adentrará na discussão envolvendo excludentes de ilicitude que ensejam o aborto legal.

No presente curso laboral, inicia-se com a historicidade do crime de aborto, demonstrando seu aspecto social assentado basicamente no interesse de classes. A contemporaneidade doutrinária e jurídica, assaz presentes, não se atrevem a discutir a questão de frente, apenas à margem, logrando êxito no ensaio de precedente jurídico quanto ao *momentum* determinante para configuração do crime de abortamento. No capítulo relativo ao

direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro, evidencia-se a regra constitucional aplicada de modo inequívoco ao feto quando demarcamos sua viabilidade em ambiente extrauterino. Destaca-se, posteriormente, as ressalvas, ou seja, os casos e condições para aplicação da pena de morte, o que também corresponde a discutir a proporcionalidade da pena em razão da sua correspondência com a importância do bem jurídico tutelado pela norma. Por fim, após foco apenas nos detalhes pertinentes aos crimes contra a vida, destacamos o objeto material para discutir objetivamente e comparar a quantidade de pena prescrita para o agente ativo do crime de aborto com outros da mesma espécie.

2 CONTEXTO HISTÓRICO

A interrupção do processo de formação do ser humano é historicamente registrado em todo o mundo como prática corriqueira. No Oriente, por exemplo, o Código de Manu determinava diferentes sanções para aqueles que praticassem o abortamento de fetos, punindo a gestante apenas mais severamente se ela pertencesse a uma classe social de maior destaque, pois isso colidiria com interesses sucessórios (VICENTE, 2018, p. 9).

De acordo com Rebouças e Dutra (2011), na Grécia antiga, famosa por ter sido o berço da filosofia ocidental, a interrupção da gestação era prática comum, principalmente realizado por mulheres que dependiam da beleza e da perfeição do corpo para sobreviver, acrescentando que em algumas tribos indígenas da América do Sul o aborto da primeira gravidez acontecia por se acreditar que isso fortaleceria a gestação seguinte.

O Código de Hamurabi, por seu turno, segundo Gadelha de Sá (2016), prescrevia variadas sanções a quem cometesse o abortamento, podendo chegar até a morte. Conforme o autor, a maior vítima desse crime, não era a mulher, mas o homem, já que a primeira não passava de propriedade do segundo. Na República Romana, o aborto, apesar de considerado imoral, era largamente praticado pelas mulheres que não queriam comprometer a beleza, crescendo vertiginosamente no seio dessa sociedade em virtude de desregramentos morais, o que ensejou a criação da *Lex Cornelia*, que previa pena de morte às mulheres casadas que provocassem o abortamento. Nas palavras de Gadelha de Sá: “passou-se a criminalizar tal conduta apenas porque entendia-se que esta prática era uma ofensa ao direito do marido à prole esperada, não havendo intenção de resguardar a vida intrauterina” (GADELHA DE SÁ, 2016, p. 1).

Capez resume bem a questão ao afirmar que o abortamento era prática comum entre povos antigos, sendo o aborto, produto desse ato, considerado parte do corpo da gestante,

passando, posteriormente, a ser combatido por se entender haver lesão ao direito do marido à prole (CAPEZ, 2019, pág. 213).

Considerando a bíblia como obra que mais influenciou a humanidade e, por conseguinte, as ideias sobre o ato de interrupção absoluta da gestação, notamos como o problema foi moldado ao longo dos séculos. Insta destacar que malgrado as escrituras defendessem essa ação de modo pragmático, havia nelas também, por outro lado, elementos metafísicos contrários².

Costa (2010) faz oportuna constatação ao dizer que o injusto do aborto nasceu com o cristianismo, ficando esse crime equiparado ao homicídio e teria sido tipificado pela primeira vez na Constitutio Bamberguensis de 1507 e depois na Constitutio Criminalis Carolina de 1532, acompanhado pelo Direito Canônico, inspirado talvez em Santo Agostinho. Com o Iluminismo o aborto obteve máxima repressão no direito francês que estipulava pena de morte a quem o praticasse.

Conforme Galeotti (2007) *apud* Rebouças e Dutra (2011), a prática do abortamento sempre esteve relacionada aos interesses da mulher, cenário ultrapassado pela Revolução Francesa quando o feto, promissor soldado ou trabalhador francês, passou a ser alvo de interesse político e econômico, ficando na mira da igreja católica, a qual determinava excomunhão de mulheres que praticassem o aborto, independentemente do período gestacional, situação corroborada por Nucci (2019, p. 190 - 191).

Uma reviravolta, então, processou-se e consolidou-se no ocidente. Capitaneada pela igreja, uma corrente dominou o pensamento contemporâneo, monopolizando o assunto e influenciando posteriormente culturas no mundo todo: o embrião/feto é uma vida e tem seu direito resguardado desde o momento da concepção (GADELHA DE SÁ, 2016, p.2).

Com os avanços da medicina, o aborto passou a ser combatido por colocar em risco a saúde da mulher *cf.*, Marques e Bastos (1998) *apud* Rebouças e Dutra (2011).

De acordo com Rebouças e Dutra (2011), atualmente o aborto é proibido na França devido à queda populacional decorrente da primeira grande guerra. No Japão, permanece

² Em Números 5:11-31, há uma ritualista religiosa característica do período, que endossava o induzimento do aborto tão só por pedido do cônjuge enciumado. Naquela sociedade o embrião/feto não era visto como pessoa humana com vida, daí a gestação interrompida culposamente ser punida apenas com multa, como observamos em Êxodo 21:22-23, que estipulava pena pecuniária a terceiro que, por culpa, provocasse um aborto, mas o condenava, no entanto, a morte caso desse ato decorresse a morte da gestante. Vemos que a pena acompanhava a gravidade do resultado. Contrariando o exposto, o texto, considerado de inspiração divina, carrega também elementos que fazem crer ser o embrião/feto detentor de vida, pois que seria obra de Deus antes mesmo da concepção, conforme Jeremias 1:5 e Salmos 139:13-14. Logo, apesar daquela sociedade sofrer influência de mesma base teológica, não logrou êxito em se desgarrar dos elementos culturais de cunho patriarcal, ainda que o mandamento fosse claro, como na lei mosaica: não matará!

autorizado como método de controle de natalidade com o intuito de impedir o avanço da miséria pós-guerra. Em Portugal, o abortamento é permitido até a 12ª semana de gestação. Nos Estados Unidos e Austrália, não há restrições para tal prática, havendo poucas variações a depender de algumas normas estaduais, sendo considerado um direito constitucional da mulher (GADELHA DE SÁ, 2016).

No Brasil, segundo Capez (2019), o abortamento não era criminalizado quando o sujeito ativo era a gestante, sendo punido apenas o terceiro que realizasse essa prática, nos termos do Código Criminal do Império de 1830, ficando ambos sujeitos à legislação criminal posteriormente com o *Codex* de 1890, continuando proibido pelo Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, mas relativizado em alguns casos, necessitando ainda, segundo Rebouças e Dutra (2011), de avanços que afastem a legislação de conteúdos moral e religioso, frutos da influência da igreja católica nos costumes brasileiros.

3 REVISÃO DE LITERATURA

Nascimento Filho (2013) *apud* Vicente (2018) cita a Primeira Conferência Mundial sobre a Mulher ocorrida em 1975 no México, afirmando que ela “trouxe consigo a viabilidade de descriminalizar o aborto”.

No entanto, ao analisar a produção desse evento, não se deduz essa conclusão. Ao que parece, apenas discutiu-se, defendeu-se e registrou-se a justa necessidade de implantar pragmaticamente a igualdade de gêneros em todas as esferas da vida social, não se debatendo a questão do aborto como direito da mulher, mas tratando, em verdade, a questão como saúde pública, merecendo, claro, melhor atenção, mas do ponto de vista nutricional e de atenção básica, conforme trecho a seguir:

Reconhecendo que a alta taxa de abortos ilegais realizados por pessoas não qualificadas é um sério problema de saúde materna em vários países em desenvolvimento, particularmente no caso de mulheres migrantes que vivem em condições de moradia precárias [...]. 1. Insta os Estados Membros a: (a) Atribuir especial importância aos programas especiais de saúde urbana, semi-urbana e rural para a prestação de serviços de saúde adequados à população; (b) Para dar atenção especial ao desenvolvimento dos serviços de saúde primários, nos quais a comunidade identifica e reconhece as suas próprias necessidades e participa no estabelecimento de prioridades e no desenvolvimento das atividades relacionadas com a saúde no nível primário. Este sistema deve ser apoiado por uma rede nacional de serviços especializados mais complexos para o atendimento de toda a população, com particular destaque para a saúde da mulher ao longo do seu ciclo de vida; e **por serviços de atendimento a mulheres e crianças, incluindo programas de nutrição**

e programas de proteção contra riscos ambientais e de educação em saúde; (UNITED NATIONS, 1976, p. 87). (Tradução e grifo nossos).³

Esse viés temático foi rediscutido na II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos em 1993, na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo em 1994 e na IV Conferência Mundial Sobre Mulheres em 1995, ocorrida em Beijing. Nesse último caso, o evento, além de reconhecer o aborto como problema de saúde pública e aconselhar países que o tenham descriminalizado a oferecer condições dignas à mulher, sugere prioridade de políticas públicas que instrumentalizem o planejamento familiar, evitando ao máximo gestações indesejadas.

k) à luz do parágrafo 8.25 do Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, que reza: “Em nenhum caso se deve promover o aborto como método de planejamento familiar”. Insta-se a todos os governos e às organizações intergovernamentais e não governamentais pertinentes a revigorar o seu compromisso com a saúde da mulher, a tratar os efeitos sobre a saúde dos abortos realizados em condições inadequadas como sendo um importante problema de saúde pública e **a reduzir o recurso ao aborto mediante a prestação de serviços mais amplos e melhorados de planejamento familiar**. A prevenção da gravidez não desejada deve merecer a mais alta prioridade e todo esforço deve ser feito para eliminar a necessidade de aborto (VIOTTI, 1995, p. 182). (Grifo nosso).

A legislação brasileira considera crime o aborto, punindo não só a gestante, mas também quem o pratica, com ou sem o seu consentimento. Faz, no entanto, duas ressalvas no art. 128 do Código Penal: quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante ou quando a gravidez resultar de estupro. Nesses casos estaremos diante de um fato típico, porém desprovido de antijuridicidade, afastada por estado de necessidade, segundo Costa Júnior *apud* Greco (2018) e Marques *apud* Greco (2018).

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento de HC 124.306, pontuou que, em situação de aborto provocado nos três primeiros meses da gestação, é incabível a decretação de prisão preventiva por, dentre outros motivos, violar os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, privando-a de assistência médica com qualidade. Acrescenta esse Egrégio Tribunal que a

³ Recognizing that the high rate of illegal abortions performed by non-qualified persons is a serious maternal health problem in several developing countries, particularly in the case of migrant women living under substandard housing conditions, [...] Urges Member States:

(a) To attach particular importance to special urban, semi-urban and rural health programmes for providing adequate health services to the population; (b) To give special attention to the development of primary health services, in which the community identifies and recognizes its own needs and takes part in the establishment of priorities and in the development of health-related activities at the primary level, This system should be supported by a national network of more complex specialized services to care for the entire population, with particular emphasis on the health of women throughout their life cycle; and by services for the care of women and children, including nutrition programmes and programmes for protection against environmental hazards and for health education; (UNITED NATIONS, 1976, p. 87).

mulher não pode ser obrigada a manter uma gravidez indesejada, alocando-a em situação de desigualdade, “já que homens não engravidam”.

Em 2012, após oito anos de tramitação, o STF, por maioria de votos, julgando ADPF nº 54, declarou a inconstitucionalidade da interpretação, segundo a qual a interrupção da gravidez de feto sem atividade elétrica cerebral constitui crime, conforme artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal, uma vez que, nas palavras do Ministro Marco Aurélio: “O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura”. Notar que a decisão de descriminalização considerou tão somente a viabilidade da vida quando lançada fora do ambiente materno:

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 (Min. Marco Aurélio, ADPF n 54, p. 53).

Até aqui, portanto, o que temos para a configuração do crime de aborto seria a interrupção da vida intrauterina a partir do segundo trimestre, desde que o feto apresente atividade elétrica cerebral, pois, ao contrário, em qualquer fase da gestação não há de se falar no abortamento ilegal.

Quando o Ministro Relator afirma que os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal não podem se aplicar ao feto anencéfalo, diz também que devem ser considerados em todos os outros casos, quais sejam: aqueles que possuam sistema nervoso central.

Costa (2010) afirma ser tendência atual a legalização do aborto nas primeiras 12 semanas de gestação, período considerado como de reflexão, sendo caso de direitos humanos, instrumentalizado na saúde pública, já que, segundo o autor, conforme visto na jurisprudência, prepondera o direito da mulher à sexualidade e reprodução, de poder controlar, em última instância, sua própria fertilidade e de ter autonomia sobre seu próprio corpo.

Greco (2018) opina que o problema do aborto é não perceber a dor sentida pelo óvulo, pelo embrião ou pelo feto. Para ele, não presenciamos e por isso aceitamos sua morte com tranquilidade, questionando: “qual a diferença entre causar a morte de um ser que possui apenas 10 dias de vida, mesmo que no útero materno, e matar outro que já conta com 10 anos de idade? (GRECO, 2018, p. 131). Segundo ele, a vida concebida já seria vida humana como no adágio: *Homo est qui futurus est; etiam fructus omnis iam in semine est?*

De outra banda, Thompson (2012), a despeito de aceitar existir casos de abortos injustos, defende que o feto, a despeito do direito à vida, não tem o de usar o corpo de outra pessoa para

manter-se vivo, situação de gestação provocada por violência sexual, haja vista não ter dado a mulher permissão para que outro ser nela se desenvolvesse. Quando o caso é de conjunção carnal consensual, a autora afirma que, a despeito da voluntariedade e conhecimento dos riscos de gravidez, a mulher, ainda que parcialmente responsável, não pode ser obrigada a aceitar a presença daquele ser, pois que uma janela aberta não autoriza ninguém a entrar, nem a permanecer, ainda que inocente, do mesmo modo que não lhe impede de arrancar uma planta que cresceu no seu jardim da semente que entrou por essa janela. O fato de desconectar o feto de seu corpo não implica necessariamente em causar-lhe a morte, como se a garganta o houvesse cortado. Arremata, finalmente, que os pais só serão responsáveis pela morte de uma pessoa quando “[...] não tentam evitar a gravidez, não procuram abortar e, no momento do nascimento do bebê, não entregam à adoção, mas o levam para casa [...]” (THOMPSON, 2012, p. 162).

Goldblatt (2022) comenta o texto de Thompson (2012) e afirma que quando se defende o aborto escorando-se no argumento que a mulher tem o direito de dispor livremente de seu corpo é o mesmo que defender que todos os estados americanos deveriam, como Nevada, legalizar a prostituição e permitir, ademais, a venda de órgãos internos para transplante – o que implicaria no alto risco de exploração de vulneráveis – acrescentando que, ao final, teríamos uma tautologia: “uma mulher deve ter o direito ao aborto porque a mulher tem o direito ao aborto” (GOLDBLATT, 2022, p. 1). No que tange ao argumento de salvaguarda à saúde feminina, evitando procedimentos precários que submetem a mulher a perigosas consequências fruto da clandestinidade, o autor compara a descriminalização do aborto à legalização de rinhas de galo, isto é, garantiria que a conduta ocorresse de modo mais controlado evitando parte dos danos, porém não teriam o condão de alterar o caráter moral dessa lei por puro objetivismo. Do lado contrário, assevera que aqueles que combatem a legalização do abortamento pautam-se no argumento que o aborto é um assassinato. Nesse caso, diz ele, teríamos que aceitar a total proibição do aborto. Pondera, no entanto, ao afirmar que é necessária ponderação visto que não se pode querer comparar um “embrião bicelular, com um feto no segundo trimestre e com um bebê de duas semanas” (GOLDBLATT, 2022, p. 2).

Dworkin (1993), por seu turno, diz que as pessoas não sabem exatamente o que debatem, creem tratar-se o aborto de uma questão moral ou metafísica, discutindo a respeito do momento do surgimento da vida e a que nível os direitos do nascituro poderiam se contrapor aos da gestante, quando na verdade a discussão não envolve valores intrínsecos, mas coletivos vez que os argumentos são costumeiramente polarizados por dois grupos: o religioso e o feminista.

De acordo com Maciel (2011), Dworkin defende uma posição de tolerância, não pactuando com uma suposta sacralidade da vida humana sob pena de violar a autonomia da maternidade. No entanto, continua, não se pode defender a decisão privativa da mulher em dispor livremente de seu corpo para promover em absoluto o abortamento.

Conclui, o próprio Dworkin (2003), que o valor intrínseco de cada vida está no cerne da questão envolvendo o aborto, qualquer que seja o argumento usado para defendê-lo ou combatê-lo, sendo certo que a dignidade deve ser respeitada em ambos os casos, que cada um é livre para decidir conforme suas convicções, pois a liberdade é a expressão do amor-próprio, pressuposto de uma democracia. Manifestando-se pessoalmente ao afirmar que:

[...] um aborto inconsequente ou injustificado demonstra desprezo por toda a vida humana, um respeito menor por toda e qualquer vida, e desejamos, sempre que houver a possibilidade de optar, que todos morram de uma maneira que nos pareça demonstrar auto-respeito, uma vez que esse sino também dobrará por nós (DWORKIN, 2003, p. 342).

Prado (1991) chama atenção para um ponto importante, a manipulação. Não importa qual grupo esteja com a palavra sobre o aborto, haverá sempre o interesse político subjacente defendendo esse ou aquele ponto de vista, pois:

Apesar de que nenhum desses dois movimentos esteja interessado na questão demográfica em si, mas sim tenha em vista seja a liberdade individual de cidadãos e cidadãs, seja uma questão filosófica sobre o que é a vida, são ambos com frequência manipulados por políticas natalistas e antinatalistas que visam aspectos econômicos, raciais e eugênicos, empregando estes ou aqueles argumentos conforme os interesses em jogo (PRADO, 1991, p. 26).

Parece aceitável afirmar existir uma mixórdia de opiniões a respeito do tema, com pouca profundidade e muita influência de conteúdo ancestral, a despeito da premente reflexão lógico-normativo necessária para uma discussão das mais importantes.

4 O DIREITO À VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Segundo o art. 5º da Constituição Federal de 1988, a vida é um direito fundamental, sendo garantido a todos sua inviolabilidade, base para admissão de outros direitos fundamentais que o Brasil, após um período de grandes violações de direitos humanos, resolveu positivizar.

Nesse contexto, cabe mencionar uma dimensão importante dentro dessa discussão: a ôntica. De acordo com José Afonso da Silva, esse direito corresponde ao da luta pela vida, à defesa de se manter vivo, ou em suas próprias palavras, seria “o direito de não ter interrompido

o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável” (AFONSO DA SILVA, 2005, p. 198). Seria o direito de existir no mundo como ente em si independentemente da *doxa*⁴.

Concordando com Afonso da Silva, o jurista Alexandre de Moraes *apud* Martins (2022), afirma que o direito à vida seria pré-requisito para outros, destacando que a Constituição Federal resguarda a vida humana de forma geral, não deixando de lado a uterina.

O fato, contudo, é que o constituinte originário não cuidou de determinar o momento de surgimento da vida humana, motivo da celeuma jurídico-social.

Nesse viés, é oportuno destacar que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969), tendo-o admitido no ordenamento jurídico constitucional através do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Segundo esse Pacto, a vida humana deve ser protegida de maneira geral, desde a concepção, ou seja, estaria a vida do nascituro protegida desde início.

Na mesma direção segue a Declaração Universal dos Direitos Humanos – de 10 de dezembro de 1948, proclamada pela Resolução n. 217A, da III Assembleia Geral das Nações Unidas de 10.12.1948 e assinada pelo Brasil na mesma data – ao afirmar em seu artigo 3º que todo ser humano tem direito à vida.

Outrossim, o Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, ratificou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, trazendo em seu art. 6º que a vida é inerente à pessoa humana, ninguém podendo ser arbitrariamente privado de sua vida.

E o Decreto n. 2.754, de 27 de agosto de 1998, promulgou protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, adotado em Assunção, em 8 de junho de 1990, e assinado pelo Brasil em 7 de junho de 1994.

No plano cível, o art. 1º da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), reza que os direitos do nascituro estarão assegurados pela lei, não sendo-lhe possível, no entanto, obter a personalidade civil enquanto não vier a respirar em ambiente extrauterino.

Por fim, consoante art. 7º da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), será garantido à criança não apenas o direito à vida, mas seu nascimento e desenvolvimento em condições dignas de existência.

⁴ O temo grego significa julgamento baseado em conjecturas subjetivas que não se aplicam universalmente. Dito de outra forma, não passa de mera opinião. No meio científico não se admite a *doxa*, “por ligar-se ao terreno do passageiro e revelar posições singulares que pouco, ou quase nada contribuem para o âmbito do conhecimento objetivo, necessário e universal (MENEZES E SILVA, 2016, p. 49).

4.1 VIDA HUMANA INTRAUTERINA

Quando o assunto se relaciona ao abortamento, muito se discute sobre o momento exato do surgimento da vida humana. Assim se faz necessário, aparentemente, a fim de encontrar um limite para defender ou combater tal prática.

Para o Direito, nas palavras de Nucci (2019, p. 192): “o grande dilema envolvendo o aborto, como crime ou fato lícito, é o debate em torno do início da vida humana”.

Com efeito, de acordo com revisão de literatura, para o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 54, a teoria da nidação, a mais aceita para determinar a relevância jurídica da questão, não basta, sendo necessário averiguar o desenvolvimento encefálico do feto para determinar sua capacidade de sobrevivência no mundo extrauterino.

Longe estamos de adentrar em discussão ontológica, pois, segundo Ascensão (2008), o debate em torno da natureza da vida manifestada pelo embrião pertence mais ao campo filosófico, de modo que não se deve ir muito longe, apenas asseverar que o embrião não é parte do corpo da mãe, mas sim vida humana diferenciada e nascente.

O pragmatismo, portanto, deve imperar diante das controvérsias, sendo forçoso destacar que, independentemente da teoria sobre o surgimento da vida humana, destaca-se um ponto incontroverso: a viabilidade fetal, esse será nosso limite.

De acordo com Pignotti e Donzeli *apud* Ambrósio *et al.* (2016), 23 semanas de idade gestacional (IG) é o limite da viabilidade para o feto sobreviver fora do corpo materno, acrescentando que “a partir de 25 semanas de IG todos os esforços devem ser realizados para se preservar a vida” (AMBRÓSIO *et al.*, 2016, p. 3).

Refutamos a controvérsia e adotamos como verdade a premissa da existência de vida humana viável em feto de IG a termo, o que mantém hígida essa discussão em torno estritamente da proporcionalidade de preceitos secundários conforme o objeto jurídico.

5 PENA DE MORTE NO DIREITO BRASILEIRO

Assim como acontece em outras partes do mundo, o direito à vida na legislação brasileira não é absoluto. Quanto aos direitos fundamentais, o art. 5º, em seu inciso XLVII, alínea *a*, ressalva que a morte será admitida como penalidade desde que em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX. A base legal para cumprimento está insculpida nos artigos 55 e 56 do Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar). Neles a pena de morte é cominada a várias hipóteses em razão de graves violações cometidas por militares em situações de guerra, nos termos do art. 15 do mencionado diploma.

A admissão da pena de morte em caso de guerra está calcada em elementos utilitaristas, visto que a dimensão coletiva se sobrepõe à esfera do indivíduo, não podendo conceber haver o risco do colapso de uma nação em decorrência do desregramento pessoal, pois que, nas palavras de José Afonso da Silva (2005), a sobrevivência da nacionalidade é mais importante, evitando o massacre de milhares, *cf.* Bulos (2014).

Nessa linha, Beccaria (1764) afirma que só existem dois motivos para que se conceba como necessária uma pena de morte: quando uma nação estiver em risco de perder sua liberdade ou na ocasião que um cidadão atente contra a segurança pública, estabelecendo uma revolução que ameace um governo.

Notamos o extremo na admissão da pena de morte, restando claro que tal hipótese sequer poderá adentrar no ordenamento pátrio mediante Emenda Constitucional por força do art. 60, § 4º, IV, da CRFB, que impede qualquer proposta que pretenda abolir direitos fundamentais, no caso, a vida. Segundo Bulos (2014), “nem mesmo plebiscito servirá a esse fim, porque o princípio da supremacia constitucional exige a proteção do cerne inalterável das constituições” (BULOS, 2014, p. 552).

No plano infraconstitucional, há possibilidades excludentes da ilicitude de condutas criminosas que tenham o resultado morte, como as hipóteses do art. 23 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Assim, em situações que importem defesa de injusta agressão, evitação de perigo atual, no cumprimento de uma obrigação imposta pela lei ou no exercício regular do direito, o resultado morte sendo consequência e não fim, não trará consequências criminais.

É ordenatória a expulsão compulsória de qualquer manifestação contrária ao texto constitucional mediante controle de constitucionalidade, sobretudo quando a afronta se refere a princípios fundamentais, visto que são os sucedâneos do regime democrático. Em respeito ao Estado Democrático de Direito, não se permite burla a paradigmas constitucionais, ainda mais aos atinentes à dignidade da pessoa humana, o qual dá ensejo a outros, tais como: legalidade, anterioridade, personalidade e individualização da pena, nos moldes dos incisos XXXIX, XLV, XLVI, do artigo 5º da CRFB. Por fim, destaca-se o princípio da presunção da inocência, insculpido no inciso LVII do supramencionado dispositivo constitucional, que protege os súditos de hoje de ensaios tirânicos ocorridos outrora em governos absolutistas.

5.1 PROPORCIONALIDADE DA PENA

Parece intuitivo afirmar que o preceito secundário de um crime mantém relação direta de proporcionalidade com o objeto jurídico. Aparenta válida também a premissa de que o crime,

como estipulação daquilo que a sociedade não deseja em seu meio, é reflexo do povo que o prescreve. A história da pena, nas palavras de Ferrajoli (2000), é violenta e vergonhosa, sendo acompanhada de perto pela do pensamento humano em matéria de pena, sendo pior que a própria história dos delitos.

Sobre a proporcionalidade das penas, Beccaria (1764) observa que os meios legais necessários para se impedir a existência de um crime devem corresponder à sua gravidade, sob risco de se tornar comum. E acrescenta que a pena somente produz o efeito esperado quando seu mal ultrapassa o bem que o criminoso obteve com a conduta socialmente indesejada, destacando, ademais, que a proporcionalidade está relacionada ao estágio evolutivo da nação (BECCARIA, 1764, p. 31).

Segundo Ferrajoli (2000), o princípio da proporcionalidade é corolário dos princípios da legalidade e da retributividade, de modo que a relação entre os preceitos secundário e primário do crime deve ser de correspondência, visto que “não existem critérios naturais, senão somente critérios práticos baseados em valorações ético-políticas ou de oportunidade para estabelecer a qualidade e quantidade da pena adequada a cada delito” (FERRAJOLI, 2000, p. 318).

O Código Penal, em seu artigo 59, adota a teoria eclética da pena, vez que prevê que sua fixação deve ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, ou seja, castigando o infrator e desencorajando a coletividade a repetir a conduta criminosa.

6 CRIMES CONTRA A VIDA

A sociedade deve ter maior necessidade de amparo para que seu interesse adentre na esfera da proteção criminal estatal, tornando-se um objeto jurídico, visto que nem todo interesse social é tutelado pelo Direito, muito menos pelo Penal.

Com efeito, o campo de atuação do direito repressivo é subsidiário. É o que Fabretti e Smanio (2019) defendem ao dizer que quando houver possibilidade de resolução da insatisfação por outro ramo do direito, o criminal não deve se fazer presente, é o que se costuma denominar de caráter fragmentário do direito penal.

O *Codex Criminalis* nacional descreve em seu bojo quatro condutas que se praticadas ensejam aplicação máxima da força estatal. São elas as tipificadas como homicídio (art. 121); induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122); infanticídio (art. 123) e aborto (arts. 124 a 128).

Perceber que todas têm como objeto jurídico a vida humana. Porém não possuem o mesmo grau de proteção estatal, segundo se depreende das diferentes penas cominadas.

É escopo desse trabalho, portanto, avaliar a relevância da vida do feto a termo no contexto da proteção à vida do ser humano na seara criminal, analisando o crime de aborto frente aos outros tipos penais que contêm o mesmo objetivo social.

Para o desiderato, importa antes observarmos sucintamente cada categoria desses crimes para mensurarmos o valor da vida humana para o Direito. Após isso, farar-se-á uma análise a fim de saber se há equidade no tratamento dispensado à vida de um feto a termo.

6.1 HOMICÍDIO

Para Capez (2019), o homicídio é o mais grave dos crimes pois ataca a existência do que compõe o agregado social, sendo conceituado como a morte de um ser humano provocada por outro, ressaltando que a vida em apreço se refere à extrauterina, sendo essa determinada a partir das primeiras contrações expulsivas responsáveis por impulsionar o feto à saída do ventre materno, ou, sendo hipótese de retirada cirúrgica, com a primeira incisão médica, a despeito da prova técnica da docimasia respiratória, falha em certos casos, porém muito utilizada para distinção desse tipo penal com o crime de infanticídio.

Insta destacar que para descaracterização da vida, ou seja, para se comprovar a morte humana, a ausência de capacidade para troca gasosa por si só não é suficiente. Quando falamos em transplante de órgãos, a questão fica mais evidente. Nessa hipótese estamos considerando existir um nível mínimo de vida, porém não viável. Para esse mister é obrigatória a realização de dois exames clínicos que confirmem estado de coma não perceptivo e ausência de função do tronco encefálico; teste de apneia; e exame complementar comprovando ausência de atividade encefálica, conforme Resolução CFM n. 2173, de 23 de novembro de 2017.

Pois bem, a sanção que o Estado prescreveu para aquele, excetuando os casos legais de exclusão de ilicitude, que pratica o verbo descrito no tipo penal é, em regra, de pena privativa de liberdade de 6 a 20 anos, nos termos do artigo 121, *caput*, do CP, podendo chegar a 12 a 30 anos, conforme parágrafo 2º, em situações específicas trazidas pelas qualificadoras, quando praticado por motivo fútil ou utilizando recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima.

Por motivo fútil, entende Nucci (2019) ser uma desproporção entre o motivo ensejador da prática criminosa e o resultado obtido, sendo por vezes insignificante esse motivo, acrescentando quanto à impossibilidade de defesa, que “trata-se de uma forma de covardia” (NUCCI, 2019, p. 121).

Um ponto importante diz respeito à idade da vítima. Quis o legislador punir mais severamente aquele atente contra vida de quem seja menor de 14 anos, por talvez considerar relevante tal proteção em virtude da maior vulnerabilidade.

Nesse diapasão, devemos observar que em 2022 uma alteração legislativa incluindo o parágrafo 2º-B, majorou em 1/3 a pena do crime qualificado pela idade do agente passivo ou se a conduta for praticada contra pessoa portadora de deficiência, e em 2/3 se o agente ativo tiver qualquer vínculo afetivo ou de autoridade sobre a vítima, *v.g.*, ascendente, padrasto, cônjuge, irmão, tutor e empregador.

Se acompanharmos o critério de vulnerabilidade adotado pelo legislador ao descrever as condutas indesejadas, percebemos coerência na proporção quando se determina o preceito secundário.

No parágrafo 7º, inciso I, notamos, à semelhança do que comentamos anteriormente, maior cuidado na preservação da vida quando a vítima, além de ser mulher, encontra-se gestante ou tenha dado à luz recentemente (3 meses), num ensaio de proteger não só a mulher, mas também, por via indireta, o feto ou o neonato. Essa reprimenda majorada somente será aplicada se for a condição gravídica de conhecimento do autor do delito, pois que ceifou a vida de terceiro ainda que esse estivesse em situação de vulnerabilidade extraordinária. Dito de outro modo, “para que as causas de aumento de pena previstas no art. 121, I, §7º, do Código Penal, possam ser aplicadas é preciso que, anteriormente, tenham ingressado na esfera de conhecimento do agente” (GRECO, 2018, p. 70).

6.2 INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO A SUICÍDIO OU A AUTOMUTILAÇÃO

Segundo o artigo 5º, *caput*, da CRFB, a vida humana é direito inviolável. Mais uma vez a dificuldade semântica a permitir espaços de divergências interpretativas constitucionais, já que inviolabilidade não significa indisponibilidade.

O artigo 11 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), afirma que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária. A descrição cível amolda-se perfeitamente ao tipo penal em estudo, visto ser a vida o pressuposto de existência de qualquer direito de personalidade, não podendo igualmente ser renunciável ou até mesmo sofrer qualquer limitação, ainda que por ato voluntário de seu possuidor.

Nessa direção, Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2020), afirmam que os direitos de personalidade são indisponíveis, não cabendo a seu titular transmiti-los ou renunciá-los, sendo,

ainda, absolutos, ou seja, com oponibilidade *erga omnes*. Fica mais clara, então, a intenção do legislador ao carregar de tipicidade e ilicitude as condutas descritas no artigo 122 do Código Penal.

De acordo com Capez (2019), a vida humana é um bem público indisponível, vez que sem ela o Estado perde a razão de existir. O preceito secundário desse crime prescreve pena de reclusão de 6 meses a 2 anos, tornando-se qualificado se resultar morte, podendo o sujeito ativo ser submetido a uma pena de 2 a 6 anos de reclusão.

Perceber que a vulnerabilidade da vítima importa necessariamente em incremento da pena: segundo o § 7º, se da conduta de induzimento/instigação/auxílio resultar morte de pessoa menor de 14 anos ou de quem não tenha pleno discernimento ou resistência, deverá o agente ativo responder nos moldes do artigo 121, isto é, por homicídio.

Nucci (2019) faz observação pertinaz ao afirmar que o suicídio, em verdade, como atentado consumado contra à própria vida, é um ato ilícito, apesar de não ser punido, ficando aqueles que tentem impedir o suicida de dar cabo da própria vida isentos da pena do crime de constrangimento ilegal, nos termos do art. 146, §3º, inciso II, do Código Penal.

Capez (2019), por seu turno, opina que, por questões de políticas criminais, não faria sentido punir o suicídio, por haver tão somente um cadáver após a consumação ou um ser humano em situação deplorável na hipótese de tentativa, punindo o Direito apenas o terceiro que atente contra a vida de outrem, pois que “a ninguém é dado o direito de ser cúmplice na morte de outrem, ainda que haja consentimento deste” (CAPEZ, 2019, p. 187).

6.3 INFANTICÍDIO

O Código Penal, em artigo 123, prescreve pena de detenção de dois a seis anos à gestante que mate, sob influência do estado puerperal, seu próprio filho, durante ou logo após o parto.

O infanticídio é um crime próprio, pois que exige de seu sujeito ativo uma condição especial, mas que se comunica a terceiro, podendo esse responder como coautor do crime, visto que as condições são todas de caráter elementar, nos termos do artigo 30 do Código Penal.

De acordo com Nucci (2019) e Capez (2019), o infanticídio nada mais é que um homicídio privilegiado que foi, historicamente, tipificado para ocultar a desonra da mãe, finalidade essa extirpada do atual *Codex*.

Quando o infanticídio é praticado durante o parto estamos diante, em tese, do mesmo objeto material do crime de aborto. Segundo Capez (2019), o parto natural se inicia com as primeiras contrações expulsivas e com a primeira incisão médica em caso de cesárea.

Não há um abortamento, ou seja, a interrupção da gestação, mas uma morte no exato instante do parto, já quando todas as etapas de desenvolvimento foram ultrapassadas, sendo caso, então, de homicídio privilegiado.

Quando o feto nasce, já impera todas as certezas jurídicas a respeito da existência de um ser humano no mundo dos que têm pulmões. Então, poder-se-ia dizer, caso havendo conduta humana voluntária e consciente dirigida para o fim de ceifar a vida desse ser, estarmos diante de um crime de homicídio. Ocorre que, se presente o estado puerperal, outro deverá ser o crime, sendo esse punido de maneira mais branda do que aquele.

Ao que parece, a questão não é muito sobre o *momentum* incontroverso do surgimento vital daquele que virá ao meio ambiente aéreo, mas do que enseja a conduta, já que, como notamos, esse estado psíquico alterado, afasta tipificação de crime de aborto e homicídio, como destaca Rios Gonçalves (2019) no seguinte julgado:

a decisão dos jurados reconhecendo ter a ré matado o próprio filho sob a influência do estado puerperal se revela manifestamente contrária à prova dos autos, se o exame médico legal precedido na mesma negou qualquer perturbação psíquica decorrente do puerpério (TJSP — Rel. Martiniano de Azevedo — RT 377/111) (RIOS GONÇALVES, 2019, p. 130).

É que negativa de laudo médico sobre o estado puerperal, enseja a desclassificação desse tipo penal para um daqueles retromencionados.

6.4 ABORTO

Quatro são os artigos que tratam do crime de aborto no Código Penal, não nos interessando aquelas excludentes de ilicitude, isto é, restando-nos apenas o que é criminoso.

Como já destacado, desprezamos todas as discussões controvertidas que tentam condicionar essa temática ao instante que se considera haver vida humana autônoma no útero. A bem da verdade, ficamos aqui com a indiscutível existência do feto a termo prestes a presentificar-se aos olhos nus de seus iguais, com a intenção de afastar pretensões pessoais transvestidas de luta por igualdade ou liberdade.

Dos quatro tipos de aborto criminoso, três envolvem necessariamente a participação da gestante para a tipificação, são eles: autoaborto (art. 124, 1ª parte), consentimento para aborto (art. 124, 2ª parte) e provocar aborto com consentimento da gestante (art. 126).

Determina o Código Penal, em seu art. 124, sanção de detenção de um a três anos para a gestante que pratica em si própria o abortamento ou que autorize que terceiro lhe provoque. Como a legislação pátria não pune a autolesão, chamamos atenção para a concentração do Estado para o feto enquanto objeto material do crime em comento. Essa é a opinião de Capez

(2019) ao comentar as qualificadoras do artigo 127 do CP, afirmando que “nosso ordenamento jurídico não pune a autolesão nem o suicídio. Assim, se a gestante ao praticar o autoaborto lesiona-se gravemente, ela não terá a sua pena majorada em virtude da autolesão, mas só responderá pelo delito do art. 124” (CAPEZ, 2019, p. 228).

Veja, contudo, que a pena de terceiro, que pratique junto com a gestante a conduta abortiva consentida, terá incremento na máxima cerca de 33%, saltando de 3 anos para 4 anos, sendo o regime fechado possível visto que prescrita a reclusão em vez da detenção, denotando tratamento desigual conforme a qualidade do agente ativo do crime, desejando o legislador arrefecer a pena da gestante comparativamente à do terceiro.

Assim, a autorização especial para o abortamento – longe de qualquer estado psíquico alterado em que se encontre a gestante, como no infanticídio – é determinante para a respectiva sanção estatal ou, dito d’outro modo, para o grau de proteção jurídica do objeto material em tela.

Explica Rios Gonçalves (2019) que pela teoria monista, adotada por nossa legislação, todos deveriam responder pelo mesmo crime, mas:

Pretendeu o legislador nesse dispositivo criar exceção à teoria unitária ou monista, que constitui regra na legislação penal, segundo a qual todos os que contribuírem para o resultado criminoso devem responder pelo mesmo delito. Na situação fática em estudo, o resultado é um só: a morte do feto. De acordo com o texto legal, entretanto, a gestante que consente para o ato abortivo incorre em crime de menor gravidade (art. 124, 2ª parte), enquanto o terceiro que realiza o aborto incorre em infração penal mais severamente apenada, descrita no art. 126 (RIOS GONÇALVES, 2019, p. 36).

Se a autorização inexistente, outra é a tipificação, sendo hipótese de crime de aborto cometido sem o consentimento da gestante, que prescreve pena de reclusão de três a dez anos.

Nas possibilidades que o aborto praticado por terceiro resulte em lesão corporal grave à gestante, caso de resultado culposo, há um acréscimo de um terço nas penas a ele cominadas e, se resultar a morte, deverão ser duplicadas, nos termos do art. 127 do Código Penal. Sendo hipótese de desígnios autônomos, deverá o autor do delito responder distintamente por ambos os crimes em concurso formal impróprio, nos termos do art. 70, *in fine*, do Código Penal.

Como mencionado, o aborto se distingue do infanticídio pelo tempo do crime. Se praticado antes do parto, mas após a nidação, considerar-se-á hipótese de abortamento. Porém, acontecendo durante ou logo o parto, ventilada será a tese de infanticídio. Nessas últimas possibilidades, afastado o caráter psíquico alterado, responderá a gestante pelo crime de homicídio, conforme explica Greco (2019) ao citar o julgado pronunciado no Processo n. 1.0134.99.012239-9/001[1], Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, *Dj* 30/01/2007, TJMG.

7 ANÁLISE OBJETIVA

Os direitos fundamentais possuem enorme importância para o ordenamento jurídico, irradiando-se para todos os ramos do Direito e, na seara na qual nos encontramos, são muitos aqueles que devem ser considerados, consoante artigo 5º da CRFB: liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana, legalidade, devido processo legal e, principalmente, o direito à vida.

No entanto, não possuem caráter absoluto, podendo, como já apresentado, ser relativizados. O ponto firmado para análise aqui é aquele que não mais permita discussão sobre a existência de vida humana intrauterina viável, nos termos definidos pela medicina, conforme Ambrósio *et al* (2016), combinado com o teor da ADPF n° 54, de modo que afastamos peremptoriamente as discussões superficiais, como pontuado por Ascensão (2008), para nos concentrarmos na equidade da proteção estatal à vida do ser humano prestes a eclodir em espaço aéreo respirável.

Nessa direção, sendo certa a incontestável existência da viabilidade da vida do feto a termo, notamos que esse direito fundamental apenas poderá ser relativizado em hipóteses excepcionais, como em garantia da soberania nacional ou ameaça institucional, no ensino de Beccaria (1764). Devendo, outrossim, ser diminuído quando colidir com outro da mesma natureza, ensejando aplicação de excludentes de ilicitudes, nos termos do artigo 23 do Código Penal.

Quando se fala em sanção, há de se examinar o bem jurídico a ser tutelado para que se mensure a proporcionalidade do preceito secundário decorrente da prática descrita no primário na tentativa de manter relativa homeostasia social no que se refere à pacificação das relações humanas, sob risco de perda da função da legislação criminal, como pontuaram Beccaria (1764) e Ferrajoli (2000).

Com efeito, o *Codex Poenalis* é inaugurado pela descrição das condutas mais rejeitadas pelo povo, aquelas tidas como crimes contra a vida. É o que aponta a análise do artigo 121 possibilita perceber uma proporcionalidade entre a conduta praticada pelo agente ativo do crime e a respectiva reprimenda estatal.

Notadamente quando observamos referido artigo em seu parágrafo 2º-B, incisos I e II, percebemos uma maior sanção ao se cominar em abstrato pena de até 40 anos de reclusão quando a vítima do crime possuir menos de 14 anos de idade e portar vulnerabilidade decorrente de deficiência ou doença, e de até 50 anos de reclusão para aquele que, sustentando título de garantidor, elimine a vida de um ser humano menor de 14 anos de idade.

Além disso, para condutas culposas descritas no parágrafo 7º, inciso I, do artigo 121 do CP, em demonstração de maior cuidado na preservação da vida da gestante, parturiente, feto e recém-nascido, quando referidas vulnerabilidades adentrarem na esfera de conhecimento do autor do delito, como explica Greco, (2018), o preceito secundário poderá alcançar 45 anos.

Quando se adentra no estudo do crime do artigo 122 do Código Penal, nota-se, a despeito de toda autonomia da vontade do ser humano em existir plenamente em seu sentido ôntico, como observou José Afonso da Silva (2005), a indisponibilidade do direito, não estando seu titular autorizado a suicidar-se, não sendo punido apenas por uma questão de política criminal, como destacaram Capez (2019) e Nucci (2019), o que demonstra a atenção do Estado ao direito fundamental à vida como pressuposto básico de sua própria razão de existir. Percebemos que a proporcionalidade, então, é influenciada pela titularidade do objeto jurídico.

Com efeito, no §7º, do artigo 122, o legislador determinou que se as condutas descritas como típicas forem praticadas contra menor de 14 anos, contra alguém que não tenha o pleno discernimento do ato ou que não possa oferecer resistência, deverá seu autor sujeitar-se à pena do art. 121.

No infanticídio, a correspondente vulnerabilidade perde força na determinação legislativa em prescrever o preceito secundário, haja vista cominar pena de detenção de até 6 anos para a gestante que mate sob influência de estado puerperal seu próprio filho durante o parto ou logo após, não sendo mais que uma espécie de homicídio privilegiado nas palavras de Nucci (2019) e Capez (2019).

Chama a atenção, portanto, a diferença entre a cominação da pena máxima em abstrato descrita no art. 121, em seu §2ª-B, II, que serve de referência para o art. 122, §7º, ambos do Código Penal, e a do artigo em comento. São 44 anos de diferença (50 anos – 6 anos) causados pela presença de estado psíquico alterado do agente especial ativo do crime.

No crime de aborto o legislador cominou pena em abstrato de até 10 anos de reclusão, nos termos do art. 125 do CP, para o autor que pratique o abortamento de feto sem o consentimento da gestante. Mas caso haja autorização, a pena máxima cominada do terceiro é reduzida para 4 anos, conforme art. 126, uma diferença de 6 anos em decorrência da permissão advinda de pessoa garantidora da vida, hipótese que foi descrita como qualificadora no crime de homicídio, nos termos do art. 121, §2ª-B, II, do CP.

Também surpreende a exceção dada pelo legislador à teoria monista do crime, visto que distinguiu as condutas típicas conforme o agente ativo. Se terceiro comete o crime com consentimento da grávida, estará sujeito no máximo a pena de 4 anos de reclusão, como

determina o art. 125. Mas a gestante que autorizou, responderá por crime diverso, o do artigo 124 que comina pena mais branda, no máximo 3 anos de detenção.

Observamos que, de acordo com o art. 89 da Lei nº 9099/90, o processo que julgue gestante ainda poderá ser suspenso, ao contrário daquele que vise apurar conduta de terceiro que provoque aborto, não possuindo, caso condenado, direito a suspensão condicional da pena, aos moldes do art. 77 do Código Penal.

Em resumo, o preceito secundário previsto no artigo 121, §2^a-B, I e II (homicídio qualificado pela vulnerabilidade da vítima e grau de garantidor do autor), o qual referencia a pena cominada no art. 122, §7^o (qualificadora do crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio pela vulnerabilidade da vítima), e que serve de medida para aferir o grau de importância da vida do ser humano, não é coerente com as penas previstas para os crimes de infanticídio e abortamento, porquanto reduz o legislador em até 47 anos a pena máxima cominada ao agente ativo, conforme art. 124 do CP, regulando um pouco para menos a discrepância (46 anos), caso terceiro que pratique o crime seja autorizado pela gestante, nos termos do art. 126. Punindo, outrossim, somente com pena de até 10 anos o autor que mate feto a termo, ainda que sem o consentimento da gestante, uma diferença de 40 anos de pena quando comparada com a do artigo 121, §2^a-B, I e II, do Código Penal.

8 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, afirmamos que a temática proposta pouco é alvo de produções acadêmicas, encontrando-se perdida em meio a controvertidas discussões que não enfrentam o problema de frente, ao contrário, criam às suas margens sucedâneo para diluí-lo, subjugando-o à força de outros direitos sem a correspondente plausibilidade lógica.

O modo como a sociedade repele a conduta contrária à vida não é uniforme na história, sofrendo influência direta conforme os interesses coletivamente aceitos como predominantes. A importância da vida do nascente, portanto, permanece desnivelada no contexto dos crimes contra a vida, sendo despendendo maior esforço de convencimento para apontar a problemática no tratamento do direito à vida de um feto a termo comparativamente a outro indivíduo da sua mesma espécie, *v.g.*, de uma criança em tenra idade: são décadas de reclusão sem correspondência argumentativa.

Não à toa, a parte especial do Código Penal foi inaugurada com a descrição dos crimes contra vida, pois que são, sem dificuldades de entendimento e conforme nosso estudo, os de maior ameaça à coletividade, condutas que se praticadas livremente podem colapsar o Estado Democrático de Direito.

O Brasil, destarte, sucumbe no respeito aos compromissos constitucionais assumidos, quando normatiza desigualdades à margem das excludentes, ferindo a equidade com a relativização do que era absoluto, corrompendo os pressupostos de existência de um Estado, segundo concepções de direito internacional, já que desnatura a autonomia territorial com a eliminação da população.

Não obstante a alta importância, entra em descompasso o Direito enquanto ciência quando discute-se os direitos do feto a termo. Tenta-se criar um preceito primário novo, tutelando bem jurídico já previamente protegido para justificar pena distinta, arrefecida conforme o agente ativo do crime. Se assim quer o legislador, mal não haveria se um exegeta menos comprometido se aproveitasse da mesma hermenêutica para, ao seu bel prazer, justificar ilegalidades de acordo com suas próprias qualidades.

Após séculos de avanço, a sociedade ainda não alcançou um consenso sobre a matéria, havendo, a bem da verdade, mais de opiniões que de técnica. Muito se discute sobre a descriminalização em absoluto do crime de aborto, mas não se noticiam as consequências práticas da atual política de desencarceramento trazidas pelas relativizações legislativas, não se observando, muito menos, o que é pior, qualquer movimento de enfrentamento técnico por parte da ciência jurídico.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O início da vida**. Revista da EMERJ. v. 11, n. 44, 2008. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista44/Revista44_17.pdf. Acesso em 09/04/2023.

AMBRÓSIO, Cristiane Ribeiro; Martins da Silva, Carlos Henrique; Melo, Éverton Germano Araújo. **Aspectos éticos do nascimento no limite da viabilidade**. Revista Médica de Minas Gerais. 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ridendo Castigat Mores, 1764. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>. Acesso em 06/03/2023.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 09/04/2023.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 09/04/2023.

_____. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 09/04/2023.

_____. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 09/04/2023.

_____. **Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em 09/04/2023.

_____. **Decreto n. 2.754, de 27 de agosto de 1998**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2754.htm#:~:text=DECRETO%20No%202.754%2C%20DE,7%20de%20junho%20de%201994. Acesso em 09/04/2023.

_____. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 09/04/2023.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 09/04/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54 DISTRITO FEDERAL. 12/04/2012. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em 21/05/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO. 09/08/2016. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em 21/05/2023.

CAPEZ, Fernando. **Parte especial arts. 121 a 212. Coleção Curso de direito penal. V.2 - 20.ed.** – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. **Resolução n. 2.173, de 23 de novembro de 2017.** Define os critérios do diagnóstico de morte encefálica. Disponível em <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20171205/19140504-resolucao-do-conselho-federal-de-medicina-2173-2017.pdf>. Acesso em 09/04/2023.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Interrupção da Gravidez: uma questão de direitos humanos.** Revista da EMERJ, v. 13, n. 50, pág. 191-210. 2010. Rio de Janeiro.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DE SÁ, André Beltrão Gadelha. **Evolução Histórica do Aborto.** Publicado em 30 de agosto de 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47418/evolucao-historica-do-aborto>. Acesso em 03/09/2020.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais.** Tradução: Jefferson Luiz Camargo. Revisão de tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; Smanio, Gianpaolo Poggio. **Direito Penal: parte geral.** 1 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GADELHA DE SÁ, André Beltrão. **Evolução histórica do aborto.** Conteúdo Jurídico, Brasília: 2016. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47418/evolucao-historica-do-aborto>.

Acesso em: 06/03/2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume 1: parte geral.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOLDBLATT, Mark. **Liberty, Logic And Abortion.** Philosophy Now. Ed. 36. Disponível em https://philosophynow.org/issues/36/Liberty_Logic_and_Abortion. Acesso em 30/03/2023.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume II:** introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 15. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2018.

MACIEL, Everton Miguel Puhl. **A questão do aborto em Ronald Dworkin.** Seara Filosófica. n.4, Verão, 2011, p. 29-44.

MARTINS, Nathália Batschauer D'Ávila. **O grande dilema: direito à vida versus aborto.** São Paulo: Editora Dialética, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal.** 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Danda. **O que é o aborto**. 4 ed. – São Paulo: Brasiliense, 1991.

UNITED NATIONS. **REPORT OF DE WORLD CONFERENCE OF THE INTERNATIONAL WOMEN'S YEAR**. Mexico City, 19 June – 2 July 1975. New York, 1976. Disponível em: <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/otherconferences/Mexico/Mexico%20conference%20report%20optimized.pdf>. Acesso em 07/09/2020.

_____. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher**. Pequim, 1995. Disponível em http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/declaracao_pequim1.pdf. Acesso em 07/09/2020.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução 217 A III) em 10 de dezembro de 1948. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 09/04/2023.

VICENTE, Roberta Worm. **A descriminalização do aborto e a autodeterminação da mulher ao próprio corpo**. Publicado em 14 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52508/a-descriminalizacao-do-aborto-e-a-autodeterminacao-da-mulher-ao-proprio-corpo>. Acesso em: 07/09/2020.

VIOTTI, Maria Luiza Ribeiro. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher**. Pequim, 1995. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf. Acesso em 07/09/2020.

REBOUÇAS, Melina Séfora Souza; Dutra, Elza Maria do Socorro. **Não nascer: algumas reflexões fenomenológico-existenciais sobre a história do aborto**. Psicologia em Estudo, v.16, n.3, p. 419-428, jul/set. 2011. Maringá.

RIOS GONÇALVES, Victor Eduardo. **Curso de Direito Penal: parte especial**, v. 2. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 124.306**. Primeira Turma. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em 09/04/2023.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**. Plenário. Distrito Federal, 2012. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em 09/04/2023.

THOMSON, Judith Jarvis. **Uma defesa do aborto**. Revista Brasileira de Ciência Política, p. 145-163, 2012.