SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

A INEXISTENCIA DE SUJEITO PASSIVO NO CRIME DE ABORTO DO ARTIGO 124 DO CÓDIGO PENAL

THE ABSENCE OF THE PASSIVE SUBJECT IN THE ABORTION CRIME OF THE ARTICLE 124 OF THE PENAL CODE

Victoria Lara Moreira

Resumo

O presente trabalho visa analisar os possíveis sujeitos passivos do crime de aborto provocado pela gestante, apresentando os argumentos e contra argumentos da invalidade de enquadramento de todas as possibilidades. Isto porque, sendo a gestante o sujeito ativo do tipo penal, não pode cumular também a função de sujeito passivo, e o código classifica o crime em tela como “crime contra a pessoa”,, e o próprio nascituro não tem todas as características necessárias para ser considerado pessoa, carecendo de personalidade jurídica em pelo menos algum momento da gestação

Palavras-chave: Aborto, Inexistência, Sujeito passivo

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to analyze all the possible abortion crime passive subject, presenting arguments and counter arguments of the framework of all possibilities invalidity. This is because the mother is the active subject of the criminal type , can not also cumulate the taxpayer function, and the code classifies the crime on screen as "crime against the person " and the unborn child itself does not have all the features necessary to be considered person , lacking legal personality for at least some time during pregnancy .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Abortion, Absence, Passive subject

A INEXISTENCIA DE SUJEITO PASSIVO NO CRIME DE ABORTO DO ARTIGO 124 DO CÓDIGO PENAL

LARA MOREIRA, VICTORIA

RESUMO: O presente trabalho visa analisar os possíveis sujeitos passivos do crime de aborto provocado pela gestante, apresentando os argumentos e contra argumentos da invalidade de enquadramento de todas as possibilidades. Isto porque, sendo a gestante o sujeito ativo do tipo penal, não pode cumular também a função de sujeito passivo, e o código classifica o crime em tela como “crime contra a pessoa”, , e o próprio nascituro não tem todas as características necessárias para ser considerado pessoa, carecendo de personalidade jurídica em pelo menos algum momento da gestação.

Palavras-chave: aborto; inexistência; sujeito passivo.

Abstract: This study aims to analyze all the possible abortion crime passive subject, presenting arguments and counter arguments of the framework of all possibilities invalidity. This is because the mother is the active subject of the criminal type , can not also cumulate the taxpayer function, and the code classifies the crime on screen as "crime against the person " , and the unborn child itself does not have all the features necessary to be considered person , lacking legal personality for at least some time during pregnancy .

Key-words: abortion, abscense; passive subjsect.

INTRODUÇÃO

A tipificação aborto analisado neste resumo se encontra na primeira parte do artigo 124 do Código Penal, que versa o seguinte: *“Provocar aborto em si mesma(...)”* (Art. 124 do Código Penal, primeira parte) Este dispositivo está localizado na parte especial, no Título que versa sobre os crimes contra a pessoa, capítulo referente aos crimes contra a vida.

Ora, se de acordo com o legislador é um crime contra a pessoa, supõe-se que o crime deve ser cometido contra alguém. No entanto, qual seria a pessoa afetada no artigo 124 do Código Penal, uma vez que, tendo a gestante o papel de sujeito ativo, não há que se falar em crime contra si mesmo, e o nascituro não possui o status de pessoa?

O objetivo deste trabalho é, passando pela argumentação e contra argumentação de todas as possibilidades, comprovar a não existência de um sujeito passivo no crime de aborto da primeira parte do artigo 124.

METODOLOGIA

Este estudo se trata de uma pesquisa teórico-analítica com função expositiva sobre a inexistência de sujeito passivo no crime de aborto. O embasamento técnico é apoiado em doutrinas majoritárias da área jurídico e em alguns

pontos, os argumentos são furtos de uma observação analítica própria das normas do ordenamento jurídico brasileiro.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

1 . DA IMPOSSIBILIDADE DA GESTANTE FIGURAR COMO SUJEITO PASSIVO

1.1 Da Impossibilidade de Cometer Crime Contra si Mesmo

O direito em si, tem como pressuposto de existência a sociedade. A expressão em latim *"Ubi societas, ibi jus"* que em português podemos traduzir como "*onde há sociedade, aí estará o direito"* (tradução nossa) constitui uma das bases do direito e reitera a necessidade da convivência em sociedade para que o direito possa surtir seus efeitos, estipulando regras para a vivência em sociedade e punindo quando necessário. Miguel Reale, em sua renomada obra, afirma que "O Direito é, por conseguinte, uma fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela" (REALE, MIGUEL; 1973; P.107).

Adentrando os estudos do direito penal, o principio da culpabilidade também afirma a impossibilidade de se punir uma pessoa por atos ou pensamentos que, ainda que socialmente reprováveis, não tenham qualquer ligação com a sociedade ou com algum outro indivíduo ; não é possível que se puna um sujeito pelo que acontece em sua esfera individual, pois onde não há sociedade, o direito é inaplicável.

1.2 Das Garantias Fundamentais que Amparam as Mulheres

É direito garantido pela constituição e pelos direitos humanos as liberdades individuais de todo cidadão. Pode-se pensar o que quiser, achar o que quiser e acreditar em que quiser. Isso é uma conquista admirável que afasta a sociedade do despotismo.

A gestante que deseja o aborto, em algumas comunidades, é extremamente desprezada e repreendida, e este ato fere profundamente a liberdade de pensamento constante no art. 5º IV da Constituição, que lhe dá o direito de decidir por si só o que deve considerar certo ou errado. A Liberdade religiosa divide limites com a liberdade de pensamento, o art. 5º, VI, garante que cabe ao indivíduo decidir a religião que vai seguir, de acordo com a sua concepção de certo ou errado; direito que não é dado á uma gestante que deseja interromper a gravidez, mas a religião dos familiares abomina o ato, usando até uma certa coação psicológica para evitar o ato.

Todas essas liberdades são plenamente garantidas à todas as gestantes, mulheres e pessoas, cabendo ao cidadão descobrir o melhor jeito de usufruí-la no caso concreto. No entanto, a liberdade que mais promete, garante e coroa a

autonomia do ser humano ainda se encontra disponibilizada apenas em parte, deixando de prestar plenamente uma garantia que é a base do Estado Democrático de Direito: a Liberdade de escolha.

Todos esses direitos também garantem, indiretamente, que não é a gestante o sujeito passivo do crime de aborto e que toda a sua crença em relação à esse ato não pode ser crime nem pode ser discriminado.

Mediante o exposto, e visto que é seguro afirmar que a gestante é o sujeito ativo do tipo penal, por ser a única capaz de realizar seu núcleo, é evidente a impossibilidade da gestante figurar, ao mesmo tempo, como sujeito ativo e sujeito passivo, visto que, se existisse uma situação como esta, não seria regulada pelo Direito.

2. DA IMPOSSIBILIDADE DO NASCITURO FIGURAR COMO SUJEITO PASSIVO.

2.1 Conceito de Vida e Morte

O conceito médico de morte mais aceito é simples: fim das atividades vitais.

No entanto, conceituar esse marco tão enigmático não é tão simples como citar um conceito biológico. Isso se deve ao fato de que a morte não é apenas um efeito biológico, mas está relacionada às mais diferentes crenças religiosas e filosóficas (SANTOS, MARIA CELESTE, 1997, p. 25); eis o problema de estipular marcos para o fim e o início da vida.

A liberdade de escolher a própria crença e religião é, antes de tudo, direito e garantia fundamental de todo ser humano, portanto, criar conceitos "*erga ominis*" baseando-se na crença interior de um indivíduo ou um grupo de indivíduos seria um grave golpe contra a democracia e os direitos humanos.

No entanto, é necessário, para a regulamentação jurídica da vida em sociedade, que se marque um início e um fim para a vida humana; não um ponto fixo e imutável, mas uma linha turva que permita com que a maioria das crenças se posicione em algum de seus pontos. Essa linha pode ser oferecida pela medicina em conjunto com o estudo forense.

A morte jurídica, que tem como conseqüência o fim da personalidade jurídica, também é definida pelo encerramento concomitante das atividades encefálica, respiratória e circulatória.

Ao fazer uma analogia do fim com o inicio da vida, aplicando a teoria certa onde não há teoria majoritária, podemos dizer que a vida de inicia com o inicio do funcionamento das atividades encefálica, respiratória e circulatória, ou qualquer uma delas. Peguemos como exemplo a circulatória, que é uma das

primeiras atividades a se iniciarem: a formação dos vasos sanguineos se dá por volta da quarta semana de gestação.

Se escolhermos como início qualquer uma das atividades mencionadas, portanto, ainda haverá um espaço de tempo em que o nascituro não poderá ser considerado pessoa.

2.2 ADPF 54

A ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 54 foi um grande marco para o direito brasileiro em vários âmbitos diferentes. Objetivando o desenquadramento da interrupção da gestação de feto anencéfalo como crime de aborto, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso fez uma sustentação oral histórica.

Seu objetivo, acatado e vinculado pelo STF, era provar que o feto com a malformação mencionada não teria nem ao menos expectativa de vida extra uterina, não podendo absolutamente vir à existência. Diante disso, então, é perceptível uma certa abertura do supremo, ao considerar que nem todo nascituro teria seus direitos a salvo, como diz o artigo 2º do código civil. Sendo, portanto, impossível tornar absoluta a expectativa do feto se tornar pessoa, sujeito de direitos e deveres, penalmente afetado e punido.

Em sua sustentação oral, o ministro Barroso afirma, com O amparo de opiniões médicas técnicas e de acordo com o entendimento do código penal, que a morte acontece com o fim da atividade cerebral e, no caso do anencéfalo, em que o cérebro não se formou, ele nem ao menos chegou a existir.

Trazendo esse mesmo entendimento para as fases iniciais da gestação, levando em conta que, de acordo com a embriologia médica, o tubo neural, que dá início a formação do sistema nervoso e neurológico, começa a se formar na vigésima segunda semana, é possível afirmar que, antes desse processo, o nascituro não chegou à expectativa de existência.

CONCLUSÃO

Sendo o crime de aborto da primeira parte do artigo 124 do código Civil um crime que, de acordo com o próprio código, só pode se consumar contra uma pessoa, é possível confirmar que os argumentos apresentados validam a tese de que não existe pessoa contra quem cometer o crime do artigo supracitado. Isso porque o crime necessita da existência de apenas dois seres: a gestante e o nascituro, e nenhum deles possui as características necessárias para figurar como sujeito passivo.

A gestante não pode ser enquadrada pelo simples fato de já ser ela o sujeito ativo, sendo impossível a cumulação de funções opostas e, sendo esse um evento alheio à sociedade, não poderá ser regulado pelo direito.

O nascituro também não pode figurar como sujeito passivo, apesar de ser um fato amplamente discutido. As teorias do fim da vida e da personalidade jurídica, aplicadas

por analogia ao momento do inicio da vida, não permite a consideração do nascituro como pessoa em todos os momentos da gestação por nenhum ângulo, existindo sempre um momento em que não existiria sujeito passivo algum.

Mediante todo o exposto nesse artigo, há de se concluir que a primeira parte do artigo 124 do Código direito penal e o fato não pode nem mesmo ser regulado pelo direito, pois não é fato que envolve mais de um sujeito.

Bibliografia

REALE, Miguel, **Lições Preliminares de Direito**, São Paulo, Editora Saraiva, 27ª edição, 2002

SANTOS, Maria C. C. L., Conceito Médico Forense de Morte, site: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67369/69979 , Acessado em 20/08/2016

PIERANGELLI, José Hernique, Desafio Dogmaticode culpabilidade, Justitia, São Pauo, v. 61. Site: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/23520 acessado em 25/08/2016

Aulas do Professor Luis Gustavo Levate de Direito Constitucional III da Escola Superior Dom Helder Câmara.