

## A POSSIBILIDADE DE PRÁTICA DE ABORTO EM VÍTIMAS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL VERSUS O DIREITO À VIDA DO FETO

### THE POSSIBILITY OF ABORTION PRACTICE IN VULNERABLE RAPE VICTIMS AND THE RIGHT TO LIFE OF THE FETUS

Cecília Cristina Aparecida Silva<sup>1</sup>

Marisa Marta Anselmo<sup>2</sup>

**RESUMO:** Através da presente pesquisa científica, trata-se sobre a possibilidade de prática de aborto em caso de gravidez decorrente de um crime de estupro de vulnerável em detrimento do direito à vida do feto. Nesse contexto, observa-se que o Código Penal Brasileiro, por intermédio do artigo 128, II, apresenta duas possibilidades de aborto legal e, dentre elas, tem-se a questão tratada no artigo. Ressalta-se, nesse esteio, que existem duas vertentes doutrinárias e jurisprudenciais acerca do assunto, quais sejam, aqueles que se posicionam em prol da manutenção do direito à vida do feto, mesmo que tal gestação seja decorrente de um crime de estupro de vulnerável. De outro modo, tem-se aqueles que se posicionam em prol do direito de a vítima realizar o aborto, em consonância com o princípio da dignidade humana e com a necessidade de se proteger a integridade física e psíquica da mesma. Com subsídio em tais posicionamentos, compreende-se que cada caso deverá ser analisado pelo magistrado de modo individual, com o sopesamento de princípios e direitos fundamentais, para que não haja a propagação de decisões injustas e contrárias aos valores sociais. Com relação à metodologia adotada, enfatiza-se a utilização de mecanismos bibliográficos, doutrinários e jurisprudenciais, haja vista que a temática é puramente teórica.

1821

**Palavras-chave:** Aborto. Crime de estupro de vulnerável. Princípio da dignidade humana. Direito à vida.

**ABSTRACT:** Through the present scientific research, it deals with the possibility of abortion in case of pregnancy resulting from a crime of rape of a vulnerable person to the detriment of the fetus' right to life. In this context, it is observed that the Brazilian Penal Code, through article 128, II, presents two possibilities of legal abortion and, among them, there is the issue addressed in the article. It is noteworthy, in this mainstay, that there are two doctrinal and jurisprudential aspects on the subject, namely, those who stand in favor of maintaining the right to life of the fetus, even if such pregnancy is due to a crime of rape of the vulnerable. On the other hand, there are those who stand in favor of the victim's right to have an abortion, in line with the principle of human dignity and the need to protect the victim's physical and psychological integrity. With support in such positions, it is understood that each case should be analyzed by the magistrate individually, with the balance of fundamental principles and rights, so that there is no propagation of unfair decisions and contrary to social values. Regarding the methodology adopted, the use of bibliographic, doctrinal and jurisprudential mechanisms is emphasized, given that the theme is purely theoretical.

**Keywords:** Abortion. Crime of rape of vulnerable. Principle of human dignity. Right to life.

<sup>1</sup> Graduando em Direito- Centro Universitário Una de Bom Despacho/ MG.

<sup>2</sup> Especialista em Educação especial Inclusiva com ênfase em tecnologia assistiva e comunicação alternativa- Faculdade Serra Geral. Licenciatura Plena em Educação Física- Faculdade Presidente Antônio Carlos de Bom Despacho/MG. Graduando em Direito - Centro Universitário Una de Bom Despacho/ MG.

## 1 INTRODUÇÃO

É cediço que o crime de estupro de vulnerável trata-se de um dos delitos mais reprováveis e repugnantes, sobretudo em âmbito social e jurídico. Desse modo, tem-se que o legislador possibilitou a prática do aborto em casos específicos e, dentre eles, os casos de gestação decorrente do crime de estupro de vulnerável.

A presente pesquisa busca tratar, sobretudo, da possibilidade de prática do aborto em vítimas de estupro de vulnerável em detrimento do direito à vida do feto.

Para alcançar tal intento, realiza-se uma análise acerca do conceito doutrinário e jurídico-penal do termo “aborto”, bem como uma análise sobre as hipóteses legais previstas no artigo 128, II do CP, denominadas “aborto legal”. Além disso, trata-se no referido capítulo sobre as hipóteses de aborto criminoso, bem como as sanções penais previstas e de modo específico, sobre o aborto decorrente do crime de estupro de vulnerável.

Posteriormente, aborda-se sobre o princípio da dignidade humana e sobre o direito à vida, ambos tipificados na Magna Carta de 1988. Nesse contexto, trata-se do referido princípio e do direito em relação à temática em comento.

Por intermédio do capítulo principal, busca-se apresentar as visões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da relativização da prática de aborto em casos de gravidez decorrente do crime de estupro de vulnerável, em prol da manutenção do direito à vida do feto. Ademais, analisa-se os posicionamentos contrários, ou seja, que levam em consideração o direito à prática do aborto, em consonância com as raízes do princípio da dignidade humana.

Através da conclusão, retomam-se os elementos tratados ao longo da pesquisa científica e apresenta-se o posicionamento dos discentes acerca da temática em comento.

Com relação à metodologia adotada, enfatiza-se a utilização de mecanismos bibliográficos, doutrinários e jurisprudenciais, haja vista que a temática é puramente teórica.

## 2 ABORTO-CONCEITO DOUTRINÁRIO E JURÍDICO- PENAL

Observa-se, inicialmente, que o termo “aborto” se trata da interrupção de uma gestação, ocasionando em uma destruição do produto da concepção. É importante destacar que tal ato poderá ocasionar na morte do ovo, do embrião ou do feto, a depender do

momento em que ocorrer o aborto: “Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses), ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão” (MIRABETE, 2021, p. 78).

Consoante Mirabete (2021), considera-se o ato de abortar como “abortamento” e o termo “aborto” como o produto da interrupção da gravidez. Contudo, a doutrina majoritária considera o termo “aborto” de modo ampliado, ou seja, englobando o ato e também a destruição do produto da concepção.

De acordo com Gonçalves (2016), a gestação ocorre por etapas. Portanto, segundo o autor mencionado, o fruto da gestação é denominado “zigoto” (nos dois primeiros meses), “embrião” (no terceiro e quarto mês) e, no restante da gravidez, passa a se denominar de “feto”.

De um modo geral, Bruno (1976) já aduzia que que o ato de interrupção de uma gravidez e a conseqüente morte do feto não caracterizariam por si só o aborto. Portanto, fazia-se necessário o preenchimento de demais fatores:

Segundo se admite geralmente, provocar aborto é interromper o processo fisiológico da gestação, com a conseqüente morte do feto. Tem-se admitido muitas vezes o aborto ou como a expulsão prematura do feto, ou como a interrupção do processo de gestação. Mas nem um nem outro desses fatos bastará isoladamente para caracterizá-lo (BRUNO, 1976, p. 160).

1823

No que se refere ao preenchimento de fatores e elementos para caracterização do aborto, mister que se trate das divisões doutrinárias que permeiam tal assunto. Dessa forma, tem-se que a doutrina atual classifica o ato de aborto em dois vieses, ou seja, o denominado “aborto espontâneo” e o “aborto provocado”. Portanto, entende-se que o aborto espontâneo ocorre de modo natural ou acidental, ou seja, não há vontade da gestante em interromper a gravidez. Tal situação poderá ocorrer em virtude do excesso de esforço físico, da má-formação do feto, de doenças associadas à gestação, dentre outros fatores ligados à condição de saúde da mãe (CAPEZ, 2020). Em caráter complementar, preleciona Diniz:

O aborto espontâneo ou natural é geralmente causado por doenças no curso da gravidez por péssimas ou precárias condições de saúde da gestante preexistentes a fecundação, alguns exemplos são: sífilis, anemia profunda, cardiopatia, diabetes, nefrite crônica entre outras. Ou por defeitos estruturais no ovo, embrião ou feto (DINIZ, 2014, p.45).

Por outro lado, observa-se que o denominado “aborto provocado” se trata da interrupção da gestação de maneira voluntária, ocasionando na morte do ovo, do embrião ou do feto:

O aborto provocado é a interrupção intencional da gravidez, resultando na morte do nascente. É uma prática clandestina por excelência e carrega a marca da reprovação. Às vezes, pretende-se justificar o aborto como a única saída para situações angustiantes que uma gravidez não desejada pode trazer. No entanto, a pior angústia vem depois do aborto (MARTINS, 2016, p. 01).

É importante destacar que, nessa segunda modalidade de aborto, há uma nova subdivisão, ou seja, considera-se que o aborto poderá ocorrer de um modo induzido seguro ou de um modo induzido inseguro ou clandestino. Dessa forma, tem-se que a primeira espécie se trata de um aborto realizado por médicos e profissionais capacitados e a segunda espécie, por sua vez, trata-se da prática de interrupção de uma gravidez com a utilização de medicamentos, chás ou outros meios considerados necessários para o ato (CAPEZ, 2020).

Em tom supletivo, aduzem Faúndes e Barzelato acerca da prática de aborto:

O aborto, de forma geral, é definido interrupção de gravidez e pode ser espontâneo ou provocado. Aborto espontâneo é quando ocorre a interrupção da gravidez sem nenhuma intervenção externa, em geral pode ser por causas naturais, doenças da mãe ou defeitos genéticos do embrião. É resultado de problema de saúde física, pode também ter implicações sociais e psicológicas para a mulher e sua família. O aborto provocado refere-se à interrupção da gravidez causada por uma intervenção externa e intencional. É um problema pessoal e social, com implicações médicas, culturais, religiosas, éticas, políticas e psicológicas (FAÚNDES; BARZELATO, 2004, p. 42/43).

Segundo Gonçalves (2016), nem sempre a prática de aborto será considerada criminosa, ou seja, se for decorrente de causas naturais, considerar-se-á tal situação como atípica. Nesse prumo, o autor ressalta que o aborto decorrente de um acidente, de um atropelamento ou de uma situação onde não se tenha o elemento “vontade” do agente, não haverá um crime. Nesse esteio, tem-se que “em verdade, para a existência de crime de aborto, é necessário que a interrupção da gravidez tenha sido provocada, pela própria gestante ou por terceiro, e que não se mostre presente quaisquer das hipóteses que excluem a ilicitude do fato (aborto legal)” (GONÇALVES, 2016, p. 01).

É importante mencionar que, embora existam exceções, em regra o aborto é considerado crime (consoante o ordenamento jurídico pátrio). Nesse prumo, tratam-se das hipóteses legais, contidas no artigo 124 e seguintes do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940).

No sentido apresentado, observa-se que a prática do aborto em geral é considerada crime. Contudo, tem-se as hipóteses legais, ou seja, as hipóteses previstas no diploma penal em vigência. Consoante à temática abordada, mister que se trate sobre cada uma delas de modo detalhado.

## 2.1 Aborto legal

Em que pese a prática do aborto ser considerada “criminosa” de forma geral, existem algumas exceções previstas em lei, denominadas como “aborto legal”. Nesse sentido, destaca-se que a legislação brasileira permite a prática do aborto em casos específicos, tratados no artigo 128 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (BRASIL, 1940).

Segundo Gonçalves (2016), a primeira hipótese de aborto legal é denominada “aborto necessário ou terapêutico”, ou seja, em deve-se realizar tal ato em prol da vida da gestante. Por outro lado, a segunda hipótese já trata sobre a possibilidade de aborto em casos de gravidez decorrente de um estupro (denominado “aborto humanitário”).

Em casos de aborto necessário ou terapêutico, haverá necessidade do cumprimento de determinados elementos, ou seja, o profissional da saúde deverá observar a forma de realização do aborto, as condições de saúde da gestante, se existe outra possibilidade para salvar a mãe, o consentimento da mesma. Com relação à necessidade de uma autorização judicial, entende-se que se o médico entender que a intervenção é precípua, não se fará necessária a autorização. No contexto apresentado, esclarece Cunha:

Para o primeiro caso (aborto necessário), indispensável o preenchimento de três condições: aborto praticado por médico: caso seja necessária a realização do aborto por pessoa sem a habilitação profissional do médico (parteira, farmacêutico, etc), apesar de o fato ser típico, estará o agente acobertado pela discriminante do estado de necessidade; o perigo de vida da gestante: não basta o perigo para a saúde; a impossibilidade do uso de outro meio para salvá-la; não pode o médico escolher o meio mais cômodo, pois se houver outra maneira, que não a interrupção da gravidez, para salvar a vida da gestante, o agente responderá pelo crime. Entende a doutrina que não há necessidade de consentimento da gestante para a realização do aborto. Basta que o profissional entenda ser indispensável fazê-lo. Desnecessário, ainda, autorização judicial (CUNHA, 2021, p. 86).

Por outro lado, com subsídio no segundo inciso do artigo 128 do Código Penal, infere-se que não há necessidade de cumprimento dos requisitos mencionados, haja vista que a forma como a gestação ocorreu, por si só, já é suficiente para a realização do procedimento de aborto (CUNHA, 2021).

No que tange à autorização para o aborto em casos de gravidez decorrente do crime de estupro, compreende Nucci (2020) que é fundamental que se tenha a autorização da gestante e, caso se trate de uma pessoa absolutamente incapaz, tal autorização será concedida pelos pais ou representante legal da pessoa menor de idade.

Compreende-se, nesse prumo, que as hipóteses de aborto legal consistem em exceções à mencionada conduta. Desse modo, tem-se a possibilidade de interrupção da gestação em caso de risco à vida da gestante ou em casos de gravidez decorrente de um crime de estupro.

## 2.2 Aborto Criminoso

Vislumbra-se, com subsídio no contexto apresentado, que o Código Penal Brasileiro também traz em seu bojo as hipóteses em que a prática do aborto será considerada “criminosa”. Desse modo, tem-se nos artigos 124 aos 127 tais hipóteses suscitadas:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

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

Pena - detenção, de um a três anos

Aborto provocado por terceiro

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

Pena - reclusão, de três a dez anos.

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

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte (BRASIL, 1940).

É importante mencionar que as condutas previstas na legislação pátria abarcam três modalidades de aborto passíveis de sanção, quais sejam, o “autoaborto” (quando o ato é provocado pela gestante) e o aborto da dissidente (quando a mulher consente com a conduta, mas não auxilia na execução); quando o aborto é praticado por terceiro sem a autorização da gestante e, em último caso, quando o ato é praticado por um terceiro, mas com o consentimento da mulher grávida (BRASIL, 1940).

Cumprido notar que, em toda e qualquer modalidade de aborto criminoso praticado por um terceiro, caso o agente seja um médico ou parteira, tal agente ficará sujeito, concomitantemente com a pena privativa de liberdade, à pena acessória disposta no artigo 69, inciso IV, ou seja, “[...] IV - a incapacidade temporária para profissão ou atividade cujo exercício depende de habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público [...]” (BRASIL, 1940).

Em complemento do exposto, observa-se que dentre as modalidades previstas de aborto criminoso, tem-se a forma qualificada. Nesse esteio, o artigo 127 do Código Penal apresenta um possível aumento da pena do agente, caso haja lesão corporal de natureza grave ou morte da gestante. (BRASIL, 1940). Ressalta-se, nesse plano, que apenas o terceiro será punido sob a forma qualificada, inexistindo a possibilidade de aplicação em detrimento da mulher que se encontrar em período gestacional:

Entende-se, aqui, que o evento “lesão corporal de natureza grave” (art. 129, parágrafos 1º e 2º) ou “morte” não tenha sido querido, nem mesmo eventualmente, pelo agente. Trata-se de uma hipótese de crime preterintencional ou qualificado pelo resultado: um crime-base doloso ligado a um resultado mais grave excedente da intenção criminosa, mas imputável ao agente a título de culpa. Se há dolo, ainda que eventual, por parte do agente, haverá concurso de crimes: o de aborto e o de lesão corporal grave ou homicídio, conforme o caso.

O aborto qualificado somente se refere às modalidades criminais previstas nos artigos 125 e 126 do CP. O aumento especial da pena não é aplicável à mulher (no caso de sobrevivência desta à lesão sofrida), ainda quando consciente. No caso de lesões ou morte da mulher, tratando-se de autoaborto, o instigador ou auxiliar, se houver, será punível, não como tal, mas a título de lesões corporais culposas ou homicídio culposo. No caso de lesões ocasionadas à gestante, mas sem efetiva interrupção da gravidez, haverá tentativa qualificada de aborto, aplicando-se as penas do artigo 127, diminuídas de um a dois terços (art. 12, parágrafo único). As lesões a que alude o artigo 127 são apenas aquelas que não resultam necessariamente ou não sejam inerentes a qualquer aborto com meios não excessivos ou, de qualquer modo, aptos a ocasionar lesões não necessárias.

A morte da gestante é qualificativa do aborto sempre que seja previsível, ainda que em mínimo grau, como consequência do aborto ou dos meios empregados. É preciso uma relação psíquica, pelo menos de culpa levíssima, entre o agente e o resultado mais grave (PACHECO, 2007, online).

Vislumbra-se, portanto, que existem modalidades de aborto que são permitidas pela lei (denominadas de aborto legal) e também as hipóteses que ocorrem à revelia da legislação pátria (denominadas de aborto criminoso). Mister que se trate, do mesmo modo, acerca da possibilidade de aborto decorrente do crime de estupro de vulnerável.

### 2.3 Aborto decorrente do crime de estupro de vulnerável

Segundo prevê o Código Penal Brasileiro, através do artigo 217-A, o estupro de vulnerável caracteriza-se pelo ato de conjunção carnal ou prática de atos libidinosos em detrimento de pessoas menores de idade:

Estupro de vulnerável:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º. Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º. (VETADO)

§ 3º. Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º. Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (BRASIL, 1940).

Consoante Nucci (2020), a maior preocupação do legislador ao criar o artigo 217-A residia em uma busca pela tutela da dignidade sexual daqueles que são incapazes de externar um consentimento de modo pleno. Nesse esteio, ressalta-se que “as pessoas incapazes podem relacionar-se sexualmente sem qualquer coação física, porém teria ocorrido uma coação psicológica, diante do estudo natural de impossibilidade de compreensão da seriedade do ato realizado” (NUCCI, 2020, p. 107). Desse modo, busca-se punir todo aquele que atente contra os princípios, valores e contra a dignidade sexual de pessoas vulneráveis (NUCCI, 2020).

Nesse prumo, Prado (2010) ensina que o mencionado artigo “visa preservar a liberdade sexual em sentido amplo, especialmente a identidade ou intangibilidade sexual das pessoas vulneráveis” (PRADO, 2010, p. 1046). Ademais, para Greco (2014) a nova

redação do artigo 217-A busca proteger o direito à liberdade de disposição do próprio corpo, principalmente em questões sexuais. Desse modo, complementa-se que o estupro de vulnerável não apenas aniquila essa liberdade, mas também agride a dignidade humana, daqueles que são incapazes de consentir para a prática do ato e para o seu desenvolvimento sexual.

Por tratar-se de vulnerável, observa-se que o tipo penal em comento não necessita, para fins de concretização, de um manifesto dissenso da vítima para o ato. Dessa forma, basta que o agente tenha ou pratique conjunção carnal ou ato libidinoso em detrimento da vítima vulnerável para enquadrar-se no dispositivo legal (NUCCI, 2020).

É importante destacar que a legislação pátria, ao adotar um critério cronológico para fins de compreensão das condutas praticadas, já exclui a necessidade de que se comprove a capacidade e discernimento da vítima para com o ato sexual ocorrido. Em outras palavras, observa-se que a comprovação de que o menor tinha ciência dos fatos e das condutas praticadas é totalmente desnecessária para a tipificação e punição ao crime de estupro de vulnerável (CAPEZ, 2020).

Do mesmo modo em que não se faz necessária a comprovação da capacidade e o discernimento da vítima para com o ato sexual ocorrido, também entende a doutrina majoritária que em casos de gravidez decorrente de um estupro de vulnerável, tal questão será decidida pelos pais ou representantes legais da vítima (NUCCI, 2020).

Portanto, tem-se que em casos de prática de um aborto decorrente de um crime de estupro de vulnerável, prescinde-se de uma autorização judicial para fins de consumação, mas se fará necessária uma autorização dos pais ou representantes legais da menor:

No aborto sentimental ou humanitário, faz-se necessário o consentimento da gestante ou de seu representante legal se ela for incapaz. Apenas nessa modalidade é exigido o consentimento. No aborto necessário, em que há risco para a vida da gestante, o consentimento não é requisito, embora seja comum os médicos colherem a autorização (GONÇALVES, 2016, p. 158).

Em caráter complementar ao exposto, destaca Rodrigues (2020):

O aborto Moral (Sentimental, Humanitário ou Piedoso), também previsto no Código Penal em seu art. 128, II do CP, é aquele realizado em razão da gravidez ter sido originada de um estupro. Neste caso o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. Não se exige autorização judicial (RODRIGUES, 2020, online).

Sob uma corrente de pensamento minoritária, enfatiza Nunes (2009) que a realização do aborto humanitário em incapazes prescinde do consentimento dos pais ou do

representante legal. Contudo, caso a menor decida seguir com a gestação, mesmo que se tenha uma negativa daqueles que a representam, a mesma poderá levar adiante sua decisão, ou seja, deverá ser respeitada a vontade da vítima violentada:

Quanto à segunda indagação, a redação do art., 128, II, do CP é bastante clara: a realização do aborto humanitário em incapaz prescinde, unicamente, do consentimento do seu representante legal. Não é necessário que haja decisão judicial autorizando o procedimento, a princípio. **No entanto, caso a incapaz grávida decida levar adiante a gravidez, mediante negativa do seu representante legal, deve prevalecer a vontade da primeira, visto que a exclusão da tipicidade do aborto ético se deu para evitar a ocorrência de mais danos à personalidade da mulher violentada. Caso ela entenda que a manutenção da gravidez é o que melhor atende aos seus anseios, não há quem possa obrigá-la a interromper a gestação. Seria perpetrar violência quase tão marcante quanto a que ocasionou a concepção do feto** (NUNES, 2009, online, grifo nosso).

Portanto, pode-se entender que em casos de prática de aborto em casos de gravidez decorrente do crime de estupro de vulnerável, deve-se observar os elementos contidos na Lei, levando-se em consideração que se trata de uma pessoa vulnerável.

### 3. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA E O DIREITO À VIDA

1830

Conforme o entendimento de Alexy (2008), os princípios constituem-se como verdadeiros “mandados de otimização”, encontrando-se nas entrelinhas das normas e direcionando os operadores do direito para o caminho correto a ser seguido. Desse modo, observa-se que os princípios são caracterizados por serem satisfeitos em diferentes graus e possibilidades fáticas ou jurídicas:

Princípios são, por conseguinte, *mandados de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (ALEXY, 2008, p. 90).

Em tom supletivo, Silva (2008) enfatiza que os princípios, sobretudo, atuam como pontos básicos, como um verdadeiro alicerce jurídico:

No sentido, notadamente no plural, significa que as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. **E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica.** Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas. **Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de**

**ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito** (SILVA, 2008, p. 51, grifo nosso).

Em decorrência da inestimável importância dos princípios constitucionais para com a esfera jurídica, mister que se trate sobre os mesmos no âmbito de análise do Direito Penal. Desse modo, busca-se tratar acerca do princípio da dignidade humana.

### 3.1 O princípio da dignidade humana

O princípio da dignidade humana constitui-se como o cerne, o sustentáculo de todos os demais princípios contidos na Magna Carta de 1988. Desse modo, trata-se aqui da dignidade humana como requisito essencial à ordem jurídica, natural a todos os cidadãos, traduzindo-se como um conjunto de bens e valores que os seres humanos necessitam para viverem em sociedade de modo justo (BULOS, 2020).

De modo complementar, tem-se que Sarlet (2018) aduz que o mencionado princípio traz em seu bojo o respeito ao ser humano de modo amplo, levando-se em consideração que se tratam de pessoas dotadas de vontade própria, de consciência e liberdade de expressão.

Nesse esteio, tem-se que o princípio da dignidade humana encontra-se previsto na Magna Carta de 1988, por intermédio do artigo 1º, inciso III, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...] III - a dignidade da pessoa humana; [...] (BRASIL, 1988).

É importante destacar que o princípio em realce também é tratado no âmbito inicial da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (DUDH, 1948).

No sentido apresentado, ainda preleciona Sarlet (2018) que as noções de dignidade, vida e humanidade encontram-se ligadas, haja vista que são inerentes ao próprio ser humano. Ademais, entende-se que tais critérios só poderiam ser ignorados ou considerados desnecessários se a pessoa pudesse renunciar a tal condição.

Em tom supletivo, aduz Piovesan (2018) que é no próprio princípio da dignidade humana que a ordem jurídica encontra o melhor caminho, o ponto de partida e o ponto de chegada para fins de interpretação verdadeira do diploma constitucional:

É no princípio da dignidade humana que a ordem jurídica encontra o próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, para a hermenêutica constitucional contemporânea. Consagra-se assim a dignidade como verdadeiro superprincípio, a orientar [...] o direito interno (PIOVESAN, 2018, p. 47).

A correta interpretação desse princípio, leva a crer que embora não se tenha um conceito uníssono, compreende-se que não existem dúvidas acerca de sua aplicação, sobretudo quando noticiado o desrespeito à vida, integridade física, psíquica, falta de oferecimento de condições dignas, limitação da liberdade ou de qualquer promoção à desigualdade (SARLET, 2018).

Nesse contexto, Bulos (2020) argumenta que todos os aspectos inerentes à personalidade humana devem ser respeitados e levados em consideração, sendo todos os cidadãos merecedores de um tratamento respeitoso e digno.

### 3.2 O direito à vida

Tem-se, nesse prumo, que assim como o princípio da dignidade humana encontra-se presente na Magna Carta de 1988, o direito à vida também está tipificado no diploma constitucional, por intermédio do artigo 5º, *caput*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...] (BRASIL, 1988).

No sentido apresentado, compreende-se que o direito à vida se constitui como objeto necessário de tutela constitucional, tendo em vista que se trata de um bem maior, de grande importância dentro da esfera jurídica. Nessa linha de pensamento, Bulos (2020) preleciona que o direito à vida se encontra acima dos valores morais e sociais, ou seja, encontra-se em um patamar superior, sendo considerado um direito fundamental aos seres humanos.

Nesse esteio, Bulos (2020) também complementa que tal direito deve ser protegido de modo amplo, alcançando até mesmo a fase uterina:

O direito à vida é o mais importante de todos os direitos. Seu significado constitucional é amplo, porque ele se conecta com outros, a exemplo dos direitos à liberdade, à igualdade, à dignidade, à segurança, à propriedade, à alimentação, ao vestuário, ao lazer, à educação, à saúde, à habitação, à cidadania, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. **Sem a proteção incondicional do direito à vida, os fundamentos da República Federativa do Brasil não se realizam. Daí a Constituição proteger todas as formas de vida, inclusive a uterina** (BULOS, 2020, p. 315, grifo nosso).

É importante ressaltar que o direito à vida não pode ser observado de modo isolado, ou seja, sem se levar em conta o princípio da dignidade humana. Em outras palavras, observa-se que não se pode admitir que a pessoa viva sem ter a dignidade respeitada. Ademais, não se pode vislumbrar a hipótese onde o ser humano goze de todos os direitos (à liberdade, à igualdade, à segurança, dentre outros), sem que o direito à vida seja respeitado (BULOS, 2020).

Nesse aspecto, complementa Silva:

[...] A vida humana, que é o objeto do direito assegurado no art. 5º, caput, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). A “vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir si mesmo e um tomar posição de si mesmo”. Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana [...] (SILVA, 2008, p. 198).

Compreende-se, nesse contexto, que o direito à vida se trata de um direito fundamental intimamente ligado aos demais direitos, princípios e valores existentes. Ademais, mesmo que se conceda ao cidadão o uso e gozo de todos os direitos sociais e econômicos, de nada valerá se o direito à vida não for respeitado.

#### **4 ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE PRÁTICA DE ABORTO EM VÍTIMAS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM DETRIMENTO DA VIDA DO FETO**

Conforme vislumbrado, o Código Penal Brasileiro e a Magna Carta de 1988 buscam tutelar e proteger o direito à vida desde o momento em que um novo ser é gerado. Nesse prumo, tem-se que qualquer ato de violação ou interrupção à vida humana, antes do início do parto, é denominado “aborto”:

O Direito Penal protege a vida humana desde o momento em que o novo ser é gerado (óvulo, embrião ou feto), constituindo a primeira fase da vida. A destruição dessa vida antes do início do parto caracteriza o aborto, que pode ou não ser criminoso. Iniciado o parto, a morte do nascente ou do recém-nascido será o crime de infanticídio ou homicídio, salvo se no momento da conduta criminosa o feto já estivesse morto, caracterizando, assim, crime impossível por absoluta impropriedade do objeto onde não se pune a conduta nem a título de tentativa (CP, art. 17) (MAGGIO, 2017, online).

Contudo, apesar de existir tal proteção ao direito à vida, o legislador buscou tratar das denominadas “exceções legais”, ou seja, as hipóteses onde é permitida a prática de aborto. Dentre tais hipóteses, tem-se a possibilidade de realização do aborto em caso de

gravidez decorrente do crime de estupro de vulnerável (artigo 128, II do CP) (BRASIL, 1940).

Outrossim, consoante Nucci (2020), a preocupação maior do legislador, sobretudo com a preservação da dignidade sexual de pessoas vulneráveis, decorre da própria condição de tais meninas, ou seja, pessoas incapazes de externar um consentimento de modo pleno. Ademais, mesmo que a gravidez seja decorrente de um ato sexual desprovido de violência ou grave ameaça, tem-se que as pessoas incapazes estão passíveis de sofrer outras espécies de violência: “as pessoas incapazes podem relacionar-se sexualmente sem qualquer coação física, porém teria ocorrido uma coação psicológica, diante do estudo natural de impossibilidade de compreensão da seriedade do ato realizado” (NUCCI, 2020, p. 107).

Nesse esteio, embora tal hipótese de interrupção da gestação seja permitida pela legislação penal em vigor, muitos doutrinadores vêm questionando se tal atonão ensejaria em violação ao direito à vida do feto. Portanto, indaga-se se não há outra forma de superar tal violência, sem a interrupção de uma vida em formação:

Ferreira et al. (2019) alegam que o aborto em caso de estupro se configura como um atentado à vida. De acordo com a autora a premissa de que estepo de prática fere o direito à vida e a existência, o qual é garantido por lei. Na mesma seara, Amaral e Cordeiro (2018) elucidam ainda que as bases religiosas no país são categóricas ao discursar contra esse direito já instituído, ignorando a violência sofrida pela vítima que se encontragestante, mas declara que uma vida não anula a outra, e que existem outras formas de superar a problemática, como a adoção, por exemplo (FERREIRA *et al*; AMARAL; CORDEIRO *apud* VIEIRA, 2020, online).

Desse modo, preleciona o Ministro Marco Aurélio Melo (2012) acerca do inevitável confronto que se forma em tal celeuma, ou seja, de um lado tem-se a possibilidade de prática do aborto, em consonância com o princípio da dignidade humana. Contudo, do outro lado, vislumbra-se uma necessidade de proteção da vida humana, sejam daqueles que nasceram ou daqueles que estejam para nascer:

Inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente (BRASIL, p. 32. 2012).

Observa-se, nesse prumo, que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede de confirmação de uma decisão de primeira instância, negou a autorização para que uma

menor fosse submetida ao procedimento de aborto. Nesse esteio, mesmo que a adolescente tenha alegado que teria sido estuprada enquanto dormia, o conjunto probatório juntado aos autos não demonstrava certeza acerca da conduta delituosa. Dessa forma, diante da fragilidade das alegações da menor, o magistrado optou pela manutenção da gestação e, ao mesmo tempo, pelo direito à vida do feto:

PEDIDO DE ABORTO. ESTUPRO. VIOLÊNCIA INDEMONSTRADA. DIREITO DO FETO À VIDA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. DIREITO NATURAL. 1. Diante da ausência de elementos seguros de convicção acerca da ocorrência de violência sexual, não se mostra recomendável nem indicada a interrupção da gravidez pretendida, pois maiores seriam os malefícios. 2. Destaco que merece maior proteção o direito do nascituro à vida, conforme o art. 227 da Constituição Federal. 3. O fato de existir e de permanecer vivo, enquanto as funções biológicas permitirem, constitui direito natural inalienável de todo o ser humano e é, em si mesmo, o ponto de partida para todos os demais direitos que o ordenamento jurídico possa conceber. Recurso desprovido (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 0120988-79.2019.8.21.7000/RS. Relator: desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. *Diário Judiciário Eletrônico- DJe*, 31 jul.2019).

No mesmo sentido realçado, esclarece a magistrada de primeira instância, Dra. Vanessa Lima Medeiros Trevisol, que o comportamento apresentado pela adolescente e o conjunto probatório frágil foram levados em consideração, para fins de indeferimento do pedido liminar de autorização da prática de aborto:

Infere-se, daí, possível resignação da adolescente com a gravidez, supostamente decorrente de estupro, pelo fato de ser tarde demais e por não pretender gastar quarenta reais com injeções, comportamento que, s.m.j., afigura-se pouco habitual para uma vítima de estupro, denotando a conversação entre as partes, aliás, certa cumplicidade em relação ao evento da gravidez", anotou no despacho que negou a liminar para autorizar a interrupção da gravidez (MARTINS, 2020, online).

Do mesmo modo, em sede de instância superior, foi ressaltado que a autorização para a prática de aborto sentimental, disposta no artigo 128, II do CP, possibilita que a vítima não estenda ainda mais um momento de sofrimento, um momento onde seu corpo foi violado e desrespeitado. Contudo, na situação jurídica apresentada, uma possível autorização da prática de aborto, serviria apenas para livrar a adolescente das obrigações e responsabilidades para com a maternidade (MARTINS, 2020).

É importante ressaltar, em sede de preponderância do direito à vida do feto, que os direitos do nascituro encontram-se previstos no artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde há uma proteção não somente ao direito à vida, mas todos os direitos essenciais aos seres humanos, de modo digno: “Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que

permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência” (BRASIL, 1990).

Portanto, infere-se que para a parcela da doutrina e da jurisprudência que defendem o direito à vida do feto, mesmo em casos que se adequem ao conteúdo presente no artigo 128, II do CP, que cabe ao ente público, através de seus mecanismos, coibir que atos provenientes de ilicitude, venham a interromper a vida de inocentes:

Cabe ao Estado, por meio de seus aparatos, coibir que atos provenientes de ilicitude, venham a ceifar a vida de inocentes. Procurar e fechar, espaços que ceifam a vida de inocentes, pois pouco é falado desta obscuridade da alta sociedade, e muito é falado da jovem que é vítima de estupro de sua parentela, que é vítima de estupro de terceiros e que está sorte da vida, sendo pouco atendida pelo Estado (MIRANDA, 2020, online).

Trata-se, sobretudo, de uma tutela jurídica voltada para o próprio ser em concepção:

A criança e o adolescente, como qualquer outro ser humano, gozam da proteção à vida é receita constitucional explícito. Contudo, o que torna o dispositivo de interesse para meditação mais ampla é a imposição de políticas “que permitam o nascimento” sadio e harmonioso. Aqui, o objeto da tutela jurídica é, pois, o próprio ser em concepção (TAVARES, 2010, p. 571).

Para os adeptos à preponderância do direito da mulher em realizar o aborto, em casos de gravidez decorrente do crime de estupro de vulnerável, tem-se como argumento de que tal direito encontra-se previsto no Código Penal Brasileiro, por intermédio do artigo 128, II. Ademais, compreende-se que um ato de impedimento da realização do aborto, em tais circunstâncias, é desumano e cruel, haja vista que a mulher seria obrigada a levar uma gestação adiante, sendo o fruto dessa gestação oriundo de um ato de violência:

Ademais, consoante Noronha (2019), impedir que uma mulher aborte um feto resultante de um estupro, constitui-se como um ato desumano e cruel: Estupro é o delito definido no artigo 213, que, sinteticamente, pode ser considerado como coito vagínico violento. Permite a lei que a mulher, vítima dessa cópula, aborte. É o chamado aborto sentimental, que muito discutido foi por ocasião da Primeira Conflagração Mundial. **Defendem-no uns, dizendo não ser humano que se imponha à mulher trazer nas entranhas um ser que não é gerado pelo amor, que só lhe recorda o momento de pavor que viveu como desumano também será impor-lhe que alimente e crie esse ente** (NORONHA, 2019, p. 71, grifo nosso).

Ressalta-se, segundo Teles (2018), que a mulher detém a liberdade de escolha, seja em relação ao próprio corpo ou em relação à escolha de um parceiro de vida. Trata-se, nesse caso, da manutenção de uma gestação não desejada, da perpetuação de uma violência sem precedentes:

A mulher é livre. O ser humano é. Livre para ter relações sexuais com quem quer que seja. Livre para não ter com determinada pessoa e para não ter senão quando o desejar. Ainda que com o próprio marido ou companheiro. A mulher não é

mero objeto do desejo. É senhora de si e não poderá ser compelida à conjunção carnal. Em hipótese alguma. Tanto que é crime o constrangimento ao ato sexual (art.213, CP). **O estupro é uma violência inominável. Se dele resulta gravidez, não pode o Direito obriga-la a gerar e, depois, ser mãe de quem não queira. A violência seria inominável e se perpetuaria, repetindo-se, no tempo. Uma vez no ato sexual. Depois quando a mulher se descobre grávida. Durante toda a gestação estará sendo submetida àquilo que não a desejou. E depois ainda estaria obrigada a receber o filho de que não queria, pelo menos da forma como ele aconteceu. E ainda ter que ser mãe, por todo o tempo de sua vida, de um filho que lhe foi imposto. Não, o Direito jamais poderia exigir isso de uma mulher** (TELES, 2018, p. 154, grifo nosso).

Segundo Nucci (2020), no que diz respeito à realidade brasileira e também os ditames presentes na Magna Carta de 1988, observa que a dignidade humana está intimamente ligada ao direito de liberdade da mulher, ao direito de dispor do próprio, de escolher pela manutenção ou não de uma gravidez, caso tal gestação seja decorrente de um crime de estupro.

Nesse mesmo aspecto, compreende Macedo (2018) que nos casos onde a mulher é vítima de estupro, para fins de proteção à integridade física e sentimental, a Lei proporciona a possibilidade de interrupção de uma possível gestação, em consonância com o princípio da dignidade humana:

Em caso em que é a mulher a vítima de estupro, para proteger sua integridade física e sentimental, é propiciada a possibilidade de interromper eventual gestação que resultou de momento enormemente traumático, com fundamento nos princípios constitucionais da “proporcionalidade” – este princípio aduz que deve haver um equacionamento entre os direitos de cada pessoa e as expectativas da sociedade em geral, de forma que o Estado (como ente abstrato representativo da sociedade) deva exigir o cumprimento das expectativas sociais em geral, mas de maneira proporcional, razoável e adequada – e da “dignidade da pessoa humana” – este princípio trata da qualidade essencial de todo ser humano que somente por ser humano já possui essa qualidade de espírito, devendo ser respeitada como valor universal e inerente a todo ser humano independente de quaisquer circunstâncias. A lei, portanto, resguarda a faculdade da mulher realizar o aborto, encerrando a vida do feto (MACEDO, 2018, online).

Na mesma esfera de pensamentos aduzida, observa-se a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de análise de um recurso de Agravo em Recurso Especial. Nesse âmbito, ponderou-se que mesmo que não haja um laudo conclusivo, que ateste acerca da violência sexual sofrida pela mulher, a palavra da vítima possuirá grande valor probante. Desse modo, ressaltam que por se tratar de um crime que não deixa muitos vestígios nem testemunhas, o comportamento da vítima, o depoimento prestado e todos os demais elementos que subsumam com o fato deve ser levado em consideração pelo magistrado:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE. ACÓRDÃO AQUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULAS 7 E 83/STJ.

1. A ausência de laudo pericial conclusivo não afasta a caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante, em particularnessa forma clandestina de delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios.
2. O decisum exarado pelo Tribunal de origem, bem assim os argumentos da insurgência em exame firmaram-se em matéria fático-probatória, logo, para se aferir a relevância do laudo referente ao corpo de delito ou contraditar o consistente depoimento da vítima, ter-se-ia de reexaminar o acervo de prova dos autos, o que é incabível em tema de recurso especial, a teor da súmula 7/ STJ.
3. A tese esposada pelo Tribunal local consolidou-se em reiterados julgados da Sexta Turma deste Tribunal- Súmula 83/ STJ.
4. Na via especial, o Superior Tribunal de Justiça não é sucedâneo de instâncias ordinárias, sobretudo quando envolvida, para a resolução da controvérsia (absolvição do agravante acerca da imputação de estupro, nos termos do art. 386 do CPP), a apreciação do acervo de provas dos autos, o que é incabível em tema de recurso especial, a teor da súmula 7/ STJ.
5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.
6. Agravo regimental improvido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 160961 PI/2012. Relator: ministro Sebastião Reis Júnior. **Diário Judiciário Eletrônico- DJe**, 06 ago.2012).

De modo complementar, enfatiza Emmerick (2008) que o direito à vida não é violado quando a mulher opta pela interrupção de uma gestação decorrente de um crime de estupro, mas sim na medida em que diversos abortos clandestinos são realizados. Portanto, a questão que mais exige a atenção dos operadores do direito não se centra na prática do aborto legal, mas sim na prática clandestina, que coloca em risco a vida da própria gestante:

O direito à vida é violado na medida em que praticado o aborto de forma clandestina e insegura, a vida da mulher é colocada em risco, e vale lembrar que a interrupção da gravidez é a terceira causa de morte materna no Brasil, e entre as mulheres que morrem de complicações pós-aborto, a maioria são provenientes de camadas mais pobres da sociedade, jovens, negras, com baixa escolaridade e em sua maioria, legalmente solteiras, o que demonstra que quem mais sofre com os efeitos do aborto são as mulheres desprovidas do acesso aos serviços públicos (EMMERICK, 2008, p. 93).

Compreende-se, no sentido apresentado, que existem outros vieses que devem ser observados tanto pela doutrina majoritária, quanto pela jurisprudência pátria, iniciando-se pelas práticas de aborto clandestinas, que ocorrem principalmente nas camadas sociais mais vulneráveis (EMMERICK, 2008).

No sentido apresentado, complementa Jesus:

Em suma muitos são os direitos violados, ao invés de controvérsias que versam apenas sobre o aspecto religioso, é necessário um olhar humano e social, com políticas públicas voltadas para a efetivação e proteção dos direitos das mulheres, como a vida, saúde, integridade física, dentre outros (JESUS, 2019, online).

Com relação ao direito à vida do feto, ao princípio da dignidade humana e a preponderância dos demais direitos colidentes, compreende-se que a solução de tal celeuma reside no sopesamento de princípios e direitos fundamentais por parte do julgador. Em outras palavras, há necessidade de análise de cada caso de modo individual, para que não haja a propagação de injustiças:

Temos que o intérprete constitucional não poderá sopesar somente a perspectiva do direito à vida do embrião. De igual forma, não poderão somente os direitos pertencentes à mulher- dignidade da pessoa humana, autonomia, à privacidade, à liberdade sexual, bem como à integridade física, moral, psicológica, à saúde - prevalecer incondicionalmente, uma vez que, ao fazer a análise do caso concreto, deverá proporcionalmente sopesar os direitos que os envolvem, adequando-os à necessidade existente, aplicando-se, assim, responsavelmente a técnica da ponderação (SOUSA, 2020, p. 359).

Com subsídio em tais elementos, enfatiza Sousa (2020) que a ponderação de valores, princípios e direitos fundamentais deve ser realizada de modo criterioso, sem se levar em conta apenas um dos lados.

Dessa forma, segundo Nucci (2020), nenhum direito, princípio ou valor presente na Magna Carta de 1988 e nos demais diplomas legais podem ser considerados absolutos, imutáveis, nem mesmo o direito à vida do feto. Trata-se, sobretudo, de uma busca por uma decisão justa e equânime:

[...] como já expusemos na nota de abertura a este capítulo, nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida. Por isso, é perfeitamente admissível o aborto em circunstâncias excepcionais, para preservar a vida digna da gestante. Em continuidade a essa ideia, convém mencionar a posição de Alberto Silva Franco, ao dizer não ser inconstitucional o “sistema penal em que a proteção à vida do não nascido cedesse, ante situações conflitivas, em mais hipóteses do que aquelas em que cede a proteção penal outorgada à vida humana independente” (Aborto por indicação eugênica, p. 12) (NUCCI, 2020, p. 629).

No mesmo contexto apresentado, esclarece Macedo (2018) que em casos de necessidade de interrupção de uma gravidez decorrente de um crime de estupro de vulnerável, para fins de proteção da dignidade sexual da mulher, da sua integridade, tal questão é apresentada à vítima ou, a um representante legal ou genitor da menor. Contudo, de modo concomitante, também se analisa a situação fática, ou seja, se a gravidez realmente decorreu de um delito, para que não haja a violação ao direito à vida sem

elementos sólidos. Compreende-se aqui que tais questões são analisadas à luz do princípio da proporcionalidade, da razoabilidade, de uma mensuração de direitos e princípios, para que não se tenha uma decisão injusta e desprovida de valor perante a sociedade e à esfera jurídica atual.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na pesquisa científica realizada, pode-se compreender que o Código Penal Brasileiro, assim como a Magna Carta de 1988, buscam tutelar e proteger o direito à vida, alcançando até mesmo à vida em sua fase inicial (uterina).

Nesse esteio, compreende-se que toda e qualquer prática de interrupção de uma gestação, que não se enquadre entre as exceções legais (previstas no artigo 128, II do CP), deve ser considerada criminosa e, portanto, passível de sanção penal.

Enfatiza-se, nesse plano, que a presente pesquisa buscou tratar sobre duas vertentes de pensamento. Dessa forma, tem-se uma corrente doutrinária e jurisprudencial que defendem a predominância do direito à vida do feto, e, de outro lado, aqueles que defendem a interrupção de uma gestação decorrente de um crime de estupro, em consonância com as raízes do princípio da dignidade humana.

Com base nas duas vertentes de pensamento, pode-se compreender que nenhum direito, princípio ou valor é imutável, absoluto, predominante em toda e qualquer situação jurídica vivenciada.

Portanto, observa-se que o direito à vida do feto deverá preponderar principalmente nos casos onde o magistrado não tenha certeza plena de que a gravidez decorreu de um crime de estupro ou, com base no conjunto probatório juntado nos autos, não se demonstre que aquela prática é a mais viável ou a mais justa para as partes.

De outro modo, tem-se também que o direito de prática de aborto, principalmente nos casos de gravidez decorrente do crime de estupro, deve ser levado em consideração pelo magistrado. Dessa forma, analisa-se a vontade da vítima, os direitos que foram violados, a necessidade de proteção da integridade física e psíquica da vítima e também os próprios critérios biológicos (onde nem sempre deve se levar uma gestação adiante, principalmente se a vítima for menor de idade, haja vista que tal situação poderá comprometer a vida da própria vítima).

Em resumo, são critérios que devem ser levados em consideração, sobretudo por tratar-se de questões que vão além das entrelinhas das leis.

Outro elemento de grande importância refere-se a incapacidade de a vítima menor de idade poder externar um consentimento de modo pleno. Ademais, mesmo que a gravidez seja decorrente de um ato sexual desprovido de violência ou grave ameaça, tem-se que as pessoas incapazes estão passíveis de sofrer outras espécies de violência, ou seja, deve-se observar os critérios de coação psicológica, dependência emocional, coação física, dentre outros. Há necessidade, nesse prumo, que as vítimas de tal barbárie sejam amparadas não somente pelo Estado, mas também pelo Poder Judiciário. Deve-se considerar que se tratam de pessoas em desenvolvimento, vulneráveis, que necessitam de um amparo especial por parte dos órgãos públicos.

Outrossim, entende-se que não há uma mera disputa entre o direito à vida do feto ou a possibilidade de prática do aborto, em consonância com o princípio da dignidade humana. Tratam-se de vidas, de situações que merecem uma atenção por parte do Poder Público.

Desse modo, mister que cada caso seja analisado de modo individual, para que não se tenham decisões injustas, que possam ceifar a vida de inocentes ou que possam condenar a vítima à manutenção de uma gestação indesejada, fruto de uma violência sem precedentes. Portanto, há necessidade de que o julgador realize um sopesamento de princípios e direitos fundamentais, para que se tenha a concretização da justiça.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/DOUconstituicao88.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/DOUconstituicao88.pdf). > Acesso em: 05 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 07 de dezembro de 1940. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) > Acesso em: 05 abr. 2022.

BRASIL. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 13 de julho de 1990.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 0120988-79.2019.8.21.7000/RS. Relator: desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. **Diário Judiciário Eletrônico- DJe**, 31 jul.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 160961 PI/2012. Relator: ministro Sebastião Reis Júnior. **Diário Judiciário Eletrônico- DJe**, 06 ago.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Interrupção de gestação de anencéfalos**: ministro Lewandowski abre divergência. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=>> acesso em 22 abr. 2022.

BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio. 1976.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**.13. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2021.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. 1948. Disponível em: <[http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao\\_universal\\_dos\\_direitos\\_do\\_homem.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf)> Acesso em: 23 abr. 2022.

1842

DINIZ, Debora *et al.* A verdade do estupro nos serviços de aborto legal no Brasil. **Revista Bioética**, Brasília, v. 22, n. 2, p. 291-298, ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422014222010>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S198380422014000200011&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S198380422014000200011&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 18 abr. 2022.

EMMERICK, Rulian. **Corpo e Poder: Um Olhar Sobre o Aborto à Luz dos Direitos Humanos e da Democracia**. Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp063091.pdf>> Acesso em: 28 abr. 2022.

FAÚNDES, A.; BARZELATTO, J. **O drama do aborto**: em busca de um consenso. Campinas: Komedi; 2004.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte especial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 10. ed. Niterói: Impetus, 2016.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Crimes contra a pessoa a Crimes contra o patrimônio**. 36.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

JESUS, Nanda M. de. **Relação às Implicações sobre a Perspectiva Religiosa e de Tutela Penal da Vida Humana em Confronto com a Liberdade de Escolha da Mulher.** 2019. Disponível em: <<https://ernandamariadejesus.jusbrasil.com.br/artigos/767870641/aborto-uma-analise-juridica-em-relacao-as-implicacoes-sobre-a-perspectiva-religiosa-e-de-tutela-penal-da-vida-humana-em-confronto-com-a-liberdade-de-escolha-da-mulher>> Acesso em: 01 mai. 2022.

MACEDO, Isaela Gomes de. **A possibilidade de aborto sentimental em caso de crime de estupro cometido contra homem.** 2018. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52470/a-possibilidade-de-abortosentimental-em-caso-de-crime-de-estupro-cometido-contra-homem>> Acesso em: 10 abr. 2022.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **O crime de aborto na atualidade e perspectiva.** 2017. Disponível em: <<https://vicentemaggio.jusbrasil.com.br/artigos/413924350/o-crime-de-aborto-na-atualidade-e-perspectiva>> Acesso em: 02 abr. 2022.

MARTINS, Jomar. **Sem prova de estupro, TJ-RS não autoriza menor a fazer "aborto sentimental".** 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan30/aborto-sentimental-exige-prova-estupro-decide-tj-rs>> Acesso em: 12 abr. 2022.

MARTINS, Laura. **O aborto provocado e suas consequências.** 2016. Disponível em: <https://www.comshalom.org/o-aborto-provocado-e-suas-consequencias/>. Acesso em: 20 abr. 2022.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal: Parte especial.** 37.ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MIRANDA, Diego. **Da diferença entre o aborto legal e o criminoso na visão da medicina forense.** 2020. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11945/Da-diferenca-entre-o-aborto-legal-e-o-criminoso-na-visao-da-medicina-forense#:~:text=Ademais%2C%20o%20texto%20openal%2C%20visa,ceifar%20a%20vida%20de%20inocentes.>> Acesso em: 02 abr. 2022.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal.** 40.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

NUNES, Cintia Bezerra de Melo Pereira. **Aborto legal em incapaz.** 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12505/aborto-legal-em-incapaz>> Acesso em: 02 abr. 2022.

PACHECO, E. D. O., **Aborto e Sua Evolução Histórica.** *Jornal Jurídico Digital*, v. s/n, p. s/n, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988,** 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUES, Glaison Lima. **As espécies de aborto e suas implicações jurídicas**. 2020. Disponível em: <[https://bebendodireito.com.br/as-especies-de-aborto-e-suas-implicacoes-juridicas/#:~:text=J%C3%A1%20o%20aborto%20Moral%20\(Sentimental,incapaz%2C%20de%20seu%20representante%20legal.](https://bebendodireito.com.br/as-especies-de-aborto-e-suas-implicacoes-juridicas/#:~:text=J%C3%A1%20o%20aborto%20Moral%20(Sentimental,incapaz%2C%20de%20seu%20representante%20legal.)> Acesso em: 01 abr. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUSA, Luciana Silva. **Aborto: Direito à Vida ou Dignidade da Pessoa Humana?** R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 22, n. 3, p. 334-363, set/dez. 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

VIEIRA, Patrícia Gabriela Assayag. **O aborto legal em caso de estupro no Brasil**. 2020. Disponível em: < <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55319/o-aborto-legal-em-casode-estupro-no-brasil> > Acesso em: 17 abr. 2022