

RESTRICÇÃO OU VIOLAÇÃO AO DIRETO À VIDA? A POSSIBILIDADE DO ABORTO A PEDIDO DO HOMEM VÍTIMA DE ESTUPRO

Thiago Ferreira da Silva*

Vinícius Fernandes Cherem Curi**

Sumário: 1 Introdução; 2 O estupro e a legislação penal brasileira; 3 As alterações no crime de estupro provocadas pela Lei nº 12.015/09; 4 A mulher como sujeito ativo do delito; 5 Conceito e legitimidade da prática abortiva; 6 Restrições constitucionais ao direito à vida; 7 – A análise da possibilidade do aborto a pedido do homem; 8 Considerações finais.

Resumo: Com o objetivo de analisar as alterações trazidas pela Lei nº 12.015/09, especificamente em relação ao delito de estupro, a presente pesquisa discute a possibilidade de aborto a pedido do homem na hipótese de figurar como sujeito passivo do delito. A finalidade precípua da lei foi assegurar maior efetividade e proteção na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana frente à violação da intimidade sexual do ser humano, de modo a respeitar a dignidade sexual de todos. Portanto, dentro das alterações relativas ao crime de estupro, analisaram-se as figuras do sujeito ativo e passivo, com um olhar na participação da mulher como autora da modalidade criminosa. Assim, por meio da pesquisa jurídica de vertente jurídico-dogmático, do raciocínio dedutivo de caráter interdisciplinar, através da investigação hermenêutica ou interpretativa, utilizado o método teórico ou bibliográfico, verificaram-se as possibilidades de restrições do direito fundamental à vida do nascituro, especificamente no que tange ao pedido de aborto feito pelo homem, pelo qual se utilizou da teoria de ponderação dos princípios de Robert Alex diante a colisão de interesses de terceiros frente ao caso concreto para sustentar a legitimidade da intervenção.

Palavras-chave: Estupro. Sujeito Ativo. Aborto. Igualdade. Sopesamento.

* Graduado em Direito pela PUC Minas Arcos. Pós-Graduando em Direito Processual Penal pela Rede LFG-Anhanguera Uniderp. Advogado. Rua Pio XII, 26, Sala 204, Centro, Formiga CEP: 35.570-000, E-mail: thiagoferreira.minas@hotmail.com, telefone: (37) 9-9936-7405.

** Graduado pela PUC Minas Arcos. Pós-Graduado em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Pós-Graduado em Processo Penal pela PUC Minas. Advogado. Assessor Jurídico da APAC Arcos. E-mail: vinicius@viniciuscuri.com.br, telefone: (35) 9122-1200.

1 Introdução

A principiologia norteia e constitui o ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo. As garantias constitucionais devem sopesar toda vez que houver um conflito de interesses assegurado por regras já estabelecidas, ou seja, quando há uma conduta definida e essa conduta não for cumprida de maneira adequada, cabe ao aplicador do direito, frente ao caso concreto, determinar qual delas foi afastada pela outra, utilizando da base principiológica para a melhor interpretação da norma.

Assim o presente artigo tem por escopo expor o sopesamento, primeiramente, numa análise geral dos direitos fundamentais, e em especial aqueles que se relacionam ao direito à vida quando colidentes aos interesses de terceiros, ao passo que, diante desse enfrentamento, verificar se há proporcionalidade ou prevalência de um ou outro e se estaria diante uma violação ou restrição a esse direito.

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, alterou significativamente o capítulo dos delitos sexuais, afastou conceitos antigos que já estavam obsoletos à nova realidade social. Contudo, não se pretende fazer referência a toda estrutura, a ênfase do estudo diz respeito a fusão dos artigos 213 e 214 do Código Penal e suas características atinentes aos sujeitos, tanto ativo quanto passivo.

A referida lei reuniu em um mesmo tipo penal, as descrições típicas previstas nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Não pode dizer que excluiu o atentado violento ao pudor, o que houve foi a alteração da forma, inserindo uma ampla proteção.

Foi incorporada a expressão alguém, isso significa dizer que o delito passou a ser um crime comum, de sujeitos indiferenciados, dessa forma não há nenhuma restrição típica para ser agente ou vítima.

Assim, pretende-se, com espeque na abrangência na figura típica do delito de estupro, verificar a hipótese de o homem figurar como vítima do delito, pois, como será demonstrado, tanto o sujeito ativo como o sujeito passivo poderá ser qualquer pessoa.

Todavia, cabível a ressalva de que, se da violência sexual resultar gravidez, terá o ofendido, diante o sujeito passivo homem, o direito de exigir sua interrupção?

Nessa hipótese, se trata de restrição ou violação ao direito à vida? A possível interrupção é considerada legal nos termos do artigo 128 do Código Penal?

2 O estupro e a legislação penal brasileira

No direito romano, 18 anos d.C., considerava-se estupro em sentido estrito toda união sexual ilícita com mulher não casada e, em sentido amplo, a conjunção carnal violenta, *crimen vis*, tendo como sanção cominada a pena de morte. Na Idade Média e nas conhecidas Ordenações Filipinas também se mantiveram a tradição romana de punir o estupro violento com a pena de morte. (BITENCOURT, 2011, p. 42)

Neste contexto Prado destaca algumas das sanções:

Acarretava para o autor a obrigação de se casar com a donzela e, na impossibilidade do casamento, o dever de constituir um dote para a vítima. Caso o autor não dispusesse de bens, era açoitado e degredado, salvo se fosse fidalgo ou pessoa de posição social, quando então recebia tão somente a pena de degredo. (PRADO, 2010, p. 647)

O Direito antigo, romano ou grego, não tomava conhecimento do atentado violento ao pudor e já naquela época punia-se como estupro perpetrado mediante violência. O Código Penal francês de 1810 também equiparava o estupro ao atentado violento ao pudor. (BITENCOURT, 2011)

Somente na legislação brasileira, com o Código Penal de 1830, houve uma atenuação na infração do tipo, com pena de três a doze anos, acrescida da obrigação de adotar a ofendida, e com o Código Penal de 1890 atenuou ainda mais a punibilidade do estupro, que aplicava pena de um a seis anos de prisão celular, além da constituição de um dote para a vítima. (BITENCOURT, 2011)

Já no Código Penal de 1940, antes do advento da Lei nº 12.015/09 descrevia o estupro, em seu artigo 213, da seguinte forma: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de 6 a 10 anos”. “Dessa forma o objeto jurídico tutelado pelo direito penal é a liberdade sexual da mulher, assegurando o seu direito de livremente dispor do seu corpo e eleger seu parceiro” (CUNHA, 2009, p. 231).

Conforme redação transcrita, percebe-se a classificação do crime como sendo um crime próprio, pois o delito era cometido somente pelo homem contra a mulher.

Para a configuração do tipo, necessariamente, deveria haver violência ou grave ameaça para se obter a conjunção carnal.

No entanto, segunda a doutrina, havia possibilidades de a mulher figurar no pólo ativo, por exemplo, como co-autora, partícipe e autora mediata. Cunha (2009, p. 231) define as figuras da conduta ativa da mulher, veja-se:

[...] co-autora (ameaça a vítima para um homem praticar o ato sexual), partícipe (induz um homem a estuprar a vítima), e autora mediata (valendo-se de um agente sem condições de discernimento para obrigar a vítima à cópula vagínica).

Fato relevante no passado consistia em saber se a mulher que fosse constrangida sexualmente pelo marido, mediante violência ou grave ameaça, seria considerada vítima do crime. Sustentava-se que mesmo através de violência ou outros meios que o marido utilizasse para ir de encontro a sua pretensão resistida na obtenção de prazeres sexuais em face de sua esposa não haveria o crime, pois a conjunção carnal em matrimônio tratava-se de um exercício de direito que o homem adquiria em virtude de uma das obrigações da vida conjugal. (NUCCI, 2010)

Dessa forma, Nucci entende que “casando-se, livre e espontaneamente, a mulher sujeita-se as consequências de seu ato, contrai obrigações a que não pode furtar-se por um capricho ou um arrependimento tardio” (NUCCI, 2010, p. 54).

Ao se observar na atualidade o fato exposto, desaparece por completo a hipótese, principalmente após a promulgação da Constituição de 1988, uma vez que deve homenagear o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I, CF/88).

Ademais, a Lei nº 11.106/2005 prevê aumento de pena (art. 226, II, CP) na hipótese do cometimento do crime contra cônjuge, bem como esta ideia vem reforçada na lei no art. 7º, III.

Vale lembrar que a prática de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo não constituía a figura do estupro, já que recairia nos delineamentos do atentado violento ao pudor. Assim, não se poderia falar em cópula vagínica se uma mulher, mediante violência ou grave ameaça, mantivesse, com outra mulher, relações sexuais.

Por outro lado, a Lei nº 12.015 de 2009 promoveu profundas alterações no que diz respeito aos crimes sexuais, sendo as principais mudanças àquelas tipificadas no estupro e atentado violento ao pudor, artigos 213 e 214 do Código Penal, pois trouxe harmonia com o

texto constitucional e adequou o texto da lei com as necessidades de uma sociedade que evolui rapidamente.

3 As alterações no crime de estupro provocadas pela Lei nº 12.015/09

A Lei nº 12.015/09 teve por finalidade, proteger a dignidade, o respeito, a privacidade e a honra humana, princípios constitucionalmente assegurados no artigo 1º, III e artigo 5º, X, da Constituição da República de 1988.

Em relação à modificação da objetividade jurídica, principiológica, dos crimes contra a dignidade sexual, insta salientar o entendimento de Capez:

A evolução da sociedade, portanto, passou a exigir, em consonância com a Constituição Federal de 1988, a formulação de uma nova concepção do objeto jurídico do crime, de forma que assumia especial importância não os padrões ético-sociais, os bons costumes, mas a dignidade do indivíduo que é colocada em risco [...]. A tutela da dignidade sexual, portanto, deflui do princípio da dignidade humana, que se irradia sobre todo o sistema jurídico e possui inúmeros significados e incidências. (CAPEZ, 2012, p. 20-21)

Diante o exposto se percebe que o legislador procurou valorar, claramente, a vida e a dignidade humana frente aos crimes sexuais, pelo qual, prioriza num primeiro momento a liberdade de escolha sexual e a dignidade em face aos costumes, pois anteriormente tratava-se a expressão de “Dos crimes contra os costumes”, agora “Dos crimes contra a dignidade sexual”, ou seja, se dava maior relevância social ao fato, uma proteção em relação de modo geral à sociedade.

Bitencourt (2011) reconhece que atualmente, na realidade, os crimes sexuais violentos ou fraudulentos atingem diretamente a dignidade, liberdade e personalidade do ser humano.

Nucci (2010) entende como positiva a alteração do título ao lecionar que:

Dignidade fornece a noção de decência, compostura, respeitabilidade, enfim, algo vinculado a honra [...] além do que atividade sexual é, não somente um prazer material, mas uma necessidade fisiológica para muitos, possui pertinência a tutela penal da dignidade sexual. Em outros termos, busca-se proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e opção neste cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência. (NUCCI, 2010, p. 26-27)

Assim como evolui a sociedade, evoluem também os comportamentos humanos de modo a crescer, concomitantemente, a modalidade e a capacidade criminal dentro dela. A nova redação do artigo 213 confere a adequabilidade real e moderna deste fato típico.

Vale mencionar o que diz respeito à honestidade sexual da vítima. Corresponde à liberalidade, vontade em ceder ao outro sexualmente, incluindo até aqueles que se favorecem do corpo como meio de sustento, pois a lei visa proteger a todos, sem qualquer restrição ao modo de vida da pessoa, e sem qualquer meio de violência em ceder ao impudico de outrem.

Não diferente disso, Nucci (2009, p. 18) faz a seguinte observação: “faz desaparecer, por completo, qualquer referência a honestidade ou ao recato sexual da vítima, pouco importa como age o ofendido nesse cenário, podendo ser prostituta ou garota de programa”.

Com a alteração o crime passa ter uma amplitude de atos sexuais que podem ser considerados crimes, o que, evidentemente, dificulta a identificação da modalidade no caso concreto em que pese a gravidade da conduta merecedora de punição.

Isso porque com o constrangimento, o agente pode buscar a prática de atos libidinosos que não tem o escopo de atingir à conjunção carnal, mas sim a uma satisfação genésica por similaridade ou equiparação. (CUNHA, 2009)

Nesse cenário, há de se reconhecer a linha tênue entre as condutas típicas do estupro e atentado violento ao pudor. Verificar a intenção do agente é tarefa árdua, ante a difícil produção de provas, onde se valoriza muito mais a palavra da vítima. Dessa forma, se considera qualquer ato libidinoso como estupro consumado?

Cunha (2009) esclarece que se difere do estupro em razão da natureza do ato praticado, pois clara é a distinção entre ato libidinoso e a conjunção carnal. “[...] O primeiro consiste num desafogo da libido pelo apetite concupiscente que leva o agente a sevar-se na luxúria, sem o escopo de manter com o sujeito passivo conjunção carnal. A segunda exige o indisfarçável objetivo do congresso sexual” (CUNHA, 2009, p. 234).

A nova redação do tipo ampliou o número de sujeitos ativos e passivos, e a estrutura do tipo passa a ser mista alternativa, envolvendo a conjunção do verbo principal constranger, com as condutas associativas complementares: a) ter conjunção carnal; b) praticar outro ato libidinoso; c) permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. (NUCCI, 2010).

Em tese, não somente a conjunção carnal conduz para a prática delituosa, há várias condutas mesmo quando não há o contato físico, mas que através de grave ameaça o agente obriga a vítima, a, por exemplo, ficar nua satisfazendo-o num desejo sexual, há a possibilidade de configurar o delito combinado com o artigo 14, I, do Código Penal, eis não ser mais necessária a conjunção, prescindível é a efetivação carnal.

Admite-se a tentativa, embora de difícil configuração, pois o *iter criminis* dever interpretado de forma a perceber a intenção do agente que se consuma. Nucci (2010) esclarece:

[...] Afinal, qualquer toque libidinoso mais intenso já é suficiente para permitir a consumação do delito. A esfera da tentativa delinea-se em torno do constrangimento, sem haver a conjunção carnal ou prática de outro ato libidinoso. Ilustrando, o agente pode obrigar a vítima a acompanhá-lo a local ermo, com finalidade de estuprá-la, sendo detido antes que ela se despisse, ou durante esse ato. (NUCCI, 2010, p. 58-59)

Contudo, a reforma penal deixou a desejar, pois deveria atentar aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ao prever a inserção intermediária de aplicabilidade da pena.

Como bem sintetiza Nucci, “A proporcionalidade indica a harmonia e boa regulação de um sistema, abrangendo, em Direito Penal, particularmente, o campo das penas” (NUCCI, 2010, p. 210).

Conforme exposto, o estupro pode ser caracterizado materialmente por um beijo lascivo contra a vontade da vítima mesmo sendo uma conduta menos gravosa do que o coito propriamente dito. Prado, ao manifestar sobre os atos libidinosos de menor gravidade em razão ao princípio da proporcionalidade, destaca:

É certo que o beijo lascivo ou lingual obtido contra a vontade da vítima, mediante violência tem inferior magnitude penal se comparado, por exemplo, com o coito anal. Mas não deixa de ser considerado estupro, conforme a disciplina da lei brasileira vigente, sendo que tal distinção deve ser aferida por ocasião da aplicação da pena. (PRADO, 2010, p. 649)

Para efeitos de consumação, vale destacar o comportamento da vítima, no que diz respeito ao consentimento, ponto este de suma importância no delito de estupro, pois conforme assevera Nucci (2010, p. 243-246) o consentimento do ofendido “[...] permite que o

titular de um bem ou interesse protegido, considerado disponível, concorde livremente, com a sua perda [...] quando não afronte os bons costumes e a ética social”. Nesse entendimento, a integridade corporal é ponto de complexidade a considerar o consentimento da vítima como excludente supralegal de responsabilidade criminal, contudo, antes, em análise ao consentimento do ofendido, Nucci ensina que:

Não há dúvidas que em certos casos, o consentimento do ofendido influencia no juízo de tipicidade, fugindo ao âmbito da antijuridicidade. Quando a discordância do sujeito passivo estiver presente, expressa ou implicitamente, como elemento do tipo penal, deve-se afastar a tipicidade quando houver o consentimento para a realização da conduta. A doutrina costuma indicar que, nos delitos patrimoniais, de invasão de domicílio, ou violação de correspondência ou segredo, além dos delitos contra a liberdade sexual e contra a liberdade individual, havendo o consentimento do ofendido é caso de atipicidade. (NUCCI, 2010, p. 245)

Torna clara a definição segundo Prado (2010), ao situar a violência ou grave ameaça como meio de prevalecer sobre a vontade do ofendido:

O delito de estupro exige, para sua configuração, um manifesto dissenso da vítima expresso pela sua resistência à cópula carnal ou ato libidinoso, que somente é superada pelo uso da violência ou da grave ameaça. Isso não significa que se exija que a vítima atue com heroísmo, basta que exprima o seu não consentimento de modo objetivo e com clareza. (PRADO, 2010, p. 651-652)

Diante de toda a exposição referente ao conteúdo, fica claro que para tornar a conduta criminosa atípica, o consentimento do ofendido deve perfazer de forma livre, sem vício, pois no crime em tela sendo praticado diante os elementos normativos violência ou grave ameaça, não será possível falar em exclusão de ilicitude ou atipicidade, assim torna o bem indisponível perante a sociedade que repudia tal conduta, sendo, portanto, necessária à intervenção do Estado.

Por outro lado, é importante sublinhar o consentimento quando se tratar de estupro de vulnerável. Tipificado no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, uma das modificações introduzidas pela lei, é no sentido de que a pessoa menor de 14 anos de idade não tem o devido discernimento para o ato sexual.

Assevera tal entendimento Nucci (2010):

São consideradas pessoas vulneráveis (despedidas de proteção, passível de sofrer lesão), no campo sexual, os menores de 14 anos, os enfermos e deficientes mentais, quando não tiverem o necessário discernimento para a prática do ato, bem como aqueles que, por qualquer causa, não possam oferecer resistência à prática sexual. (NUCCI, 2010, p. 927)

Nota-se que nessa prática delitiva não se presume a forma coercitiva de praticar o ato de libidinagem, se é mediante violência ou grave ameaça, é tão simplesmente a concupiscência satisfação da lascívia com o menor de 14 anos mediante conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

Dessa forma, abordado as alterações quanto a figura típica do estupro, cumpre analisar a novidade em relação ao sujeito ativo na figura da mulher.

4 A mulher como sujeito ativo do delito

No delito em análise verificou-se que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, tanto o homem quanto a mulher em sentido amplo.

Diante da atual redação do artigo 213 do Código Penal, Nucci (2010, p. 52) aponta que: “Não mais se restringe ao homem, quando, sob a antiga redação, o sujeito passivo era somente a mulher, visto ser o único objetivo do constrangimento a conjunção carnal”.

Prado (2010) lucidamente observa:

Em razão da unicidade do tratamento legal do estupro, que atualmente possibilita para a consumação do delito a prática de conjunção carnal ou de outro ato libidinoso, indistintamente, podem ser sujeitos ativo e passivo tanto o homem quanto a mulher, sendo, portanto, sujeitos indiferenciados, sem nenhuma restrição típica (delito comum). (PRADO, 2010, p. 650)

Posto isso, cabe a ressalva no que tange a aplicação do aumento de pena. Não havendo nenhuma restrição delitiva para o crime em análise, dessa forma igualmente é apreciável as consequências do aumento de pena em desfavor da mulher, pois o desvalor do resultado impulsiona para a valoração da pena.

Não se levará em conta a aplicabilidade do aumento de pena se a mulher desejou ou não engravidar, aqui a importância é observar os efeitos causados no sujeito passivo, que decorrem, no caso, sobre o homem.

Sem mais objeções, nesse sentido Prado (2010, p. 653) confirma, “Igualmente responde com a pena agravada se da prática do estupro resulta gravidez (art. 234-A, III, CP)”.

Posto a análise a respeito do sujeito ativo e a aplicação do aumento de pena, ponto nevrálgico diz respeito à possibilidade do aborto quando o crime é praticado pela mulher e as suas consequências.

5 Conceito e legitimidade da prática abortiva

O Código Penal de 1940 não define o que se entende por aborto, e não há qualquer outra norma que atenta para o tema. Temos encontrado, no entanto, alguns posicionamentos na doutrina.

Afora o entendimento da doutrina, a definição ou conceito de aborto não fica a cargo de um posicionamento jurídico. Surge, aparentemente mais correto uma norma, que definisse, complementasse a figura do tipo, com a tecnicidade devida.

Observe que “Trata-se de elemento normativo extrajurídico do tipo. Sua correta definição exige um juízo de valor empírico-cultural, feito sobretudo pelas ciências médicas e biológicas”. Dessa forma, sem caracterizar com exatidão o conceito de aborto “segundo alguns, o aborto consiste na “morte dolosa do feto dentro do útero” ou “na violenta expulsão do feto do ventre materno, da qual resulte a morte” (PRADO, 2010, p. 119).

De outra forma, conceituar o aborto como interrupção da gravidez condicionaria a uma definição vaga, sem objetivar o que melhor se extrai da palavra.

Prado (2010, p. 119-120), se refere da seguinte forma: “De fato, a mera interrupção da gestação, por si só, não implica aborto, dado que o feto pode ser expulso do ventre materno e sobreviver ou, embora com vida, ser morto por outra conduta punível (infanticídio ou homicídio)”.

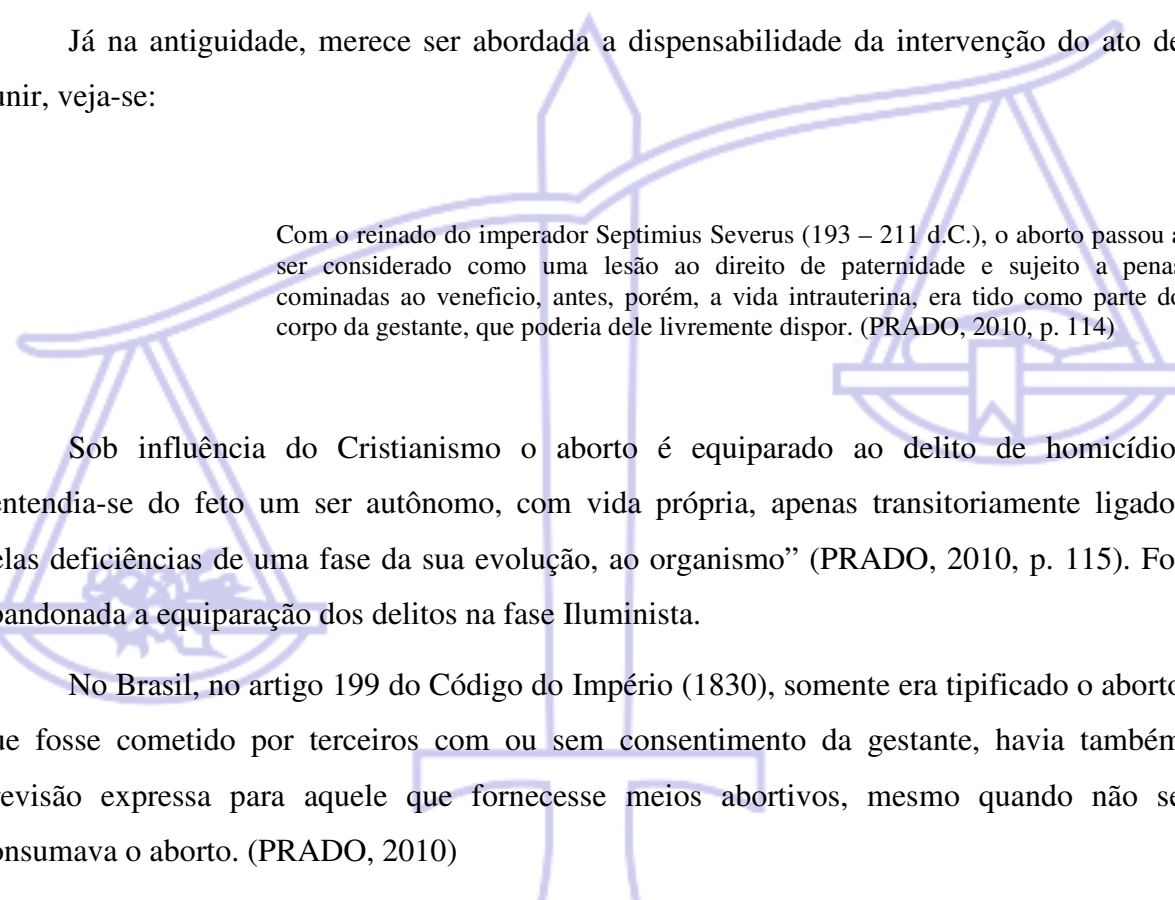
Com uma intervenção mais completa, Cunha (2009, p. 38), por exemplo, esclarece que: “Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção”.

Salvo melhor juízo, praticar aborto, independentemente do meio utilizado, é atingir o objetivo de interromper a gestação com o resultado morte, consubstanciado na vontade consciente de realizar a conduta delitiva.

Por outro lado, no que diz respeito a legitimidade das formas de aborto, o que na atualidade discute-se a respeito na ótica da descriminalização, já o foi na antiguidade.

Segundo a doutrina, “A prática do aborto durante longo lapso temporal não era prevista como delito. Ficava a critério da mulher a conveniência ou não do prosseguimento a gestação” (PRADO, 2011, p. 114).

Já na antiguidade, merece ser abordada a dispensabilidade da intervenção do ato de punir, veja-se:



Com o reinado do imperador Septimius Severus (193 – 211 d.C.), o aborto passou a ser considerado como uma lesão ao direito de paternidade e sujeito a penas cominadas ao venefício, antes, porém, a vida intrauterina, era tido como parte do corpo da gestante, que poderia dele livremente dispor. (PRADO, 2010, p. 114)

Sob influência do Cristianismo o aborto é equiparado ao delito de homicídio, “entendia-se do feto um ser autônomo, com vida própria, apenas transitoriamente ligado, pelas deficiências de uma fase da sua evolução, ao organismo” (PRADO, 2010, p. 115). Foi abandonada a equiparação dos delitos na fase Iluminista.

No Brasil, no artigo 199 do Código do Império (1830), somente era tipificado o aborto que fosse cometido por terceiros com ou sem consentimento da gestante, havia também previsão expressa para aquele que fornecesse meios abortivos, mesmo quando não se consumava o aborto. (PRADO, 2010)

O Código de 1890 previa como privilégio o autoaborto, quando a finalidade fosse para ocultar desonra própria, “a seu turno, fazia distinção entre o aborto com e sem expulsão do feto, cominando àquela pena mais grave”. (PRADO, 2010, p. 116)

Diante os exemplos apresentados, temos na atualidade, regido pelo Código Penal de 1940 que, o aborto provocado é incriminado, com previsão nos artigos 124, 125 e 126, salvo as exceções que o legislador previu como possibilidades não incriminadoras.

Trata-se das hipóteses previstas no artigo 128, incisos I e II, do Código Penal. Nessas, encontramos-las de duas formas, quando o aborto se torna necessário, praticado por médico

nas circunstâncias de salvar a vida da gestante ou no caso de gravidez resultante de estupro, precedido de consentimento da gestante ou, quando for o caso, de seu representante legal.

Em se tratando de não imputação penal da prática abortiva, vale mencionar, o recente entendimento do Superior Tribunal Federal, que assentou sobre a possibilidade do aborto anencéfalo, como mais uma hipótese autorizada, mas não prevista na legislação, de interrupção da vida humana intrauterina.

Nota-se, portanto, não ser necessária a aquiescência da gestante no aborto necessário, sob o argumento de ser o único meio para salvar a vida da gestante. Nesse ponto, segundo Prado, (2010, p. 128-129) define-se: “Para a realização do aborto necessário é dispensável o consentimento da gestante, visto que o consentimento é condição incompatível com o estado de necessidade, ainda que seja útil escutar, quando possível, a opinião de outros médicos”.

Sendo assim, tendo como foco a interrupção da vida intrauterina, será analisado no próximo tópico, a possibilidade de restrição a direitos fundamentais, a forma de abordar os referidos direitos e, conseqüentemente, formas de restrição.

6 Restrições constitucionais ao direito à vida

O direito fundamental à vida encontra respaldo na Constituição nos termos do caput do artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]” (BRASIL, 2012).

Como cediço, não há hierarquia de princípios e muito menos podemos submeter aos princípios constitucionais valores absolutos, ao passo que devemos relativizar quando há um enfrentamento, colisão ou interesses de terceiros com o mesmo bem tutelado. Nesse sentido Novellino pondera que:

A importância axiológica e o fato de ser pressuposto de todos os demais direitos conferem à inviolabilidade do direito à vida um peso elevado na ponderação com outros bens jurídicos, mas não um caráter absoluto. A inviolabilidade poderá ser restringida nos casos de colisão com o mesmo bem titularizado por terceiros – ou, ainda, com outros valores constitucionalmente assegurados. (NOVELINO, 2012, p. 488)

Sendo assim, o direito à vida é compreendido como o direito a permanecer vivo e o direito a uma existência digna, tornando-se o princípio, via de regra, inviolável.

Nesses termos, Novelino (2012) assevera ainda que: “[...] o direito à vida deve ser compreendido em uma dupla acepção: 1) o direito a permanecer vivo; e 2) o direito a uma existência digna (CF, art. 170)”. Sobre a inviolabilidade, que se confere no artigo 5º da Carta Magna/88, continua Novelino (2012) “A inviolabilidade consiste na proteção do direito à vida contra violações por parte de terceiros” (NOVELINO, 2012, p. 484-488).

Uma vez protegida a violação do direito por parte de terceiros, a possibilidade de restringi-los emana de situações especiais diante interesses individuais ou coletivos, dessa forma, segundo Alexy, uma restrição pressupõe a seguinte forma:

O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição -, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. [...] Essa relação é criada somente a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos. (ALEXY, 2008, p. 277)

Primeiramente, devemos analisar o âmbito de proteção em que consiste a inviolabilidade do direito à vida, se há proteção desde a gestação ou se somente em relação na condição do ser humano já formado e exteriorizado no mundo social.

Várias são as teorias que relacionam ao determinado tema, a primeira defende que a vida humana inicia-se a partir da concepção, ou seja, a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, uma segunda entende que ocorre com a fixação do zigoto no útero, denominando-se nidificação, a terceira teoria relaciona com a formação do sistema nervoso central, já para o entendimento da quarta teoria ocorre entre a vigésima quarta e vigésima sexta semanas de gestação, quando o feto passa a ter capacidade de existir sem a mãe. (NOVELINO, 2012)

Contudo, não há determinação legal que fixe o momento em que efetivamente assegura tal concepção. Conforme bem observado por Novelino “a Constituição brasileira de 1988 assegurou a inviolabilidade do direito à vida, sem fixar o momento a partir do qual a vida humana deve ser protegida” (NOVELINO, 2012, p. 485).

Dessa forma, qualquer convencimento, opção que se ache por certo adotar, deverá além de passar pelo crivo da proporcionalidade estabelecer-se por critérios científicos e racionalmente justificáveis. (NOVELINO, 2012)

Há, porém, previsões legais expressas de intervenções ao direito fundamental à vida. Tratam-se dos casos de guerra declarada, prevista no artigo 84, inciso XIX da Constituição, pelo qual é permitida a imposição de pena de morte, modalidade disciplinada no artigo 5, XLVII, a, Constituição Federal de 1988 e, quanto ao abatimento de aeronaves recalcitrantes, instruído pelo Decreto nº 5.144/04, que regulamentou o Código Brasileiro de Aeronave, Lei nº 7.565/86, que prevê a possibilidade de serem abatidas aeronaves consideradas hostis ao Estado Brasileiro, especificamente, suspeitas de tráficos de substância entorpecentes e drogas afins, que podem colocar em risco a segurança pública.

Por certo é que a gama de possibilidades existentes quanto à proteção do direito à vida está ligada intimamente e indiscutivelmente ao princípio da dignidade da pessoa humana, em que pese no âmbito fático, com previsão na Constituição da República. Ademais, o direito fundamental de igualdade, conforme o dispositivo legal da Constituição, no plano formal, não distingue nenhum ser humano, confere a todos os indivíduos um tratamento isonômico.

A importância da aplicabilidade de princípios às normas é fundamental e de observância obrigatória, Nucci observa bem o sistema e destaca que:

O ordenamento jurídico constitui um sistema lógico e coordenado, imantado por princípios, cuja meta é assegurar a coerência na aplicação das normas de diversas áreas do direito [...]. Juridicamente, o princípio é, sem dúvida, uma norma, porém de conteúdo abrangente, servindo de instrumento para a integração, interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo. (NUCCI, 2010, p. 35)

Dessa forma, não se pode deixar de lado as várias situações possíveis de resolução de conflitos através da adequação e aplicação de princípios ao caso concreto, com observância aos princípios constitucionais que lhes conferem maior relevância.

A dignidade da pessoa humana, alicerce constitucional, é observada sobre dois enfoques, o objetivo e o subjetivo. Nucci conceitua da seguinte maneira:

Objetivamente, envolve a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo suas necessidades vitais básicas, como reconhecido pelo art. 7º, IV, da Constituição [...] Subjetivamente, cuida-se do sentimento de respeitabilidade e

autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, quando passa a desenvolver sua personalidade, entrelaçando-se em comunidade e merecendo consideração, mormente do Estado. (NUCCI, 2010, p. 40)

Tecidas tais observações, no que importe na concepção de subjetividade, se percebe a proteção em relação à dignidade humana frente à sociedade, que em caso de desrespeito carece, por conseguinte, a intervenção estatal para garantir que a dignidade e garantias individuais sejam preservadas no meio social. “Por isso, esse princípio é a base e a meta do Estado Democrático de Direito, não podendo ser contrariado, nem alijado de qualquer cenário, em particular, do contexto penal e processual penal” (NUCCI, 2010, p. 40).

Não obstante, as garantias humanas fundamentais, quanto à aplicação desses direitos, devem sobrepular ao caso concreto. Que de nada adianta ter o respaldo constitucional, se ao judiciário, que incumbe à aplicação das normas, não as fizer com o olhar principiológico da Constituição. Nesse entendimento Nucci:

Neste cenário, aguarda-se em particular, do judiciário, quando emergem os conflitos sociais naturais, a justa aplicação da lei ao caso concreto, porém, sobrelevando ao Texto Maior, agindo com coragem e vanguarda. De nada adianta, mormente em matéria penal e processual penal, apregoar existência de tantos direitos e garantias humanas fundamentais se, na prática, eles forem afastados por qualquer lei ordinária ou por decisões administrativas ou judiciais. (NUCCI, 2010, p. 77)

Silva sustenta a legitimidade de intervenção do Estado, mas visando à garantia de um Estado Democrático de Direito de modo que assegura, resguarda valores inerentes ao ser humano para uma convivência digna dentro de uma sociedade, assim afirma:

O estudo tem, assim, como premissa o direito penal liberal-democrático, fundamentado no Estado Democrático de Direito, na dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais e em certos princípios penais daí decorrentes, aliados a uma política criminal que vise à proteção de bens jurídicos que não agrida de forma indevida os direitos fundamentais do homem, ou melhor, que respeite os direitos fundamentais, restringindo-os de modo tanto moderado, sobretudo a liberdade, na medida necessária, o quanto baste, para tutelar os bens jurídicos à vida em comunidade. (SILVA, 2003, p. 24-25)

Diante dessas explicações, percebemos claramente a proteção de um Estado Democrático de Direito, que visa garantir diante um terceiro, a não violação de princípios fundamentais de outrem, bem como, a dignidade humana, a liberdade sexual e a igualdade,

princípios esses que trazem uma concepção mais intrínseca do ser humano diante a coletividade.

De outra forma, é possível analisar a restrição ao direito à vida, contudo, é necessário que essa restrição precede de respaldo de direitos fundamentais colidentes, sendo assim, não se trata de uma violação, mas sim de cláusulas restritivas não escritas com fundamentação constitucional para tanto. Em análise ao voto proferido pelo ministro Joaquim Barbosa no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3.510) Lei nº 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), Marcelo Novelino sublinha:

Não obstante a lei autorizar uma intervenção no âmbito de proteção do direito à vida, a maioria dos Ministros entendeu se tratar de uma intervenção legítima, por ser decorrente de outros princípios de direitos fundamentais colidentes. Havendo uma fundamentação constitucional para a intervenção trata-se de uma restrição e não de uma violação. (NOVELINO, 2012, p. 488)

Alexy (2008) comunga da possibilidade de uma cláusula não escrita restringir também os direitos fundamentais, abordando para tanto, o caráter principiológico de direitos fundamentais quando colidentes a interesses de terceiros, nesse sentido vejamos:

O exemplo paradigmático de uma cláusula não escrita é a fórmula do Tribunal Constitucional Federal segunda a qual “os direitos fundamentais colidentes de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional (...) estão em condições de, excepcionalmente e com a devida consideração à unidade da Constituição e a ordem de valores por ela protegida, restringir, em relações individualizadas, também os direitos fundamentais irrestringíveis”. Essa cláusula faz referência a restrições com caráter de princípios, a saber, a princípios de direitos fundamentais (direitos fundamentais colidentes de terceiros) e a outros princípios de hierarquia constitucional (outros valores jurídicos de hierarquia constitucional). (ALEXY, 2008, p. 290)

Violar, sem fundamentação constitucional, é agredir os valores daquele direito protegido, desde que não haja forma prevista de interesse e a liberalidade de que terceiros dispõem da mesma maneira, já a restrição permite que a intervenção com observância e respaldo constitucional, com interesses alheios, possibilita, conforme acima citado, a legitimidade para tanto, no âmbito de proteção a direitos fundamentais, valendo-se da mesma proteção daquele que tem o direito restringido.

De outro modo, partindo para uma análise mais verticalizada, diante todos os fundamentos expostos, será enfrentada a viabilidade da análise do direito fundamental à

igualdade sopesado em face da violação ou restrição ao direito à vida com enfoque da prática abortiva a pedido do homem quando vítima de estupro.

7 A análise da possibilidade do aborto a pedido do homem

Ao transformar o delito de estupro em crime comum, a Lei nº 12.015 de 2009 nos permite uma análise de incidência da norma sob um enfoque principiológico, a dizer, o princípio da igualdade em relação aos direitos do homem quando vítima de estupro.

Vale destacar que não é necessário ter prazer sexual para configurar o estupro e muito menos chegar a ejaculação, Nucci (2010, p. 907) confirma dizendo que “na forma da conjunção carnal, não se exige a introdução completa do pênis na vagina, bastando que ela seja incompleta. [...] não se exige, ainda, a ejaculação, nem tampouco a satisfação do desejo sexual do agente”. Nesse mesmo raciocínio Greco esclarece quando a consumação na modalidade da conjunção carnal se perfaz:

Quando a conduta do agente for dirigida finalisticamente a ter conjunção carnal com a vítima, o delito de estupro se consuma com a efetiva penetração do pênis do homem na vagina da mulher, não importando se total ou parcial, não havendo, inclusive, necessidade de ejaculação. (GRECO, 2012, p. 646)

Observa-se, portanto, a possibilidade real da mulher figurar como sujeito ativo do crime na modalidade da conjunção carnal, exigindo, porém, que esteja na figura do sujeito passivo o homem para haver a cópula vaginal.

Por outro lado, diante a situação em que a mulher, na realização da conduta criminosa faça com que o homem consiga a ejaculação, obtendo a gravidez como consequência do delito, deve-se analisar, portanto, a possibilidade do homem, observadas as garantias constitucionais, dentre elas a de igualdade, de exercitar o pedido de aborto em face da mulher.

A legislação penal pátria adota duas modalidades permissivas de aborto: o aborto necessário e o aborto sentimental ou humanitário. Isso porque o Código Penal prevê as hipóteses de exceções à regra, que visa à proteção do nascituro. Vejamos, neste ponto, Prado:

Não obstante, sob certas circunstâncias, isto é, quando há um conflito entre a vida do embrião ou do feto e determinados interesses da mãe, aquela deve ceder em favor

desses últimos. Em síntese, parte-se de um esquema de regra-exceção: a regra é a punição do aborto; a exceção, permitir o aborto em determinadas hipóteses expressamente previstas (indicações), além das eximentes comuns de responsabilidades disciplinadas pelo código penal. De acordo com esse sistema, a vida do ser humano em formação não se encontra desprotegida em nenhuma de suas fases de desenvolvimento; a par disso, é possível atender certas necessidades ou interesses da mulher grávida (v.g., vida, saúde, liberdade, intimidade etc.). (PRADO, 2010, p. 127)

A permissão do aborto sentimental, previsto no artigo 128, II, do Código Penal deve vir precedida, imprescindivelmente, do consentimento da gestante, ou quando incapaz, de seu representante legal, conforme se percebe pela leitura do dispositivo. De outra forma, visa preservar a honra da mulher de uma mácula enfrentada.

Não obstante, com o advento da lei, coloca-se o homem na qualidade de sujeito passivo nas mesmas condições de direito de igualdade em relação à mulher, para tanto, o princípio da dignidade humana que respalda toda a alteração legislativa, deve vir precedido de uma análise primária, como bem salienta Nucci:

Crimes contra a dignidade sexual: a Lei 12.015/2009 provocou a alteração da nomenclatura do Título VI, substituindo a expressão *Dos crimes contra os costumes* pela atual, dando relevo à dignidade sexual, que é corolário natural da dignidade da pessoa humana, bem jurídico tutelado nos termos do art. 1º, III, da Constituição Federal. (NUCCI, 2010, p. 899)

Numa possibilidade real de enfrentamento da prática abortiva em favor do homem, estar-se-á diante uma colisão de interesses, de valores jurídicos fundamentais associáveis à dignidade da pessoa humana, uma restrição para ser considerada legítima deve ter uma fundamentação constitucional. Cabe, portanto, conferir tal restrição sob a análise aos direitos de igualdade, previsto no artigo 5º da Constituição da República de 1988, sendo necessário, para tanto, explorar o tratamento igualitário na forma de comparação, conforme coaduna Novelino:

Os direitos de igualdade possuem uma singularidade que os diferencia dos outros direitos fundamentais. Estes possuem um âmbito de proteção no qual estão contemplados diferentes domínios (vida, liberdade, privacidade, propriedade...), cujas intervenções, para serem consideradas legítimas (restrições), devem ter uma justificação constitucional. No caso dos direitos de igualdade, não há um âmbito de proteção material e, por consequência, não há que se falar em sua restrição. O princípio da igualdade não possui um conteúdo material específico. Trata-se de um princípio que possui um caráter relacional, ou seja, pressupõe a existência de

elemento de comparação para a análise de igualdade ou desigualdade do tratamento. (NOVELINO, 2013, p. 473-474)

Diante uma sociedade democrática, pluralista e aberta, necessita-se de um modelo de interpretação constitucional adequado, com o escopo de sustentar a dinâmica, os objetivos e os métodos de desenvolvimento dessa sociedade. Conforme citado, não há que se falar em violação ou restrição aos direitos de igualdade, podendo haver uma intervenção legítima a depender do caso concreto.

No entanto, “a interpretação das leis conforme a constituição é uma decorrência lógica da supremacia constitucional e da presunção de constitucionalidade das leis” (NOVELINO, 2013, p. 174).

No método concretista da constituição aberta, a principal preocupação da teoria trabalhada por HÄBERLE não está relacionada a regras ou procedimentos específicos de interpretação constitucional, mas sim aos sujeitos que dela participam, em outras palavras, é o próprio indivíduo na sua realidade contemporânea que influencia tal teoria de interpretação da constituição (NOVELINO, 2013). As normas e princípios devem servir ao indivíduo e não o contrário.

Segundo Silva (2006, p. 15), “[...] a tarefa da hermenêutica constitucional consiste em desvendar o sentido mais profundo da Constituição pela captação de seu significado interno [...]”.

Valendo-se do neoconstitucionalismo, ou seja, do ordenamento jurídico constitucional contemporâneo, do Estado constitucional democrático, permite-se a utilização mais adequada do direito, nesse sentido Novelino (2013, p. 193) destaca que: “independentemente do rótulo que se dê, parece correto sustentar a existência de um novo modelo de Constituição e Estado, cujas características irão exigir uma nova teoria do direito apta a dar conta de suas peculiaridades”.

De outro modo, mas não de forma contrária e sim reforçando a tese do neoconstitucionalismo, sob a complexidade das garantias constitucionais diante a insuficiência das interpretações tradicionais jurídicas, torna-se clara a incidência e utilização da constitucionalização do direito, que nos dizeres de Novelino (2013), compreende-se da seguinte maneira:

A partir do momento em que as constituições incorporam uma pluralidade de valores morais heterogêneos, muitos dos quais potencialmente colidentes diante das circunstâncias dos casos concretos, a formulação de juízos descritivos puramente objetivos e científicos se torna uma pretensão ilusória, uma vez que a determinação daquilo que o Direito estabelece irá exigir, sobretudo nos casos mais difíceis, considerações argumentativas de ordem moral. (NOVELINO, 2013, p. 199)

Sendo assim, fica evidente sopesar o direito à igualdade sob o seguinte enfoque: O princípio amplo da igualdade subdivide-se em princípio da igualdade jurídica e princípio da igualdade fática. O princípio da igualdade jurídica visa impedir que sejam adotados tratamentos diferenciados para situações essencialmente diferentes sem uma razão legítima para tal, enquanto que o princípio da igualdade fática terá como objetivo central a redução das desigualdades no plano fático, adotando conseqüentemente um tratamento jurídico distinto. (NOVELINO, 2013)

Diante a situação proposta, observa-se uma análise ao princípio da igualdade jurídica, tanto no âmbito formal quanto no seu aspecto material, Novelino (2013, p. 475) ressalta que: “O princípio da igualdade jurídica formal confere a todos os indivíduos que se encontrem em uma mesma categoria essencial o direito *prima facie* a um tratamento isonômico e imparcial (igualdade como imparcialidade)”. Continua o autor nesse sentido que: “O dever de igualdade jurídica, ao mesmo tempo em que não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma, para ter algum conteúdo não pode também permitir toda e qualquer diferenciação” (NOVELINO, 2013, 475-476).

Sintetizando o presente raciocínio, o sopesamento do direito de igualdade em face a uma possível violação a outro princípio colidente, a base lógica para haver um tratamento desigual deve obedecer a seguinte assimetria, nos dizeres de Novelino:

Para que a igualdade jurídica não se torne uma simples exigência de fundamentação de normas que estabeleçam tratamentos iguais ou desiguais, é necessário que exista uma assimetria entre os dois tipos de tratamentos, o que pode ser estabelecido por meio de um ônus argumentativo para o tratamento desigual (“se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório.”). (NOVELINO, 2013, p. 476)

Nesse contexto, o que fica demonstrado é que deixar de observar e dar respaldo legal a um tratamento isonômico de forma arbitrária configura ofensa ao direito fundamental na essência da Constituição, deixa de ser congruente na causa concreta e fixa a falta de critérios,

ou seja, requisitos de valores constitucionais justificáveis que ensejam ou que dão legalidade para que determinado tratamento seja desigual.

Conquanto, o princípio da igualdade jurídica visa exatamente a proibição do arbítrio, impedindo que o essencialmente igual seja tratado de maneira arbitrariamente desigual ou que o essencialmente desigual seja tratado de maneira arbitrariamente igual, veda diferenciações arbitrárias baseadas em critérios discriminatórios, preconceituosos, odiosos ou injustificáveis. (NOVELINO, 2013)

Por outro lado, no aspecto material da igualdade jurídica, pesa no auxílio para definição do critério de valoração para a relação de igualdade, tornando mais justo e justificável razoavelmente, nesse sentido observa-se de acordo com a lição de Novellino:

A clássica fórmula aristotélica é uma preposição meramente formal, isto é, não possui o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade ou desigualdade [...] A igualdade jurídica em um sentido formal, ainda que relevante e correta, mostra-se insuficiente para resolver o problema de saber quem deve receber um tratamento igual ou desigual e em que medida, suscitando a necessidade de se delinear os contornos de uma igualdade jurídica em sentido material, dirigida ao conteúdo justo das normas criadas no âmbito legislativo. (NOVELINO, 2013, p. 480)

Em se tratando de possibilidade jurídica, o âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes, cuja solução poderá encontrar no sopesamento de interesses. Os princípios, em razão de conter caráter *prima facie*, podem perfeitamente ser relativizados diante o caso concreto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. (ALEXY, 2008)

Como não há cláusulas de restrição escritas quanto ao caso hipotético, para haver efetivamente segurança jurídica ao tema, há de se conferir a possível restrição não escrita diante os princípios de direitos fundamentais colidentes perante terceiros, além do mais, conforme expõe Novellino (2012, p. 490) o aborto vai além da concepção de interesse individual, “Para uma adequada harmonização dos interesses em conflito, o aborto não deve ser tratado apenas como uma questão criminal, mas como um importante tema de saúde pública”.

Em relação às cláusulas não escritas, Alexy tece seu ensinamento da seguinte forma:

[...] “os direitos fundamentais colidentes de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional (...) estão em condições de, excepcionalmente e com a devida consideração à unidade da Constituição e à ordem de valores por ela protegida, restringir, em relações individualizadas, também os direitos fundamentais irrestringíveis.” Essa cláusula faz referência a restrições com caráter de princípios, a saber, a princípios de direitos fundamentais (direitos fundamentais colidentes de terceiros) e a outros princípios de hierarquia constitucional (outros valores jurídicos de hierarquia constitucional). (ALEXY, 2008, p. 290)

Reforça, portanto, nesse sentido, o caráter de que nenhuma regra, princípios, direitos fundamentais, exceções ou qualquer outra garantia existente em relação a algum direito, prevalecerá a forma absoluta ou hierárquica, utilizando-se assim, da técnica da ponderação dos princípios de Robert Alexy para solução do conflito aos casos difíceis. Segundo o autor, busca-se “definir qual desses interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto”. (DANTAS; DANTAS, 2013)

Não há dúvidas de que os princípios se referem a interesses coletivos ou a direitos individuais, não contêm grau de hierarquia e também não são absolutos, conforme esclarece Alexy:

Se existem princípios absolutos, então, a definição de princípio deve ser modificada, pois se princípio tem precedência em relação a todos os outros em caso de colisão [...] nesse caso, isso significa que sua realização não conhece nenhum limite jurídico, apenas limites fáticos. Diante disso, o teorema da colisão não seria aplicável. (ALEXY, 2008, p. 111).

Dessa forma, diante um sopesamento do direito de igualdade, diante reais circunstâncias, conferir a possibilidade de aborto a pedido do homem comparado ao aborto sentimental ou humanitário autorizado à mulher vítima de estupro, enseja validade, conferindo a justificativa constitucional para tanto numa hipótese de restrição ao direito à vida.

O aborto sentimental conferido à mulher vítima de estupro, além da excludente de ilicitude prevista no Código Penal, artigo 128, II, pressupõe cargas emotivas, morais e sociais, pois, de outra forma, estaria a forçar uma maternidade indesejada, a depender de seu consentimento, e ferindo a liberdade da mulher. Nesse sentido Cunha (2009, p. 43) ressalta que: “em relação ao inciso II o motivo consiste que nada justificaria impor-se à vítima do atentado sexual, ofendida em sua honra, uma maternidade que talvez lhe fosse odiosa e sempre relembriaria o triste acontecimento de sua vida”.

Prado (2010) faz importante análise sob o fundamento ético que incide na realização do aborto humanitário:

O fundamento da indicação ética reside no conflito de interesses que se origina entre a vida do feto e a liberdade da mãe, especialmente as cargas emotivas, morais e sociais que derivam da gravidez e da maternidade, de modo que não lhe é exigível outro comportamento. (PRADO, 2010, p. 130)

Dentro da finalidade visada, afastando a relevância do consentimento da gestante, pois a indicação ética residiria na liberdade do homem, estar-se-ia colidindo os interesses de vítima e autor de uma conduta repugnada tanto pelo ordenamento jurídico penal, passa, assim, a conferir o sopesamento do direito fundamental à igualdade.

Para o exercício do controle de violação da igualdade são necessários dois enfoques: relevância jurídica do tratamento desigual e a justificação constitucional, ou seja, somente terá relevância jurídica se algo for basicamente igual, buscando a justificação constitucional para dessemelhança de tratamento, pois, de outra forma, conforme dito anteriormente, o tratamento igual é obrigatório, conforme ensina Novellino:

Em primeiro lugar, para que seja necessária uma justificação constitucional, o tratamento desigual deve ser juridicamente relevante, ou seja, deve-se referir a algo essencialmente igual. [...] Em segundo lugar, para que um tratamento desigual de uma situação essencialmente igual seja considerado compatível com a noção de igualdade, exige-se uma justificação constitucional. Isso significa não apenas a necessidade de que a medida adotada seja razoável (*proibição de arbítrio*), mas também de que a diferença de tratamento seja justificada pela existência de um fim constitucionalmente legítimo a ser fomentado com a distinção. (NOVELINO, 2013, p. 487-488)

Pautado, portanto, na técnica da ponderação aliada à justificativa constitucional, sopesando os valores do direito de igualdade no âmbito da colisão dos princípios e interesse de terceiros, inerentes à dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, a liberdade sexual, o homem vítima de estupro, pelo qual tenha como agravante a gravidez da mulher autora do fato, terá violado tais direitos fundamentais, quais sejam, a igualdade, a sua liberdade sexual e principalmente a dignidade humana, impondo-lhe a possibilidade de conferir e buscar a devida atuação de proteção do Estado, sob o prisma de seu direito subjetivo a uma intervenção restritiva (legítima) ao direito à vida do nascituro, verificando qual o maior peso, principiológico, no caso concreto.

Vale ressaltar que para a utilização da ponderação é necessário que o fato existente não tenha nenhum juízo de valor, em abstrato, que confere um peso principiológico maior em relação a outro princípio no mesmo caso. Dessa indeterminação da precedência em abstrato entre os princípios é que parte a ponderação para tentar solucionar somente aquele caso concreto, não configurando uma precedência absoluta, vez que não exclui uma solução diferente para os demais casos. (DANTAS; DANTAS, 2013)

Essa condição é imprescindível para a subsistência da técnica da ponderação de Robert Alexy, pois do contrário, independentemente do caso concreto, se houver em abstrato, atribuição de valor maior a determinado princípio, a aplicação da técnica da ponderação ficaria comprometida.

Dessa forma, fica demonstrado que, diante a possibilidade da concretude do caso proposto, a ponderação do princípio da igualdade, conforme todo o conteúdo exposto, credenciaria a aplicação da teoria dos princípios e ponderação de Robert Alexy como uma modalidade de solucionar as controvérsias dos casos considerados difíceis, considerando a tese do aborto sentimental, aos pressupostos de igualdade em favor do homem.

8 Considerações finais

A estrutura do texto apresentado trouxe a evolução do tipo penal avocada pela alteração legislativa, desmitificando os conceitos que envolvem tanto a figura típica quanto os fundamentos trazidos como pilares embasadores do pensamento jurídico proposto.

Além das práticas abortivas previstas no Código Penal, recentemente, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela modalidade do aborto de feto anencéfalo. Isso demonstra que a realidade social coaduna de forma concisa com a elaboração legislativa, pelo qual, por meio dos princípios que norteiam determinada matéria jurídica, o legislador quando não consegue prever determinada conduta, a inovação baseia-se em conformidade principiológica.

Coube demonstrar, nos termos das alterações trazidas pela Lei nº 12.015/09 especificamente em relação ao delito de estupro, a aplicação da lei de forma isonômica diante o enfreto jurídico aplicado, consubstanciado no direito fundamental, ao passo que, o tema não ter sido, ainda, submetido à discussão jurídica que se permita um desafio maior.

Percebe-se que as elevadas considerações e fundamentações expostas na presente pesquisa, condizente ao preceito constitucional, embasa a possibilidade de se fazer valer um direito fundamental, emanado na dignidade da pessoa humana e na igualdade, em restringir o direito à vida do nascituro, sendo esse outro direito fundamental, mas que se colide com o interesse de terceiros em função de prevalecer a segurança jurídica, social, a ética e, sobretudo, a garantia do texto constitucional.

Exposta de forma exaustiva, a tese de ponderação dos princípios, como pilar da estrutura apresentada, foi possível desenvolver argumentos que sustentam o fundamento jurídico apresentado.

Restou demonstrado que os princípios possuem uma amplitude maior, que aprofunda de maneira substancial como aparato nos casos considerados difíceis, e que somente a observância da regra não seria o suficiente, pois essa não dispõe da mesma dimensão principiológica.

Assim, diante as características do caso, quando há existência de conflito entre princípios para o desfecho da controvérsia, o aplicador e o operador do direito, devem buscar para alcançar o objetivo social mais adequado, a teoria da técnica de ponderação dos princípios de Robert Alexy.

Dessa maneira, em que pese a possibilidade de divergências, a forma de abordagem da questão proposta foge da possibilidade de violação dos princípios fundamentais, pois a intervenção se torna legítima ao preceder uma colisão de outros princípios fundamentais com fundamentação constitucional para tanto.

Imprescindível hodiernamente, em se tratando de ordenamento jurídico, a utilização do neoconstitucionalismo, vale dizer, contemporizar a hermenêutica constitucional e buscar o seu significado mais profundo para potencializar a pluralidade dos valores morais heterogêneos.

Assim o enfoque torna-se evidente quanto ao sopesamento ao princípio amplo da igualdade em face ao direito à vida, impede que haja um tratamento jurídico diferenciado e arbitrário.

Lembrando que, a prática abortiva vai além da concepção do interesse individual ou de uma questão criminal, e sim, acima de tudo, como tema de saúde pública.

Ademais, diante a possibilidade de pedido de aborto do homem, quando vítima de estupro, apresenta sugestões de novas linhas de estudos diante os resultados encontrados na realização da pesquisa. Deve-se buscar na lacuna legislativa a integração normativa como solução para sustentar fundamentadamente o respaldo no ordenamento jurídico.

Não resta dúvida ser plausível a inovação estrutural da Lei nº 12.015/09, pois visa proteger a dignidade de qualquer pessoa na figura típica de estupro, e assegura a liberdade sexual como escopo do objeto jurídico do delito.

Vislumbra-se juridicamente a possibilidade de intervenção restritiva não violadora ao direito à vida do nascituro, conhecida como cláusulas restritivas não escritas, ao qual legitimado estaria em função de proteger aquela liberdade a direitos violados.

Na realidade, o que se pressupõe, com o devido zelo atinente à espécie, é a necessidade de desenvolver novos estudos direcionados à modalidade proposta por parte da comunidade jurídica, de modo que não se permita a existência de um “vácuo legislativo” a conduzir à “síndrome de erosão do pensamento constitucional”.

De outra forma, diante a relevância do tema proposto, não podemos furtar ao debate, que sempre é essencial para a melhor adequação da norma, que, aliás, é o principal objeto para regulamentar os anseios sociais, quanto mais lapidada for, maior será o alcance pretendido, visando sempre o bem jurídico e a tutela penal.

Abortion on request of the victim of rape man: an analysis of the fundamental right to equality in weighed face infringement or right to life control

Abstract: In order to analyze the changes introduced by Law nº 12,015 / 09, specifically in relation to the offense of rape, this research discusses the possibility of abortion on demand in the event of man appear as the subject offense liabilities. The main purpose of the law was to ensure greater effectiveness and protection in applying the principle of human dignity against violation of the sexual intimacy of the human being, so as to respect the dignity of all sexual. Therefore, considering the amendments on the crime of rape, we analyzed the active subject of the figures and liabilities, with a look at the participation of women as the perpetrator of criminal mode. Thus, by means of legal research legal-dogmatic aspect of deductive

reasoning interdisciplinary by hermeneutic or interpretive research, used the theoretical or literature method, it was the possibilities for restrictions of the fundamental right to life of the unborn, specifically in regard to abortion request made by man, by which we used weighting theory of Robert Alex principles before the collision interests of third parties against the case to support the legitimacy of the intervention.

Keywords: Rape. Subject active. Abortion. Equality. Balance.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011. v. 4.

BRASIL. **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal**. Organização dos textos por Luiz Flávio Gomes. 14. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Lei nº 12.015**, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 28 jan. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H)**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal: parte especial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 3.

DANTAS, Rafael Levino; DANTAS, Diogo Caldas Leonardo. Teoria dos princípios e ponderação em Robert Alexy: posicionamentos na doutrina brasileira. **Revista Direito Público**, Brasília, Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 10, n. 52, jul. 2013.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 6. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro: parte especial (arts. 121 a 249)**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

□ Recebido: maio/2015. Aprovado: fevereiro/2016.