

UM GRANDE PESO SOBRE MIM: a interdição de gravidez por estupro em menor vulnerável

Cartejane Bogea Vieira Lopes
Gabriela Ferreira Sousa¹

RESUMO

A presente pesquisa analisa a relação que envolve os casos de gravidez por estupro em menor de quatorze anos, a interdição de gravidez e os legitimados para incrementar com tal pedido perante o judiciário. Além de cotejar com questões relacionadas ao estupro de vulneráveis e ao aborto, persegue-se, igualmente, a identificação dos sujeitos no processo de pedido de interdição de gestação.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto. Direito. Jurisdição.

1. INTRODUÇÃO

O aborto é um tema sempre em voga na sociedade brasileira, demandando do Estado respostas no sentido de punir ou permitir a prática. Nesse horizonte, correntes políticas, sociais e religiosas defendem sua legalização plena; outras negam em aceitá-la, combatendo-a, assim como, há os que defendem a manutenção da despenalização condicionada a estupro, risco de morte da gestante e da existência de feto anencefálico, tal como previsto no direito positivado e nas decisões dos tribunais nos dias hodiernos.

Sendo assim, o debate sobre o assunto é feito por diversas perspectivas, requerendo entendimento para que os valores da mulher sejam resguardados sem, contudo, desqualificar o aspecto sagrado da vida.

Presentemente, portanto, tem-se como escopo a construção de reflexões ligadas ao aborto decorrente de estupro de vulneráveis e a produção de efeitos no mundo jurídico, sem

¹ Estudantes do Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB.

negligenciar, contudo, os aspectos teóricos da questão. Isso devido à própria condição de dialeticidade do direito, ao ter a dupla característica da zetética e da dogmática, já que toda investigação no direito possui o caráter de *zetein* e *dokein*, isto é, respectivamente, a relativização das premissas e o atributo distintivo da decidibilidade. Neste sentido, afirma Ferraz Junior(2003, pp. 41-42):

No enfoque zetético predomina a função informativa da linguagem. Já no enfoque dogmático, a função informativa combina-se com a diretiva e esta cresce ali em importância. A zetética é mais aberta, porque suas premissas são dispensáveis, isto é, podem ser substituíveis, se os resultados não são bons, as questões que ela propõe podem até ficar sem resposta até que as condições de conhecimento sejam favoráveis. A dogmática é mais fechada, pois está presa a conceitos fixados, obrigando-se a interpretações capazes de conformar os problemas às premissas e não, como sucede na zetética, as premissas aos problemas. Para esta última, se as premissas não servem, elas podem ser trocadas. Para aquela, se as premissas não se adaptam aos problemas, estes são vistos como “pseudoproblemas” e, assim, descartados. Seu compromisso com a orientação da ação impede-a de deixar soluções em suspenso.

Entre a margem zetética e a dogmática, utiliza-se o teórico do direito Ronald Dworkin, tendo como horizonte a imprescindibilidade do direito, como ciência social, em produzir consensos aos debates travados no âmbito da sociedade civil e do Estado.

Analisa-se, deste modo, ao longo da dissertação questões de interesse social como direito ao aborto, direito à vida, dignidade da pessoa humana, liberdade de reprodução, direito ao corpo, saúde pública e legitimidade do Estado interferir - via Ministério Público - na ceara da família e no corpo da mulher. Tudo isso junto à delimitação da capacidade, legitimidade e jurisdição no que tange a aceitação ou negação do aborto diante da violência sexual sofrida por adolescente menor de 14 anos.

Casos destes tipos pouco vem ao cenário público, pois, com raras exceções, ficam calados, adstritos aos meandros das relações patriarcais existentes de forma concentrada no interior da casa e, de maneira difusa, numa mentalidade social presente em instituições estatais e instituições não estatais, à exemplo de igrejas - baluartes do conservadorismo - quando o que estar em questão é o debate sobre a expansão das situações em que o aborto é permitido em lei.

Um caso típico, revelador dessa mentalidade foi o que veio à baila em meados de 2009, em Pernambuco, quando uma criança de nove anos foi estuprada pelo padrasto, ficando grávida de gêmeos. Na ocasião a mãe optou pelo aborto, contrariando o posicionamento do pai, favorável ao prosseguimento da gravidez, ratificando a posição da Igreja Católica Romana. A pressão exercida pela igreja envolveu inclusive ameaça de excomunhão aos pais da criança caso a interdição da gestação fosse efetivada.

O caso supracitado serve como horizonte material para as discussões travadas ao longo da dissertação, pois envolveu a participação complexa de todos os sujeitos do processo, isto é, representantes da criança com posicionamentos divergentes, ação do Ministério Público e a participação social de um ou de outro lado quanto à concretização do aborto em caso já previsto pelo ordenamento jurídico estatal.

Certamente, portanto, a investigação envolve formas diferenciadas de dialogar com as fontes e as formulações conceituais no horizonte do Direito, tanto de forma ampla, zetética, quanto de maneira específica, ou seja, dogmática, ligada ao Direito Processual e positivo geral.

2 A INTERDIÇÃO DE GRAVIDEZ POR ESTUPRO EM MENOR, NOTAS DE UMA PREVISÃO LEGAL

Aborto significa matar deliberadamente um embrião humano em formação. Isto é, opta-se pela morte antes que a vida tenha efetivamente começado. Neste sentido, utiliza-se o conceito de aborto dado por Mirabete (2006, p.93), que entende:

O aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do óvulo, embrião, ou feto, não implicando necessariamente a sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixará de haver no caso o aborto.

Aborto é neste sentido a cessação do desenvolvimento do feto, implicando a destruição voluntária ou involuntária do produto da concepção. Inerente à discussão sobre aborto está o valor intrínseco da vida humana. Neste sentido, coloca-se a questão primária de saber quando a vida começa. De certo, no meio científico há toda uma gama de posicionamentos divergentes sobre o início da vida. De posicionamentos tem-se a vida enquanto socialização e participação no grupo, isto é, o processo de construção nas decisões coletivas e a individualização do sujeito. Por outro lado, há o posicionamento estritamente biológico sobre o início da vida. Mesmo no aspecto biológico há profunda divergência. Neste sentido, conforme Dworkin (2003, p.29): “Os cientistas divergem sobre quando, exatamente, a vida biológica de qualquer animal se inicia, mas parece inegável que um embrião humano é um organismo vivo identificável ao menos no momento em que é implantado em um útero, o que ocorre mais ou menos catorze dias depois da concepção”. Não há dúvida que as células que compõem um embrião implantado já contêm códigos biológicos que irão reger seu desenvolvimento físico posterior. Portanto, quando há posicionamento contrário ao aborto insiste na premissa que o feto é um ser humano. Entretanto, essa posição é vinculada a diversas ambiguidades fundamentais. Segundo Dworkin (2003, p.28):

É preciso ter um cuidado especial com as afirmações extremamente ambíguas de que a vida humana começa com a concepção e de que o feto já é uma pessoa a partir desse momento. Quando alguém faz uma ou outra dessas afirmações, não temos como saber se pretende fazer uma afirmação derivativa - a de que o feto já tem interesses e direitos próprios desde o instante em que ocorre a concepção - ou uma afirmação independente - a de que a partir da concepção o feto corporifica uma vida humana que é sagrada, uma afirmação que não implica sobre que o feto tenha interesses próprios.

Dworkin faz uma diferenciação fundamental entre posições independentes e derivativas. A primeira estrutura-se a partir do fato em si, *intrínseco*, já que não pressupõem ou depende de qualquer direito. Por outro lado, o posicionamento derivativo deposita valores e direitos a partir da constatação de um fato anterior, portanto, *extrínseco*. O fato é que as perspectivas independentes e derivativas se constroem numa argumentação que se contrapõe às premissas fundamentais de uma ou outra posição respectiva. De maneira geral, entretanto, esses posicionamentos são colocados em situação indistinta perante o debate público que rodeia o direito ao aborto.

A concepção derivativa deposita sobre o feto todos os direitos da pessoa humana. Como esclarece Dworkin (2003, p.13), “Nos termos de tal afirmação, o aborto é errado já em princípio por violar o direito de alguém a não ser morto, assim como matar um adulto é normalmente errado por violar seu direito a que não o matem”. No posicionamento derivativo, portanto, o Estado deveria proibir ou regulamentar o aborto, já que possui a responsabilidade de proteger o feto, isto é, de garantir o direito de permanecer vivo do embrião. Isso porque, como pessoa, o feto possui todo o complexo de direitos inalienáveis, imprescritíveis e indisponíveis. O aborto seria então um homicídio.

Pressupor que um feto tem o direito de não ser morto por ter interesse próprio, sobretudo o de não ser destruído, já a partir do momento da concepção, leva a uma série de posicionamentos que quando encarados de maneira fática demonstram-se contraditórios. A partir de um posicionamento derivativo, ou seja, a partir da defesa do embrião como pessoa - ou mesmo na condição de potencial pessoa - não se pode afirmar com coerência que é errado que o governo proteja o direito à vida do embrião através de leis penais, pois afinal uma das responsabilidades primárias do Estado consiste em proteger direitos fundamentais, subentendido o direito à vida como o principal, principalmente dos que se mostram incapazes de se defender.

Neste horizonte, a partir da indistinção de entendimento entre concepção, vida e pessoa nem mesmo as possibilidades de aborto previsto no ordenamento jurídico poderiam ser defendidos com coerência, já que o Estado não pode garantir o direito fundamental à vida de uma pessoa em detrimento da morte de outra pessoa. Nesta situação, os casos previstos no

Código Penal, artigo 128, incisos I e II, isto é, na situação de aborto necessário – quando o prosseguimento da gravidez incide em risco direto de morte da gestante - ou no caso de gravidez decorrente de estupro nos quais a mulher pode optar pela interdição da gestação, sem receber como consequência as penas previstas nos artigos 124, 126 e 127.

A partir da concepção dependente e conservadora o que se visualiza é uma incoerência fundamental, o que pressupõe que a oposição ao aborto não está vinculada ao destaque do feto como pessoa cujo direito a vida é indisponível. Segundo Dworkin (2003, p.44):

Seria contraditório insistir em que o feto tem um direito à vida que seja forte o bastante para justificar a proibição ao aborto mesmo quando o nascimento possa arruinar a vida da mãe ou da família, mas que deixa de existir quando a gravidez é resultado de um crime sexual do qual o feto é, sem dúvida, totalmente inocente.

Por sua vez, ainda conforme Dworkin (2003, pp. 45-46), a concepção liberal funda a permissibilidade do aborto em quatro premissas. Primeiro, rechaça a posição que o aborto não é moralmente problemático, considerando que o aborto não é permissível por razões triviais ou frívolas; sendo justificável apenas em situações para impedir grave dano. Segundo, o aborto se justifica moralmente quando é praticado para salvar a vida da mãe, nos casos de estupro ou incesto, ou ainda quando diagnosticado grave anomalia fetal. Terceiro, quando, em decorrência do nascimento, forem graves as consequências para vida da mulher ou da família. Quarto, a decisão é da mulher, pois em estágio avançado da gravidez a mulher desenvolve toda uma nova sensibilidade. Assim, o Estado deve garantir a não interferência de terceiros quanto à decisão ao aborto.

O ordenamento jurídico pátrio reconhece, à exceção da terceira premissa, as possibilidades da mulher formalmente decidi acerca da continuidade ou não da gestação. Quanto ao feto adota-se um meio termo derivativo. Conforme redação dada pelo artigo 2º Código Civil “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Neste sentido, o feto tem uma personalidade em potencial que, caso venha a nascer com vida, a se materializar.

Entretanto, tendo como problemática a interdição da gravidez decorrente de estupro em menor, há que se resguardar a possibilidade de escolha quanto ao aborto. Isso porque há o direito de assegurar a mulher grávida após estupro de abortar sem que cometa crime, e fira a dignidade da pessoa humana. Essa opção é baseada no princípio da igualdade material, segundo o qual a mulher deve ser amparada na medida de sua desigualdade, afinal, ela se difere do homem pela vulnerabilidade e a eminência de sofrer violência por ser alvo frágil e fácil.

Diante da dificuldade de defesa e na ocorrência do crime, os direitos fundamentais serão invocados para proteger esta mulher das consequências do estupro e por sua vez evitar uma gravidez. Portanto, conforme Alexy (2008, pp.93-94):

Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.

Assim sendo, há que sempre ter em conta a margem de relativização e adequação interpretativa dos direitos fundamentais para que seja possível a efetivação social dos objetivos presentes na estrutura semântica da própria norma. Isso porque, segundo Pulido (2007, p. 280)

A ponderação é racional do ponto de vista teórico, porque propõe-se como uma estrutura determinada, clara e livre de contradição para a aplicação dos direitos fundamentais. (...) A ponderação é também racional do ponto de vista prático, porque sua estrutura argumentativa satisfaz as exigências da racionalidade do discurso jurídico e, como consequência, permite a fundamentar corretamente seus resultados normativos no marco do sistema jurídico.

Semelhantemente afirma Paulo Bonavides (2013, p.451), que destaca a interpretação como reconstrução de sentido, elucidação, de modo a se operar uma restituição de sentido ao texto viciado ou obscuro. Trata-se assim de operação lógica, de caráter técnico mediante a qual se investiga o significado de uma norma jurídica. Portanto, essencial para manutenção da coerência e coesão do ordenamento jurídico.

3.JURISDIÇÃO ESTATAL EM CASO DE ABORTO PÓS ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A jurisdição ocupa posição central na ciência processual, constituindo-se mesmo em verdadeiro pólo de preocupação dos estudiosos do Direito. Pode-se definir jurisdição como, segundo Chiovenda (Apud CÂMARA, 2008, p.65) “função do Estado que tem a por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da lei, já no torna-la, praticamente, efetiva”. Ou seja, na jurisdição cuida o Estado de buscar a realização prática daquelas normas em caso de conflito entre pessoas. Para tanto, conforme Cintra (2013, p.154):

O Estado, mediante a qual este substitui os titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentando em caso concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa

função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).

O certo é que o Estado exerce a função jurisdicional através do *poder, função e atividade*. Isto é, por meio do poder o Estado impõe de forma imperativa as decisões, cujos objetivos primários são a efetivar a pacificação de conflitos com a concretização do direito mais justo para cada caso em questão com a participação processual do juiz.

Não obstante, segundo ainda Cintra (*idem*), toda a atividade jurisdicional só aparece legítima através do processo devidamente estruturado, levando-se em consideração os fins democráticos do Estado de Direito, assim como, a manifestação dos fatores essenciais da jurisdição: inércia, substitutividade, e natureza declaratória.

Diante do Direito Processual tentar-se-á resolver os conflitos que possivelmente poderão existir, caso exista uma negativa do pai ou da mãe (que são os representantes legais) quanto à prática do aborto. Será falado também do conceito de jurisdição.

Relacionando com o Direito Processual, para este autor jurisdição é a busca da pacificação de conflitos, mediante o poder de império do Estado, ou seja, cabe a ele decidir e impor a efetivação das prerrogativas legais. Ao buscar a jurisdição estatal, surgem todos os elementos do processo – a condição de ação e passividade do sujeito na relação processual (pág. 327-333), assim como as hipóteses de ilegitimidade e incapacidade presentes no caso de interdição de gestação pós-estupro. Para efetivação da interdição gestacional em caso de estupro de vulnerável há a necessidade de uma das partes envolvidas postular em juízo a tutela jurisdicional. No caso, os pais como representantes legais dos filhos. Admitindo-se a possibilidade de participação do Ministério Público através de ação pública incondicionada.

Tendo como referencial o conceito de incapacidade, que de acordo com Gonçalves (2011, p.46) atinge os menores de 16 anos, os pais são os representantes legais dos filhos. Nesta situação, a vulnerabilidade, na ceara penal, atinge aos menores de quatorze anos, cessando tal condição se o ato for realizado no dia do 14º aniversário, pois a vítima não é mais considerada vulnerável. Em suma, considera-se vulnerável a pessoa que ainda não completou quatorze anos. Desta maneira, considera-se estupro de vulnerável, ter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso contra menor de 14 anos. Ainda que na configuração do estupro não tenha existido o emprego de violência física ou grave ameaça, de modo que, ainda que a vítima diga que consentiu no ato, estará configurado crime, pois tal consentimento não é válido. Esse entendimento é dado por Gonçalves (2011, p. 28).

Para efetivação do aborto em gravidez decorrente de estupro de vulnerável é necessário unicamente o consentimento da vítima como único requisito estabelecido em lei para que seja realizado o chamado aborto humanitário, plenamente lícito nessas situações. Não há, assim, a necessidade de apoio em decisão judicial para a sua consumação. O dano à personalidade e à dignidade humana que a continuação da gravidez decorrente da prática de crime hediondo não pode ser perpetuada contra a vontade da mulher.

Os diferentes setores da doutrina entendem ser essa uma hipótese de estado de necessidade, inexigibilidade de conduta diversa ou de afastamento da antijuridicidade pela lei. Qualquer que seja a posição adotada, o resultado é o mesmo, preservando a possibilidade de opção da vítima.

Compreende-se assim, em caso de recusa do pai em submeter a filha a aborto - pois como consta no artigo 128, inciso II, do CP, “o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”- isto é, em caso de divergência sobre o exercício do poder familiar, a mãe deve recorrer ao juiz para solução do problema, conforme preconiza o CC, parágrafo único do artigo 1631, ou exercer poder unilateral como representante.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol. 01. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2008
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER; Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- DWORKIN, Ronald. **Domínio Da Vida: Aborto, Eutanásia E Liberdades Individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil – Parte Geral**. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. Volume 01.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração**. 15. ed.reform. – São Paulo : Saraiva, 2011. – (Coleção sinopses jurídicas; v. 10).
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2006.
- PULIDO, Carlos Bernal. **Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿es lateoría de los principios la base para una teoria adecuada de los derechosfundamentales de la constitución española?** DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007) pp. 273-291. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/porta1/DOXA/cuadernos.shtml>. Acesso em: 01/11/2013.