



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

TARCÍSIO LOGRADO DE ALMEIDA

**A TUTELA JURÍDICA CÍVEL E PENAL DO HOMEM VÍTIMA DE ESTUPRO
DIANTE DA GRAVIDEZ INDESEJADA**

Salvador
2014

TARCÍSIO LOGRADO DE ALMEIDA

**A TUTELA JURÍDICA CÍVEL E PENAL DO HOMEM VÍTIMA DE ESTUPRO
DIANTE DA GRAVIDEZ INDESEJADA**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de
Direito da Universidade Federal da Bahia.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Selma Pereira de Santana

Co-orientadora: Prof.^a Dr.^a Joseane Suzart Lopes da Silva

Salvador
2014

TARCÍSIO LOGRADO DE ALMEIDA

**A TUTELA JURÍDICA CÍVEL E PENAL DO HOMEM VÍTIMA DE ESTUPRO
DIANTE DA GRAVIDEZ INDESEJADA**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de
Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em _____ de _____ de 2014.

Banca Examinadora

Selma Pereira de Santana – Orientadora _____
Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra.
Universidade Federal da Bahia

Joseane Suzart Lopes da Silva – Co-orientadora _____
Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia.
Universidade Federal da Bahia

Francisco Bertino Bezerra de Carvalho _____
Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia.
Universidade Federal da Bahia

Thais Bandeira Oliveira Passos _____
Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.
Universidade Federal da Bahia

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, por óbvio, a Deus que me abençoou com saúde, determinação e paciência para escrever sobre este complexo e difícil tema.

Aos meus pais, meus maiores mestres, que me deram os maiores e melhores ensinamentos, me deram forças para vencer cada dificuldade que um jovem do interior tem na capital quando vem em busca do seu sonho. Não deixaram fraquejar, me deram forças para chegar aqui, além de me receberem em casa, na amada Santa Inês, com tanto carinho e com os mimos que tanto gosto.

A minha irmã e cunhado que me abrigaram nesses cinco anos e não se incomodaram com as pilhas de livros usados neste trabalho espalhadas pelo quarto.

Aos meus amigos e colegas que estiveram comigo nesta caminhada. Em especial, à Samara Moura Valença de Oliveira, amiga que me deu valiosas dicas que muito contribuíram com este trabalho. Agradecimento especial, também, a Cristiano Márcio Lima França, amigo que muito me apoiou nesta “caminhada monográfica”.

Aos meus lindos sobrinhos pelos momentos de lazer e risos.

À minha orientadora e “mãe jurídica”, Selma Pereira de Santana por ter muito incentivado a escrever sobre este tema, além de reanimar quando pensava em desistir ou mesmo quando alguém achava o tema ridículo, ironizando-o.

À minha coorientadora, Joseane Suzart Lopes da Silva, exemplo de professora e de profissional que fez aumentar minha paixão e desejo de integrar o MP em virtude das funções exercidas, bem como por ter dado o incentivo para “escrever sobre o que poucos falam”.

A todos os médicos que tiveram a paciência de responder a entrevista, alguns animados e curiosos com o tema, outros impacientes já que ao invés de me consultar, entrevistava-os e outros, simplesmente, se recusaram a respondê-la e mesmo assim merecem o agradecimento pelo crescimento espiritual proporcionado.

Por fim, agradeço a todos que colaboraram com este trabalho de algum modo.

ALMEIDA, Tarcísio Logrado de. **A tutela jurídica cível e penal do homem vítima de estupro diante da gravidez indesejada**. 2014. 94 f. Monografia (Bacharelado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

RESUMO

A partir do ano de 2009, o crime de estupro passou a ter nova redação, abrangendo, numa única figura típica o que era conhecido como atentado violento ao pudor e o estupro que se restringia à copula vagínica. Com a promulgação da Lei 12.015, daquele ano, o delito de estupro passou a ser crime comum, podendo, agora, a mulher estuprar o homem. Então, novas consequências podem advir da prática daquela infração penal, como a gravidez da infratora. Nessa hipótese, a ela será aplicada a causa de aumento trazida pelo art. 234-A, bem como, terá a estupradora gestante direito a praticar o abortamento sentimental, caso ela e a vítima do delito queiram. Vindo a criança a nascer, o genitor não terá qualquer tipo de responsabilidade civil em relação à ela, não terá obrigação de prestar alimentos, nem terá o menor direitos sucessórios em relação ao patrimônio do genitor, ante a ausência da vontade procriacional inequívoca e a tutela da dignidade do homem vitimado. Para garantir seu sustento, a criança deverá buscar apoio em sua família materna apenas, podendo pleitear a prestação alimentícia dos seus ascendentes ou irmãos, conforme disposição do art. 1697 do Código Civil. Não tendo eles meios de suportar o encargo, o Estado deverá, então, assumir a obrigação alimentar do menor.

Palavras-Chave: Estupro. Novas consequências. Aborto da infratora. Não responsabilização patrimonial da vítima. Obrigação da família materna. Responsabilização do Estado.

ALMEIDA, Tarcísio Logrado de. **The civil and criminal legal protection of the male victim of rape in the face of an unintended pregnancy**. 2014. 94 pp. Bachelor Monograph – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

ABSTRACT

The definition of the offence of rape suffered a major change in 2009. Ever since, it covers not only the conduct of vaginal copulation but also the old offence of indecent assault. With the promulgation of the law number 12.015 of that same year, the crime of rape has become a common crime. Therefore, now is possible for a woman to rape a man. Hence, new consequences may arise from this new possibility, like the pregnancy of the violator. On this case the penalty will be aggravated by the art. 234-A but the pregnant rapist will have the right to practice the sentimental abortion should the victim agrees with it. Nevertheless, should the child be born the male genitor will not have any kind of patrimonial responsibility towards it, nor will have to pay alimony, considering the lack of a specific will to procreate and the protection of the dignity of the male victim. To guarantee its livelihood the child will only be able to seek the support of its maternal family, having the right to plead alimony to its ascendants or siblings, as it is disposed on the art. 1.697 of the Brazilian Civil Code. Should they do not have means to support the child, the State will have to assume the payment of its alimony.

Keywords: Rape. New consequences. Violator's abortion. Non-responsibility of the victim's patrimony. Maternal family's obligation. State responsibility.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	O CRIME DE ESTUPRO E O ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR ATÉ O ANO DE 2009.....	11
2.1	O CRIME DE ESTUPRO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	11
2.1.1	Breve Histórico	11
2.1.2	Noções Doutrinárias acerca do Crime de Estupro Antes do Advento da Lei 12.015/09.....	16
2.2	O ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR.....	22
2.3	DISPOSIÇÕES COMUNS	25
3	OS ELEMENTOS INTEGRANTES DO NOVO TIPO DE DELITO DE ESTUPRO	29
3.1	A MUDANÇA DO TIPO PENAL “ESTUPRO” COM O ADVENTO DA LEI 12.015/2009.....	29
3.2	A MULHER COMO SUJEITO ATIVO DO DELITO.....	34
3.3	ELEMENTOS OBJETIVOS DO TIPO	36
3.4	ELEMENTOS SUBJETIVOS DO TIPO	40
3.5	AS CAUSAS DE AUMENTO PREVISTAS NO ART.234-A, III DO CP E SUA APLICAÇÃO À INFRATORA	41
3.6	A REAL POSSIBILIDADE DA CONFIGURAÇÃO DO CRIME.....	44
3.6.1	Análise Dentro da Ótica da Medicina Legal e de Outros Ramos da Medicina .	45
<i>3.6.1.1</i>	<i>A Possibilidade de o Homem Ter Ereção Mediante Coação, Física ou Psíquica, por parte da Mulher.....</i>	<i>48</i>
4	OS DIREITOS DO HOMEM EM FACE DA GRAVIDEZ RESULTADO DO ESTUPRO	53
4.1	A TUTELA NO CAMPO PENAL.....	53
4.1.1	O Pleito pelo Aborto.....	53
<i>4.1.1.1</i>	<i>Noções Gerais sobre o Crime de Aborto no Direito Penal Brasileiro</i>	<i>53</i>
<i>4.1.1.2</i>	<i>A Possibilidade de Conceder à Mulher Estupradora o Direito ao Aborto</i>	

	<i>Humanitário</i>	60
4.2	A TUTELA NA ESFERA CÍVEL	66
4.2.1	A Negativa de Paternidade e de Efeitos Cíveis ao Registro de Nascimento do Nascido Vivo	69
4.2.2	A Doutrina da Proteção Integral e a Vítima do Estupro	77
4.2.2.1	<i>A Tutela da Pessoa em Formação</i>	80
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	84
	REFERÊNCIAS	87

1 INTRODUÇÃO

O Código Penal, Decreto-Lei n. 2848 de 1940, ainda vigora em nosso ordenamento, tendo sido recepcionado pela atual Constituição como lei ordinária. Da década de 40 até os dias hodiernos, a sociedade passou por muitas transformações. A mulher ganhou um novo papel na sociedade, ocupando espaço antes tomado apenas por homens.

O Direito Penal, a *ultima ratio*, tutelava valores morais, da dignidade ou honra da mulher. Protegia moças virgens, menores de dezoito e maiores de quatorze anos, no crime de sedução. Protegia a mulher honesta no delito de atentado ao pudor mediante fraude ou no rapto violento ou mediante fraude. Distinguiu-se estupro de atentado violento ao pudor. No primeiro, apenas a mulher poderia ser sujeito passivo, pois só ela poderia ser coagida a praticar a cópula vagínica. A prática de qualquer outro ato libidinoso que não a conjunção carnal, configuraria o atentado violento ao pudor. Se o homem ou mulher, mediante violência ou grave ameaça, fosse coagido a praticar o coito anal, por exemplo, a infração penal cometida pelo autor era o atentado ao pudor e não estupro, mesmo a gravidade de um ato sendo igual a do outro.

Hodiernamente, com as mudanças sociais ocorridas da década de 40 até hoje, não mais subsistiam muitos dos valores existentes quando da edição do Código. Merecendo, urgentemente, reformas. Nos crimes sexuais, destaca-se a reforma feita pela Lei 11.106/2005 que revogou algumas das figuras típicas acima mencionadas, como o rapto e a sedução. Outras mudanças foram realizadas pela Lei 12.015/2009, dentre as quais se destacam a unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, o fim da distinção de gênero que havia nestes delitos, bem como a criação do crime de estupro de vulnerável. Isso demonstrou que o machismo vem desaparecendo dos tipos penais.

O título VI, do CP, trazia o rótulo de “dos crimes contra os costumes”, passou a ser, em 2009, “dos crimes contra a dignidade sexual”. Ressaltando os novos valores que a ordem jurídica, pós CF-1988, passou a resguardar. Contudo, a reforma de 2009 poderia ter avançado mais e apagado da ordem jurídica outros delitos que não merecem a tutela do direito penal em razão do princípio da intervenção mínima, como o delito de ato obsceno ou o de escrito ou objeto obsceno, arts. 233 e 234, do Código Penal, respectivamente.

O presente trabalho tem, como recorte, a reforma operada pela Lei 12015/2009, relativamente ao crime de estupro apenas, pois é necessário, ante a nova redação do tipo,

investigar as conseqüências cíveis e penais para autores e vítimas do delito, sobretudo quando o sujeito ativo for uma mulher e o sujeito passivo for um homem, vindo aquela engravidar em razão de sua conduta criminosa.

Assim, como o legislador não operou uma reforma abrangendo todo o sistema jurídico, não observou ou ressaltou a aplicação, ou não, de determinadas normas que visam a tutela da vítima do delito de estupro, deixando dúvidas em relação a elas. Para preencher estas lacunas, será feita uma interpretação sistemática e teleológica das normas penais, além de se valer dos métodos de integração do direito, sobretudo, da analogia de dispositivos legais do direito civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para alcançar o objetivo proposto para este trabalho científico, utilizar-se-á da vertente jurídico-argumentativa e dialética, o que trará o diálogo entre a Medicina Legal, a Urologia, Psiquiatria com o Direito e, no âmbito jurídico, o diálogo ocorrerá entre o Direito Penal, Civil, Constitucional e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Todos esses ramos da ciência confluirão para construção da tese para se analisar se é possível o homem ser estuprado por mulher e da tutela do homem vitimado em sua liberdade sexual. Para atingir tal desiderato, realizar-se-á uma pesquisa bibliográfica, baseada em manuais e livros específicos brasileiros, revistas jurídicas, publicações eletrônicas, artigos científicos, legislação nacional e algumas decisões judiciais pertinentes ao tema. Contudo, o foco maior será a análise dos ensinamentos doutrinários relacionados ao tema e não tanto na jurisprudência dos tribunais.

Nesta pesquisa utilizar-se-á, ainda, da técnica da documentação que consiste no registro de dados e informações que serão postos em condições de análise, bem como, será realizada entrevista para que o pesquisador saiba o que pensam os médicos sobre a possibilidade do homem obter ereção quando coagido, violentado.

No caminho da construção da tutela cível e penal do homem ofendido, inicialmente, abordar-se-á o histórico do tipo penal de estupro no Brasil, desde o Código Imperial até as recentes alterações legislativas, analisando-se obras de grandes doutrinadores de outrora e dos mais recentes, também. Nesse ponto, será mostrada a evolução legislativa daquele delito que, sob o mesmo rótulo, abarcava diversas figuras típicas até a tipificação atual da conduta de constranger, homem ou mulher, a praticar atos de libidinagem, que não mais viola o princípio da isonomia.

Em seguida, serão abordadas as alterações perpetradas pela Lei 12.015/2009, focando-se na possibilidade ou não do homem ser estuprado pela mulher, bem como, por meio de

entrevista e análise de ensinamentos médicos, se é possível que ele obtenha ereção quando ameaçado ou coagido, valendo-se ou não do uso de medicamentos. Será realizada, também, uma análise acerca da norma prevista no art. 234-A, inciso III do CP, que aumenta a pena do autor do delito, caso ocorra gravidez, indagando-se se esta majorante se aplica ou não à infratora.

Num terceiro momento, ápice do trabalho, realizar-se-á a construção de um sistema de proteção do homem estuprado e de eventual criança advinda do coito forçado, buscando-se uma forma de conciliar o interesse de ambos os sujeitos. No âmbito penal, após um breve intróito acerca do delito de aborto no direito brasileiro, estudar-se-á a hipótese de conceder, ou não, à estupradora o direito ao abortamento sentimental, sem consentimento daquela e para atender a interesses do ofendido ou com consentimento de ambos ou apenas com consentimento dela para prática do ato. Ou seja, responderá às seguintes indagações relativamente a norma permissiva do aborto, prevista no art. 128, inciso II do CPB: poderá o homem e o ordenamento obrigar a infratora a abortar? Poderá o aborto ser praticado se houver consentimento de ambos, infratora e vítima? Terá direito a mulher a praticar o abortamento se for sua vontade, mas não for o querer do homem vitimado?

Na última parte da pesquisa, será feito um estudo, com base no Direito Civil e legislação menorista, objetivando tutelar o patrimônio e a dignidade do ofendido, face ao nascimento da criança concebida em razão do coito forçado. Porém, não é somente isto. Serão buscadas outras formas de tutelar os interesses do menor que não seja a dilapidação dos bens e, repita-se, dignidade do ofendido, para que não sofra eternamente as consequências do crime de que foi vítima. Enfim, buscar-se-á, neste trabalho conciliar os interesses do estuprado com o interesse do menor.

2 O CRIME DE ESTUPRO E O ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR ATÉ O ANO DE 2009

2.1 O CRIME DE ESTUPRO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Inicialmente, antes de analisar as alterações trazidas pela Lei 12.015/2009, é necessário um estudo propedêutico acerca dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor ao longo dos anos na legislação brasileira a partir do Código Criminal do Império até a edição da mencionada lei, bem como pesquisar os ensinamentos doutrinários sobre os delitos referidos até aquela citada lei.

2.1.1 Breve Histórico

O Código Criminal de 1830 trazia, no capítulo II, os crimes contra a segurança da honra, que, na Seção I, tratava do estupro nos arts.219 a 225¹, tipificando sob aquele título diversas condutas, do defloramento de mulher menor de dezessete anos à conjunção carnal com prostituta.

O art. 219 criminalizava a conduta de defloramento de mulher virgem, menor de dezessete anos, cominando como pena o desterro² para fora da comarca que residir a vítima por um a três anos, além da obrigação de dotá-la. Este mesmo artigo previa o casamento como causa extintiva de punibilidade. Nos arts. 220 e 221 eram previstas modalidades qualificadas do delito anteriormente mencionado em razão do autor ter a deflorada sobre seu poder ou guarda ou se ele for parente da ofendida em grau que não admitia a dispensa para o casamento. Parece que, para configuração destes delitos, bastava que ocorresse o defloramento de mulher menor de dezessete anos, independentemente, de esta haver ou não consentido já que as normas não fazem menção alguma ao consentimento, como ocorre no art. 222 do mesmo código. A ação criminalizada nos arts. 219 ao 221 se assemelha ao que

¹ BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Codigoo Criminal. **Collecção das Leis do Imperio do Brazil**, Rio de Janeiro, 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 2 jan. 2014.

² A pena de desterro, de acordo com o art. 52 do CP de 1830, “ quando outra declaração não houver, obrigará os réos a sahir dos termos dos lugares do delicto, da sua principal residencia, e da principal residencia do offendido, e a não entrar em algum delles, durante o tempo marcado na sentença”.

hodiernamente é conhecido como “estupro de vulnerável”, em que há presunção implícita de violência³ quando é praticado conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de quatorze anos.

Por sua vez, no art. 224 previa-se como infração penal a conduta daquele que “seduzir mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal” apenada com “desterro para fóra da comarca, em que residir a seduzida, por um a três annos, e de dotar a esta”. Este tipo penal, também, não tinha como elementares a *vis compulsiva* ou a *vis corporalis* para sua configuração.

Já o art. 222 do Código de 1830 tipificava a conduta similar ao *delictum* de estupro como conhecido até o ano de 2009, pois previa a conduta de ter cópula carnal por meio de violência ou ameaça com qualquer mulher honesta, cominando-se pena de prisão por três a doze annos e a obrigação de dotar a vítima. Havia, ainda, previsão de modalidade privilegiada, com punição menos severa de um mês a dois annos de prisão, caso a ofendida fosse prostituta. Contudo, o art. 223 prescrevia, como crime, a conduta daquele “quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr, ou algum mal corporeo a alguma mulher, sem que se verifique a copula carnal”. A pena era de “de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo, além das em que incorrer o réo pela offensa”.

O art. 225, assim como o art. 219, previa o casamento como causa de extinção de punibilidade para as infrações penais capituladas nos art. 222, 223 e 224, todos do Código Criminal do Brasil Império. Para tanto, “além do consentimento da infeliz deve havel-o de seu pai, ou tutor, ou curador, ou do juiz, que para tanto tem jurisdicção”⁴.

Os crimes sexuais, nesta época, traziam apenas a mulher como sujeito passivo e é possível observar que a virgindade, a pureza e honestidade da mulher ganhavam especial relevo, se tornando elementos normativos do tipo penal, como ocorreu até recentemente com os delitos de sedução e rapto violento ou mediante fraude revogados pela Lei 11.106/2005.

Nelson Hungria, ao discorrer sobre o histórico do crime de estupro, assinalou que o Código de 1830 abrandou a pena, em comparação àquela prevista nas Ordenações Filipinas que previa a pena de morte, passando a ser de prisão por três a doze annos mais o pagamento

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013b. v. 4, p. 100.

⁴ TINÓCO, Antonio Luiz Ferreira. **Código criminal do Imperio do Brazil anotado**. Brasília: Senado Federal, 2003. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496203>>. Acesso em: 20 nov. 2013, p. 436.

de dote à ofendida, além do casamento passar a ser causa de extinção de punibilidade⁵.

Já o Código Penal Republicano de 1890⁶ reservou o nome “estupro” para significar a cópula violenta com uma mulher, nos termos do seu art. 269. Este Código foi ainda mais benigno que seu antecessor, pois a pena passou a ser de prisão celular por um a seis anos, manteve a obrigação de dotar a vítima, bem como a extinção de punibilidade com o casamento⁷.

Trazia, aquele código, o estupro no Título VIII, dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor, no seu Capítulo I, “Da violência carnal”, tipificando-o no art. 268 que dizia que “estuprar mulher virgem ou não, mas honesta”⁸ teria pena de “prisão celular por um a seis anos”. Porém, se a vítima fosse prostituta, assim como ocorria no Código de 1830, o grau de reprovabilidade da conduta era menor e, por isso, a sanção prevista era prisão de seis meses a dois anos, conforme art. 268, §1º. Em seu §2º, o art. 268 previa o concurso de duas ou mais pessoas como causa de aumento de pena⁹.

Nessa época, doutrinavam que a violência poderia ocorrer por força física que dominasse a vítima, por uma ameaça acompanhada de eminente perigo que pusesse a vida da ofendida em risco, por meios que aniquilassem a vontade, como a hipnose e, por fim, quando a vítima fosse menor de 16 anos, ainda que consentisse “porque o legislador penal entende que nesta idade não póde ter ella lucida comprehensão do alcance do acto, que affecta tão profundamente á sua honra e ao seu futuro”¹⁰, conforme dizeres de Viveiros de Castro.

Em seguida, o art. 269 trazia o conceito legal do estupro como o “o acto pelo qual o

⁵ Cf. HUNGRIA, Néilson; LACERDA, Romão Côrtes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código penal**: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 : arts. 197 a 249. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 8, p. 103-104.

⁶ BRASIL. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 1890. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s>. Acesso em: 30 set. 2013.

⁷ HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, op. cit., p. 104.

⁸ Conceituava, Galdino Siqueira, honesta a mulher “a recatada e de bom proceder, e em contraposição, diz-se prostituta, a que concede publicamente o corpo ao livre e promiscuo acesso”. Cf. SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou complementaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência). Brasília: Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2003. v. 2. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496211>>. Acesso em: 24 nov. 2013, p. 457.

⁹ “Esse concurso póde se manifestar sob a forma de co-autoria ou de cumplicidade, quando o auxilio fôr necessário ou secundário, nos termos do art. 18 § 3.º, ou do art 21 § 1.º, ultima parte”, lecionava Galdino Siqueira. Cf. *Ibid.*, p. 462.

¹⁰ CASTRO, Viveiros de. **Sentenças e decisões em matéria criminal**. Rio de Janeiro : Cunha & Irmão, 1896. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/224215>>. Acesso em: 20 nov. 2013, p. 274-275.

homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não”. Este artigo conceituava, ainda, “violência” como “não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcóticos”.

Houve críticas ao conceito de estupro dado pelo CP/1890. João Vieira de Araújo assinalou que, contra a doutrina, tal código denominou de estupro, como dito, a conjunção carnal violenta com mulher honesta, mas, apesar da divergência acerca do significado do vocábulo entre juristas e médicos, “andou melhor avisado o legislador de 1830, empregando-o como termo generico, abrangendo o commercio violento ou voluntario e até todos os attentados ao pudor”. Apresenta ele o conceito de estupro como “o constrangimento de uma pessoa *de um* ou *de outro* sexo para a conjunção carnal”¹¹, mas ressalta que o Código, no art. 268, seguindo os códigos português e francês e diversamente do código italiano que compreende ambos os sexos, somente refere ao estupro à mulher. Apontava ainda que a cópula era elemento essencial do crime, pois sem ela haveria tentativa de estupro e se não houvesse os caracteres determinados pela lei para a configuração da tentativa, seria o agente responsabilizado por atentado ao pudor, previsto no art. 266¹².

Diversamente do art. 268, o art. 266 do Código de 1890 não tinha apenas a mulher como sujeito passivo, tanto homem quanto a mulher poderiam ser vítimas deste delito, similantemente como ocorria com o atentado violento ao pudor previsto no Código de 1940¹³, já que era punida a conduta daquele que “attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencias ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral”. A pena era igual à do estupro de prisão por um a seis anos. Nesse delito, o fim do agente não precisava ser necessariamente de satisfazer um impulso carnal, “o acto constituiria um attentado ao pudor ainda mesmo que fosse devido á curiosidade, ao ódio e á vingança”¹⁴.

No parágrafo único, do citado art. 266 existia uma norma de equiparação, incorrendo

¹¹ ARAUJO, João Vieira de. **O Código penal interpretado**: parte especial. Brasília: Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496218>>. Acesso em: 21 nov. 2013. v. 1, passim. Entendia de forma diversa, afirmando ser necessário o fim de saciar a paixão lasciva: SIQUEIRA, 2003, p. 427.

¹² Ibid., idem.

¹³ Alberto Silva Franco assinalava que esta disposição foi mantida pelo Código Penal de 1940, todavia “procedendo de maneira pouco usual: vivificou aquele dispositivo legal, em todo o seu sentido originário, contudo, sob a nova – e tergiversadora – edificação redacional contida no art. 214”. Cf. FRANCO, Alberto Silva; SILVA, Tadeu Antônio Dix. Artigos 208 a 249. In: _____ et al. **Código penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1040.

¹⁴ ARAUJO, op. cit., p. 325.

nas mesmas penas quem corrompesse menor de idade, praticando com ela ou contra ela atos de libidinagem. Aqui, essa infração era “delineada como corrupção por actos de libidinagem sobre pessoas de menor idade, entendendo-se a menor idade civil, até 21 annos, porque o código não fixa outra idade no art. 266, paragrapho unico do texto”¹⁵, doutrinava João Vieira de Araújo.

Aquele autor criticou a desproporcionalidade da pena desta norma com relação aos delitos de defloramento, estupro e atentado ao pudor, por ser superior aquele e igual a pena destes, “o absurdo aqui tocou as raias do disparate” e complementou dizendo:

Punir com 6 annos de prisão cellular um indivíduo que é encontrado beijando e abraçando uma mulher quasi de 21 annos e punir com 4 annos o autor do defloramento de uma moça apenas nubil, é um facto que transtorna todos os princípios jurídicos da interpretação, um dos quaes é negar que o legislador commetta absurdo.¹⁶

Os arts. 272 a 276 do Código de 1890, apesar de inserido no capítulo que tratava do rapto, também se applicava aos delitos do capítulo da violência carnal, afirmava João Vieira de Araujo¹⁷. Dispunha o art. 272 que haveria presunção de violência quando o fato criminoso fosse cometido contra menor de 16 anos de idade. Era desnecessária a prova do emprego de violência e ameaça contra a vítima, “porque a lei equipara ás violencias e á ameaça o estado ou condição da pessoa que importa a impossibilidade de um consentimento livre e verdadeiro, na pessoa menor sujeita á conjunção”. Esta presunção era *jure et de jure*¹⁸. O art. 274 tratava das causa de aumento de pena e os artigos seguintes de questões procedimentais.

O Código Penal de 1940¹⁹, por sua vez, manteve a definição de estupro como sendo o “ato pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não”, mas trouxe também a incriminação do atentado violento ao pudor, punindo a prática forçada de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Ambos os delitos eram punidos com quantidades de pena de reclusão diversas. O estupro, no art. 213, era apenado com reclusão de três a oito anos, e o atentado violento ao pudor, no art. 214, era sancionado com reclusão de dois a sete anos. Vieram eles tipificados no capítulo I, que tratava dos crimes contra a liberdade sexual, no Título VI, “dos crimes contra os costumes”.

¹⁵ ARAUJO, 2004, p. 326.

¹⁶ Ibid., p. 327.

¹⁷ Ibid., p. 358. Assinala Prado que defendiam esse mesmo entendimento “Chrysolito de Gusmão, Viveiros de Castro, Galdino Siqueira, Néelson Hungria, João Vieira, Bento de Faria, Paulo Teixeira e Macedo Soares. Cf. PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial : arts. 184 a 288. 4. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 3, p. 245.

¹⁸ ARAUJO, op. cit., p. 361.

¹⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 23 set. 2013.

Costumes eram “os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta social adaptada à conveniência e disciplina sociais”, definia Nelson Hungria. Para ele, a lei penal tutelava, nesse caso, “o interesse jurídico concernente à preservação do *mínimo ético* reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais”²⁰.

Todavia, as penas de ambos os delitos foram igualadas e agravadas para seis a dez anos de reclusão pela Lei 8.072/90, além de tê-los incluídos no rol dos crimes hediondos, no seu art. 1º. O crime de estupro e o atentado violento ao pudor sofreram nova mudança legislativa com o advento da Lei 12.015/2009, unificando-os num único tipo penal, conforme ver-se-á adiante.

2.1.2 Noções Doutrinárias acerca do Crime de Estupro Antes do Advento da Lei 12.015/09

O bem jurídico tutelado era a liberdade sexual da mulher, leciona Cezar Roberto Bittencourt, sua faculdade de escolher livremente seu parceiro sexual, podendo, se desejar, recusar o próprio marido²¹. O sujeito ativo do crime poderia ser apenas o homem, mas a mulher poderia ser coautora do estupro. O sujeito passivo somente era a mulher, independentemente da idade, virgindade, aspecto moral ou qualquer outra qualificação²².

Assevera, também, Rogério Greco, que o bem jurídico protegido pelo tipo penal previsto no art. 213 do CPB era a liberdade sexual, e acrescenta que, num sentido mais amplo, tutelava-se os costumes. Tal delito, para ele, tinha como objeto material a mulher, que era a pessoa contra a qual se dirigia a conduta delituosa²³.

O homem era tido como único sujeito ativo do crime, não em razão do verbo constringer, mas devido à expressão “conjunção carnal”, entendida como a cópula vagínica, que somente poderia ocorrer com a introdução do pênis do homem na vagina da mulher, aponta Greco. Não era possível haver estupro numa relação entre pessoas do mesmo sexo. Se numa relação homossexual feminina, houver penetração de instrumentos na vagina da mulher,

²⁰ HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981, p. 93.

²¹ Alberto Silva Franco, ao criticar o forte moralismo presente nos ensinamentos doutrinários e na própria lei, aponta que, na verdade, o que o legislador quis tutelar foi o pudor público e apenas secundariamente, quis tutelar a liberdade sexual. Cf. FRANCO; SILVA, 2007, p. 1036-1038.

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4, p. 2-3.

²³ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial (arts. 155 a 249 do CP). 5. ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008. v. 3, p. 468.

sem seu consentimento, haveria atentado violento ao pudor e não estupro²⁴. Todavia, admitia-se que a mulher fosse autora do crime de estupro, quando, por exemplo, o executor do delito sofrer coação irresistível de uma mulher para praticar com outra a conjunção carnal violenta²⁵.

Asseverava, ainda, Bittencourt quanto ao tipo objetivo, em relação a sua adequação típica que “a ação tipificada é *constranger* (forçar/compelir) *mulher* (somente pessoa do sexo feminino), virgem ou não, menor ou maior, honesta ou prostituta, *mediante violência* (*vis corporalis*) ou *grave ameaça* (*vis compulsiva*), à *conjunção carnal* (cópula vagínica)”²⁶.

O núcleo do tipo penal era *constranger*, que significa forçar, obrigar, subjugar a vítima à conjunção carnal. Seria, então, uma modalidade especial de constrangimento ilegal. O constrangimento deveria ser dirigido finalisticamente à prática do coito vagínico, à penetração do pênis na vagina. Somente haveria estupro em relações heterossexuais, portanto. A conjunção carnal é um ato libinoso, ou seja, “aquele em que o agente deixa aflorar a sua libido”, devido o disposto no art. 214 que mencionava a expressão “ato libidinoso diverso da conjunção carnal”²⁷.

O Brasil adotou o sistema restrito para interpretação da expressão “conjunção carnal”, entendendo-a apenas como a intromissão do pênis na cavidade vaginal, “repelindo-se o *sistema amplo*, que compreende a cópula anal, ou mesmo o *sistema amplíssimo*, que inclui, ainda, os atos de felação (orais)”²⁸.

Para que ocorresse a configuração do crime de estupro era preciso, ainda, que houvesse o emprego de violência ou grave ameaça. Aquela, também chamada de *vis corporalis* ou *vis absoluta*, ou seja, uso de força física para vencer a resistência da vítima subjugar a vítima para que fosse praticado o coito vagínico. Não era preciso que a violência fosse irresistível, “basta que seja idônea para coagir a vítima a permitir que o sujeito ativo realize seu intento”²⁹.

A grave ameaça, por sua vez, denominada de violência moral ou *vis compulsiva*, pode ser dirigida a ofendida ou contra pessoas ou coisas que lhe são próximas, provocando temor na mulher alvejada, inibindo ou anulando a sua vontade e o querer³⁰, a exemplo “da mãe que

²⁴ GRECO, 2008, p. 468.

²⁵ BITENCOURT, 2007, p. 2.

²⁶ Ibid., p. 3, grifos do autor.

²⁷ GRECO, op. cit., p. 466.

²⁸ Ibid., loc. cit., grifos do autor.

²⁹ BITENCOURT, op. cit., p. 3.

³⁰ GRECO, op. cit., p. 467; BITENCOURT, op. cit., loc. cit.

cede aos instintos do agente que ameaça matar-lhe o filho”³¹. A violência moral pode realizar-se através de gestos, escritos ou qualquer outro meio simbólico. Deve, ainda, o mal prometido ser determinado³².

Na grave ameaça, o mal prometido pelo agente não precisa ser injusto, como é exigido para configuração do delito de ameaça, para que seja obtida a relação sexual forçada. Rogério Greco cita, como exemplo, a hipótese do homem que, sabendo que a vítima trai seu cônjuge, ameaça-a de contar ao traído tal fato, obrigando-a a com ele também a ter relação sexual³³. Cezar Bitencourt, assim também pensa, afirmando que “o mal pode ser justo, mas o fundamento que leva o agente a prometé-lo ou o método utilizado podem não sê-lo”³⁴.

Quanto ao nível de resistência da vítima, deveria ser avaliada tomando-se como referência os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, “recomendando-se, concretamente, a avaliação da relação de forças, especialmente a superioridade de forças do agente”. Portanto, não é necessário que a resistência se prolongue até o desfalecimento da ofendida, que seja posto em risco sua vida para que houvesse o reconhecimento da violência ou grave ameaça.³⁵

O consentimento da vítima afasta a tipicidade da conduta mesmo que houvesse emprego de violência, aduz Greco, e continua afirmando que situações de sadismo e masoquismo, desde que produzam lesões corporais leves “não se configuram em infração penal, em face da disponibilidade do bem jurídico protegido”³⁶. Ele ainda assinala a importância de o verdadeiro dissenso da vítima de quando o “não” dado significa “sim”, fazendo parte do “jogo de sedução”³⁷.

Quando o sujeito errasse quanto à discordância da vítima com o ato sexual, importará em erro de tipo e a tipicidade do fato seria afastada, mas se a dúvida pendia para o lado da negação do consentimento, a alegação de erro de tipo não poderia ser sustentada³⁸. Greco pontuava, também, que apenas o consentimento que precede imediatamente o ato sexual é que deveria ser considerado, “a vítima tem direito de dizer não, e sua negativa deve ser compreendida pelo agente, mesmo que em momentos anteriores houvesse alguma

³¹ JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte especial : dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3, p. 98.

³² GRECO, 2008, p. 467; BITENCOURT, 2007, p. 3.

³³ GRECO, op. cit., loc. cit.

³⁴ BITENCOURT, op. cit., p. 4.

³⁵ Ibid., p. 5.

³⁶ GRECO, op. cit., p. 471.

³⁷ Ibid., p. 471-473.

³⁸ Ibid., loc. cit.

cumplicidade entre eles”³⁹.

Para que houvesse a consumação era preciso que ocorresse a introdução do pênis na vagina, total ou parcialmente, ou seja, consumava-se com a cópula vagínica, não havendo necessidade de ejaculação. Por se tratar de um delito plurissubsistente, tornava-se possível à tentativa, apesar da dificuldade prática de sua constatação. Contudo, para distingui-la do atentado violento ao pudor, era preciso analisar o elemento subjetivo do agente que devia ser a vontade de manter “relacionamento sexual normal” com a vítima. Não havendo esta intenção, podia haver atentado violento ao pudor⁴⁰. Greco apresenta o seguinte exemplo:

Dessa forma, o agente pode ter sido interrompido, por exemplo, quando, logo depois de retirar as roupas da vítima, preparava-se para a penetração. Se os atos, que antecederam ao início da penetração vagínica não consumada forem considerados normais à prática do ato final, a exemplo do agente que passa as mãos nos seios da vítima ao rasgar-lhe vestido ou, mesmo, quando esfrega o pênis em coxa buscando a penetração, tais atos deverão ser considerados antecedentes naturais ao delito de estupro, não se configurando em infração penal autônoma de atentado violento ao pudor.⁴¹

Exemplifica Delmanto que haveria “tentativa no ato do médico que, a pretexto de exame ginecológico, ordena à vítima que tire a roupa e a cobre com um lençol, sendo surpreendido por ela com as calças arriadas em postura típica de quem iria estuprá-la”⁴².

O elemento subjetivo do crime de estupro era o dolo formado pela vontade consciente de constranger a vítima à conjunção carnal. Caso o fim almejado pelo agente fosse o de praticar, também, outros atos libidinosos, além do coito vagínico, deverá ser responsabilizado, em concurso de delitos, pelo atentado violento ao pudor⁴³. Por ausência de previsão legal, não havia modalidade culposa.

Quanto à classificação doutrinária, Bitencourt considera que era um crime comum⁴⁴, pois “o fato de somente o homem, em tese, ser o sujeito ativo não o qualifica como crime próprio”⁴⁵. É, ainda, para ele, delito material por haver transformação no mundo exterior; doloso; instantâneo porque a consumação não se alongava no tempo; unissubjetivo por poder ser cometido por uma única pessoa e plurissubsistente já que a conduta podia se desdobrar em vários atos.

³⁹ GRECO, 2008, p. 471-473.

⁴⁰ JESUS, 2005, p. 98.

⁴¹ GRECO, op. cit., p. 468-469.

⁴² DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 7. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 590.

⁴³ GRECO, op. cit., p. 469.

⁴⁴ Também classifica o estupro como crime comum: PRADO, 2006, p. 195.

⁴⁵ BITENCOURT, 2007, p. 6.

Rogério Greco, por sua vez, o classifica como crime de mão-própria quanto ao sujeito ativo, “pois que exige uma atuação pessoal do agente, não se podendo delegar a prática da conduta típica e próprio com relação ao sujeito passivo, pois que somente mulher poderá figurar nessa condição”. Considerava-o, ainda, crime doloso; comissivo, mas admite ser possível praticá-lo por omissão imprópria, caso o autor seja garante; de forma vinculada porque se configura apenas com a penetração do órgão sexual masculino na vagina da mulher; material; instantâneo; de dano; em regra, não transeunte; monossujeito e plurissubsistente⁴⁶.

Já para Damásio de Jesus, diversamente dos autores acima mencionados, tratava-se de crime de mera conduta, “não fazendo o tipo penal referência a nenhum resultado advindo do comportamento do sujeito”⁴⁷. Guilherme de Souza Nucci classifica-o como crime próprio, material, de forma vinculada, pois somente admitia a conjunção carnal, comissivo, instantâneo, unissujeito, plurissubsistente⁴⁸.

Outro ponto que havia controvérsia doutrinária era a possibilidade do marido ser ou não sujeito ativo do crime de estupro.

Uma corrente, já superada, defendia que o marido não poderia ser autor do delito em virtude do débito conjugal, agiria o sujeito acobertado pela excludente de ilicitude do exercício regular de direito, “a cópula *intramatrimonium* é recíproco dever dos cônjuges”, portanto, seria lícita, o emprego de violência para alcançar tal desiderato, defendia Nelson Hungria. Contudo, para ele, solução diversa era admitida se o marido estivesse infectado com moléstia venérea e a esposa se recusasse a praticar o coito vaginal, pois estaria ele cometendo o delito previsto no art. 130 do CPB, “perigo de contágio venéreo”⁴⁹.

Modernamente, a exemplo de Bitencourt, conforme acima explanado, Greco⁵⁰ e Damásio de Jesus⁵¹ entendem que o marido pode, sim, ser sujeito ativo do delito de estupro contra a própria esposa, pois ao casar-se “não perde ela o direito de dispor do seu corpo, ou seja, o direito de se negar ao ato sexual”⁵².

Outra situação polêmica abordada pelos doutrinadores, era o caso da mulher que coage

⁴⁶ GRECO, 2008, p. 467.

⁴⁷ JESUS, 2005, p. 98.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral e especial. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 756.

⁴⁹ HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981, p. 114-115.

⁵⁰ GRECO, op. cit., p. 474.

⁵¹ JESUS, op. cit., p. 96.

⁵² Ibid., loc. cit.

um homem a com ela ter a conjunção carnal. Uma corrente, seguida por Luis Regis Prado⁵³ e Nelson Hungria, defendia que o crime cometido pela autora é o de atentado violento ao pudor.

Dizia Hungria:

Em face do nosso código, não há indagar se é reconhecível o estupro no caso da mulher que provida de clitóris hipertrófico, constrange outra ao amor sáfico, ou da que, mediante ameaça (não excludente do mecanismo de ereção), coage um homem a ter com ela conjunção carnal. Quer num, que noutro caso, o que poderá se identificar é o crime de “atentado violento ao pudor”.

Somente como partícipe, por mandato, instigação ou auxílio, poderá pessoa do sexo feminino responder por crime de estupro.⁵⁴

Outra corrente, defendida por Rogério Greco, aduz que a infração penal cometida pela mulher, no caso em estudo, é a de constrangimento ilegal, capitulado no art. 146 do CPB⁵⁵. Argumenta ele que, no atentado violento ao pudor, “o agente constrange a vítima, mediante emprego de violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”, mas, nesse caso o ato praticado pela agente é a própria conjunção carnal, não podendo, portanto, ser a conduta enquadrada como o crime do art. 214 do CPB, restando aquele delito do art. 146 do CPB⁵⁶.

Em sua obra, Greco⁵⁷ traz, ainda, mais uma hipótese, além de várias outras, a do transexual que, submetido à cirurgia de reversão genital ou de mudança de sexo em que se faz a *neovagina*, é violentado com a penetração forçada nesse órgão similar à vagina de uma mulher. Para ele, se demandar judicialmente para retificar nome e/ou sexo, mas apenas o nome da vítima tiver sido modificado no seu documento de identidade, permanecendo inalterado o gênero, ainda seria considerado do sexo masculino e, então, não poderia ser vítima de estupro. Porém, se a determinação judicial for, também, para modificar o sexo para o feminino, passaria a haver novo conceito de mulher que não seria o natural, porém de natureza jurídica, e poderia ser vítima de estupro a transexual.

Aplicava-se a tese de crime impossível quando o sujeito ativo possuía impotência *coeundi*, ou seja, não tem ele capacidade de obter ereção e, portanto, não poderia penetrar a vítima. Já para aquele que possuía impotência *generandi*, que é a incapacidade de procriar, pode ele obter a ereção, possuindo, então, capacidade de penetração, necessária para a

⁵³ PRADO, 2006, p. 195.

⁵⁴ HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981, p. 113-114.

⁵⁵ No mesmo sentido, cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial, arts. 121 a 234 do CP. 23. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2, p. 424.

⁵⁶ GRECO, 2008, p. 476-477. Adota esse mesmo posicionamento doutrinário: CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial : dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3, p. 5-6.

⁵⁷ GRECO, op. cit., p. 478

consumação do delito⁵⁸.

O Estatuto da Criança e do adolescente, Lei 8.069/90, acrescentou ao art. 213 uma figura qualificada quando a ofendida fosse menor de quatorze anos de idade, a pena seria de reclusão de quatro a dez anos. Mas a o dispositivo qualificador foi revogado pela Lei 8.072/90 ante a incompatibilidade daquele com o art. 2º, § 1º da Lei de Crimes Hediondos, “não sendo possível punir-se com pena menos severa quando revestido de circunstância qualificadora”⁵⁹, conforme ensinamento de Julio Fabbrini Mirabete.

2.2 O ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

Tipificado no art. 214 do CPB, o delito do atentado violento ao pudor possuía como elementos a conduta de (a)constranger alguém, (b)mediante violência ou grave ameaça, (c) a praticar (d) ou permitir que com ele se pratique (e) ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

O ato libidinoso⁶⁰ é aquele que visa o prazer sexual, é o ato dirigido para satisfação do instinto sexual. No crime de atentado violento ao pudor deveria ele ser diverso da conjunção carnal, deveria ser diferente da cópula vagínica obtida por meio de violência, como no estupro, afirma Damásio de Jesus. Segundo ele, “o ato libidinoso deve ser ofensivo ao pudor coletivo, contrastando com o sentimento de moral médio, sob o ponto de vista sexual”⁶¹.

Assim, como o estupro, era o atentado violento ao pudor uma modalidade especial de constrangimento ilegal, perpetrado com a finalidade de satisfazer a libido do agente.⁶² Nesse crime, o núcleo constranger possuía o mesmo significado utilizado para o delito do art. 213, qual seja, obrigar, forçar a vítima ao ato libidinoso diverso da conjunção carnal, ou seja, afasta-se deste conceito, por consequência, a prática do coito vagínico, *imissio penis in vaginam*.⁶³

Ainda, era necessário para sua configuração o emprego de violência ou grave ameaça para fazer com que a própria vítima praticasse ou permitisse que fosse praticado o ato de libidinagem diverso da conjunção carnal. A ameaça ou *vis compulsiva* podia ser direta,

⁵⁸ GRECO, 2008, p. 483.

⁵⁹ MIRABETE, 2005, p. 418.

⁶⁰ Afirma Alberto Silva Franco que impera, doutrinariamente, a incerteza do conceito de ato libidinoso, havendo consenso apenas de que os sexos orais e anais constituem tal ato. Cf. FRANCO; SILVA, 2007, p. 1042.

⁶¹ JESUS, 2005, p. 102.

⁶² GRECO, op. cit., p. 499.

⁶³ BITENCOURT, 2007, p. 11.

indireta, implícita ou explícita. Podia incidir sobre a própria vítima ou sobre pessoas ou coisas que lhe são próximas, produzindo o efeito de temer o agente. Devia, então, ser séria. O mal prometido não precisava ser injusto, como dito acima para o outro delito em comento, como ocorre na hipótese “daquele que, sabendo que a vítima havia perdido a virgindade, a ameaça de contar esses fatos a seus pais, caso com ela não venha a praticar algum ato de libidinagem, diverso da conjunção carnal”⁶⁴.

A conduta da vítima podia ser ativa, quando a própria vítima era forçada à prática do ato de libidinagem, diverso da conjunção carnal, atuando ela sobre o próprio corpo, por exemplo, com atos de masturbação, ou podia ela atuar sobre o corpo do sujeito ativo, praticando sexo oral ou em terceira pessoa, enquanto era assistida pelo agente. Já a segunda possibilidade de comportamento a ser adotado era passivo que ocorre quando o ofendido permitia que com ele fosse praticado o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, seja pelo próprio agente ou por terceiro a mando dele⁶⁵.

O bem juridicamente protegido pelo crime de atentado violento ao pudor, como ocorre no estupro era a liberdade sexual, mas, agora, de ambos os sexos, tanto do homem quanto da mulher. Tutelava-se a liberdade das pessoas de disporem do próprio corpo, quanto à prática de atos sexuais. Essa infração tinha, como objeto material, a pessoa humana contra quem se dirige a conduta⁶⁶.

Aponta Bitencourt que o elemento subjetivo geral era o dolo, “constituído pela vontade consciente de praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal”. Ele, reconhecendo a divergência doutrinário-jurisprudencial, aduzia que era irrelevante a eventual existência do fim de satisfazer a própria lascívia⁶⁷. Todavia, era preciso que estivesse presente o elemento subjetivo especial de violentar a vítima, seja homem ou mulher, sob pena de não configurar o delito insculpido no art. 214 do CPB⁶⁸. Nesse ponto, Nelson Hungria adotava posicionamento diferente, conforme se observa no trecho de sua obra abaixo transcrito:

Além de ser objetivamente atentatório ao pudor, contrastando com o sentimento médio de moralidade sexual, deve ter como impulso ou fim a lascívia. Se o ato, embora materialmente indecoroso, não traduz da parte do agente, uma expansão de luxúria, deixará de ter cunho *libidinoso*. Não pode existir ato *libidinoso* sem *libidinosidade*. Tem esta de ser reconhecida sob um duplo ponto de vista: objetivo e subjetivo. [...] É suficiente que o ato libidinoso seja ofensivo do pudor do *homo medius* (critério objetivo), pouco importando que a vítima entenda, ou não, o seu

⁶⁴ GRECO, 2008, p. 499-500.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 500.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 501.

⁶⁷ No mesmo sentido, cf. MIRABETE, 2005, p. 426.

⁶⁸ BITENCOURT, 2007, p. 13.

sentido sexual.⁶⁹

Segundo Damásio de Jesus, para os adeptos deste entendimento, não cometia o crime de atentado violento ao pudor “aquele que, para se vingar de um desafeto, o constrangesse a praticar a felação”. Praticaria, então, sob aquele pensamento, a injúria real apenas, em razão da falta do elemento subjetivo que consistiria na satisfação da própria concupiscência⁷⁰.

Greco, discordando de Hungria, aduzia que bastava que o agente soubesse que com seu comportamento obrigava a vítima a praticar ou a permitir que com ela se praticasse um ato libidinoso diverso da conjunção carnal, considerado lascivo de acordo com o padrão moral médio. Isso era suficiente para caracterização do delito, sendo desnecessário comprovar que o agente tinha, por objetivo, satisfazer a sua libido. Cita o caso de um preso que “obriga o seu companheiro de cela, pertencente a uma facção rival, a praticar com ele o sexo anal, simplesmente com o fim de humilhá-lo perante os demais, não deverá ser responsabilizado por injúria real, mas pelo atentado violento ao pudor”⁷¹. Damásio de Jesus compartilhava deste mesmo entendimento de que “basta a vontade livre e consciente de praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal, não se indagando de qualquer outro fim especial de agir”⁷².

Os sujeitos ativo e passivo do delito podiam ser qualquer pessoa, homem ou mulher, em relações hetero ou homossexuais, por se tratar de crime comum, não exigindo o tipo penal nenhuma condição especial do agente. Nesta infração penal, qualquer dos cônjuges podia constranger o outro a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, afirma Bitencourt. Para ele, “nenhum dos cônjuges tem o direito de subjugar seu consorte e submetê-lo, contra a vontade, à prática sexual, seja de que natureza for”⁷³.

Consumava-se o delito de atentado violento ao pudor com a prática do ato libidinoso diverso da conjunção carnal, bem como o momento consumativo ocorria com a prática de tal ato. Apesar de difícil constatação prática, era admissível a tentativa, pontua Bitencourt⁷⁴.

Quanto à classificação doutrinária, Greco⁷⁵ e Bitencourt⁷⁶ o qualificam como crime comum (qualquer pessoa podia praticá-lo); material por provocar transformação no mundo

⁶⁹ HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981, p. 122, grifos do autor.

⁷⁰ JESUS, 2005, p. 105.

⁷¹ GRECO, 2008, p. 503-504.

⁷² JESUS, op. cit., p. 105. No mesmo sentido, cf. FRANCO; SILVA, 2007, p. 1044; NUCCI, 2006, p. 755-756, 758; CAPEZ, 2008, p. 6-7.

⁷³ BITENCOURT, 2007, p. 11.

⁷⁴ Ibid., p. 13. Nesse mesmo sentido, cf. FRANCO; SILVA, op. cit., p. 1044.

⁷⁵ GRECO, op. cit., p. 500.

⁷⁶ BITENCOURT, op. cit., p. 13.

exterior; doloso, não havia previsão legal de modalidade culposa; instatâneo pois a consumação não se alongava no tempo; unissubjetivo já que uma única pessoa podia cometê-lo; e plurissubsistente, se desdobrando a conduta em vários atos. No entanto, Damásio de Jesus⁷⁷ classifica-o apenas como crime de mera conduta, diversamente daqueles dois doutrinadores acima expostos, e comissivo.

Muito se discute, doutrinariamente, se o beijo lascivo poderia configurar, ou não, atentado violento ao pudor, quando obtido mediante emprego de violência ou grave ameaça. Ressalta Hungria que a divergência é com o “beijo na face, na boca ou no colo, pois daí para baixo a impudícia é flagrante”. Ele doutrinava que o beijo furtivo, na face, breve “não realiza a *grosseria* de um ato libidinoso (podendo concretizar, quando muito, uma injúria real)”, porém não haveria dúvidas de que se o beijo dado for à moda dos filmes de cinema –compara, em que há uma “descarga longa e intensa de libido, constitua, quando aplicado a uma mulher coagida pela *ingrata vis*, autêntico atentado violento ao pudor”⁷⁸.

Discordando de tal posicionamento, Greco leciona que, neste caso, deveria o agente ser responsabilizado por constrangimento ilegal ou pela contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, “dependendo da intensidade e da gravidade do fato praticado, evitando-se, outrossim, a aplicação de uma pena extremamente desproporcional”⁷⁹.

2.3 DISPOSIÇÕES COMUNS

Entre os artigos 223 a 226 do CPB estavam previstas as disposições comuns dos crimes contra os costumes, aplicando-se aos dispositivos anteriores naquilo que couber. Os arts. 223 e 224 preveem as formas qualificadas para os crimes contra os costumes cometidos com emprego de violência, afirmava Greco⁸⁰.

O art. 223⁸¹, alterado pela Lei 8.072/90, previa que, se da violência, no estupro e atentado violento ao pudor, resultar em lesão corporal de natureza grave, a pena era de

⁷⁷ JESUS, 2005, p. 105.

⁷⁸ HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981, p. 124-125.

⁷⁹ GRECO, 2008, p. 505.

⁸⁰ Ibidem, p. 545. Alberto Franco destaca que “Bitencourt, Delmanto, Pierangele, e Nucci sugerem a desclassificação para contravenção [importunação ofensiva ao pudor] em consonância com o princípio da proporcionalidade”. Cf. FRANCO; SILVA, 2007, p. 1042.

⁸¹ Antes da alteração pela Lei 8072/90, o art. 223 possuía a seguinte redação: “art. 223. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de quatro a doze anos. Parágrafo único. Se do fato resulta a morte: Pena – reclusão, de oito a vinte anos.”

reclusão de oito a doze anos, mas se resultasse em morte, a pena seria de doze a vinte e cinco anos de reclusão. Para Greco⁸² e Bitencourt⁸³, os resultados qualificadores apenas poderiam ser imputados ao agente se este incorresse ao menos em culpa por se tratar de crimes eminentemente preterdolosos⁸⁴. Mas, se o agente quisesse ou assumisse o risco da produção do resultado mais grave, haveria concurso de crimes, o de natureza sexual e o resultante da violência, ressalta Bitencourt⁸⁵. Se o resultado gravoso advier de caso fortuito ou força maior, o agente não poderia ser responsabilizado pelas modalidades qualificadas, em virtude do disposto no art. 19 do CPB⁸⁶.

Aponta Rogério Greco uma hipótese objeto de divergências doutrinárias que é o caso do agente que, para estuprar a vítima, derruba-a no chão, fazendo com esta bata a cabeça numa pedra, o que lhe causa a morte antes de se praticar a coito vagínico. Nesse caso, haveria uma tentativa qualificada de estupro ou este seria considerado consumado mesmo sem a penetração ter ocorrido? Luiz Regis Prado entende que haveria nessa hipótese “crime qualificado consumado, não obstante ter o delito sexual permanecido na forma tentada”⁸⁷. Contudo, Greco qualificando como contraditório o pensamento de seu colega e reconhecendo as imperfeições do nosso Código Penal, assevera que para o crime preterdoloso não se admite tentativa, mas que há exceções, e este caso em análise é uma delas, admitindo como possível a tentativa qualificada em que pode ser aplicado o art. 223 do CPB⁸⁸.

O art. 224 trazia as hipóteses de violência ficta ou presumida. A primeira hipótese em que se presumia a violência era quando a vítima era menor de catorze anos de idade. Tratava-se, nesta situação, de presunção relativa, conforme ensinamentos doutrinários⁸⁹. A segunda causa que leva a presunção de violência ocorria quando a vítima era alienada ou débil mental e o agente conhecia esta circunstância. Nesse caso, assinala Greco, se trata de uma presunção relativa e que o Estado não quis impedir que as pessoas alienadas ou débeis mentais se relacionassem sexualmente, mas resguardar a “indenidade sexual daqueles que são incapazes de expressar o seu consentimento, por não entenderem, efetivamente, o ato que praticam”⁹⁰. Por fim, a terceira hipótese de presunção de violência se dava quando a vítima não podia, por

⁸² GRECO, 2008, p. 547.

⁸³ BITENCOURT, 2007, p. 72.

⁸⁴ Nesse sentido, cf. FRANCO; SILVA, 2007, p. 1089.

⁸⁵ BITENCOURT, op. cit., p. 72.

⁸⁶ GRECO, op. cit., p. 547.

⁸⁷ PRADO, 2006, p. 243.

⁸⁸ GRECO, op. cit., p. 548-549.

⁸⁹ Nesse sentido, cf. Ibid., p. 551; BITENCOURT, op. cit., p. 72; JESUS, 2005, p. 153; NUCCI, 2006, p. 771; PRADO, op. cit., p. 244-246; CAPEZ, 2008, p. 64-68.

⁹⁰ GRECO, op. cit., p. 553. No mesmo sentido, cf. FRANCO; SILVA, op. cit., p. 1096.

qualquer outra causa, oferecer resistência como nos “casos de embriaguez letárgica, o sono profundo, a hipnose, a idade avançada, a sua impossibilidade, temporária ou definitiva, de resistir, a exemplo daqueles que se encontram tetraplégicos, etc.”⁹¹.

A ação penal era, em regra, privada, somente procedia-se mediante queixa, nos termos do art.225. Todavia, havia exceções previstas nos §§1º e 2º, do dispositivo citado. A primeira delas é que a ação era pública condicionada à representação se a vítima ou seus pais não pudessem arcar com as despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família (miserabilidade/pobreza do ofendido ou representante legal). Porém, seria pública incondicionada a ação se o crime era cometido com abuso de pátrio poder (poder familiar) ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

Destaca Cezar Bitencourt que se o crime fosse de estupro ou atentado violento ao pudor com emprego de violência real havia se formado duas correntes tratando do tipo de ação penal que seria cabível a hipótese. Uma corrente defendia que, por ser crime complexo, deveria a ação ser pública e para outra corrente deveria ser privada. Contudo, adotou o Supremo Tribunal Federal pela primeira ao editar o enunciado n. 608 da súmula de sua jurisprudência dominante⁹², “não sendo relevante se o delito ocasionou lesões corporais graves, gravíssimas, morte, ou gerou apenas lesões leves”⁹³.

Se ocorresse lesão corporal grave ou morte, a ação penal seria de iniciativa pública incondicionada devido à interpretação do art. 225 que continha a expressão “nos crimes definidos nos capítulos anteriores” o que não abarcava os delitos qualificados previstos no art. 223 que está no mesmo capítulo daquele dispositivo legal⁹⁴.

Ainda nas disposições gerais eram previstas causas de aumento de pena no art. 226 da quarta parte, se o crime era cometido em concurso de pessoas e da metade, se o agente era ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor ou por qualquer outro título tem autoridade sobre a vítima⁹⁵. A primeira causa de aumento, ressalta Greco⁹⁶, apenas poderia ser aplicada “se os agentes praticarem, conjuntamente, atos de execução tendentes à prática do delito sexual”, diversamente do entendimento de Alberto Silva Franco,

⁹¹ GRECO, 2008, p. 555.

⁹² BITENCOURT, 2007, p. 76.

⁹³ Alberto Silva Franco ao explicar o entendimento do STF, defendia que se ocorresse lesão corporal leve, a ação penal, deveria ser privada, regido pelo art. 225, caput. Não sendo crime complexo quando ocorre tal tipo de lesão. Cf. FRANCO; SILVA, 2007, p. 1104-1105. Adota o mesmo entendimento do STF: CAPEZ, 2008, p. 75-76.

⁹⁴ GRECO, op. cit., p. 556; JESUS, 2005, p. 154-155; FRANCO; SILVA, op. cit., p. 1032-1104.

⁹⁵ As figuras do tio, companheiro, madrasta, cônjuge foram acrescentadas pela Lei 11.106/2005.

⁹⁶ GRECO, op. cit., p. 560. No mesmo sentido, cf. BITENCOURT, op. cit., p. 77-80.

que entende que tal norma abrangeria qualquer espécie de concurso de agentes, “para qualquer pessoa que dele venha a ser autor, autor intelectual, mediato, co-autor ou quem, de alguma forma, contribua para sua ocorrência”⁹⁷.

Havia previsão de uma terceira majorante, ser o agente casado. Mas tal disposição foi revogada pela Lei 11.106/2005.

Em relação à hediondez destes delitos, havia divergência doutrinária⁹⁸. Uma corrente defendia que os tipos qualificados do art. 223, bem como os tipos básicos, previstos nos arts. 213 e 214 do CPB, eram todos hediondos⁹⁹. Para a outra corrente, apenas as formas qualificadas seriam crimes hediondos¹⁰⁰.

⁹⁷ FRANCO; SILVA, 2007, p. 1109-1110. Adota esse mesmo posicionamento: PRADO, 2006, p. 252-253; CAPEZ, 2008, p. 91.

⁹⁸ Divergiam, também, os doutrinadores se seria hediondo o estupro praticado com emprego de violência presumida. Para Greco, nesse caso, o crime é hediondo em razão da gravidade do fato que pode ser até maior que em outros casos. Cf. GRECO, 2008, p. 490. Em sentido contrário, cf. DELMANTO, 2007, p. 586.

⁹⁹ Adotam esse posicionamento: DELMANTO, op. cit., p. 586; CAPEZ, op. cit., p. 17-18. Afirma Nucci que este posicionamento era o minoritário na doutrina e jurisprudência, bem como que a posição recente do STF era no sentido de que as formas simples e qualificadas eram hediondos. Cf. NUCCI, 2006, p. 756.

¹⁰⁰ Nesse sentido, cf. FRANCO; SILVA, op. cit., p. 1029-1031.

3 OS ELEMENTOS INTEGRANTES DO NOVO TIPO DE DELITO DE ESTUPRO

Agora, analisar-se-á a nova redação dada ao art. 213 do Código Penal, sobretudo a possibilidade da mulher ser ou não sujeito ativo do delito mencionado, bem como, utilizando-se da medicina, a possibilidade do homem obter a ereção quando sofrer violência ou grave ameaça.

3.1 A MUDANÇA DO TIPO PENAL “ESTUPRO” COM O ADVENTO DA LEI 12.015/2009

Com o a promulgação da Lei 12.015¹⁰¹, em 07 de agosto de 2009, ocorreram importantes mudanças no tratamento dado aos crimes sexuais, dentre as quais destaca-se a unificação dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor. O recorte deste trabalho é em relação ao estupro, não abarcando outras figuras típicas denominadas em leis anteriores também com o *nomen juris* de estupro, como demonstrado no tópico 2.1.

Contra a rubrica “Dos crimes contra os costumes”, constante no título VI do CP, já se insurgiam diversos doutrinadores, em razão da inadequação do termo aos bens jurídicos que eram tutelados pelas normas penais naquele título incluídas. Esta denominação “era reveladora da importância que o legislador de 1940 atribuía à tutela da moralidade sexual e do pudor público nos crimes sexuais em geral, ao lado, e às vezes, acima da proteção de outros bens jurídicos relevantes”¹⁰², disserta Mirabete.

O referido título sofreu grande mudança com as Leis 11.106/2005 e 12.015/2009, objetivando adaptar as normas penais às mudanças na sociedade ocorridas desde a elaboração do Código Penal até recentemente, além de atualizá-lo em face da Constituição Federal e as novas construções doutrinárias “que lançaram novas luzes sobre a forma de conceber e de se valorar aspectos relevantes da personalidade humana como merecedores de especial tutela

¹⁰¹ 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 10 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 26 nov. 2013.

¹⁰² MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte especial, arts. 121 a 234 do CP. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. v. 2, p. 383-384.

pelo Ordenamento Jurídico, por constituírem em si mesmos direitos fundamentais”¹⁰³ ou seus desdobramentos. A mencionada expressão não mais traduzia os bens jurídicos que pretendia tutelar, “o foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas, sim, a tutela da dignidade sexual”¹⁰⁴, pondera Greco.

Os nomes dados a um título ou capítulo do Código penal influenciam na análise dos tipos penais neles contidos, pois, a partir de então, poderá o intérprete concluir a respeito do bem que se quer proteger, através de uma interpretação sistemática ou teleológica, buscando a finalidade da proteção legal¹⁰⁵.

Com a reforma de 2009, o título passou a ser “Dos crimes contra a dignidade sexual” que abrange outros delitos, como os crimes contra vulnerável e o ultraje público ao pudor, além dos crimes contra a liberdade sexual, onde se incluem o estupro, assédio sexual e violação sexual mediante fraude.

Dignidade, na visão de Mirabete, deve ser vista no sentido que lhe é emprestado pela Constituição, que a prevê como “conceito unificador de todos os direitos fundamentais do homem que se encontram na base de estruturação da ordem jurídica (art. 1º, inciso III[da CF])”. Para ele, a dignidade deve ser vista como “atributo intrínseco de todo indivíduo que decorre da própria natureza da pessoa humana e não da forma de agir em sociedade”. Por sua vez, a dignidade sexual “se relaciona com o sadio desenvolvimento da sexualidade e a liberdade de cada indivíduo de vivenciá-la a salvo de todas as formas de corrupção, violência e exploração”¹⁰⁶.

Apesar da mudança e do desaparecimento progressivo do machismo e preconceito dos tipos penais, como se constatou com a fusão do estupro e atentado violento ao pudor, ainda há muito a se fazer no campo dos crimes contra a dignidade sexual, pois o legislador permanece temeroso “de avançar e retirar do âmbito penal outros delitos tolos em face da *ultima ratio*, passíveis de solução pelas normas administrativas (tal como a lei de proibição ao fumo), a saber o crime de casa de prostituição”¹⁰⁷ e o delito de ato obsceno, afirma Nucci.

A liberdade sexual, trazida pelo Capítulo I, do Título IV (dos crimes contra a dignidade

¹⁰³ MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 383-384.

¹⁰⁴ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial (arts. 155 a 249 do CP). 8. ed., rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2011. v. 3, p. 449.

¹⁰⁵ Ibid., p. 450.

¹⁰⁶ MIRABETE; FABBRINI, op. cit., p. 383-385.

¹⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à lei 12.015, de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 13-14.

sexual) do Código Penal, é entendida, por Cezar Bitencourt, como a faculdade que cada indivíduo possui para “escolher livremente não apenas o parceiro ou parceira sexual, como também quando, onde e como exercitá-la, constitui um bem jurídico autônomo, distinto da liberdade genérica, com liberdade para receber, autonomamente, a proteção penal”¹⁰⁸.

Apesar da reforma, o referido capítulo ainda é objeto de críticas. Bitencourt afirma que, como houve a unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, poderia o legislador ter usado a expressão “relações sexuais”, mais abrangente, para substituir as figuras da conjunção carnal (estupro) e ato libidinoso diverso da conjunção carnal¹⁰⁹.

Com a reforma de 2009 pela Lei 12.015¹¹⁰, o art. 214 do CP foi revogado e o delito de estupro, no art. 213 do CP, prevê como crime “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. A pena prevista é reclusão de seis a dez anos. A prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso, sem violência ou grave ameaça, contra menor de quatorze anos, era punida nos termos dos artigos aqui citados em razão da presunção de violência estabelecida no art. 224 do CP, agora revogado, e a conduta está capitulada em norma autônoma, o art. 217-A, o estupro de vulnerável.

A referida fusão entre os arts. 213 e 214 do CP teve por fim “harmonizar o texto legal com as disposições inseridas no Estatuto de Roma, referente ao Tribunal Penal Internacional, cuja definição de estupro inclui a violência sexual contra pessoas de ambos os sexos”¹¹¹, aponta André Estefam. Parece que “o legislador se rendeu ao fato de que a mídia, bem como a população em geral, usualmente denominava ‘estupro’ o que, na vigência da legislação anterior, seria concebido por atentado violento ao pudor”¹¹², deduz Greco.

¹⁰⁸ BITENCOURT, 2013b, p. 43.

¹⁰⁹ Ibid., p. 47

¹¹⁰ Há no Senado Federal um novo projeto, de autoria do Senador Marcelo Crivella, de reforma visando alterar o Código Penal para tipificar separadamente o estupro e atentado violento ao pudor, pois, conforme justificção apresentada, o autor do PLS 126/2010 afirma que “embora a modificação legislativa tenha sido promovida para endurecer a resposta penal para os crimes sexuais, algumas situações delituosas tiveram sua punição abrandada”, não havendo mais concurso material entre os referidos crimes, “ou seja, pela regra atual, o crime de atentado violento ao pudor poderá ser interpretado como uma conduta antecedente a do crime de estupro, em que este será tido como a “continuação delitativa” do primeiro”. O referido projeto devolve ao art. 213 sua antiga acepção (“Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”), e tipifica novamente o atentado violento ao pudor no art. 213-A (“Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”). Cf. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 126, de 2010. Altera o Código Penal para tipificar separadamente o estupro e o atentado violento ao pudor. **Diário do Senado Federal**, Brasília, 11 maio 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=77292&tp=1>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

¹¹¹ ESTEFAM, André. **Crimes sexuais**: comentários à lei 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31.

¹¹² GRECO, 2011, p. 455.

A partir de agora, o bem jurídico protegido pela norma penal em exame é a liberdade sexual da mulher e do homem, e não mais apenas a liberdade daquela. Liberdade sexual, no conceito de Bitencourt, “significa o reconhecimento do direito de dispor livremente de suas necessidades sexuais ou voluptuárias, ou seja, a faculdade de comportar-se no plano sexual, segundo as suas aspirações carnis, sexuais, lascivas e eróticas”, ditada pela sua vontade consciente¹¹³.

Antes mesmo desta alteração no art. 213 do CP, alguns doutrinadores¹¹⁴ já se insurgiam contra a falta de tratamento isonômico do referido artigo que tinha apenas a mulher como sujeito passivo e o homem como sujeito ativo. “Há tempos vínhamos defendendo ser viável o estupro considerado como crime comum, vale dizer, tanto pode ser delito cometido pelo homem contra a mulher, como também pela mulher contra o homem”¹¹⁵, afirma Nucci. Agora, “denomina-se estupro toda forma de violência sexual para qualquer fim libidinoso, incluindo, por óbvio, a conjunção carnal”¹¹⁶.

Muitas das alterações feitas pela Lei 12.015/2009 foram realizadas para enrijecer o tratamento dos crimes sexuais, todavia “acabou gerando mais problemas do que soluções, além de, em muitos pontos, ter gerado exatamente o efeito contrário do pretendido inicialmente pelo legislador”¹¹⁷, afirma Cristiano Rodrigues. Esse autor assevera que quanto ao crime de atentado violento ao pudor ocorreu *abolitio criminis* formal, “ou seja, não mais existe esta figura típica, embora sua estrutura e suas consequências tenham passado para o interior de outro tipo penal”, não ocorrendo nesse caso os efeitos da *abolitio criminis* material previstos no art. 2º do CP, que são a retroatividade benéfica e o afastamento de todos os efeitos penais do fato.¹¹⁸

Aponta, ainda, Cristiano Rodrigues, que o ideal seria que a reforma ocorrida tivesse caracterizado o estupro por todas as formas de coito, “enquanto o atentado violento ao pudor, permaneceria como um crime autônomo, com pena menor, prevendo outros atos libidinosos menos graves”¹¹⁹, com isso, solucionaria antigos e graves problemas de proporcionalidade.

¹¹³ BITENCOURT, 2013b, p. 47-48.

¹¹⁴ FRANCO; SILVA, 2007, p. 1036-1039; NUCCI, 2009, p. 14-15.

¹¹⁵ NUCCI, op. cit., p. 15

¹¹⁶ Ibid., p. 14-15.

¹¹⁷ RODRIGUES, Cristiano. **Temas controvertidos de direito penal**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2010, p. 216.

¹¹⁸ Ibid., p. 216-218.

¹¹⁹ RODRIGUES, 2010, p. 216-218. Rogério Greco assevera que houve apenas mudança do *nomen juris* do aludido crime, passando a “chamar-se *estupro* o constrangimento levado a efeito pelo agente a fim de ter conjunção carnal, ou, também, a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. Na sua

Foi encerrada, com a lei em comento, a divergência jurisprudencial acerca da hediondez do estupro simples e suas modalidades qualificadas ao ressaltar, no seu art. 4º, que o caput do art. 213 e seus §§ 1º e 2º são hediondos. Com a reforma de 2009, o art. 223 do CP, que tratava das qualificadoras foi revogado. As causas de aumento previstas no art. 226 do Código Penal não foram alteradas pela Lei 12.015/09, permanecendo com a redação dada pela Lei 11.106/2005¹²⁰.

A ação penal, a partir de 2009, deixou de ser, como regra, privada para ser pública condicionada à representação, nos termos da nova redação dada ao art. 225 do CP, mas será de iniciativa pública incondicionada, conforme disposição do parágrafo único do citado artigo de lei, se a vítima for menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável. Devido a esta alteração, discute a doutrina se a súmula n. 608 do STF, mencionada alhures, ainda vige ou não em nosso ordenamento. Para Greco¹²¹, ainda é aplicável tal súmula quando o crime de estupro é praticado com violência real, continuando ação penal como pública incondicionada. Porém, para Nucci¹²², o referido entendimento sumular não tem mais aplicação em virtude da promulgação da Lei 12.015/09, sendo o crime de ação pública condicionada à representação ainda que cometido com violência.

O art. 234-B do Código Penal, acrescentado pela Lei 12.015/09, dispõe que os processos em que se apura os crimes previstos no Título VI, do qual é parte, correrão em segredo de justiça. Nesses processos, o legislador excepcionou o princípio da publicidade para que seja preservada a intimidade da vítima que sofre grave exposição com a apuração do fato¹²³.

visão, aplica-se nesse caso o princípio da continuidade normativo-típica, “havendo tão-somente, a migração dos elementos anteriormente constantes da revogada figura prevista no art. 214 do Código Penal para o art. 213 do mesmo diploma repressivo”. Cf. GRECO, 2011, p. 496.

¹²⁰ Ver 2.3.

¹²¹ GRECO, op. cit., p. 471. Nesse mesmo sentido, cf. BITENCOURT, 2013b, p. 153-157; ESTEFAM, 2009, p. 23-25; MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 425-426.

¹²² NUCCI, 2009, p. 62-63. Capez adota esse mesmo posicionamento fundamentando que o art. 225 foi expresso ao se referir que “nos capítulos I e II deste título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação”, não deixando qualquer dúvida de que se aplica também ao estupro com lesão grave ou com resultado morte. Cf. CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial : dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração pública** (arts. 213 a 359-H). 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3, p. 117-118.

¹²³ BITENCOURT, op. cit., p. 219-220.

3.2 A MULHER COMO SUJEITO ATIVO DO DELITO

A partir da nova redação dada ao art. 213, o delito de estupro passou a ser crime comum, podendo o homem ou a mulher praticá-lo ou ser vítima. Também pode ter como autores qualquer dos cônjuges, ou seja, “a mulher a partir de agora, também pode ser autora do crime de estupro contra o próprio marido (quando obrigá-lo, por exemplo, à prática de atos de libidinagem contra a vontade daquele)”¹²⁴, restando, apenas, a ambos postular o fim da sociedade conjugal, pois o débito conjugal não assegura o direito de um cônjuge estuproar o outro, destaca Bitencourt. É por ele pontuado que coautoria e participação são possíveis, tendo homens e mulheres em quaisquer dos polos, ativo ou passivo.

Se a mulher constrange o homem à prática da conjunção carnal, comete ela o crime de estupro, não mais correta “a afirmação em relação à lei em vigor de que no constrangimento à conjunção carnal somente o homem pode ser sujeito ativo do delito porque necessária a penetração do membro viril no órgão sexual da mulher”¹²⁵. Esta assertiva era válida no direito anterior, pois apenas a mulher poderia ser sujeito passivo, afirma Mirabete.

Linhas acima foi discutida a hipótese da mulher que coage o homem a ter com ela conjunção carnal, baseando-se na redação antiga do tipo penal, sobre a qual se formaram duas correntes respeito da capitulação da conduta. A primeira, defendida por Hungria¹²⁶ e Regis Prado¹²⁷ tipificava a referida ação como atentado violento ao pudor. A segunda, adotada por Greco¹²⁸, aduzia que o crime praticado era o de constrangimento ilegal. Agora, pela nova disposição do tipo, a mulher comete o delito de estupro¹²⁹. “Logo, se uma mulher obrigar um homem a manter com ela conjunção carnal ou outro ato libidinoso, serão tais indivíduos, respectivamente, sujeito ativo e passivo de estupro”¹³⁰, conclui Nucci.

Por ser crime comum, tornou-se viável o estupro ser praticado “por agente homem contra mulher, por agente homem contra vítima homem, por agente mulher contra vítima homem e por agente mulher contra vítima mulher”¹³¹, destaca Nucci. Frisa Fabio Fayet que ainda há necessidade de ter um homem para que seja praticada a conjunção, mas a presença

¹²⁴ BITENCOURT, 2013b, p. 48-49.

¹²⁵ MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 386-387.

¹²⁶ HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981, p. 113-114.

¹²⁷ PRADO, 2006, p. 195.

¹²⁸ GRECO, 2008, p. 476-477.

¹²⁹ Id., 2011, p. 477.

¹³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza et al. O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 902, p. 395-422, dez. 2010, p. 398.

¹³¹ NUCCI, 2009, p. 16.

deste não precisa ser no polo ativo, como ocorria anteriormente, pois a norma reformada em exame “permite que o homem possa ser vítima de cópula vagínica, o que embora de difícil comprovação prática, é possível no campo teórico”¹³². Também adota esse posicionamento Maximiliano Führer ao afirmar que “aproveitando o modelo espanhol, a lei passou a incriminar também o constrangimento do homem ao coito vagínico” e conclui que “embora a hipótese seja raríssima na prática, ela é possível na teoria”¹³³. Nucci, seguindo esta mesma linha de pensamento, diz que era impensável na década de 40 que uma mulher constrangesse um homem à prática da conjunção carnal e que mesmo nos dias de hoje esta hipótese é rara não apenas pela sua baixa incidência, mas, também, porque dificilmente um homem se exporia ao constrangimento de comunicar o fato criminoso às autoridades¹³⁴.

Desde a anterior descrição do delito em exame, Bitencourt já sustentava que a mulher podia ser autora do crime, excepcionalmente, por autoria mediata, “quando, por exemplo, o autor imediato (executor) sofresse coação irresistível de uma mulher para praticar conjunção carnal violenta”¹³⁵. Hoje, ele sustenta que por se tratar de crime comum, pode ser praticado ou sofrido, indistintamente, por homem ou mulher. Quando a finalidade do agente for a conjunção carnal, o sujeito ativo poderá ser o homem ou a mulher, pressupondo, nesse caso, uma relação heterossexual, mas se o objetivo for a prática de outro libidinoso, qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo ou passivo do delito, assinala Greco¹³⁶.

Se uma mulher apaixonada quer ter relações sexuais com um homem e não a obtém pelas “vias normais”, emprega, então, a ameaça com uso de uma arma de fogo para obrigá-lo a praticar o ato sexual, comete estupro na visão de Rogério Greco. Nesse caso, pontua ele, dificilmente conseguiria o varão ter ereção, parecendo mais hipótese de laboratório, porém admite que uma ou outra pessoa conseguiria ter ereção nessa situação¹³⁷.

¹³² FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 52.

¹³³ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos crimes sexuais**: com a feição instituída pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 157.

¹³⁴ NUCCI et al., 2010, p. 398.

¹³⁵ BITENCOURT, 2013b, p. 48.

¹³⁶ GRECO, 2011, p. 460.

¹³⁷ Ibid., p. 477. Circulou pela internet no ano de 2009 uma notícia em que uma mulher obrigou um homem a ter com ela conjunção carnal. No dia 14 de março daquele ano, na região russa de Kaluga, durante o período noturno, Viktor, então com 32 anos de idade, invadiu o salão de beleza de Olga com intuito de praticar um roubo, contudo a vítima, ao fingir que ia entregar o dinheiro, desferiu golpes um soco no peito do agente, fazendo-o cair no chão. Ato contínuo, amarrou-o com um secador de cabelo e o arrastou para uma sala reservada, além de dizer as demais funcionárias que chamaria a polícia, o que não foi feito. A cabeleireira, então, o forçou a tomar alguns comprimidos de Viagra e passou a abusar sexualmente dele por diversas vezes, durante dois dias, chegando a provocar lesões em seu pênis. Na época, um policial teria afirmado que podia “colocar ambos atrás das grades: ele por roubo, ela por abuso sexual”. Cf. OLIVEIRA, Humberto. Ladrão tenta assaltar moça e acaba sendo abusado sexualmente. **O Buteco da Net**, [s.l.], 24 abr. 2009.

Resumindo, com a alteração legislativa ocorrida nos delitos sexuais, o estupro deixou de ter apenas o homem como sujeito ativo e a mulher como sujeito passivo, sendo possível, inclusive que esta intente a conduta criminosa contra aquele, constringendo-o a ter com ela conjunção carnal ou que pratique outro ato libidinoso.

3.3 ELEMENTOS OBJETIVOS DO TIPO

A ação tipificada no delito de estupro é constringer alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele outro ato libidinoso. O verbo “constringer” e as elementares “violência”, “grave ameaça”, “conjunção carnal” e “ato libidinoso” permanecem com os significados alhures tratado.

Constringer significa obrigar, compelir, forçar, subjugar a vítima. Violência ou *vis corporalis* ou *vis absoluta* se refere ao emprego de força física para subjugar a vítima à prática dos atos de libidinagem¹³⁸. A grave ameaça é a violência moral ou *vis compulsiva* que “exerce uma força intimidativa, inibitória, anulando ou minando a vontade e o querer da ofendida, procurando, assim, inviabilizar eventual resistência da vítima”¹³⁹, deve consistir num mal grave e sério, futuro, imediato e determinado impondo-lhe medo, receio, temor. Conjunção carnal é a introdução do órgão sexual masculino na vagina. A expressão “outro ato libidinoso” se refere a “todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer a libido do agente”¹⁴⁰.

A primeira figura do delito é “constringer à conjunção carnal”. Essa hipótese pressupõe uma relação heterossexual, pois envolve homem e mulher ou mulher e homem nos polos ativo e passivo, respectivamente. Assinala, nesse ponto, Bitencourt que é questionável, por razões psicológicas, que o homem possa ser coagido, obrigado à conjunção carnal por haver necessidade de ereção para consumá-la e isso seria difícil de obter, contudo ressalta que fica

Disponível em: <<http://obutecodanet.ig.com.br/index.php/2009/04/20/ladrao-tenta-assaltar-moca-e-acabando-abusado-sexualmente/>>. Acesso em: 11 dez. 2013; CABELEIREIRA transforma assaltante em escravo sexual na Rússia. **G1**, São Paulo, 19 abr. 2009. Planeta Bizarro. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/PlanetaBizarro/0,,MUL1089645-6091,00-CABELEIREIRA+TRANSFORMA+ASSALTANTE+EM+ESCRAVO+SEXUAL+NA+RUSSIA.html>>. Acesso em: 11 dez. 2013.

¹³⁸ Atos de libidinagem é o gênero, do qual são espécies a conjunção carnal e o ato libidinoso. Cf. BITENCOURT, 2013b, p. 52.

¹³⁹ Ibid., p. 53. Esse mesmo autor traz outros requisitos para a grave ameaça, a exemplo de ser o mal prometido verossímil, justo e iminente, não sendo em passado ou futuro longínquo, afirmando que a sua enumeração não é taxativa, podendo apresentar alguns requisitos num caso concreto e em outro não. Cf. Ibid., p. 53-54.

¹⁴⁰ GRECO, 2011, p. 457.

facilitado obter o ato sexual, quando praticado pela mulher, se esta for esposa, companheira, ou namorada da vítima, caso em que haveria a superação da dificuldade referida de ereção¹⁴¹. Ressalta, também, que a violência praticada pela mulher contra o homem, normalmente, caracterizaria a segunda figura típica, constringê-lo a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso¹⁴².

A segunda modalidade, “constranger à pratica de ato libidinoso diverso da conjunção carnal” pode ser praticado pelas formas praticar ou permitir. Na forma “praticar”, a vítima adota uma posição ativa, realizando ela própria o ato libidinoso. Já na forma “permitir”, é adotado pela vítima um posicionamento passivo, permitindo que nela seja praticado o aludido ato libidinoso¹⁴³.

Para configuração do delito é preciso que haja o dissenso da vítima que tem suprimido seu poder de defender-se ou resistir ou de opor-se à prática do ato sexual. Nesse ponto, não se pode exigir de ninguém a capacidade de praticar atos heróicos, devendo, concretamente, o caso ser analisado com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. A lei exige que a resistência da vítima seja sincera, real e autêntica¹⁴⁴. Basta que o não consentimento seja demonstrado, de forma objetiva e clara, levando-se em conta o estado pessoal da vítima e do agente¹⁴⁵. É imprescindível “afastar todo tipo de preconceito e posições hipócritas, pretendendo defender uma resistência sobre-humana por parte da vítima, a fim de comprovar o cometimento de estupro”¹⁴⁶, defende Nucci, pois, às vezes o delito é cometido por meio de grave ameaça que não deixará lesões no corpo do ofendido.

No entendimento de Nucci, o tipo penal comentado não exige a ocorrência de contato físico para sua configuração, a exemplo da pessoa que, usando de uma arma de fogo, obriga a vítima a se despir em sua frente, conferindo-lhe prazer sexual este ato, mas se o objetivo do agente for a prática de conjunção carnal, o ato de se despir configura tentativa de estupro¹⁴⁷.

¹⁴¹ BITENCOURT, 2013b, p. 50-51.

¹⁴² Ibid., loc. cit..

¹⁴³ Ibid., p. 51-52.

¹⁴⁴ Ibid., p. 54.

¹⁴⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial : arts. 250 a 359-H. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b. v. 3, p. 602.

¹⁴⁶ NUCCI, 2009, p. 19. Nucci cita, ainda, nesse mesmo ponto, um debate ocorrido em um tribunal que culminou numa absolvição equivocada pelo fato da vítima pedir ao agente que fizesse uso de preservativo ao perceber que era inevitável o estupro. Tal solicitação fez com que entendessem os magistrados que teria havido consentimento da vítima na prática do ato sexual, mas para o autor isso foi um equívoco, pois “ao contrário de demonstração de concordância, a vítima se mostrou prudente e conseguiu manter a calma em grau suficiente para não sofrer outros problemas, como o contágio de doença venérea”. Cf. Ibid., p. 19-20.

¹⁴⁷ Ibid., p. 22. Entende, também que não é necessário o contato físico entre autor e vítima: ESTEFAM, 2009, p. 36. Prado, por sua vez, aduz ser necessário o contato corporal entre os sujeitos, é preciso que o corpo da

Na vigência da antiga redação do tipo penal, ressalta Cristiano Rodrigues, discutiam os doutrinadores se haveria concurso material de crimes quando o agente praticasse a conjunção carnal e outro ato libidinoso diverso. Posicionamento majoritário, aponta o mencionado autor, entendia que haveria, sim, concurso material de crimes, pois não eram o estupro e o atentado violento ao pudor crimes da mesma espécie por estarem previstos em tipos penais distintos. Com a unificação dos referidos tipos, discute-se ainda o tema e se o art. 213 do CPB é tipo misto alternativo ou misto cumulativo¹⁴⁸.

Para Greco, o tipo em comento é misto alternativo, devendo ser aplicada uma única vez a sua pena, afastando o concurso de crimes, “se, durante a prática violenta do ato sexual, o agente, além da penetração vaginal, vier também a fazer sexo anal com a vítima, os fatos deverão ser entendidos como *crime único*”¹⁴⁹. Nucci, também, adota esse entendimento, aduzindo que não é mais possível que haja concurso material, nem crime continuado, a depender do caso, entre os aludidos delitos, cometendo o agente um único crime se praticar conjunção carnal e cópula anal por se tratar de figura mista alternativa e que só haverá “crime continuado se o agente cometer, novamente, em outro cenário, ainda que contra a mesma vítima, outro estupro”¹⁵⁰. Todavia, para Mirabete, o tipo penal em exame é misto cumulativo, sendo possível o concurso de crimes quando a vítima é constrangida à conjunção carnal e a atos libidinosos, desde que estes atos libidinosos não sejam simples prelúdio da cópula¹⁵¹.

Consuma-se o delito, na modalidade constranger à conjunção carnal, com a introdução do pênis na vagina, de forma completa ou incompleta, havendo ou não ejaculação. Na modalidade “praticar ou permitir a prática de outro ato libidinoso”, a consumação ocorre com a realização ou execução do ato libidinoso diverso¹⁵². Afirma Nucci que “basta o toque físico eficiente para gerar a lascívia ou o constrangimento efetivo da vítima a se expor sexualmente ao agente para ser atingida a consumação”¹⁵³, mas a finalização do *iter criminis* só poderá ser delimitada, com eficiência, no caso concreto, permitindo a visualização da consumação ao

vítima seja tocado ou, ao menos, que “a ação seja exercida em torno do corpo daquela, como na hipótese em que esta é constrangida a desnudar-se para que possa ser observada lascivamente pelo agente”. Cf. PRADO, op. cit., p. 601. Este entendimento parece contraditório, ou é exigido o contato físico ou não, se o crime pode ser cometido com a simples observação da nudez da vítima, o aludido contato é prescindível.

¹⁴⁸ RODRIGUES, 2010, p. 218-221. Para este autor, a “prática sucessiva da conjunção carnal e do sexo anal irá configurar crime único, não havendo como se falar em concurso de crimes”.

¹⁴⁹ GRECO, 2011, p. 483.

¹⁵⁰ NUCCI, 2009, p. 18-19. Nesse mesmo sentido, cf. ESTEFAM, 2009, p. 33; FÜHRER, 2009, p. 162; FAYET, 2011, p. 115-120; ROSSATO, Luciano Alves; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 36-37.

¹⁵¹ MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 398.

¹⁵² BITENCOURT, 2013b, p. 59.

¹⁵³ NUCCI, op. cit., p. 17.

jugador.

A tentativa é admissível. Por se tratar de crime complexo, o início da execução se dá com a ocorrência da violência ou grave ameaça por ser elementar do tipo. Na visão de Bitencourt, “para ocorrência da tentativa basta que o agente tenha *ameaçado gravemente* a vítima com o fim inequívoco de constrangê-la à conjunção carnal”¹⁵⁴.

Com a atual redação, Bitencourt¹⁵⁵ e Nucci¹⁵⁶ classificam-no como crime comum (qualquer pessoa pode praticá-lo), de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo sujeito ativo, praticando conjunção carnal ou outro ato libidinoso), material (exige resultado naturalístico); comissivo (o núcleo do tipo implica ação), instantâneo (a consumação não se alonga no tempo), unissubjetivo (uma única pessoa pode praticar a conduta) e plurissubsistente (praticado em vários atos). Diversamente, o qualificam como crime de mera conduta, em razão do tipo não fazer alusão a nenhum resultado naturalístico, Damásio de Jesus¹⁵⁷ e André Estefam¹⁵⁸. Por sua vez, Greco defende que quando a conduta for dirigida à conjunção carnal, o crime será de mão própria quanto ao sujeito ativo, “seja ele um homem ou mesmo uma mulher, pois que exige uma atuação pessoal do agente, e próprio com relação ao sujeito passivo”¹⁵⁹, que poderá ser de qualquer dos sexos já que a conjunção carnal tem, como pressuposto, uma relação heterossexual, porém, quando o comportamento do agente voltar-se à prática de ato libidinoso o delito será comum quanto aos sujeitos ativo e passivo.

Os §§1º e 2º do art. 213 preveem as qualificadoras do delito. O §1º do citado artigo diz que se da conduta resultar em lesão corporal grave ou se a vítima é menor de dezoito anos ou maior de quatorze anos, a pena será de reclusão de oito a doze anos, mas se resultar morte a pena será de reclusão de doze a trinta anos.

Há um erro de redação da primeira qualificadora, que não prejudica a sua aplicação, quando se refere a “menor de 18 *ou* maior de 14 anos”, pois deveria ser “menor de 18 *e* maior de 14 anos”, aponta Mirabete. Nesse caso, a pena é maior em virtude da presunção feita pelo legislador de que o adolescente, nessa faixa etária, é mais vulnerável aos crimes sexuais que um adulto “e por vezes mais danosos são os efeitos sobre sua personalidade em formação”¹⁶⁰.

¹⁵⁴ BITENCOURT, 2013b, p. 59.

¹⁵⁵ Ibid., p. 59-60

¹⁵⁶ NUCCI, 2009, p. 17-18.

¹⁵⁷ JESUS, Damásio de. Direito penal: parte especial : dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3, p. 131.

¹⁵⁸ ESTEFAM, 2009, p. 41.

¹⁵⁹ GRECO, 2011, p. 458-459.

¹⁶⁰ MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 393.

Quanto às outras duas qualificadoras relativas à violência (lesão grave e morte), “constata-se que, pela técnica legislativa empregada, pretendeu o legislador criar duas figuras de *crimes qualificados pelo resultado*, para alguns, *crimes preterdolosos*, para outros”¹⁶¹, afirma Bitencourt. A lesão corporal de natureza grave abarca o art. 129, §§ 1º e 2º, que tipificam as lesões corporais graves e gravíssimas, respectivamente. Nesse ponto, Greco afirma que se trata de crimes preterdolosos, sendo que “esses resultados somente podem ser imputados ao agente a título de culpa”¹⁶². Contudo, para Bitencourt¹⁶³, as previsões destes parágrafos do art. 213 devem ser aplicadas, também, se o sujeito ativo houver querido (dolo direto) ou assumido (dolo eventual) o resultado mais grave para se evitar o paradoxo de com o concurso material de crimes, a soma das penas resultar menor que a das figuras qualificadas.

Esse argumento é rebatido por Greco, pois, segundo ele, “somente quando a conduta do agente produzir lesão corporal de natureza grave, prevista no §1º do art. 129 do Código Penal, é que a pena mínima, se somada àquela prevista para o crime de estupro, ficaria com um déficit de um ano”¹⁶⁴ e continua o doutrinador afirmando que se houver agido com a finalidade de estuprar, bem como de causar as lesões corporais ou morte da vítima com seu comportamento, deverá responder o agente, em concurso material de crimes, por ambas as infrações penais.

3.4 ELEMENTOS SUBJETIVOS DO TIPO

O crime de estupro tem como elemento subjetivo o dolo que se constitui pela vontade consciente de praticar constranger a vítima a praticar a conjunção carnal, na primeira modalidade do delito, e na segunda modalidade, será constituído pela vontade consciente de constrangê-la à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal ou de permitir que com

¹⁶¹ BITENCOURT, 2013b, p. 56.

¹⁶² GRECO, 2011, p. 463. Nesse mesmo sentido, cf. CAPEZ, 2011, p. 47. Luiz Regis Prado entende que a hipótese é de crime qualificado pelo resultado, “em que há dolo na conduta antecedente e culpa na consequente”, e, por isso, se no caso concreto “o agente tinha a intenção de alcançar tais eventos qualificadores, ou, no mínimo, assumiu o risco de sua produção (dolo direto e eventual respectivamente), haverá concurso material (art. 69, CP) entre o delito sexual praticado e o delito de homicídio ou lesão corporal grave”. Cf. PRADO, 2010b, p. 604.

¹⁶³ BITENCOURT, op. cit., p. 57. Nucci, também, entende que o resultado mais grave pode ser imputado tanta a título de culpa quanto dolo para evitar que seja adotado dois critérios para situações similares, pois “se o agente do roubo, durante a prática da violência, atinge a vítima de maneira fatal, atuando com dolo ou culpa, responde por latrocínio” e, portanto, se o agente do estupro atinge a vítima de modo fatal, atuando com dolo ou culpa, deve responder por estupro qualificado pelo resultado morte. Cf. NUCCI, 2009, p. 26. Nesse mesmo sentido, cf. ESTEFAM, 2009, p. 43-44; FÜHRER, 2009, p. 162.

¹⁶⁴ GRECO, op. cit., p. 463-464.

ela se pratique.

O tipo exige um fim especial de agir que é constranger a vítima à prática do ato de libidinagem, sendo, todavia, desnecessária a finalidade de satisfazer a própria lascívia para que ocorra a configuração da infração penal em exame, na visão de Bitencourt¹⁶⁵. Seguindo esse mesmo posicionamento, Mirabete¹⁶⁶ assevera que o crime se caracteriza independentemente das circunstâncias subjetivas que levaram o agente a cometer o crime porque não está inserido no tipo penal o conteúdo intencional da conduta. Assim, “o motivo em mira pode ser outro que não o de satisfazer a lascívia, como o desprezo, o ridículo da vítima, embora a intenção seja sempre a mesma: praticar o ato de natureza sexual”¹⁶⁷. Acrescenta Greco que a finalidade do agente, apesar de irrelevante para configuração do delito, deve ser considerada no momento de aplicação da pena¹⁶⁸.

Entendendo de forma diversa, Nucci afirma que para que haja a configuração do crime “exige-se o elemento subjetivo específico, consistente em obter a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, satisfazendo a lascívia”¹⁶⁹ do agente.

Não há previsão legal de modalidade culposa. Greco traz o exemplo daquele que, de forma imprudente, correndo pela praia, perde o equilíbrio e cai com o rosto nas nádegas da vítima que tomava banho de sol. Nessa hipótese, não pode o agente ser responsabilizado pelo delito em comento¹⁷⁰.

3.5 AS CAUSAS DE AUMENTO PREVISTAS NO ART.234-A, III DO CP E SUA APLICAÇÃO À INFRATORA

O art. 234-A do Código Penal, acrescentado Lei 12.015/2009, trouxe duas novas causas de aumento para os crimes previstos no Título VI do Código mencionado. A pena será aumentada da metade, se do crime resultar gravidez e de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.

¹⁶⁵ BITENCOURT, 2013b, p. 58-59.

¹⁶⁶ MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 391-392.

¹⁶⁷ Ibid., loc. cit. Adota esse mesmo posicionamento: JESUS, 2011, p. 131; ESTEFAM, 2009, p. 40.

¹⁶⁸ GRECO, 2011, p. 461.

¹⁶⁹ NUCCI, 2009, p. 16. Prado também defende que exige-se a presença de um ânimo lúbrico (sensual, lascivo, devasso, libidinoso) para configuração do crime em estudo, ou seja, a finalidade de satisfazer o impulso sexual próprio ou alheio. Cf. PRADO, 2010b, p. 603. Nesse mesmo sentido, cf. FÜHRER, 2009, p. 166.

¹⁷⁰ GRECO, op. cit., p. 461.

Em relação à primeira majorante, defende Bitencourt que deverá ser aplicada apenas quando a mulher que for vítima de crime sexual. Justificando-se o aumento da pena em virtude do desvalor da ação do agente que produz a gravidez ser maior que a conduta daquele que não provoca tal resultado e pelo desvalor do resultado ser potencializado duplamente pela gravidez indesejada e pelo “aborto legal, justificável somente justificável pela hediondez de sua origem, tornam muito mais censurável a conduta incriminada”¹⁷¹.

Ao firmar seu posicionamento, aquele autor fundamenta, ainda, aduzindo que a norma do dispositivo legal referido não admite a conotação de ser aplicado também a mulher, autora do delito, “pois não passaria de, *mutatis mutandis*, uma espécie de autolesão, que não representa maior desvalor do resultado para a vítima”¹⁷². Todavia, *data vênia*, esse entendimento é equivocado.

O desvalor do resultado para o homem vitimado é tão maior quanto quando a vítima do estupro é uma mulher. A gravidez da infratora terá, provavelmente, como consequência o nascimento de uma criança e os efeitos deste nascimento não são menos graves para o homem que aqueles quando a gestante é a vítima. Decerto, o ofendido temerá as consequências jurídicas desta gestação com o advento do fruto do crime, além das consequências psicológicas que também advirão. Nesse ponto, ele reconhece que “o estupro, ademais pode ter tida a finalidade exclusiva de arranjar um ‘bom pai’ para o futuro filho da infratora, escolhendo, por exemplo, um magnata como ‘vítima’”¹⁷³. Temerá ele ser responsabilizado civilmente à pagar alimentos ao menor, bem como ter este direitos sucessórios¹⁷⁴. De fato, como pontuou Bitencourt, o homem vitimado não terá que abortar, mas o desvalor do resultado maior não estará ausente, quando o homem for a vítima do crime e futuro “pai”.

A norma traz uma circunstância objetiva como majorante, sem fazer distinção a quem deva ser aplicada. O próprio Bitencourt, ao defender que o aborto humanitário deve ser aplicado também à vítima do delito do art. 217-A do CP, aduz que não deve o intérprete restringir o alcance da norma se o legislador não o fez¹⁷⁵. E, assim, deve ser nesta interpretação do art. 234-A, III do CP. Se o legislador não adjetivou, não especificou a quem deve ser aplicada a aludida norma, não pode o interprete fazê-lo.

Além do mais, ao elaborar a lei em estudo, o legislador fez a reforma, tendo em vista

¹⁷¹ BITENCOURT, 2013b, p. 216-217.

¹⁷² BITENCOURT, op. cit., p. 217.

¹⁷³ Ibid., loc. cit.

¹⁷⁴ Essa discussão será abordada nos itens 3 e 4.

¹⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 13. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013a. v. 2, p. 176.

que o homem poderia ser sujeito passivo do crime de estupro ao alterar a redação de “constranger mulher” para “constranger alguém”, em respeito ao princípio da isonomia.

Orlando Faccini Neto afirma que o objetivo da reforma era “efetuar uma equiparação de gênero, num sentido direcionado ao atendimento do princípio da igualdade”¹⁷⁶, corroborando o que foi aqui exposto.

O Projeto de Lei 6.744/2006, apensado ao PL n. 4850/05 que ensejou as modificações no CP, traz na sua justificativa que o “entendimento trazido pelo original Código Penal de 1940 apresenta-se aquém da realidade social adotada na atualidade”, pois naquela época, eram poucos os atentados que tinham homens como sujeitos passivos, “desta forma, naquele tempo, essa hipótese não carecia de tamanha proteção”¹⁷⁷¹⁷⁸.

A reforma legislativa foi feita, portanto, visando eliminar as desigualdades de sexo que existiam na lei penal, não devendo o doutrinador retroceder e criar novas formas de tratamento diferenciado em situações semelhantes, pois as consequências de uma gravidez resultante de estupro não é grave, apenas, quando a mulher é a vítima, mas, também, quando o homem o é. Assim, entendimento diverso estabelece outras diferenças de tratamento legal em virtude do sexo do autor ou vítima, o que não foi querido pelo legislador e ao ser feita uma interpretação sistemática da nova abordagem legal dada aos crimes sexuais. Portanto, em respeito ao princípio da igualdade, não pode a norma comentada ser aplicada ao homem, autor do crime, e não ser aplicada à mulher, quando esta for a autora do delito.

Assim, seja pelo respeito ao princípio da isonomia, seja pelas consequências graves advindas com uma gravidez para as partes vitimadas, independentemente do sexo, deve a majorante do art. 234-A, III, ser aplicada, também, à estupradora. Esse também é o posicionamento de Eduardo Cabette, ao admitir que a causa de aumento em estudo também se aplica à mulher, autora do delito de estupro, pois “efetivamente a gravidez resultante do estupro praticado pela mulher contra o homem pode prejudicar muito este segundo e até mesmo, em certos casos, constituir um dos fins da prática delituosa”, além do mais “o ‘desvalor do resultado’ segue intensificado, ainda que por razões diversas, desta feita enfocando os interesses e sentimentos da vítima masculina da infração e da própria futura

¹⁷⁶ FACCINI NETO, Orlando. Estupro: o novo crime e a sua adequada interpretação constitucional. **Revista Lex**, São Paulo, v. 61, p. 417-438, jan./fev. 2013, p. 420.

¹⁷⁷ Cf. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.744, de 2006**: (Do Sr. Deputado Robson Tuma). Modifica dispositivos do Código Penal, e dá outras providências. Brasília, 15 mar. 2006. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=381314&filename=PL+6744/2006>. Acesso em: 19 dez. 2013.

¹⁷⁸ FACCINI NETO, op. cit, p. 420.

criança”¹⁷⁹.

O citado artigo de lei traz, ainda, uma outra causa de aumento em seu inciso IV. A pena será aumentada, conforme acima dito, de um sexto à metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível (DST) que sabe ou deveria saber ser portador. Ensina Bitencourt que para essa majorante seja aplicada não é suficiente que o agente estupe a vítima e a contage com uma DST (aspecto objetivo da majorante), “é indispensável que o agente ‘saiba’, isto é, tenha *consciência*, ou pelo menos, ‘deva saber’, ou seja, possa ter *consciência* de que é portador”¹⁸⁰. Aponta Prado que o fundamento deste aumento de pena “reside também no desvalor da ação e do resultado, no caso a transmissão de doença sexualmente transmissível de que *sabe* ou *deveria* saber ser portador”¹⁸¹. Greco defende que “as expressões *de que sabe ou deva saber ser portador* dizem respeito ao fato de ter o agente atuado, no caso concreto, com dolo direto ou mesmo com o dolo eventual, mas não com culpa”¹⁸².

3.6 A REAL POSSIBILIDADE DA CONFIGURAÇÃO DO CRIME

Após analisar a nova configuração do crime de estupro no Direito Penal Brasileiro, será realizada pesquisa para saber se, faticamente, é possível que a mulher estupe o homem; se é possível que ele tenha ereção frente a uma violência física ou moral. Primeiro, far-se-á um estudo dos ensinamentos médico-legais e da Urologia, objetivando encontrar resposta àquela indagação. Em seguida, serão analisados os dados coletados em entrevista feita com médicos de diversas especialidades na busca de maiores subsídios para o presente tema.

3.6.1 Análise Dentro da Ótica da Medicina Legal e de Outros Ramos da Medicina

Optou-se pelo estudo dos ensinamentos médico-legais em virtude de sua contribuição para o Direito Penal na pesquisa dos vestígios que deixam o estupro na vítima, bem como

¹⁷⁹ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A mulher como sujeito ativo do crime de estupro e as consequências do resultado da gravidez. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2264, 12 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13501>>. Acesso em: 27 dez. 2013.

¹⁸⁰ BITENCOURT, 2013b, p. 217.

¹⁸¹ PRADO, 2010b, p. 677, grifos do autor.

¹⁸² GRECO, 2011, p. 470, grifo do autor. Nesse mesmo sentido: BITENCOURT, op. cit., p. 219.

pela explanação acerca da psicosssexualidade anômala, sobretudo, acerca dos desvios sexuais que são interessantes para este trabalho monográfico.

Neusa Bittar não faz estudo dos sinais que demonstram que o homem foi estuprado ou que pode ter ele ereção quando coagido, o faz apenas com relação à ofendida, apontando o diagnóstico da conjunção carnal nela e da violência. Contudo, traz alguns tipos de parafilias ou distúrbios sexuais que demonstram formas do homem ter ereção em virtude desses distúrbios. O primeiro apontado pela autora é a “satíriase” conceituada como “ereção quase contínua, com ejaculações repetidas”. Um outro distúrbio é o “priapismo” em que o homem obtém a ereção sem desejo¹⁸³.

Hélio Gomes aponta que “certos enforcados ejaculam ou apresentam o pênis em estado de ereção, o que não importa em afirmar que o orgasmo tenha ocorrido”, conclui que esse fenômeno é reflexo. Isso demonstra que a ereção e ejaculação não estão, necessariamente, ligadas ao prazer. Mesmo em situações de tensão, com alta carga de medo, é possível ao homem obtê-la. Esse autor, ao analisar os vestígios da conjunção carnal, também, não aponta sinais de detecção de sua ocorrência no homem vitimado, apenas, trata da perícia do coito anal que não é objeto do presente trabalho. Traz, do mesmo modo que aquela outra autora mencionada, dentre os desvios sexuais a satíriase consistente na “ereção quase contínua, com ejaculações repetidas e ardor genésico excessivo, acompanhado frequentemente de alucinações e delírio”¹⁸⁴ e o priapismo da mesma forma conceituado como a ereção sem desejo.

Croce, ao tratar do enforcamento, assinala que neste tipo de asfixia pode ocorrer a ejaculação e a turgescência peniana, o que tem levado alguns parafilicos, sem intenção de se enforcarem, a buscarem o prazer sexual por meio da constrição do pescoço:

Na suspensão completa, devido à perda de tonicidade e eventual repleção das vesículas seminais, poderá ocorrer, muita vez, ejaculação *post mortem* e engurgitamento hipostático dos corpos cavernoso penianos. Esses fenômenos agônicos, turgescência peniana e ejaculação- tem levado alguns parafilicos a obter sensações voluptuosas por meio da constrição espontânea do pescoço, por meio de laço, parece que sem a intenção de conduzir o enforcamento até a morte. Contudo, logo sobrevém estado de inconsciência e subsequentemente a morte da vítima antes que ela tenha conseguido o intencionado efeito sexual libertador do aguilhão da carne.¹⁸⁵

Apesar da edição recente de sua obra, Croce ainda não trata o estupro masculino

¹⁸³ BITTAR, Neusa. **Medicina legal descomplicada**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2011, p. 161-163, 183-185.

¹⁸⁴ GOMES, Hélio. **Medicina legal**. 32. ed., rev. e ampl. por equipe coordenada pelo Prof. Huggino de C. Hercules. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p. 506, 659-668, 688.

¹⁸⁵ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de medicina legal**. 7. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 397-398.

(quando o homem é a vítima do delito), assim como os autores acima citados, tratam apenas do estupro feminino. Este autor, assim como os demais mencionados, também conceitua a satiríase como “um estado de ereção peniana quase permanente, com excessivo ardor genésico e insatisfação sexual, mesmo tendo o homem atingido o orgasmo várias vezes, em coitos repetidos, acompanhada ou não de delírios e alucinações” completa que esta parafilia é sempre de origem patológica. Quanto ao priapismo, afirma que “é um estado patológico caracterizado pela ereção anormal e permanente do pênis, extremamente dolorosa e, de ordinário, sem desejo sexual e, portanto, sem ejaculação”¹⁸⁶.

Genival Veloso França reconhece que o homem pode ser vítima do crime de estupro e aborda os sinais que indicam a ocorrência de violência na vítima, sem usar a expressão mulher como única vitimada pelo crime, em consonância com a nova redação do tipo penal capitulado no art. 213 do CP¹⁸⁷.

Quanto aos transtornos sexuais, França afirma que a satiríase tem causa sempre patológica e nela “existem a ereção, ardor sexual e a consumação do ato com ejaculação”, já o priapismo é caracterizado por uma “ereção patológica, contínua, dolorida, sem ejaculação, proveniente quase sempre de causas psíquicas”¹⁸⁸.

Em face da falta de estudos no âmbito médico legal acerca do estupro masculino, é necessário buscar respostas na Medicina, notadamente no ramo da Urologia, para que possa ser compreendido o mecanismo da ereção e, assim, investigar se ela pode ser obtida pelo homem, quando estiver sendo violentado ou coagido.

Inicialmente, será feito um breve estudo sobre o mecanismo e tipos de ereção para que possa ser compreendido dados da entrevista abaixo tratada, bem como para demonstrar que, nem sempre, a ereção envolve desejo, vontade de tê-la ou de praticar um ato sexual.

O aparelho reprodutor masculino se compõe basicamente pelos corpos cavernosos, uretra, próstata, por dois canais deferentes, duas vesículas seminais, dois testículos e a bolsa escrotal. Os corpos cavernosos são tecidos se assemelham a uma espuma e, quando estes espaços cavernosos ficam cheios de sangue, o pênis fica ereto, ou seja, a ereção ocorre quando os corpos cavernosos são inundados por uma grande quantidade de sangue¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Ibid., p. 603-627, 697-698.

¹⁸⁷ FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina legal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011, p. 255-266

¹⁸⁸ Ibid., loc. cit.

¹⁸⁹ LIMA, José Leones. Função sexual. In: _____. **Deficientes Activos**. Portugal, [2000]. Disponível em: <<http://webleones.home.sapo.pt/sexual.html>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

Há três tipos de ereção, aponta Tom F. Lue: a reflexogênica, psicogênica e a noturna. A ereção reflexogênica é induzida por estimulação genital e pode ser preservada em pacientes com lesões na medula cervical ou torácica. A ereção psicogênica resulta de estímulos visuais, auditivos ou de fantasias. Por sua vez, a ereção noturna (subconsciente), geralmente, ocorre durante o sono REM (movimento rápido dos olhos) e “esta função é distinta da ereção induzida por estimulação visual ou genital e é mantida na impotência psicogênica e hormonal e em pacientes com impotência neurogênica”¹⁹⁰. A ereção envolve diversos fatores, dentre eles fatores psicológicos, neurológicos, hormonais, arteriais e venosos.¹⁹¹

Esclarece-se; a ereção reflexa será gerada por estímulos nos órgãos genitais ou em regiões próximas. Estes estímulos chegarão até a medula, que responderá com comandos que levarão à ereção, caracterizando um arco reflexo, independente de estímulos do cérebro. Já “na ereção psicogênica, os estímulos partirão do cérebro, descenderão pela medula e chegarão através de nervos até os órgãos genitais, levando assim, os comandos de ereção”¹⁹². Como já afirmado, “este tipo de ereção ocorre frente a um estímulo que cause excitação ou desejo sexual, seja ele visual, tátil, por cheiro, sons, pensamentos, etc.” Ressalte-se que se ocorrer lesões em determinados pontos da medula pode a pessoa ter a ereção reflexa e não ter a ereção psicogênica e vice-versa, como pode também não ter nenhum destes tipos de ereção¹⁹³.

Alguns homens podem apresentar impotência erétil que é a “incapacidade de atingir e manter uma ereção firme”¹⁹⁴, conceitua Tom Lue. Este mesmo autor apresenta uma lista de agentes que inibem ou induzem a ereção peniana. Dentre os indutores da ereção estão: polipeptídeo intestinal vasoativo, fentolamina, papaverina, nitroglicerina, timoxamina, imipramina, verapamil, fenoxibenzamina, prostaglandina E¹. Os inibidores da ereção apontados são: metareminol, adrenalina, noradrenalina, dopamina, fenilefrina e guanetidina¹⁹⁵. Lue apresenta, ainda as opções de tratamento para pessoas que sofrem algum tipo de disfunção sexual, como a medicação oral, dispositivo de ereção por vácuo, injeção intracarvenosa e prótese peniana¹⁹⁶. Quanto à ejaculação, ensina este autor:

Diferentes mecanismos são envolvidos na ereção, emissão, ejaculação e orgasmo, eventos estes que podem ser dissociados entre si (por ex., uma queixa frequente de pacientes impotentes é a ejaculação através de um “pênis flácido”). Exceto pelas

¹⁹⁰ LUE, Tom F. Disfunção sexual masculina. In: SMITH, Donald Ridgeway. **Urologia geral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1994, p. 531.

¹⁹¹ Ibid., p. 534.

¹⁹² LIMA, op. cit..

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ LUE, op. cit., p. 533.

¹⁹⁵ LUE, 1994, p. 533.

¹⁹⁶ Ibid., p. 536.

emissões noturnas ou “sonhos molhados”, a emissão e ejaculação exigem estimulação da genitália externa. [...]
 O mecanismo do orgasmo é o menos compreendido dos processos sexuais. Provavelmente envolve interpretação cerebral e resposta à estimulação sexual. [...]
 Em alguns pacientes com lesão medular, há emissão e ejaculação bem sucedidas sem orgasmo. Também foi descrito orgasmo fantasma em um homem paraplégico [...].¹⁹⁷

Assim, demonstra-se que não há uma correlação, necessariamente, entre o prazer sexual, a ereção e a ejaculação, podendo haver um sem que haja o outro. Desmistifica-se o mito de que, sempre, que ocorre a ereção é porque o homem encontrava-se relaxado, livre de estresse, que ocorreu de forma voluntária, querida por ele, resultando, algumas vezes de distúrbios mentais como a satíriase e o priapismo ou, simplesmente, de um efeito reflexo ou ocorre durante o sono. Com isso, deve ser vencida a relutância dos doutrinadores e operadores do direito em admitir que o homem possa ser vítima do delito de estupro.

3.6.1.1 A Possibilidade de o Homem Ter Ereção Mediante Coação, Física ou Psíquica, por parte da Mulher

Na busca de maiores subsídios para embasar a tese aqui defendida, foi realizada entrevistas com dez profissionais da área da saúde, médicos de três diferentes especialidades: cinco urologistas, quatro psiquiatras e um neurologista. Nesta entrevista, ocorrida nos consultórios médicos, no período de outubro a dezembro de 2013, no Município de Salvador, aos médicos foram feitas indagações acerca da possibilidade de o homem ter ou não ereção quando, submetido a um ato de violência ou grave ameaça, buscando coletar opiniões e informações mais específicas sobre o tema. Não serão revelados os nomes dos profissionais entrevistados, pois alguns demonstraram preocupação ante esta possibilidade, sendo-lhes assegurado o sigilo das identidades.

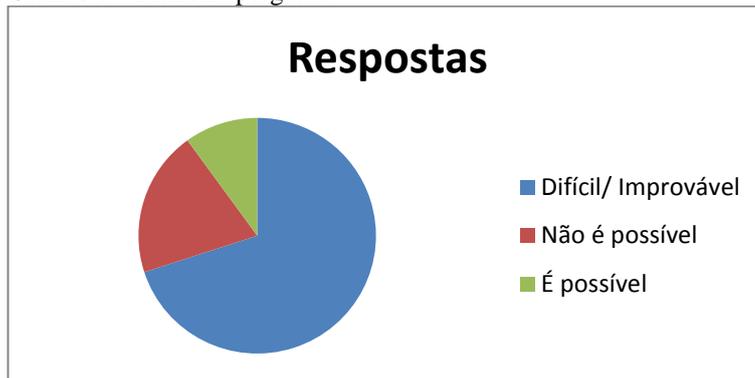
Primeiramente, indagou-se se “é possível, mediante violência ou grave ameaça, que um homem consiga ter ereção?” (Gráfico 1). Para facilitar a compreensão dos entrevistados sobre a questão, ela foi complementada com uma pergunta prática através do exemplo de uma mulher que, portando uma arma de fogo ou ameaçando o homem com provas incriminadoras, o constrange a ter com ela conjunção carnal, questionando-se, ao fim, se, nessa hipótese, haveria ou não ereção.

As respostas obtidas foram “difícil”, “improvável”, “não seria possível”, “é possível”.

¹⁹⁷ Ibid., p. 540.

Assim, agrupando-se as respostas “difícil” e “improvável” num único grupo, o resultado é que: para 70% (setenta por cento) dos entrevistados afirmaram ser difícil ou improvável que o homem tenha ereção na hipótese mencionada, 20% (vinte por cento) afirmou que não seria possível e para 10% (dez por cento) é possível o homem atingir a ereção ante aquela situação, conforme gráfico abaixo.

Gráfico 1 – Primeira pergunta



Fonte: Elaboração própria.

Aqueles que responderam que seria difícil ou improvável que ocorresse a ereção, fizeram breves considerações. Um deles afirmou que ereção e tensão não se combinam, sendo difícil obtê-la em tal situação, mas que em medicina não se fala em nunca ou sempre, mas, nesse caso, seria improvável, sendo mais fácil obter a ereção se o crime for praticado mediante ameaça, caso em que será necessário que o ofendido fique relaxado, seja por bebida ou qualquer outro artifício. Um outro pontuou que se a pessoa está sob ameaça, seu sistema simpático produzirá adrenalina que fecha as entradas cavernosas do órgão sexual masculino, dificultando a ereção.

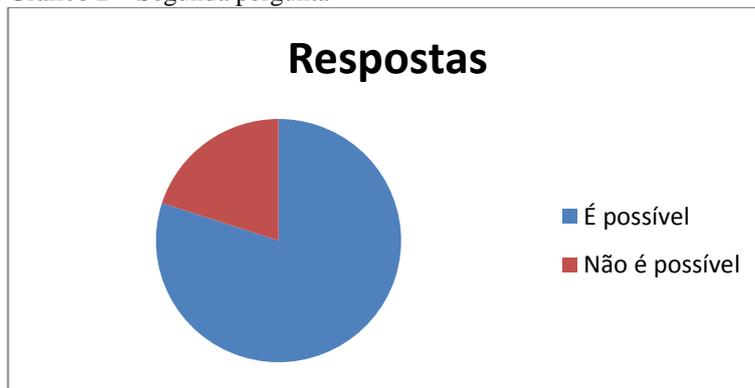
Já aqueles que responderam não ser possível que o homem tenha ereção na situação acima descrita, pontuaram que ele não conseguiria por causa do seu estado emocional ou que apenas conseguiria obtê-la caso tivesse algum fetiche. O médico que respondeu ser possível alcançá-la ponderou que dependeria de seu estado emocional, no momento da cópula.

Na segunda questão (Gráfico 2), foi indagado se o homem conseguiria ter ereção mediante a ministração de medicamentos na situação acima descrita. Neste pergunta, de acordo com a tabela abaixo, 80% dos médicos responderam que seria possível e 20% que não seria possível ou seria muito difícil obter a ereção mesmo com o uso de remédios. Alguns, daqueles que responderam positivamente pontuaram que, com o uso de medicamentos orais, a ereção não seria alcançada, pois para que ela aconteça é preciso que haja vontade, estímulo ou desejo sexual do homem para que ela ocorra, a pílula apenas é facilitadora da ereção, mas se

for ministrado medicamentos injetáveis como a prostaglandina seria possível se alcançar a ereção, independentemente da vontade do varão.

Contudo, aqueles que responderam negativamente afirmaram que não seria possível pelo estado emocional do homem ou que mesmo com o uso da prostaglandina, indutor da ereção, é preciso que haja estímulo porque durante o estresse pelo qual passa o homem, no momento de tensão, faz com que a droga fique pouco tempo dentro do vaso cavernoso em virtude da liberação de adrenalina pelo organismo.

Gráfico 2 – Segunda pergunta



Fonte: Elaboração própria.

Foi perguntado, também, para aqueles que responderam afirmativamente (oito entrevistados) a alguma das questões anteriores, se na situação descrita poderia ejacular ou atingir o orgasmo (Gráfico 3). Para 75% seria possível atingir o orgasmo ou a ejaculação, para 25% isto não seria possível porque seria necessário que houvesse algum desejo, prazer na situação. Os profissionais que responderam, de forma afirmativa, complementaram que a ejaculação seria consequência natural, se ele teve e manteve a ereção pode ela ocorrer ou que devido ao estresse da situação a ejaculação poderia se dá rapidamente¹⁹⁸.

Gráfico 3 – Terceira pergunta

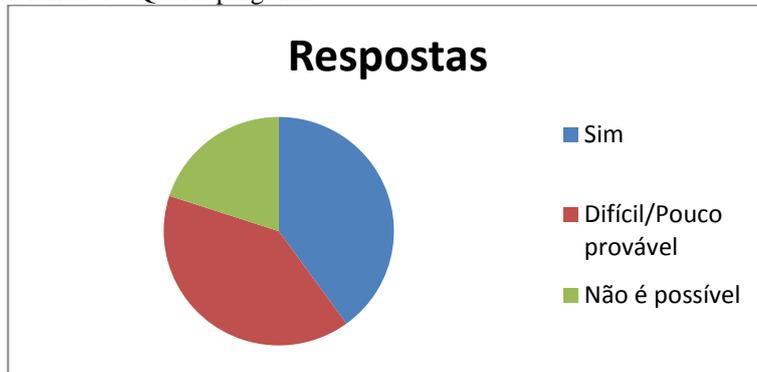


Fonte: Elaboração própria.

¹⁹⁸ Ejaculação precoce é a “incapacidade de controle voluntário da ejaculação”. Pode a ejaculação involuntária ser primária ou secundária. Aquela “implica na incapacidade de controle da ejaculação desde as primeiras relações sexuais” e o outro tipo “implica na incapacidade de controle ejaculatório voluntário em determinadas circunstâncias ou tipos de pessoas”. Cf. RODRIGUES JUNIOR, Oswaldo. Ejaculação involuntária. In: MANNOCCI, João Fernando. **Disfunções sexuais**: abordagem clínica e terapêutica. São Paulo: BYK, 1995, p. 129-135.

Foi indagado se, na opinião dos entrevistados, uma mulher conseguiria estuprar um homem (Gráfico 4). Agora, 40% responderam que “sim”, 40% afirmaram que seria difícil ou pouco provável e 20% disse que não seria possível. Os complementos a resposta foram os mesmos acima apontados. Veja tabela abaixo:

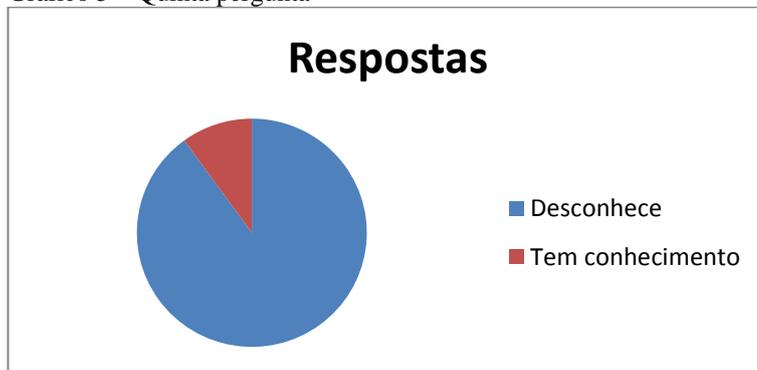
Gráfico 4 – Quarta pergunta



Fonte: Elaboração própria.

Por fim, foi perguntado se há obras ou estudos sobre as questões acima mencionadas (Gráfico 5). A grande maioria, 90% dos entrevistados, respondeu que não tem conhecimento da existência de obras ou estudos sobre o tema. Apenas 10% afirmou ter conhecimento de estudos sobre o tema aqui discutido que foi realizado na França, mas que não tem conhecimento de estudo no mesmo sentido na literatura nacional.

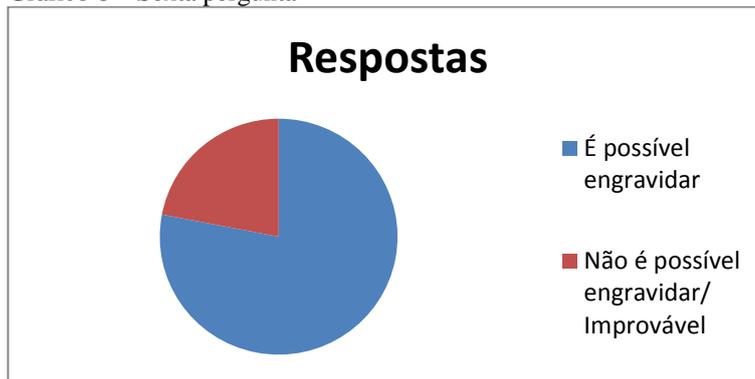
Gráfico 5 – Quinta pergunta



Fonte: Elaboração própria.

Ainda foi questionado se do estupro poderia ocorrer gravidez da infratora (Gráfico 6). Nove entrevistados responderam a esta indagação, destes 78% dos entrevistados afirmaram que seria possível, sim, a mulher engravidar, quando for ela a agente do crime. Frisaram que se o homem ejacular e ela estiver no período fértil, torna-se possível a gravidez. Para 22% dos médicos não possível ou é improvável que tal fato ocorra.

Gráfico 6 – Sexta pergunta



Fonte: Elaboração própria.

Os resultados demonstram que o tema não é pacífico entre os médicos, havendo muita divergência em razão da ausência de estudos no país sobre ele. Mas ficou demonstrado, também, que é possível que o homem tenha ereção, quando coagido ou violentado e, conseqüentemente, seja obrigado a praticar a conjunção carnal, logo, pode ser ele estuprado. A ereção, portanto, para que seja realizado o coito vagínico, pode ser alcançada pela ministração de medicamentos para tratamento de disfunção erétil, sobretudo os injetáveis, ou caso a mulher se aproveite de algum das parafilias citadas no item anterior, a “satiríase” e o “priapismo”.

4 OS DIREITOS DO HOMEM EM FACE DA GRAVIDEZ RESULTADO DO ESTUPRO

4.1 A TUTELA NO CAMPO PENAL

Após concluir pela possibilidade real de ocorrência do crime de estupro, fundamental será analisar, se a autora do delito pode ser obrigada pelo Estado à abortar, atendendo ao pedido do homem vitimado, ou se a norma do art. 128, II do CP, após a alteração legislativa acima estudada, beneficia também a agente do fato criminoso ou apenas a vítima, mulher.¹⁹⁹

4.1.1 O Pleito pelo Aborto

A seguir, será feita uma breve exposição acerca do crime de aborto no Direito Penal nacional, todavia, sem adentrar nas polêmicas discussões sobre a descriminalização ou não de tal conduta, atendo-se às questões dogmáticas e abordando os tipos penais relativos a esta infração penal, bem como um comparativo entre a interpretação dada ao art. 128, II pela doutrina e a nova interpretação que dele deve ser extraída.

4.1.1.1 Noções Gerais sobre o Crime de Aborto no Direito Penal Brasileiro

O delito de aborto é capitulado no Código Penal entre os arts. 124 a 127. O art. 124 tipifica a conduta do aborto provocado. O art. 125 traz a figura do aborto praticado sem consentimento da gestante (aborto sofrido). O art. 126 capitula a ação do aborto com

¹⁹⁹ Foi promulgada recentemente a Lei 12.845, de 01 de agosto de 2013 que dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. O seu art. 1º dispõe que “os hospitais devem oferecer às vítimas de violência sexual atendimento emergencial, integral e multidisciplinar, visando ao controle e ao tratamento dos agravos físicos e psíquicos decorrentes de violência sexual”, além de determinar o encaminhamento, se for o caso, aos serviços de assistência social. O art. 2º da referida lei define “violência sexual” como qualquer forma de atividade sexual não consentida. Já o art. 3º dispõe os serviços que devem ser obrigatoriamente realizados pelo SUS- Sistema Único de Saúde, a exemplo do diagnóstico e tratamento das lesões físicas no aparelho genital e nas demais áreas afetadas e amparo médico, psicológico e social imediatos. Cf. BRASIL. Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 2 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112845.htm>. Acesso em: 27 dez. 2013.

consentimento da gestante (aborto consentido). E, por fim, o art. 127, traz causas de aumento caso ocorra lesão corporal grave ou morte da grávida.

O bem jurídico protegido nos arts. 124 a 126 do CPB é a vida do ser humano em formação que recebe tratamento autônomo da ordem jurídica, é a vida intrauterina. Não é a pessoa que se protege, mas a sua formação embrionária, desde a concepção até o começo do parto. No aborto provocado por terceiro, o tipo penal tutela, também, a incolumidade da gestante²⁰⁰.

No delito do art. 124, o sujeito ativo é a própria gestante, pois “somente ela própria pode provocar o aborto ou consentir que alguém lho provoque, tratando-se, portanto de crime de mão própria”²⁰¹, e o sujeito passivo é produto da concepção, englobando o óvulo, embrião e o feto, afirma Bitencourt. Já o aborto provocado por terceiro, com ou sem seu consentimento, por se tratar de crime comum, qualquer pessoa pode praticá-lo, e os sujeitos passivos são a grávida e feto.

O Código Penal não define o que seja o aborto, limita-se a dizer, de forma genérica, “provocar aborto”, é elemento normativo do tipo. Contudo, para Bitencourt, se configura o aborto, criminoso ou não, com a destruição da vida da formação do ovo até o início do parto. Após isto, “a supressão da vida constitui homicídio, salvo se ocorrerem as especiais circunstâncias que caracterizam o infanticídio”. Para sua configuração, independentemente da expulsão ou não do feto²⁰², é necessário que haja a sua morte que deve ser resultado direto das manobras abortivas. Portanto, são pressupostos para ocorrência da infração penal a prenhez em curso e que o feto esteja vivo²⁰³.

O objeto material do crime é o produto vivo da concepção, não importando seu estágio de evolução, aduz Prado. Mas, será classificado em aborto ovular se cometido nos dois primeiros meses de gestação, se ocorrer no terceiro ou quarto mês haverá o aborto embrionário e o fetal se acontecer a partir do quinto mês²⁰⁴.

Nos três artigos que trazem a incriminação do delito em exame, o núcleo do tipo é

²⁰⁰ BITENCOURT, 2013a, p. 165.

²⁰¹ Ibid., p. 165-166.

²⁰² Luiz Regis Prado também afirma que, para a configuração o delito de aborto não é preciso que ocorra a expulsão do feto porque “nos primeiros meses de gravidez, é possível que o feto seja objeto de um processo de autólise, que termina com sua reabsorção pelo organismo materno”. Cf. PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial : arts. 121 a 249. 8. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a. v. 2, p. 86.

²⁰³ BITENCOURT, op. cit., p. 166-167.

²⁰⁴ PRADO, op. cit., p. 86. Julio Fabrini Mirabete apresenta marcos temporais diversos para conceituação do ovo, embrião e feto. Cf. MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 57.

“provocar” que significa promover, dar causa, ocasionar, produzir o aborto.

O crime em comento tem, por termo inicial, o início da gestação. Para Prado, sob o prisma jurídico, a gravidez tem início com a nidação, “com a implantação do óvulo fecundado no endométrio, ou seja, com sua fixação no útero materno”²⁰⁵ que ocorre com aproximadamente quatorze dias após a concepção.

Os meios usados para provocar o abortamento são variados, de acordo com Prado, podendo ser: químicos ou bioquímicos que são os “meios introduzidos no organismo da gestante estimulam as contrações dirigidas à expulsão do produto da concepção”; físicos que se subdividem em meios mecânicos, térmicos e elétricos; e psíquicos consistente em sustos, choques morais, dentre outros.²⁰⁶

O tipo subjetivo é o dolo, constituído pela vontade e consciência de produzir a morte do feto. Admitindo-se a ocorrência do dolo eventual para sua configuração, a exemplo do “agente que, pretendendo promover um nascimento prematuro, para fins de herança, prevê a possível morte do feto e aceita o risco de sua produção”²⁰⁷. Não há previsão legal do aborto culposo, mas se terceiro, culposamente provoca o aborto será responsabilizado por lesão corporal culposa.

É mencionado por Prado que se a gestante tentar, sem êxito, se suicidar, responderá pelo delito de aborto, consumado ou tentado, se consciente da gravidez e das consequências de seus atos. A consumação do crime ocorre com a morte do ovo, feto ou embrião, independentemente da sua expulsão ou se a morte ocorrer fora do útero.

Em relação aos tipos de aborto, o art. 124 traz em sua primeira parte o autoaborto (“provocar aborto em si mesma) e a sua segunda parte o aborto consentido que ocorre quanto a gestante consente que terceiro provoque o aborto nela própria. Nestas duas modalidades trata-se de crime de mão própria, pois somente a gestante pode realizar tais condutas, admitindo a participação como atividade acessória, afirma Bitencourt. Se terceiro for além da participação acessória, praticando atos executórios, responde pela infração do art. 126 e não como coautor do art. 124, ambos do CP²⁰⁸.

Na primeira modalidade, a gestante provoca o aborto em si mesma, interrompe a própria gestação. Na segunda figura são exigidos dois elementos, o consentimento da gestante e a

²⁰⁵ PRADO, 2010a, p. 86-87.

²⁰⁶ Ibid., p. 88.

²⁰⁷ Ibid., p. 89.

²⁰⁸ BITENCOURT, 2013a, p. 167-168.

execução do abortamento por terceiro²⁰⁹. Não se admite coautoria neste delito, assim, se o partícipe induz, instiga ou auxilia a própria gestante a realizar o aborto em si mesma ou a consentir que outrem o faça, responde pela participação no delito do art. 124, mas se concorre de qualquer modo para provocação do aborto por terceiro responde pelo delito do art. 126 do CP²¹⁰.

Os artigos 125 e 126 do CP tipificam o aborto provocado por terceiro. Aquele cuida do aborto sem consentimento da gestante (aborto sofrido) que recebe punição mais severa e este do aborto com consentimento da grávida.

No aborto sofrido, ocorre o emprego de força física, ameaça ou fraude pelo agente para a realização das manobras abortivas, a exemplo do agente que “ministra à mulher grávida substância abortiva ou nela realiza intervenção cirúrgica para extração do feto sem o seu conhecimento”²¹¹, pontua Prado. Em tal modalidade de aborto, constitui elemento negativa do tipo a ausência de consentimento. Caso esteja presente, o consentimento afasta essa tipificação, deslocando para outro tipo penal²¹².

No delito do art. 126 do CP, pune-se o terceiro que realiza manobras abortivas com o consentimento da mulher prenhe (aborto consensual). Ressalta Bitencourt que este caso é uma exceção a teoria monista, pois aquele que executa a ação que provocará o aborto não responde como coautor do crime do art. 124, mas pela infração do art. 126 do CP porque “a censura da conduta da gestante que consente, na ótica do legislador, é consideravelmente inferior à conduta do terceiro que realiza as manobras abortivas”. O aborto consentido e o aborto consensual, na visão daquele autor, são crimes de concurso necessário, “pois exigem a participação de duas pessoas, a gestante e o terceiro realizador do aborto”²¹³, ambos respondendo, excepcionalmente, por um crime distinto.

Dispõe o parágrafo único do art. 126 que se aplica a pena do art. 125, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido por meio de fraude, grave ameaça ou violência. É presumida a ausência de consentimento da gestante nas duas primeiras situações, “quer porque possua desenvolvimento mental incompleto ou retardado, quer porque sofra de doença mental”. Na última hipótese, “a não

²⁰⁹ BITENCOURT, 2013a, p. 167-168.

²¹⁰ PRADO, 2010a, p. 91.

²¹¹ Ibid., loc. cit. No mesmo sentido, cf. BITENCOURT, op. cit., p. 170; MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 61.

²¹² BITENCOURT, op. cit., p. 169.

²¹³ Ibid., p.170.

concordância é real, pois a anuência foi obtida por fraude grave ameaça ou violência”²¹⁴.

As penas dos arts. 126 e 125, em virtude do art. 127 do CP, são aumentadas de um terço, se do aborto, ou dos meios empregados para alcançá-lo, resultar lesão corporal grave e duplicadas se, por qualquer dessas causas resultar morte da gestante. O resultado gravoso é imputado ao agente a título de culpa, mas se presente o dolo, haverá concurso formal de crimes: aborto e lesão corporal grave ou homicídio²¹⁵. Este dispositivo não se aplica ao art. 124 do CP, “nem teria sentido, pois não se pune a autolesão nem o ato de matar-se”²¹⁶. A ação penal é pública incondicionada.

De acordo com o art. 128 do CP o aborto não será punido quando praticado por médico²¹⁷ se não há outro meio para salvar a vida da gestante ou se a gravidez resulta de estupro e o abortamento é precedido de consentimento da gestante ou, quando ela for incapaz, do seu representante legal.

Ao comentar o art. 6º, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Fábio Conder Comparato, tratando do direito à vida, reconhece que em casos extremos, nada banais, a supressão do feto, “por razões de preservação de um valor humano superior, deixa de ser moralmente reprovável e, por conseguinte, não deve ser considerada um ato ilícito”²¹⁸, a exemplo do aborto que sucede ao estupro da gestante ou para salvar a vida da mãe.

No primeiro caso, destaca aquele autor, “é preciso levar em conta o brutal constrangimento da mulher estuprada, capaz de inibir todo o seu instinto maternal, bem como a situação de excepcional humilhação em que irá viver o fruto dessa gravidez criminosa”. Na segunda hipótese, há o conflito entre a vida de duas pessoas, onde é inevitável sacrificar uma delas para evitar que ambas pereçam, o que configura o estado de necessidade, devendo “a escolha entre a vida da genitora ou a do feto ser feita, caso por caso, de acordo com o critério do menor mal”²¹⁹.

O aborto necessário tem como fundamento o direito à vida da mãe, mais

²¹⁴ PRADO, 2010a, p. 92.

²¹⁵ Ibid., loc. cit.

²¹⁶ BITENCOURT, 2013a, p. 173.

²¹⁷ Aponta Geraldo Siqueira que no tipo permissivo do aborto o sujeito ativo deve ser o médico, por exigência típica pode provocá-lo. Ele diferencia, ainda, aqui tratados como sinônimos, o “aborto” de “abortamento”. Aquele seria o produto morto da concepção e este seria o ato de abortar. Cf. SIQUEIRA, Geraldo Batista. Aborto humanitário: autorização Judicial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 81, n. 675, p. 299-303, jan. 1992.

²¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 306-308.

²¹⁹ Ibid., loc. cit.

especificamente, na dimensão da existência. Já aborto sentimental tem como fundamento a proteção ao direito à vida na dimensão da integridade corporal e psíquica da mulher, segundo Rossato, Lépoire e Sanches²²⁰. Partem os autores do pressuposto de que o direito a vida possui três dimensões: existência, integridade física e integridade moral. Essas dimensões são abordadas por José Afonso da Silva²²¹.

O direito à existência é conceituado pelo constitucionalista como o direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea. Já o direito à integridade física compreende o respeito à integridade e corporal e psíquica. E, por derradeiro, o direito à integridade moral consiste na proteção dada aos elementos imateriais da pessoa, pois a Constituição atribuiu grande importância à moral como valor ético-social da pessoa e da família, merecendo, inclusive, tutela do Direito Penal²²².

O aborto necessário ou terapêutico constitui, na visão de Bitencourt, em estado de necessidade, “justificando-se quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante”²²³. Esse tipo de aborto exige dois requisitos simultâneos, o perigo de vida da gestante e a inexistência de outro meio para salvá-la. No primeiro requisito, é insuficiente o perigo à saúde, ainda que seja grave, sendo fundamental que haja iminente perigo à vida da grávida. Para Bitencourt, pode ser realizado pelo médico mesmo contra a vontade da gestante, pois o consentimento é exigido apenas no aborto humanitário e a autorização está nos dispositivos legais dos arts 128, I, (aborto necessário), 24 (estado de necessidade) e 146, I (intervenção cirúrgica justificada por iminente perigo de vida), todos do CP²²⁴.

Defende Mirabete que não precisa ser atual o perigo, “bastando a certeza de que o desenvolvimento da gravidez poderá provocar a morte da gestante”²²⁵. Para ele, caberá ao “médico decidir sobre a necessidade do aborto a fim de ser preservado o bem jurídico que a lei considera mais importante (a vida da mãe) em prejuízo do bem menor (a vida intrauterina)”²²⁶.

²²⁰ ROSSATO; LÉPOIRE; CUNHA, 2010, p. 104-105.

²²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 197-201.

²²² Ibid., loc. cit.

²²³ BITENCOURT, 2013a, p. 174-175.

²²⁴ Ibid., loc. cit. Nesse sentido se posiciona Luiz Regis Prado entendendo que a norma do art. 128, I se trata de excludente de ilicitude, baseando-se no estado de necessidade, bem como ser desnecessário o consentimento da gestante. Cf. PRADO, 2010a, p. 94; HUNGRIA, p. 311-312.

²²⁵ MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 63.

²²⁶ Ibid., loc. cit.

Aduzem Mirabete²²⁷ e Prado²²⁸ que se o abortamento for praticado por pessoa não habilitada legalmente haverá do mesmo modo a exclusão da ilicitude, pois agirá ela sob o estado de necessidade justificante, mas, para tanto, é preciso que o perigo seja atual para a vida da gestante.

O art. 128, II traz a figura do aborto ético, humanitário ou sentimental, autorizado quando a prenhez é resultante do crime de estupro e a gestante, ou o representante legal em caso de incapacidade, consente na sua realização. Esta modalidade tem suas raízes ligadas à primeira Guerra Mundial, quando milhares de mulheres foram violentadas em seus países pelos invasores, aponta Maria Azambuja²²⁹. Nesse tipo permissivo, o consentimento da gestante ou do seu representante legal deve ser “obtido por escrito ou na presença de testemunhas idôneas, como garantia do próprio médico”. Todavia, é desnecessária a autorização judicial por não constar no dispositivo legal tal exigência, devendo o médico “certificar-se da autenticidade da afirmação da paciente, quer mediante a existência de inquérito policial, ocorrência policial ou processo judicial, quer por quaisquer outros meios ou diligências pessoais”²³⁰ que garanta a veracidade da alegação de estupro.

Na visão de Luiz Regis Prado, não é possível aplicar por analogia a norma do art. 128, II para abranger casos em que a gravidez decorra de outros delitos sexuais, ainda que em benefício do réu²³¹. Contudo, para Bitencourt²³², essa norma se aplica também ao crime do art. 217-A, pois a lei não adjetivou ao se referir ao estupro, não cabendo ao intérprete restringi-la.

Ao analisar a responsabilidade penal da enfermeira que realiza o abortamento humanitário ou necessário, afirma Bitencourt que não será ela responsabilizada caso pratique o aborto como medida necessária para salvar a vida da grávida, mas o fundamento é o estado

²²⁷ MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 63.

²²⁸ PRADO, 2010a, p. 95.

²²⁹ AZAMBUJA, Maria Regina, Fay de. O aborto sob a perspectiva da bioética. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 92, n. 807, p. 473-485, jan. 2003.

²³⁰ BITENCOURT, 2013a, p. 175. Nesse mesmo sentido: RODRIGUES, João Gaspar. Aborto humanitário e autorização judicial. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 17, n. 386, p. 18-19, 15 fev. 2013; SIQUEIRA, 1992, p. 299-303.

²³¹ PRADO, op. cit., p. 96; BITENCOURT, op. cit., p. 176. Segue esse mesmo posicionamento, aduzindo ser possível a aplicação da norma do art. 128, II por analogia *in bonam partem* para o delito do art. 217-A e do revogado formalmente art. 214, todos do CP: MIRABETE; FABBRINI, op. cit., p. 64.

²³² BITENCOURT, op. cit., p. 176. Quando ainda vigorava a redação anterior do tipo penal, apontava Geraldo Siqueira que a expressiva maioria da doutrina defendia a aplicação do art. 128, II, por *analogia in bonam partem*, também à vítima de atentado violento ao pudor. Afirmava, ainda, que no exercício do magistério defendia uma maior elasticidade desta figura típica para abarcar outros tipos penais que poderiam resultar em gravidez como a posse sexual mediante fraude e o atendo ao pudor mediante fraude. Cf. SIQUEIRA, op. cit., p. 299-303.

de necessidade previsto no art. 24 e não o art. 128, I do CPB, por não ser ela médica como exige esta norma²³³. Se o aborto praticado for o humanitário, não estará a enfermeira acobertada pela excludente de ilicitude que exige a condição especial de ser médico que a autora da conduta não possui, mas que poderia se configurar a inexigibilidade de conduta diversa. Lembra, ainda, o autor que “o Código Penal exclui a ilicitude de duas espécies de aborto, ou melhor dito, por dois fundamentos distintos: um por estado de necessidade e outro por razões sentimentais ou humanitárias”²³⁴.

Em relação ao aborto anencefálico, objeto do HC 84.025-6/RJ²³⁵, argumenta Bitencourt que não há tipicidade da conduta porque “embora a gravidez esteja em curso, o feto não está vivo, e sua morte não decorre de manobras abortivas”, sendo que os pressupostos do crime ora examinado são a gravidez em curso e que o feto esteja vivo. Defende, também, que estaria presente no caso a excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa, pois é “desumano exigir-se de uma gestante que suporte a gravidez até o fim, com todas as consequências e riscos, para que, ao invés de comemorar o nascimento de um filho, pranteie o enterro de um feto disforme”²³⁶.

4.1.1.2 A Possibilidade de Conceder à Mulher Estupradora o Direito ao Aborto Humanitário

Antes de analisar a possibilidade de conceder ou não o direito ao aborto sentimental à estupradora, é preciso examinar se o aborto pode ser a ela imposto, já que o homem não desejou tal prenhez, não foi fruto de sua vontade.

Não é possível, no ordenamento jurídico brasileiro, obrigar a autora do delito ao abortamento. Primeiro, porque a Constituição Federal proíbe, no art. 5º, XLVII, que haja

²³³ BITENCOURT, 2013a, p. 176-177.

²³⁴ Ibid., loc. cit.

²³⁵ No HC 84.025-6/RJ, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, discutiu-se o aborto anencefálico, concedendo à paciente o direito de realizá-lo. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.025/RJ. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Brasília, 4 mar. 2004. **Diário da Justiça**, Brasília, 25 jun. 2004b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 26 jan. 2014. O Projeto de Lei do Senado n. 236 de 2012, anteprojeto do novo CP, em seu art. 128, prevê que, além do aborto ético e necessário, poderá, também, ser realizado o abortamento “se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina, em ambos os casos atestado por dois médicos” ou “se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade”. Cf. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Reforma do Código Penal Brasileiro. **Diário do Senado Federal**, Brasília, 10 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 26 jan. 2014.

²³⁶ BITENCOURT, op. cit., p. 177-188.

penas cruéis. Essa mesma restrição à pena de abortamento está prevista no art. 5, §§ 1º e 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos²³⁷, da qual o Brasil é signatário, ao garantir que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral” e que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes”.

Em relação às penas cruéis, Fábio Conder Comparato aduz que “entram nessa categoria todas as mutilações, tais como o decepamento da mão do ladrão, prescrito na *sharia* muçulmana, e a castração de condenados por crimes de violência sexual”²³⁸, no qual se pode incluir a imposição do abortamento como uma pena cruel também, pois seria um tipo de mutilação. Segundo, porque qualquer pena precisa estar prevista em lei para que possa ser aplicada, em respeito ao princípio da legalidade, e a “pena de abortamento” não está prevista, conforme aponta Eduardo Luis Santos Cabette²³⁹, mas ainda que houvesse previsão legal, seria inconstitucional por violar os postulados acima expostos. Este autor ainda afirma que:

É visível que jamais seria admissível a imposição do aborto à gestante, ainda que criminosa e mesmo considerando os interesses do homem vitimizado. A primeira razão para essa afirmação encontra-se na cristalina dicção do artigo 128, II, CP, a exigir, para a prática do aborto sentimental, o requisito (indispensável) do consentimento prévio da gestante.²⁴⁰

Nelson Hungria doutrinava que o aborto sentimental se aplicaria à “mulher engravidada em razão de estupro”, quando praticado por médico e com consentimento da gestante, ou quando incapaz, do seu representante legal. Porém, conforme supra afirmado, o próprio Hungria admitia que o homem pudesse ser coagido a praticar a conjunção carnal, caso em que responderia ela por atentado violento ao pudor. Afirmava isso, mas não analisou os efeitos penais de tal fato criminoso, sem abordar, seja para a mulher, vítima ou autora de atentado violento ao pudor, a aplicação da norma permissiva do aborto²⁴¹.

Após pontuar os inconvenientes trazidos ao homem, vítima do crime, como os transtornos psicológicos de difícil superação e a interferência na formação da criança ao saber que é fruto de um crime, bem como quando esta resolver conhecer aquele que foi vitimado por sua mãe, além de reconhecer que “a paternidade implica uma série de obrigações de

²³⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos**. São José, Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2014.

²³⁸ COMPARATO, 2010, p. 313.

²³⁹ CABETTE, 2009.

²⁴⁰ Ibid.

²⁴¹ HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código penal**: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 : arts. 121 a 136. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 5, p. 312; HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981, p. 113-114, 130.

ordem jurídica, ética, moral e até mesmo financeira”, André Estefam, Damásio de Jesus e outros concluem não ser possível ampliar a norma permissiva do aborto para conferir ao homem estuprado o direito de exigir da autora do delito a interrupção da vida do nascituro, pois, caso contrário o nascituro “sofreria as consequências do crime cometido por sua ascendência, isto é, a pena passaria da pessoa do criminoso, em patente afronta ao princípio constitucional da personalidade da pena”²⁴².

Rechaçada a possibilidade de obrigar a autora do delito à abortar, é necessário agora responder a uma outra *vexata questio*: se a autora do delito que veio a engravidar em razão do ato sexual criminoso quiser abortar, por vontade própria, poderá ela ser beneficiada pelo disposto no art. 128, II do Código Penal?

O art. 128, II do CP, prevê o abortamento humanitário que permite que a mulher possa abortar se do estupro resulta gravidez e faz isso por questão de política criminal, para garantir a dignidade da vítima. Todavia, em momento algum, o dispositivo legal referido diferencia se o direito de abortar se restringe a mulher vítima ou autora do crime de estupro. Defendia-se que tal dispositivo se aplicava apenas à vítima mulher do estupro, pois somente “ela” poderia ser sujeito passivo do crime.

A legislação penal relativa aos crimes sexuais mudou com a promulgação da Lei 12.015/2009, e nenhuma restrição foi feita naquele dispositivo legal, além da sua finalidade de por fim as distinções sexuais que haviam nos crimes contra os costumes, o que leva a entender que pode ser aplicado à mulher, autora do estupro. Agora, com aquela lei, o estupro passou a ser crime comum, tornando possível que o homem também seja sujeito passivo do delito e pode interessar a ele, vítima, que seja dado o direito à sua algoz de praticar o abortamento para evitar problemas futuros, evitar ter que conviver com um filho não querido, não desejado, fruto de um crime ou ter que arcar com despesas, com seu próprio patrimônio, para manter a criança o que lhe vitimará mais uma vez. Primeiro, foi vitimado em sua dignidade sexual, posteriormente, pode ser vitimado em seu patrimônio e sua dignidade, caso se torne devedor de alimentos, por exemplo.

Apontam Eduardo Luis Santos Cabette²⁴³ e Aline Marques Marino²⁴⁴ que, se for feita

²⁴² ESTEFAM, André et al. O aborto sentimental e a interrupção da gravidez da autora do crime de estupro. **BLOGdamasio**, São Paulo, 23 fev. 2011. Disponível em: <<http://blog.damasio.com.br/?p=1685>>. Acesso em: 22 set. 2013.

²⁴³ CABETTE, 2009.

²⁴⁴ MARINO, Aline Marques; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A mulher como sujeito ativo do crime de estupro: aspectos doutrinários, possíveis hipóteses médico-legais e consequências nas esferas civil e penal. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, v. 2, p. 263-288,

uma interpretação literal do citado dispositivo legal, é possível concluir pela possibilidade de abranger a sua aplicação à criminosa que constrange o homem a praticar a conjunção carnal ou um outro ato libidinoso. Porém, a posição por eles defendida é outra. Para eles, se for feita uma interpretação axiológica da norma, a conclusão que chegará o intérprete é que ela se aplicará, apenas, aos casos em que o homem é o sujeito ativo do crime, devido aos princípios da legalidade, da intranscendência e da humanidade das penas. Greco, também, entende não ser possível aplicar a norma permissiva do aborto à autora do delito “sob pena de serem invertidos os valores que ditaram a regra permissiva”²⁴⁵.

Cabette defende que a interpretação progressiva e extensiva infringem a *mens legis*, pois, na lei brasileira, jamais se quis autorizar o aborto advindo de uma relação sexual desejada pela mulher. Aponta que a razão do aborto ético é o “reconhecimento pelo legislador do conflito e do sofrimento psíquico da vítima de estupro, daquela que necessitará buscar forças sobre humanas para conviver com terríveis lembranças durante a gestação”²⁴⁶ e a convivência com o filho que adveio de uma relação traumática.

Discorda-se. O Código Penal é da década de 40 e, até o ano de 2009, a vontade do legislador era que apenas a mulher vítima do crime de estupro pudesse praticar o aborto humanitário, pois apenas ela poderia ser sujeito passivo de tal crime. Nessa época, o homem poderia ser apenas sujeito ativo do delito. Por lógica, se, antes da promulgação da Lei 12.015/2009, apenas “elas” poderiam ser vítimas do crime de estupro, apenas “elas” poderiam praticar o abortamento, acobertadas pela excludente de ilicitude. Mas se a lei mudou, tornando o estupro um crime comum e o homem possível vítima, resta claro que a vontade do legislador atual não é mais a mesma do legislador da década de 40. A tão invocada *mens legis* mudou e as consequências para o tipo penal do estupro também mudaram. Portanto, numa interpretação teleológica da norma é possível que a estupradora, caso queira e a vítima também, possa praticar o abortamento ético.

Ao dissertar sobre o aborto sentimental, Hungria aduziu que “nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida”²⁴⁷. Lycurgo de Castro

2012. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/51/32>. Acesso em: 22 set. 2013.

²⁴⁵ GRECO, 2011, p. 499.

²⁴⁶ CABETTE, 2009.

²⁴⁷ HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981, p. 312.

Santos²⁴⁸ afirma que a norma do art. 128, II do CP é uma causa de justificação baseada num interesse preponderante da gestante em preservar ou restaurar sua dignidade, assim como tutelar sua intimidade, sobre o interesse de proteger o feto, pois a gravidez decorreu de um ato contrário à vontade da mulher, lesionando gravemente sua dignidade e o livre desenvolvimento de sua personalidade, além de vulnerar sua integridade física e moral e sua honra. Entender que a norma não se aplica a autora do crime tem por efeito obrigar o homem a conviver com aquilo que a mulher, vítima, pode escolher não relembrar ao realizar o abortamento, é obrigar o homem vitimado a conviver e recordar perpetuamente a violência sofrida.

As mesmas dores, sofrimentos psicológicos passados pela mulher poderão ser sentidos pelo homem vitimado também, senão de forma ainda mais prejudicial, pois a mulher quando é vítima poderá escolher entre abortar ou não, mas se o homem é vítima, não terá essa opção, seria, então, obrigado a conviver sabendo possuir um filho que adveio de um coito forçado. A mulher vitimada tem uma opção, o homem vitimado não terá nenhuma?

Conceder à estupradora, também, essa escolha é minimizar os efeitos de sua conduta delituosa. Ela não estará se beneficiando da própria torpeza, pelo contrário, o maior beneficiado será o homem, pois, com o abortamento por ela praticado espontaneamente, não terá ele que conviver com o fruto do crime, nem terá, porventura, seu patrimônio dilapidado para prestar alimentos ao novo ser. Se por política criminal, foi dada à mulher, vítima, a opção do abortamento, pela mesma razão, em benefício do homem vitimado, deve ser concedida a estupradora tal *benesse*. Assim, o interesse do homem violado em sua liberdade sexual sobrepõe-se ao do feto.

Como a razão da norma é proteger a vítima do crime de estupro, não há motivo para não permitir que a estupradora possa praticar o aborto ético, pois o homem vitimado será o maior beneficiado. Além do mais, a norma que permite o abortamento vem sendo alargada ao longo do tempo. Inicialmente, aplicava-se a norma do art. 128, II apenas a mulher vítima de estupro, numa interpretação literal do texto. Posteriormente, esse entendimento foi alargado doutrinariamente para incluir a gravidez resultante de atentado violento ao pudor. Atualmente, defendem a sua aplicação, também, à vítima de estupro de vulnerável, conforme os

²⁴⁸ SANTOS, Lycurgo de Castro. Direito Penal e aborto. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 84, n. 172, p. 347-357, fev. 1995. Este autor entende, por analogia *in bonam partem* e numa interpretação analógica e teleológica do preceito legal, que o aborto ético deve ser estendido à gravidez resultante de inseminação artificial obtida contra a vontade da mulher, pois o interesse da mulher violada em sua liberdade sexual sobrepõe-se ao interesse do feto.

ensinamentos de Damásio de Jesus, abaixo exposto:

Pune-se o aborto praticado por médico se a gravidez resulta de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A)?

Creemos que não. O CP, no art. 128, II, fala em estupro. Este delito encontra-se definido nos arts. 213 e 217-A, com redação dada pela Lei n.º 12.015/2009. Ora, se existem dois crimes subsumíveis à definição legal de estupro, e o CP, na norma permissiva do aborto, não faz distinção, é porque pretende que em todos os casos de existência do delito não responda o médico pela provocação do fato.²⁴⁹

Cabe, ainda, transpor para a situação em exame os argumentos trazidos por Cezar Roberto Bitencourt ao defender que a norma permissiva do aborto do art. 128,II do CP se estende ao art. 217-A, pois “a permissão legal limita-se a referir-se ao crime de estupro, sem adjetiva-lo”. O legislador, aponta o doutrinador, conhece a existência das formas de violência, elementares de ambos os crimes e “ao não limitar a excludente à presença de qualquer delas, não pode o intérprete restringir onde a lei não faz qualquer restrição, especialmente para criminalizar a conduta do médico”²⁵⁰. A norma em comento também não menciona se a norma se aplica apenas à mulher vítima ou se autora do crime, não podendo o intérprete restringi-la, como afirmou Bitencourt para aquela situação.

Portanto, seja devido à ausência de restrição da norma legal permissiva de aborto quanto à gravidez resultante de estupro provocado por mulher, seja por uma interpretação teleológica da norma permissiva prevista no art. 128, II do CP, seja para atender a *ratio legis*, seja por política criminal para evitar os inconvenientes que podem surgir com o nascimento da criança para ela própria bem como para o homem, vítima do crime de estupro, deve ser concedida à mulher estupradora a *benesse* legal do aborto ético, caso esta consinta com sua prática.

Como a *ratio* da norma é tutelar, por política criminal, a vítima do delito de estupro, no caso do homem ser o vitimado, um outro requisito deve ser exigido para que seja possível à autora praticar o aborto, qual seja, o consentimento do ofendido. Esta apenas pode levar a cabo o aborto, acobertada pela norma do 128, II do CP, se o homem vitimado quiser que ela o faça. Deve haver, nesse caso, um duplo consentimento, o da gestante, exigido pela aludida norma e o do ser vitimado, para que seja respeitada a intenção do legislador de proteger a vítima de estupro já que vítima e a gestante não são a mesma pessoa como ocorria outrora.

Se o homem vitimado não quiser, não poderá a autora gestante abortar, pois do contrário, aí sim, ela se beneficiaria da própria torpeza. Insta frisar, que não se está criando requisitos que não são exigidos pela lei, pelo contrário, está-se apenas fazendo uma

²⁴⁹ JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte especial : dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o patrimônio. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2, p. 161.

²⁵⁰ BITENCOURT, 2013a, p. 176.

interpretação sistemática do aludido dispositivo face às alterações ocorridas no crime de estupro para suprimir eventuais lacunas normativas.

Apesar de não afirmar claramente que o art. 128, II se aplica à autora do delito de estupro, André Estefam afirma que “não há dúvida que se deve levar em conta, para efeito de determinar o âmbito de aplicação dessa modalidade de aborto legal, a nova definição típica do art. 213, que tem evidente aplicação retroativa”²⁵¹. Esse argumento reforça tudo que foi aqui defendido relativamente à possibilidade de aplicação da norma permissiva em comento à estupradora, portanto.

Até agora, no sistema de proteção do homem vitimado aqui construído passou-se pela análise da aplicação da causa de aumento do art. 234-A, inciso III, do CP à mulher infratora, bem como analisou a possibilidade de aplicação do permissivo legal do abortamento, também, a mulher autora do crime quando confluírem a vontade de ambas as partes, autora e vítima. Contudo, se à infratora não abortar, o homem terá alguma responsabilidade civil sobre a vítima? Deverá registrá-la, pagar alimentos? Terá a criança direitos sucessórios? Tais pontos serão respondidos abaixo.

4.2 A TUTELA NA ESFERA CÍVEL

Sob o rótulo “a tutela na esfera cível” serão respondidas as indagações acima feitas. Abordar-se-á desde o dever do homem vitimado de registrar a criança até a ausência de obrigação de prestar alimentos e de direitos sucessórios. Ante a escassez de material sobre o tema, será realizado um estudo principiológico buscando construir a resposta, tomando-se por base o direito de família, direito constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente, além do próprio Código Penal, fazendo uso da analogia e métodos interpretativos na busca de tal desiderato.

Deve-se deixar claro que o pretendido aqui é buscar proteger o homem vitimado do delito de estupro de ter qualquer tipo de responsabilidade civil perante a criança que nasceu da relação forçada se não quiser reconhecê-la. Caso, a vítima queira reconhecer como seu filho aquele que teve origem na infração penal em estudo não há óbice algum, podendo, inclusive, pleitear judicialmente a guarda do menor, bem como terá direito essa criança a todos os

²⁵¹ ESTEFAM, 2009, p. 34.

direitos que tem os demais filhos do ofendido, incluindo, por óbvio, os direitos sucessórios e a alimentos.

Esse, também é o posicionamento adotado por André Estefam, Damásio de Jesus e outros ao pontuarem que “por questões que refogem ao Direito, se o referido ascendente, de maneira inequívoca, quiser reconhecer um filho fruto de estupro a que foi submetido, não haverá nenhum empecilho” e completam asseverando que “será facultativa e totalmente discricionária por parte do referido ascendente-vítima, que poderá optar, inclusive, por não ter nenhum contato com a referida descendência genética”²⁵².

Alguns doutrinadores entendem, a exemplo de Rogério Greco, que, caso a autora do delito de estupro venha a engravidar terá o filho, fruto do crime, direito a alimentos e direitos sucessórios “isso porque a criança, que se tornou herdeira, não pode sofrer as conseqüências dos atos criminosos praticados pela mãe, devendo o Estado não somente protegê-la, como também assegurar-lhe todos os seus direitos”²⁵³, inclusive de participar da sucessão hereditária do genitor, ainda que ele tenha sido vítima de um crime. Esse pode ser justamente o objetivo da infratora.

Ao tratar da questão, André Estefam, Damásio de Jesus e outros apontam que há uma antinomia principiológica em que o vetor da dignidade da pessoa humana será relativizado ou para proteger o nascituro e o nascido vivo para que lhe sejam garantidos todos os direitos acima enunciados ou inclinando-se a proteger o homem vítima de estupro, desobrigando-o de se responsabilizar pelo referido nascituro ou pelo nascido vivo. Após realizarem um juízo de ponderação, com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, defendem que um dos vetores da dignidade é o da vontade procriacional inequívoca. Assim, para que um ascendente venha a ter “responsabilidade sobre a sua prole ou descendência, e também para que essa responsabilidade gere efeitos na ordem civil, é imprescindível a presença da referida vontade de maneira expressa, inequívoca ou de maneira presumida”, como ocorre nas relações sexuais em geral. Após tais ponderações, concluem que, na hipótese ora aventada da gravidez resultante do estupro, “não há qualquer vontade procriacional, motivo pelo qual também não haverá qualquer presunção de afetividade que possa implicar obrigações para o ascendente genético”²⁵⁴.

Aline Marino, por sua vez, pondera deve prevalecer o direito à vida do nascituro, pois

²⁵² ESTEFAM et al., 2011.

²⁵³ GRECO, 2011, p. 499-500.

²⁵⁴ ESTEFAM et al., op. cit.

“a prestação alimentícia é essencial porque objetiva o sustento e, conseqüentemente, garante a vida, direito preponderante, em detrimento da integridade física e psíquica do homem-vítima”²⁵⁵.

Aponta Marino que o direito a alimentos, em um sentido amplo, visa “a manutenção do sustento, habitação, vestuário, tratamento médico, transporte, diversões, educação, sepultamento, entre outras” e que “a intenção precípua do legislador em estabelecer a obrigatoriedade da prestação alimentícia pelos pais no caso dos filhos menores advém da noção de sustento daqueles que são hipossuficientes para arcar com o autossustento”, podendo a violação de tal dever constituir abuso do poder familiar e crime de abandono material (art. 244 do CP). Aponta, então, sem maiores argumentações, como solução a ação civil *ex delicto* para que a vítima do sexo masculino seja indenizada pelo ato sofrido²⁵⁶.

Tal posicionamento da autora acima citada não se coaduna com ponderações feitas pelo sistema jurídico, em alguns casos, em que o direito à vida, mais especificamente o direito ao nascimento, é relativizado em prol de outros direitos, a exemplo da permissão do aborto necessário e ético, pois aquele direito não é absoluto²⁵⁷, apesar de ser “condição *sine qua non* para o exercício dos demais”²⁵⁸. Não se pode olvidar que “a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas”²⁵⁹, conforme ensinamentos de Paulo Lôbo.

O melhor entendimento, seguindo o pensamento exposto acima por André Estefam, Damásio de Jesus e outros²⁶⁰, é que o homem estuprado não tem qualquer responsabilidade sobre a criança gerada do coito criminoso. Mas não é só isso. Defende-se aqui que a vítima

²⁵⁵ MARINO; CABETTE, 2012.

²⁵⁶ Ibid.

²⁵⁷ “Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição”, afirmou o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Min. Celso de Mello, no julgamento do MS 23452/RJ. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.452/RJ. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Brasília, 16 set. 1999. **Diário da Justiça**, Brasília, 12 maio 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 27 jan. 2014.

²⁵⁸ Dirley da Cunha Jr. Define o direito à vida como o “direito legítimo de defender a própria existência e de existir com dignidade, a salvo de qualquer violação, tortura ou tratamento desumano ou degradante”. Leciona, ainda, que tal direito envolve a preservação dos atributos físico-psíquicos, chamados de elementos materiais, e atributos espirituais-morais, chamados de elementos imateriais, por isso é ele o mais fundamental de todos os direitos, “condição *sine qua non* para o exercício dos demais”. Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 657-658.

²⁵⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 228.

²⁶⁰ ESTEFAM et al., 2011.

deverá ser registrada pelo pai que, no caso, é a vítima do delito, todavia não gerará nenhum efeito civil tal registro, salvo para efeito de impedimentos matrimoniais e conhecimento da origem genética, numa aplicação analógica do art. 41, *fine*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme será visto abaixo.

4.2.1 A Negativa de Paternidade e de Efeitos Cíveis ao Registro de Nascimento do Nascido Vivo

Algumas premissas precisam ser estabelecidas antes de adentrar no objeto de análise deste tópico.

Primeiramente, há três tipos de paternidade, aponta José Carlos Teixeira Giorgis. A primeira delas é a paternidade biológica que “se origina de congresso sexual entre os pais e que redundando na filiação consangüínea, baseada no matrimônio, na união estável, ou nas relações entretidas por pessoas impedidas de casar”. A outra é a paternidade jurídica decorrente da presunção que resulta da convivência do cônjuge com a mãe. E a terceira modalidade é a paternidade socioafetiva “que se constitui em ato de opção fundado no afeto, e que teve origem jurisprudencial na denominada adoção à brasileira”²⁶¹.

Os tipos de paternidade apontados são tratados, por Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal, como critérios para determinação da filiação, que, ainda, frisam a inexistência de hierarquia entre eles, podendo prevalecer, numa hipótese, o critério biológico quando o pai se recusa ao reconhecimento injustificadamente do filho que fica sob responsabilidade moral e material da genitora, e noutra hipótese, pode prevalecer o critério afetivo, “em casos nos quais uma pessoa registrou outro como seu filho e lhe dedicou amor, criação e educação, durante longo tempo”²⁶².

A filiação, em síntese, consiste na situação de descendência direta em primeiro grau. Neste assunto, o referencial é o princípio da igualdade dos filhos, contemplado no art. 227, §6 da Constituição Federal de 1988, já que o ordenamento jurídico anterior consagrava

²⁶¹ GIORGIS, José Carlos Teixeira. A investigação da paternidade socioafetiva. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 12, n. 64, maio 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6105>. Acesso em: 30 dez. 2013. Nesse mesmo sentido, cf. ALMEIDA, Maria Christina de. Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3., 2001, Ouro Preto. **Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis**. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002, p. 449.

²⁶² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 6, p. 659-660.

tratamento diferenciado entre os filhos legítimos e ilegítimos, apontam Gagliano e Pamplona Filho.²⁶³

Seguindo esse posicionamento constitucional, o novo Código Civil estabeleceu, no art. 1.596, que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”²⁶⁴.

A prova da filiação, dispõe o artigo 1.603 do CC-02, é feita através da certidão de registro civil de pessoas naturais, contudo não é o único meio de prova, porém se admite “outros mecanismos para a comprovação filiatória como *a existência de escrito proveniente dos pais, em conjunto ou separadamente e a existência de veementes presunções de fatos já certos* (CC, art. 1605)”²⁶⁵, ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald.

Todo nascimento deve ser registrado de acordo com o que está estabelecido nos arts. 50 a 66 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73). Se forem casados, o nome do pai, em virtude da presunção legal de paternidade, constará o seu nome no registro. Porém, se o pai não for casado com a mãe, não pode registrar o seu nome sem o seu consentimento expresso, pontuam aqueles autores acima mencionados²⁶⁶.

Os filhos matrimoniais, havidos na constância da sociedade conjugal, são presumidamente filhos do cônjuge, conforme regra do art. 1597, não sendo necessário que haja o seu reconhecimento. Contudo, para os filhos extramatrimoniais o reconhecimento da paternidade se opera pelo reconhecimento voluntário ou por sentença judicial na ação de investigação de paternidade²⁶⁷.

Não deve ser confundido o direito da personalidade à origem genética com o direito à filiação, seja genética ou não, afirma Paulo Lobo²⁶⁸. Aquele direito decorre do direito da personalidade, do qual toda pessoa é titular, pois “as ciências biológicas têm ressaltado a insuperável relação entre medidas preventivas de saúde e ocorrências de doenças em parentes próximos, além de integrar o núcleo da identidade pessoal, que não se resume ao nome”,

²⁶³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família** : as famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6, p. 611-612.

²⁶⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 30 dez. 2013.

²⁶⁵ FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 641, grifo do autor.

²⁶⁶ Ibid., loc. cit.

²⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 378-379.

²⁶⁸ LÔBO, 2011, p. 227-228.

completa aquele autor. Já o estado de filiação “deriva da comunhão afetiva que se constrói entre pais e filhos, independentemente de serem parentes consanguíneos”²⁶⁹, com natureza de direito de família, conclui.

Discorrendo sobre esse ponto, Wania Campos²⁷⁰ também afirma que não se confunde o exercício do direito de personalidade ao conhecimento da origem genética com o direito de filiação, pois paternidade ou maternidade não é necessariamente definida pelo vínculo genético.

O reconhecimento do direito à identidade genética não implicará, necessariamente, em gerar uma relação de parentesco e, por consequência, seus efeitos patrimoniais, mas, implica em “dar a quem investiga a possibilidade de conhecer mais sobre si, adequando sua realidade à sua verdade, e, assim, manter uma convivência plena com o meio social que o cerca”²⁷¹. Para Paulo Luiz Lôbo, pai é o que cria e genitor ou procriador é aquele que gera, conceitos estes que estiveram reunidos enquanto havia a primazia da função biológica da família. Este autor, também, assevera que a pessoa tem direito de vindicar sua origem biológica “para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para a preservação da saúde e, *a fortiori*, da vida”²⁷².

Questão interessante ocorre na inseminação artificial heteróloga, em que a origem do material genético é desconhecida, porém, o filho poderá ter conhecimento dos dados genéticos do dador anônimo de sêmen que constem dos arquivos da instituição que o armazenou, para fins de direito da personalidade, mas não poderá fazê-lo com a finalidade de atribuir a paternidade.²⁷³ Solução similar é dada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente

²⁶⁹ LÔBO, 2011, p. 227-228.

²⁷⁰ CAMPOS, Wania Andréa Luciana Chagas Duarte de Figueiredo. O direito à busca da origem genética na relação familiar socioafetiva. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A ética da convivência familiar**: sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 325-360.

²⁷¹ Ibid., loc. cit.

²⁷² LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Temas atuais de direito e processo de família**: primeira série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, IBDFAM, 2004, p. 341-342.

²⁷³ Id., 2011, p. 235. Nesse mesmo sentido, cf. GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada**: família, sucessões e bioética. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 74. Regula a matéria a Resolução n. 1.358 do Conselho Federal de Medicina. Cf. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n.º 1.358/1992. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 19 nov. 1992. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 2 jan. 2014. Resta esclarecer que quando um casal opta pela inseminação artificial heteróloga, não poderá posteriormente a paternidade ser impugnada pelo marido, mesmo provando que ele não é pai biológico, a sua paternidade foi estabelecida no momento da concepção e do início da gravidez, pois “a vontade acoplada à existência do vínculo conjugal e ao êxito da técnica de procriação assistida heteróloga se mostra como elemento fundamental para o estabelecimento da paternidade que, desse modo, se torna certa, insuscetível de

que, em seu art. 48, com redação dada pela Lei 12.010/2009, garantiu ao adotado o direito de conhecer sua origem biológica, assegurando o seu direito da personalidade, mas sem qualquer reflexo na relação de parentesco, pontua Lobo²⁷⁴. Esse também é o posicionamento de Maria Berenice Dias que defende a aplicação de algumas das regras sobre adoção à inseminação heteróloga, como o desligamento de qualquer vínculo com os parentes consanguíneos, exceto quanto aos impedimentos matrimoniais, e o estabelecimento dos vínculos de parentescos com os novos pais.

Maria Berenice Dias pontua também que “não há como negar a possibilidade de o fruto de reprodução assistida heteróloga propor ação **investigatória de paternidade** para a identificação da identidade genética, ainda que o acolhimento da ação não tenha efeitos registrais”²⁷⁵. Defende ainda que ao intentar a ação declaratória de investigação de paternidade, se for verificado

a existência de vínculo socioafetivo entre pai registral e investigante, reconhecida a presença da **posse de estado de filho**, não há como conceder efeitos registrais à sentença. A declaração do vínculo biológico não surte efeitos no registro civil e, em consequência. Não ocorrem seqüelas de ordem matrimonial ou sucessória. [...] Em síntese, se o autor mantém com alguém – pai registral ou adotivo- um vínculo de filiação socioafetiva, gozando da posse do estado de filho, ainda assim pode buscar a identificação da verdade biológica. A ação será acolhida e, ao menos em parte, a **sentença** terá somente conteúdo **declaratório**, sem **efeitos jurídicos** outros.²⁷⁶

O ECA ainda prevê, aponta Paulo Lobo, a faculdade de a gestante ou mãe de entregar a criança à adoção, todavia, sem que haja anonimato, já que a criança é registrada com o nome da mãe e entregue para adoção ao Juizado da Infância e Juventude²⁷⁷. Essa previsão não se confunde com o parto anônimo, ainda sem regulamentação legal no país, todavia, já existe dois projetos de lei tratando do tema, o Projeto de Lei nº 3320/08²⁷⁸ de autoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro e o Projeto de Lei nº 2747/08²⁷⁹ do Deputado Eduardo Valverde.

impugnação pelo marido”, consoante ensinamento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Cf. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4., 2003, Macapá. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro**. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2004, p 276.

²⁷⁴ LÔBO, 2011, p. 228.

²⁷⁵ DIAS, 2011, p. 369-370, grifo do autor.

²⁷⁶ Ibid., p. 401-403, grifos do autor.

²⁷⁷ LÔBO, op. cit., p. 230.

²⁷⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.220, de 2008**: (Do Sr. Sérgio Barradas Carneiro). Regula o direito ao parto anônimo e dá outras providências. Brasília, 9 abr. 2008b. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=552449&filename=PL+3220/2008>. Acesso em: 27 jan. 2014.

²⁷⁹ Id. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.747, de 2008**: (Do Sr. Eduardo Valverde). Cria mecanismos para coibir o abandono materno e dispõe sobre o instituto do parto anônimo e dá outras providências. Brasília, 11 fev. 2008a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=537107&filename=PL+2747/2008>. Acesso em: 27 jan. 2014.

Em resumo, “a idéia do parto anônimo é permitir à mulher, sem se identificar, dar à luz e/ou entregar o bebê para a adoção no próprio hospital”, ou seja, “trata-se, então, da possibilidade da mãe biológica não assumir a maternidade da criança que gerou, ficando isenta de qualquer responsabilidade”²⁸⁰, afirma Daniela Bogado Bastos de Oliveira. Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal, o ECA, timidamente, reconhece o direito da gestante ao parto anônimo, “afirmando que o direito à assistência física e psicológica, pré e pós-natal, é garantido à gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar o seu filho para adoção”, além de aduzirem que nada impedirá que “no futuro, a criança rejeitada pela genitora possa, mesmo já possuindo uma mãe afetiva, investigar sua origem genética, uma vez que lhe é reconhecido o direito à ancestralidade”²⁸¹.

Então, o ordenamento jurídico brasileiro prevê uma forma da mãe não assumir a maternidade, entregando-o a adoção, conforme disposição do art. 7º, §5º do ECA, bem como, em outra hipótese, possibilita que alguém doe célula germinal para que seja gerada uma criança que, futuramente, terá direito de conhecer sua origem biológica e disto, não resultará em nenhum efeito patrimonial. Portanto, é um contrassenso querer que o homem estuproado venha ter qualquer responsabilidade sobre a criança que do crime resultou.

Ora, se em situações em que prevalece a autonomia da vontade, como na inseminação heteróloga, não haverá nenhum efeito civil decorrente da paternidade biológica, na situação em que a gravidez resultou da prática de um crime, hediondo, por sinal, também não haverá como consequência o efeito patrimonial que vitimaria o homem pela segunda vez. A criança foi originada de um coito forçado, em que não houve consentimento, sem vontade do genitor, faltou a vontade procriacional inequívoca, como alhures exposto.

A criança, fruto do crime de estupro, terá direito a conhecer sua origem genética, pois é um direito personalíssimo seu, mas daí não se extrairá, como consequência, nenhum efeito patrimonial. Para evitar que lhe seja atribuída algum tipo de responsabilidade sobre o ser gerado a partir do delito em comento, a vítima deverá demandar judicialmente²⁸², peticionando para que seja afastado tais efeitos, mas o juiz não deve aceitar pedido no

²⁸⁰ OLIVEIRA, Daniela Bogado Bastos de. Parto anônimo: aspectos históricos, políticos e sociais contemporâneas. In: ENCONTRO DE HISTÓRIA ANPUH-RIO, 13., 2008, Rio de Janeiro. **Anais eletrônicos...** Rio de Janeiro: ANPUH, 2008. Disponível em: <http://www.encontro2008.rj.anpuh.org/resources/content/anais/1212956989_ARQUIVO_partoanonimo-Anpuh.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2013.

²⁸¹ FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 653-656.

²⁸² Foge ao recorte deste trabalho questões processuais, restringindo-se ao direito material. Por isso, não será discutido qual o tipo de demanda pode se valer a vítima do estupro para alcançar seu desiderato de negar efeitos civis a registro de nascimento da criança.

sentindo de não constar o nome do genitor no registro de nascimento da criança, pois, biologicamente, é o pai. O magistrado deve, apenas, negar efeitos civis a tal registro, assegurando à vítima do crime de estupro, pelas razões já expostas, que ele não terá seu patrimônio afetado para satisfazer interesses do menor. Assim, assegura-se o direito de personalidade do menor de conhecer sua origem genética, bem como o interesse da vítima de não ter qualquer dever para com o menor.

Ressalte-se que o fato de constar no registro de nascimento do menor o nome do genitor é para que ele saiba, com facilidade, acerca de sua origem genética e para que tenha alguém registrado como “pai”, mas do registro não se extrairá efeito jurídico algum, similarmente ao que ocorre na inseminação heteróloga, mas nesta sequer o nome do pai é levado a registro. Isso não impede que posteriormente venha esse menor a ter um outro homem reconhecido como seu pai pela posse do estado de filho, reconhecido pelo vínculo afetivo, em virtude da pluriparentalidade²⁸³ já aceita em alguns tribunais, a exemplo do Tribunal de Justiça de São Paulo que na Apelação cível n. 0006422-26.2011.8.26.0286²⁸⁴, de relatoria do Desembargador Alcides Leopoldo e Silva Júnior, reconheceu o direito ao filho de ter em seu assento de nascimento o nome de duas mães, a biológica e a socioafetiva.

Isso também não impedirá que, caso seja posto à adoção, o menor adote o patronímico do adotante, pois é “natural que aquele que, adotado, integre família substituta e deseje exhibir, doravante, patronímico representativo de sua nova condição”²⁸⁵, aduz Bordallo ao tratar dos efeitos da adoção.

Com isto, ainda será evitado, posteriormente, a propositura de ação de declaração de ascendência genética que relembrará as partes todos os males sofridos na época do crime. Essa ação é cabível para que o adotado possa conhecer sua origem biológica e só deve ser

²⁸³ A teoria tridimensional do direito de família entende que “a compreensão do ser humano não é efetivada somente pelo comportamento com o mundo das coisas (mundo genético), [...] mas também pelo modo de ser-em-família e em sociedade (mundo des-afetivo) e pelo próprio modo se relacionar consigo mesmo” que é chamado de mundo ontológico. Para essa teoria, um dos efeitos jurídicos quanto ao nome é que é possível, também ao filho ter dois nomes de pais, biológicos e afetivos, pois “é possível ao ser humano ter, por exemplo, dois pais e duas mães, em atendimento à dignidade e à condição humana tridimensional, já que todos os eventos da existência- genética, afetiva e ontológica- precisam ser cumulados na trajetória” de vida do ser humano. Cf. WELTER, Belmiro Pedro. **Coisa julgada na investigação de paternidade**. 3. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 114-127.

²⁸⁴ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0006422-26.2011.8.26.0286. Relator: Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior. 1. Câmara de Direito Privado. São Paulo, 14 ago. 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, São Paulo, 23 ago. 2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6104770>>. Acesso em: 26 jan. 2014.

²⁸⁵ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 246.

ajuizada se os nomes dos pais biológicos não constarem no processo de colocação em família substituta, pois, neste caso, não haveria o que investigar já que o adotado pode ter acesso aos autos, leciona Luciano Rossato²⁸⁶. Neste tipo de ação, defende o autor que se aplica o enunciado n. 301 da súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que determina que a recusa do genitor ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. Por ser ajuizada para que o adotado tenha conhecimento de sua origem genética, poderá ser utilizada também por qualquer pessoa que dela não tenha conhecimento, inclusive, a criança filha da estupradora com o homem vitimado.

Consta, no art. 41 do ECA²⁸⁷, que a adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com seus pais biológicos e outros parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais, previstos no art. 1.521 do CC-02²⁸⁸. A adoção tem, como efeitos pessoais, a ruptura dos vínculos com a família biológica que é total, não restando qualquer tipo de vínculo jurídico com ela e o outro efeito é o impedimento matrimonial, explica Galdino Bordallo. Para este autor, os impedimentos matrimoniais tem fundamento moral e religioso, além de evitar o nascimento de crianças com doenças congênitas ou portadora de problemas físicos ou mentais²⁸⁹.

Consoante ensinamento de Maria Berenice Dias, no citado artigo do CC-02 encontra-se uma causa de incapacidade absoluta para o casamento que seria aquele que ocorre entre pessoas casadas e que as demais causas são verdadeiramente impedimentos, ou referentes ao parentesco (art. 1521, incisos I a V) ou a fundamento de conteúdo moral (art. 1521, VII). Leciona, ainda, que “a vedação de casamento entre **pais e filhos** (ascendentes e descendentes), **sogros, genros ou noras** (parentes afins em linha reta) e entre **irmãos** (filhos

²⁸⁶ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à lei nacional da adoção**: Lei 12.010, de 13 de agosto de 2009 : e outras disposições legais : Lei 12.003 e 12.004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 46-49.

²⁸⁷ “Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”. A adoção pode ser unilateral ou bilateral. A adoção unilateral pode ocorrer em três hipóteses, apontam Rossato, Lépoire e Cunha: “a) quando no registro de nascimento constar tão somente o nome do pai ou da mãe; b) quando no registro de nascimento constar também o nome do outro pai ou mãe; e c) adoção pelo cônjuge ou companheiro, quando o pai ou a mãe for falecido”. Nesse caso, mantém-se o vínculo de filiação com apenas um dos pais biológicos. Enquanto que na adoção bilateral ou conjunta se opera o rompimento total dos vínculos biológicos tanto com o pai quanto com a mãe. Cf. ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2010, p. 184-185.

²⁸⁸ “Art. 1.521. Não podem casar: I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II – os afins em linha reta; III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V – o adotado com o filho do adotante; VI – as pessoas casadas; VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte”.

²⁸⁹ BORDALLO, 2010, p. 244-245.

de pais comuns ou não) justifica-se pela interdição do **incesto**²⁹⁰.

Por esta razão apenas, o vínculo de parentesco entre o homem estuprado e a criança, que teve origem no delito de estupro, deve ser mantido, ou seja, para evitar o casamento incestuoso. Justificando-se, assim, a aplicação analógica do art. 41, *fine* da legislação menorista à hipótese aqui defendida.

Quando, neste trabalho, é feita referência à “criança fruto do crime de estupro” ou “criança oriunda do crime de estupro” não se está criando uma nova forma de qualificação, como aquela que havia diferenciando filhos legítimos e ilegítimos²⁹¹. Não, as mencionadas referências são apenas para lembrar ao leitor que a relação sexual da qual se originou o novo ser foi forçada, sem consentimento, sem que houvesse vontade do homem em sua prática e, por isso, não deverá haver consequência no âmbito civil para ele. Criar novas formas de distinção, além de posicionamento retrógrado, viola o art. 227, § 6º da Constituição Federal de 1988 que pôs fim as distinções acima mencionadas, bem como entre filho adotado e natural. O citado dispositivo da Constituição, conforme José Afonso da Silva²⁹², contém uma importante norma relativa ao direito de filiação que reconhece igualdade de direitos e qualificações aos filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, sendo proibido quaisquer designações discriminatórias ela relativas.

Isso tudo para demonstrar que o sistema jurídico relativiza o vínculo biológico que une pai e filho para atender a determinados interesses. Na adoção, o vínculo socioafetivo prevalece, permanecendo os vínculos biológicos, apenas, para fins de impedimentos matrimoniais, para atender ao melhor interesse do menor.

Na reprodução assistida, o doador de gametas não é considerado pai pela lei civil, tendo inclusive lhe assegurado o anonimato, mas ao menor é garantido o direito de conhecer sua origem genética, sem que haja responsabilização daquele no âmbito civil. À mãe é dado o direito de entregar seu filho para adoção, mas não lhe é garantido o anonimato, como ocorre no parto anônimo, ainda não regulado pelo direito brasileiro. Assim, pretende-se que o vínculo biológico entre a vítima do delito e o ser gerado a partir dele não gere efeitos civis para que o homem não seja vitimado novamente, primeiro em sua liberdade sexual, agora em seu patrimônio, o que agravaria os danos psicológicos do delito, como já repetido aqui.

²⁹⁰ DIAS, 2011, p. 158-159, grifos do autor.

²⁹¹ Paulo Luiz Netto Lobo aduz que o código civil, em seu art. 1.596, reproduziu a norma do art. 227, §6º da CF, “relativamente à igualdade entre filhos de qualquer natureza, superando o paradigma discriminatório da legitimidade, fundado na consangüinidade e na matrimonialidade”. Cf. LOBO, 2004, p. 332.

²⁹² SILVA, 2005, p. 849.

4.2.2 A Doutrina da Proteção Integral e a Vítima do Estupro

A doutrina da proteção integral, contraponto ao modelo da situação irregular anteriormente vigente, está prevista no art. 227 da Constituição Federal, em sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana. Através dela superou-se o direito tradicional que não via a criança como indivíduo, mas como objeto de manipulação dos adultos. A CF/88 “assegurou às crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, direitos fundamentais, determinando à família, à sociedade, e ao Estado o dever legal e concorrente de assegurá-los”. O ECA se funda em dois pilares básicos: a criança e o adolescente são sujeitos de direitos e a afirmação de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.²⁹³.

Um dos princípios trazidos pela lei menorista é o da prioridade absoluta traduzido na “primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesses”, em qualquer âmbito, seja judicial, extrajudicial, social, familiar ou administrativo, o interesse do menor deve preponderar, afirma Andréa Amin. Para a autora, este princípio “não comporta indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela nação através do legislador constituinte”²⁹⁴.

Outro princípio trazido pelo referido estatuto é o princípio do melhor interesse que serve de orientação para o legislador e aplicador do direito e determina que no deslinde de conflitos, a primazia é das necessidades infanto-juvenis, “acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do melhor interesse, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens”²⁹⁵, assevera Amin. Parece que a autora *absolutiza* os princípios norteadores do ECA.

A proteção integral assegura aos menores um mínimo, “sem os quais elas não podem sobreviver, assegurando-lhes os mesmos direitos fundamentais dos adultos, e um *plus*, conforme, aliás, encontra-se previsto no art. 3º do Estatuto”, asseveram Luciano Rossato e Paulo Lépore. Esses autores ponderam, por sua vez, que “não implica a proteção integral em mera proteção a todo custo, mas sim, na consideração de ser a criança ou adolescente sujeito

²⁹³ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 11.

²⁹⁴ Ibid., p. 20.

²⁹⁵ Ibid., p. 28.

de direito”. Eles ainda abordam o princípio do interesse superior da criança e do adolescente, enunciado no parágrafo único do art. 100 do ECA, em que “se deve conferir atendimento prioritário aos interesses das pessoas em desenvolvimento, sem prejuízo da consideração que for devida aos outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes em cada caso”²⁹⁶.

Os autores referidos ponderam que o caráter absoluto se refere à impossibilidade de suprimir uma especial proteção ao menor em situações comuns, estando a legislação menorista na esteira da doutrina de autores, como Robert Alexy, que afirma não haver hierarquia entre princípios ou direitos fundamentais, devendo, por meio da ponderação, solucionar colisões de direitos^{297 298}.

O art. 227 da CF/88 tem, como destinatários, a família, a sociedade e o Estado e representa o metaprincípio da prioridade absoluta dos direitos infante-juvenis. Objetiva o referido artigo da Constituição que “a família se responsabilize pela manutenção da integridade física e psíquica, a sociedade pela convivência coletiva harmônica, e o Estado pelo constante incentivo à criação de políticas públicas”, aponta Rossato, Lépure e Sanches. Assim, para eles, a proteção integral “orienta a prescrição de direitos às pessoas em desenvolvimento, e impõe deveres à sociedade, de modo a consubstanciar um status jurídico especial às crianças e adolescentes”²⁹⁹.

Ao dissertar acerca do critério do melhor interesse do filho para solução do conflito entre filiação biológica e não-biológica, Paulo Luiz Netto Lôbo assevera que o princípio do melhor interesse é reflexo da doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes e que, seguindo ensinamento de Miguel Cillero Bruñol, este princípio é de prioridade e não de exclusão de outros interesses ou direitos, além de pontuar que não há supremacia de um

²⁹⁶ ROSSATO; LÉPORE, 2009, p. 20-24.

²⁹⁷ Ibid., loc. cit.

²⁹⁸ Robert Alexy ensina que o conflito entre regras é solucionado ou introduzindo nela uma cláusula de exceção ou declarando uma das regras inválidas. Contudo, se a colisão for entre princípios um deles terá que ceder o que não significa que o cedente será considerado inválido, nem que nele seja introduzida uma cláusula de exceção. O que ocorre, na verdade, aponta Alexy, é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições, podendo sob outras condições a questão da precedência ser resolvida de forma oposta. Então, para ele, o conflito entre regras ocorre na dimensão da validade e a colisão entre princípios ocorre na dimensão do peso. Para ele, princípios “são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas”. A máxima da proporcionalidade contém outras três máximas: adequação, necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e a proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito). Esta última máxima decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas, enquanto as outras duas decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas, afirma o autor. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Vírgilio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 92-94, 116-118.

²⁹⁹ ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2010, p. 76.

princípio sobre outro, devendo eventual colisão ser resolvida pelo balanceamento de interesses no caso concreto³⁰⁰.

É, justamente, por meio da ponderação de interesses, que não pode ser imposta à vítima do estupro a responsabilidade por uma paternidade não querida. O ordenamento jurídico, por meio do Direito Penal, a *ultima ratio*, usado para tutela de bens jurídicos mais relevantes quando os outros ramos do direito não conseguem protegê-los, faz, por meio da norma permissiva do abortamento prevista no art. 128 do CP, uma ponderação: o *direito à vida* é relativizado em prol dos interesses da vítima do estupro.

Se o interesse da vítima de estupro, lesada em sua liberdade sexual, sobrepõe-se ao direito à vida do nascituro, o homem vitimado, que não pode determinar o fim da gestação, não poderá ser responsabilizado por ser o genitor do nascido vivo.

Ora, a lei permite que à mulher, quando vítima de estupro, possa abortar. O homem, quando vítima daquele crime, não pode fazer o mesmo, por óbvio, ante a impossibilidade fática, pois a gravidez é desenvolvida no corpo da mulher, não pode obrigá-la a praticar o aborto, ficando a mercê dos caprichos e vontade da autora do delito. Não resta saída, senão, negar efeitos civis ao registro de nascimento da criança, garantindo ao genitor que não haverá consequências na esfera civil, como a prestação de alimentos e direitos sucessórios. Esses direitos, sobretudo a alimentos, são postos para garantir a vida digna do nascido vivo. Contudo, como dito, o direito à vida é relativizado pelo Direito Penal. No aborto resultante de estupro há a interrupção da vida intrauterina. E, no Direito Civil, deverá haver a relativização do direito à vida por meio da negação de efeitos civis em relação a paternidade biológica.

O direito da criança a alimentos e sucessórios não deve se sobrepor aos interesses do homem que teve sua liberdade sexual violada. Entendimento contrário, terá, como consequência, a lesão constante à integridade corporal do homem, mais especificamente, a integridade psíquica, que, conforme divisão acima exposta por José Afonso da Silva³⁰¹, integra o direito à vida. Mensalmente ao pagar os alimentos, a vítima terá seu direito à vida violado, já que sua integridade psíquica será lesada. Todo mês, ele se lembrará do delito, o mesmo que à mulher é dada a escolha de minimizar os efeitos, quem sabe de esquecê-lo, por meio do abortamento.

A doutrina da proteção integral e seus corolários, princípio do melhor interesse e da

³⁰⁰ LOBO, 2004, p. 333-335.

³⁰¹ SILVA, 2005, p. 197-201.

prioridade absoluta³⁰², não devem ser invocados, nesse caso, para tutelar a criança à custa da vítima do crime de estupro, pois devem prevalecer os interesses “dele” que foi vítima do delito de estupro pelas acima expostas. Não pode a citada doutrina ser invocada sob o argumento de que o menor não tem culpa e não pode ser responsabilizado pelos atos de sua mãe, pois o seu genitor, também, não teve culpa pelo ato da mulher, foi vítima dela. O que se busca aqui é por uma exceção frente aos interesses do menor. Se por política criminal, a mulher pode abortar, pelas mesmas razões não deve o homem ser responsabilizado por ser genitor daquela criança gerada a partir de um crime.

Não pode ser olvidado que há previsão no ordenamento jurídico de outras formas de tutela dos interesses infante-juvenis. O filho da infratora não ficará sem proteção, mas apenas não terá a proteção, o apoio afetivo e financeiro do seu genitor, se este não quiser assumir a paternidade e os efeitos dela decorrentes, assumindo o poder familiar sobre o filho e deveres decorrentes, conforme previsto no art. 1634³⁰³ do CC-02.

Como alhures mencionado, na hipótese aqui aventada, a dignidade da pessoa humana será relativizada ou para tutelar os interesses daquele que foi vítima de estupro ou para tutelar os interesses do nascituro ou nascido vivo³⁰⁴. Defende-se, aqui então, que deverá o interesse da vítima do delito sobrepor-se ao interesse do ser humano que se originou a partir da prática da infração penal pelas razões já expostas. Todavia, devem ser buscados outros meios para que o menor não fique desamparado. O sistema de proteção do homem, vítima do delito de estupro, para que seja completo, hermeneuticamente fechado, deve encontrar um meio de tutelar os interesses do menor, que não seja a responsabilização do seu genitor, valendo-se o menor dos seus parentes maternos para garantir-lhes o sustento.

4.2.2.1 A Tutela da Pessoa em Formação

O direito de família possui um peculiar princípio, o da solidariedade familiar que “não

³⁰² Cf. os autores mencionados nas páginas 67 a 70.

³⁰³ “Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e educação; II – tê-los em sua companhia e guarda; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

³⁰⁴ ESTEFAM et al., 2011.

traduz apenas a afetividade que une s membros da família, mas, especialmente, concretiza uma especial forma de responsabilidade social aplicada à relação familiar”. Este princípio determina o amparo e assistência moral e material entre todos os familiares, é ele que justifica, por exemplo, “a obrigação alimentar entre parentes, cônjuges ou companheiros, ou na mesma linha, que serve de base ao poder familiar exercido em face dos filhos menores”. Ao adotar a solidariedade, o Estatuto do Idoso estabeleceu em favor da pessoa maior de sessenta anos uma solidariedade passiva entre os parentes obrigados ao pagamento da pensão alimentícia, na forma dos arts. 11 e 12 da Lei 10.741/2003. Assim, caso necessite, pode o idoso “demandar diretamente o seu filho, neto ou bisneto, pois todos são legal e solidariamente vinculados ao cumprimento da obrigação”³⁰⁵.

Ao conceituar o referido princípio, Maria Berenice Dias afirma que ele tem origem nos vínculos afetivos, dispondo de acentuado conteúdo ético e possui assento constitucional, pois o seu preâmbulo da CF/88 se refere a uma sociedade fraterna e a lei civil consagra a solidariedade ao dispor que o casamento estabelece a plena comunhão de vidas e ao tornar reciprocamente devedores e credores de alimentos os integrantes da família³⁰⁶. Aponta a autora, também, que ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes da família, o Estado esquivou-se de prover uma gama de direitos assegurados constitucionalmente ao cidadão. Ela, ainda, atenta que “em se tratando de crianças e de adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação”³⁰⁷.

Os alimentos, segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, possui sentido amplo, abrangendo mais que alimentação, “como tudo o que se afigura necessário para a manutenção de uma pessoa humana, compreendidos os mais diferentes valores para uma *vida digna*”³⁰⁸. Neles estão incluídas as despesas ordinárias, como gastos com alimentação, assistência médica e habitação, como também as despesas extraordinárias, a exemplo do vestuário escolar e gastos em farmácia, exemplificam aqueles autores. Afirmam ainda que a obrigação alimentícia não é solidária, porém é divisível, “havendo mais de uma pessoa obrigada à prestação, não pode o credor cobrar o valor integralmente de uma só [...], mas apenas a cota

³⁰⁵ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 93-97.

³⁰⁶ DIAS, 2011, p. 66-67.

³⁰⁷ Ibid., loc. cit.

³⁰⁸ FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 784-796, grifo do autor. Para estes autores, os alimentos possuem natureza de direito da personalidade. Já para Maria Helena Diniz, seguindo posicionamento de Orlando Gomes, os alimentos são vislumbrados como direito especial, com conteúdo patrimonial e finalidade pessoal, já que há “credor que pode exigir de determinado devedor uma prestação econômica”. Cf. DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5, p. 596.

que aquele codevedor puder prestar, respeitada as suas possibilidades”³⁰⁹.

Relativamente à obrigação de prestar alimentos, Caio Mário da Silva Pereira afirma que o direito impõe “aos parentes do necessitado, ou pessoa a ele ligada por um elo civil, o dever de proporcionar-lhe as condições mínimas de sobrevivência, não como favor ou generosidade, mas como obrigação judicialmente exigível” Aponta que o conceito de alimentos engloba tanto os alimentos naturais quanto os civis. Aqueles, também chamados de necessários, são “indispensáveis à substância”, como alimentação, vestuário e habitação. E, os alimentos civis ou cômputos são aqueles destinados a manter a qualidade de vida do alimentando, de acordo com as condições sociais das partes³¹⁰.

O fundamento desta obrigação é o vínculo da solidariedade familiar ou de sangue ou a lei natural. Leciona Caio Mário da Silva Pereira que são requisitos para o direito aos alimentos: a necessidade quando o parente não tem bens suficientes, nem pode, através do trabalho, prover a própria manutenção; a possibilidade daquele que o fornece sem desfalque do necessário ao próprio sustento; proporcionalidade, pelo qual serão fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada e; reciprocidade, “no sentido de que, na mesma relação jurídico-familiar, o parente que em princípio seja devedor poderá reclamá-los se vier a necessitar deles”. É possível que para que se cumpra a prestação alimentar haja concurso entre parentes, “no caso de ser preciso obter de um devedor a complementação do que o outro paga, mas em volume suficiente às necessidades do alimentário, atendida a proporção dos respectivos recursos daquele que for convocado”³¹¹.

O doutrinador mencionado lembra, ainda, que o art. 1697 do CC/02 estendeu aos irmãos, germanos ou unilaterais, a obrigação alimentar, na falta de ascendentes ou descendentes. Ressalta que o art. 1701 do CC/02 determinou que “a pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor”³¹², cabendo ao juiz fixar forma de cumprimento da prestação.

³⁰⁹ FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 795-799. Caio Mário da Silva Pereira, nesse sentido, afirma que é possível “que se cumpra a prestação alimentar por concurso entre parentes, no caso de ser preciso obter de um devedor a complementação do que o outro paga”. Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 16. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5, p. 505. Maria Helena Diniz pontua que a obrigação alimentar é divisível entre os parentes do necessitado, salvo se o alimentando for idoso, “visto que a obrigação alimentar passará a ser solidária ex lege, cabendo-lhe optar entre os prestadores. Cf. DINIZ, 2010, p. 604.

³¹⁰ PEREIRA, op. cit., p. 495-515.

³¹¹ Ibid., loc. cit.

³¹² Ibid., loc. cit.

Assim, pode o menor, filho da autora do delito de estupro, pedir alimentos a outros parentes maternos, como avós e tios, que não o seu genitor ou parentes deste. Ressalte-se, também, que, em virtude da reciprocidade, não poderá, futuramente o genitor ou seus parentes pleitearem a prestação alimentícia daquele que foi rejeitado.

Com o advento do Estatuto do Idoso, passou a existir, explicitamente, a obrigação alimentar do Estado. Além de estabelecer a solidariedade familiar, leciona Maria Berenice Dias o mencionado estatuto estabelece, no seu art. 14³¹³, que se forem ausentes os parentes em condição econômica de prover o sustento da pessoa com mais de sessenta anos, a obrigação passa a ser do Poder Público, no âmbito da assistência social, fazendo *jus* a um benefício mensal no valor de um salário mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência social. Em razão dessa disposição, entende aquela autora que o mesmo benefício deve ser assegurado às crianças e adolescentes, em razão dos princípios da absoluta prioridade, da igualdade e da proteção integral, caso os pais não possuam “meios de atender ao dever imposto pelo poder familiar (CC 1568 e ECA 22), nem os demais parentes que, em decorrência dos vínculos de consaguinidade, tem obrigação alimentar”, é preciso que se reconheça a obrigação do Estado de assegurar a manutenção dos jovens carentes no âmbito da assistência social, defende a doutrinadora. Para ela, esse direito é assegurado aos menores de quatorze anos. Aqueles que possuem entre quatorze e dezoito anos de idade, “a forma de o Estado se safar do pagamento de alimentos é lhe garantindo trabalho como aprendiz”³¹⁴.

Assim, para a referida doutrinadora, “flagrada a absoluta ausência de condições, não só dos pais, mas dos parentes que têm a obrigação de garantir sua manutenção, em decorrência dos vínculos familiares, crianças e adolescentes têm direito de buscar alimentos do Poder Público”³¹⁵. Essa pode ser, portanto, mais uma forma de assegurar ao filho da estupradora o seu sustento, repita-se, que não seja afetando o patrimônio do ofendido. O menor, filho da infratora, poderá se valer desta analogia feita por Maria Berenice Dias para impor ao Estado a obrigação alimentar, caso seus parentes maternos não tenham condições econômicas de prestá-la. Ressalte-se, ainda, que a Lei 10.836/2004³¹⁶, resultante da conversão da MP n. 132/2003, instituiu o programa Bolsa Família que poderá, também, o menor pleitear, caso não obtenha do Estado o benefício no valor de um salário-mínimo acima referido.

³¹³ “Art. 14. Se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social.”

³¹⁴ DIAS, 2011, p. 547-548.

³¹⁵ Ibid., loc. cit.

³¹⁶ BRASIL. Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 12 jan. 2004a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm>. Acesso em: 27 jan. 2014.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dos anos, o delineamento dos crimes sexuais foi sendo alterado, contudo, talvez, a alteração mais significativa tenha ocorrido no ano de 2009 com a promulgação da Lei 12.015. Como ocorre, normalmente, em reformas pontuais da legislação, o legislador olvida-se de analisar todo o sistema em que está inserido o ponto objeto de alteração, surgindo, assim, incongruências no ordenamento jurídico. Com intuito de solucionar algumas dessas inconsistências trazidas pela reforma de 2009 no Código Penal, buscou-se construir, neste trabalho, um pequeno sistema de proteção do homem, vítima do crime de estupro praticado pela mulher. Nesse diapasão, da análise desenvolvida, pode-se extrair as seguintes conclusões:

- a) é possível, faticamente, que a mulher seja autora do delito de estupro, pois a ereção peniana não depende, necessariamente, da vontade do ofendido, podendo ser obtida pelo uso de medicamentos, a exemplo da prostaglandina, ou até mesmo, valendo-se a infratora de alguma psicopatia do ofendido, como o priapismo ou a satiríase. Além do mais, há tipos de ereção que não dependem de estímulos visuais, como ocorre com a ereção psicogênica. Há a ereção reflexogênica que é a obtida por meios de estímulos no órgão sexual, independentemente de estímulos do cérebro e pode ocorrer em pessoas que sofreu uma lesão na medula óssea e há a ereção noturna que ocorre durante o sono REM, que é quando acontecem os sonhos;
- b) foi demonstrado que, segundo opiniões médicas, é possível que do coito forçado, a autora do delito venha a desenvolver uma gravidez, para tanto, basta que o ofendido ejacule, o que pode ocorrer precocemente face a tensão do momento, e que ela esteja no período fértil;
- c) a causa de aumento inculpada no art. 234-A do Código Penal aplica-se, a qualquer sujeito ativo, seja ele homem ou mulher e não apenas ao estuprador, mas também à estupradora, pois o desvalor do resultado é agravado em qualquer daquelas situações, surgindo da gestação graves consequências de ordem psicológica e patrimonial para a vítima de qualquer dos sexos. Outra razão para aplicação da mencionada majorante a qualquer sujeito ativo, masculino ou do sexo feminino, é a ausência de restrição ou menção no dispositivo legal a um dos sexos, se referindo tão somente ao resultado “gravidez”;

- d) relativamente ao abortamento, pontuou-se que não é possível, no ordenamento jurídico brasileiro, impor a infratora do delito de estupro o aborto, pois constituiria uma pena e isto, de acordo com o direito constitucional, seria uma pena cruel, degradante o que é vedado em nosso ordenamento, além de violar o princípio da legalidade ante a falta de previsão legal. Todavia, é permitido abortamento, com base no art. 128, II do CP, caso seja a vontade da autora e do ofendido do delito de estupro. Essa conclusão se deve a uma interpretação teleológica e sistemática do dispositivo legal face as alterações ocorridas nos crimes sexuais e, portanto, a nova interpretação dada a norma permissiva do abortamento deve ser consentânea com a reforma penal realizada no ano de 2009 que fundiu os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, bem como aboliu distinções de sexo das normas penais alteradas.
- Evitando-se, assim, que o homem sofra maiores consequências que não as normais do crime em estudo, evitando novas lesões à sua dignidade já violada com a prática da infração penal objeto de análise. Evita-se que uma criança venha a nascer e tenha o ofendido que conviver com este doloroso fato, caso não queira assumir a paternidade. Ressalte-se que a norma em exame só poderá beneficiar a autora, se houver a conjugação de ambas as vontades, autora e vítima, já que a razão da norma é proteger esta e não aquela que se beneficiaria da própria torpeza com o aborto;
- e) caso venha a criança a nascer, o pai terá a faculdade de exercer ou não a paternidade. Caso se recuse a exercê-la, devido à ausência da vontade procriacional inequívoca não terá ele qualquer responsabilidade civil sobre o menor, não será devedor de alimentos, nem terá a criança direitos sucessórios, pois era, no momento da concepção, ausente a vontade de praticar o ato sexual, tendo sido ele obtido por meio de violência (física ou moral). Todavia, terá o menor o direito a conhecer sua origem genética que é direito da personalidade;
- f) no conflito entre a dignidade da vítima e da criança, prevalece os interesses daquela que sobrepõe-se aos interesses deste pelas consequências acima delineadas para a vítima de estupro que teria novamente sua dignidade violada, além do seu patrimônio. Mas o menor, não ficará desamparado. O ordenamento jurídico prevê que os alimentos não são devidos, apenas, pelos pais, mas, caso estes não possam cumprir a obrigação, avós e tios também podem ser demandados a assumir a obrigação alimentícia. Então, o menor poderá pleitear de outros parentes maternos a obrigação alimentar. Não tendo os parentes meios de cuidar da criança, o Estado

deverá assumir a obrigação, pagando mensalmente um salário mínimo, numa aplicação analógica de normas do Estatuto do Idoso. Completando-se, então, o sistema de proteção do homem, vítima de estupro, proposto no presente trabalho.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Vírgilio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALMEIDA, Maria Christina de. Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3., 2001, Ouro Preto. **Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis**. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002.
- AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ARAÚJO, João Vieira de. **O Código penal interpretado: parte especial**. Brasília: Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496218>>. Acesso em: 21 nov. 2013. v. 1.
- AZAMBUJA, Maria Regina, Fay de. O aborto sob a perspectiva da bioética. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 92, n. 807, p. 473-485, jan. 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 13. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013a. v. 2.
- _____. **Tratado de direito penal: parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013b. v. 4.
- _____. _____. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.
- BITTAR, Neusa. **Medicina legal descomplicada**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2011.
- BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.747, de 2008**: (Do Sr. Eduardo Valverde). Cria mecanismos para coibir o abandono materno e dispõe sobre o instituto do parto anônimo e dá outras providências. Brasília, 11 fev. 2008a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=537107&filename=PL+2747/2008>. Acesso em: 27 jan. 2014.
- _____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.220, de 2008**: (Do Sr. Sérgio Barradas Carneiro). Regula o direito ao parto anônimo e dá outras providências. Brasília, 9 abr. 2008b. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=552449&filename=PL+3220/2008>. Acesso em: 27 jan. 2014.
- _____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.744, de 2006**: (Do Sr. Deputado Robson

Tuma). Modifica dispositivos do Código Penal, e dá outras providências. Brasília, 15 mar. 2006. Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=381314&filename=PL+6744/2006>. Acesso em: 19 dez. 2013.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 jan. 2014.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 26 set. 2013.

_____. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 1890. Disponível em:
<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s>. Acesso em: 30 set. 2013.

_____. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. **Collecção das Leis do Imperio do Brazil**, Rio de Janeiro, 1830. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 2 jan. 2014.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 30 dez. 2013.

_____. Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 12 jan. 2004a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm>. Acesso em: 27 jan. 2014.

_____. 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 10 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 26 nov. 2013.

_____. Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 2 ago. 2013. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112845.htm>. Acesso em: 27 dez. 2013.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 126, de 2010. Altera o Código Penal para tipificar separadamente o estupro e o atentado violento ao pudor. **Diário do Senado Federal**, Brasília, 11 maio 2010. Disponível em:
<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=77292&tp=1>>. Acesso em: 10

dez. 2013.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Reforma do Código Penal Brasileiro. **Diário do Senado Federal**, Brasília, 10 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 26 jan. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.025/RJ. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Brasília, 4 mar. 2004. **Diário da Justiça**, Brasília, 25 jun. 2004b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 26 jan. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.452/RJ. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Brasília, 16 set. 1999. **Diário da Justiça**, Brasília, 12 maio 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 27 jan. 2014.

CABELEIREIRA transforma assaltante em escravo sexual na Rússia. **G1**, São Paulo, 19 abr. 2009. Planeta Bizarro. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/PlanetaBizarro/0,,MUL1089645-6091,00-CABELEIREIRA+TRANSFORMA+ASSALTANTE+EM+ESCRAVO+SEXUAL+NA+RUSSIA.html>>. Acesso em: 11 dez. 2013.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A mulher como sujeito ativo do crime de estupro e as consequências do resultado da gravidez. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2264, 12 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13501>>. Acesso em: 27 dez. 2013.

CAMPOS, Wania Andréa Luciana Chagas Duarte de Figueiredo. O direito à busca da origem genética na relação familiar socioafetiva. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A ética da convivência familiar**: sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial : dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

_____. _____. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

CASTRO, Viveiros de. **Sentenças e decisões em matéria criminal**. Rio de Janeiro : Cunha & Irmão, 1896. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/224215>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.358/1992. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 19 nov. 1992. Disponível em:

<http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 2 jan. 2014.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de medicina legal**. 7. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2009.

DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 7. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ideara de Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2010. Disponível em: <http://www.appfoz.com.br/wp-content/uploads/2013/05/ECA_comentado1.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5.

ESTEFAM, André. **Crimes sexuais: comentários à lei 12.015/2009**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____ et al. O aborto sentimental e a interrupção da gravidez da autora do crime de estupro. **BLOGdamasio**, São Paulo, 23 fev. 2011. Disponível em: <<http://blog.damasio.com.br/?p=1685>>. Acesso em: 22 set. 2013.

FACCINI NETO, Orlando. Estupro: o novo crime e a sua adequada interpretação constitucional. **Revista Lex**, São Paulo, v. 61, p. 417-438, jan./fev. 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 6.

FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERNANDES, Regina Maria França. O sono normal. **Medicina**, Ribeirão Preto, v. 39, n. 2, p. 157-168, abr./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rmrp/article/viewFile/372/373>>. Acesso em: 27 jan. 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011.

FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina legal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011.

FRANCO, Alberto Silva; SILVA, Tadeu Antônio Dix. Artigos 208 a 249. In: _____ et al. **Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos crimes sexuais: com a feição instituída pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família : as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4., 2003, Macapá. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro**. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2004.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A investigação da paternidade socioafetiva. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 12, n. 64, maio 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6105>. Acesso em: 30 dez. 2013.

_____. **A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GOMES, Hélio. **Medicina legal**. 32. ed., rev. e ampl. por equipe coordenada pelo Prof. Huggino de C. Hercules. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. A dignidade da pessoa humana e o direito à vida. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Org.). **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial (arts. 155 a 249 do CP)**. 5. ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008. v. 3.

_____. _____. 8. ed., rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2011. v. 3.

_____. **Curso de direito penal: parte geral (artigos 1º a 120 do CP)**. 11. ed., rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009. v. 1.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 : arts. 121 a 136**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 5.

_____; _____. LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 : arts. 197 a 249**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 8.

JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte especial : dos crimes contra a pessoa, dos crimes**

contra o patrimônio. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.

_____. **Direito penal:** parte especial : dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3.

_____. _____. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

LIMA, José Leones. Função sexual. In: _____. **Deficientes Activos.** Portugal, [2000]. Disponível em: <<http://webleones.home.sapo.pt/sexual.html>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Temas atuais de direito e processo de família:** primeira série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, IBDFAM, 2004.

_____. **Direito civil:** famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUE, Tom F. Disfunção sexual masculina. In: SMITH, Donald Ridgeway. **Urologia geral.** 13. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1994.

MARINO, Aline Marques; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A mulher como sujeito ativo do crime de estupro: aspectos doutrinários, possíveis hipóteses médico-legais e consequências nas esferas civil e penal. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, v. 2, p. 263-288, 2012. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/51/32>. Acesso em: 22 set. 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal:** parte especial, arts. 121 a 234 do CP. 23. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2.

_____; FABBRINI, Renato N. _____. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual:** comentários à lei 12.015, de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de direito penal:** parte geral e especial. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____ et al. O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 99, n. 902, p. 395-422, dez. 2010.

OLIVEIRA, Daniela Bogado Bastos de. Parto anônimo: aspectos históricos, políticos e sociais contemporâneas. In: ENCONTRO DE HISTÓRIA ANPUH-RIO, 13., 2008, Rio de Janeiro. **Anais eletrônicos...** Rio de Janeiro: ANPUH, 2008. Disponível em: <http://www.encontro2008.tj.anpuh.org/resources/content/anais/1212956989_ARQUIVO_par_tononimo-Anpuh.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2013.

OLIVEIRA, Humberto. Ladrão tenta assaltar moça e acaba sendo abusado sexualmente. **O Buteco da Net**, [s.l.], 24 abr. 2009. Disponível em: <<http://obutecodanet.ig.com.br/index.php/2009/04/20/ladrao-tenta-assaltar-moca-e-acaba-sendo-abusado-sexualmente/>>. Acesso em: 11 dez. 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos**. São José, Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 16. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial : arts. 121 a 249**. 8. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a. v. 2.

_____. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial : arts. 184 a 288**. 4. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 3.

_____. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial : arts. 250 a 359-H**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b. v. 3.

RODRIGUES, Cristiano. **Temas controvertidos de direito penal**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2010.

RODRIGUES, João Gaspar. Aborto humanitário e autorização judicial. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 17, n. 386, p. 18-19, 15 fev. 2013.

RODRIGUES JUNIOR, Oswaldo. Ejaculação involuntária. In: MANNOCCI, João Fernando. **Disfunções sexuais: abordagem clínica e terapêutica**. São Paulo: BYK, 1995.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à lei nacional da adoção: Lei 12.010, de 13 de agosto de 2009 : e outras disposições legais : Lei 12.003 e 12.004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; _____. CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: lei 8.069/1990, artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, Lycurgo de Castro. Direito Penal e aborto. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 84, n. 172, p. 347-357, fev. 1995.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0006422-26.2011.8.26.0286. Relator: Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior. 1. Câmara de Direito Privado. São Paulo, 14 ago. 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, São Paulo, 23 ago. 2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6104770>>. Acesso em: 26 jan. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro: (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou complementaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência)**. Brasília: Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2003. v. 2. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496211>>. Acesso

em: 24 nov. 2013.

SIQUEIRA, Geraldo Batista. Aborto humanitário: autorização Judicial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 81, n. 675, p. 299-303, jan. 1992.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira. **Código criminal do Império do Brasil anotado**. Brasília: Senado Federal, 2003. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496203>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

VIGARELLO, Georges. **História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

WELTER, Belmiro Pedro. **Coisa julgada na investigação de paternidade**. 3. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.