

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

ISABELA PAULA DE ALMEIDA

**A MULHER COMO SUJEITO ATIVO DO CRIME DE ESTUPRO E
SEUS EFEITOS NA DIGNIDADE HUMANA DA VÍTIMA E DO FETO
NO CASO DE GRAVIDEZ**

VOLTA REDONDA
2020

**FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**A MULHER COMO SUJEITO ATIVO DO CRIME DE ESTUPRO E
SEUS EFEITOS NA DIGNIDADE HUMANA DA VÍTIMA E DO FETO
NO CASO DE GRAVIDEZ**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do UniFOA como requisito à
obtenção do título de bacharel em Direito.

Aluna:

Isabela Paula de Almeida

Professor Orientador:

Ms. Ricardo Fernandes Maia

VOLTA REDONDA

2020

FOLHA DE APROVAÇÃO

Aluna: Isabela Paula de Almeida

Título da monografia: A mulher como sujeito ativo do crime de estupro e seus efeitos na dignidade humana da vítima e do feto no caso de gravidez

Orientador: Prof. Ms. Ricardo Fernandes Maia

Banca Examinadora:

Professor Avaliador

Professor Avaliador

Professor Avaliador

Dedico este trabalho a Deus e aos meus pais, pois sem eles eu nada seria.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado sabedoria, força e capacidade para superar minhas dificuldades e chegar até aqui.

Ao meu orientador, Ricardo Fernandes Maia que compartilhou o seu conhecimento, acolheu a ideia do tema e não me deixou desistir nos momentos de insegurança.

A minha coorientadora, Daniele Amaral que teve participação fundamental para a construção e conclusão do tema proposto. À minha família, em especial minha mãe, para quem dedico este trabalho, como forma de gratidão pelo apoio e inspiração durante esses 5 anos.

E a todos os meus amigos que contribuíram de forma direta ou indireta para o amadurecimento do tema, através de debates e conversas.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo analisar uma nova hipótese trazida pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, qual seja, a possibilidade da ocupação feminina no polo ativo do crime de estupro. Busca-se aqui avaliar os seus reflexos e desdobramentos resultado gravidez, a fim de averiguar seus reflexos, principalmente no que tange à responsabilidade do homem-vítima no âmbito cível e à possibilidade do aborto sentimental, com base na lei e discussões doutrinárias atuais, tendo como alvo a busca da possível ou não relativização do direito de reconhecimento da filiação, sem olvidar dos direitos e garantias do nascituro.

Palavras-chave: estupro; aborto sentimental; mulher; dignidade humana.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NO TRATAMENTO PENAL DO ESTUPRO.....	9
3 A REALIDADE BRASILEIRA FRENTE AO CRIME DO ESTUPRO.....	17
3.1 O tipo penal do estupro.....	19
4 A MULHER QUE CONSTRANGE O HOMEM À PRÁTICA DA CONJUNÇÃO CARNAL.....	24
4.1 A gravidez da mulher autora do crime de estupro.....	27
4.1.1 Possibilidade do aborto sentimental.....	28
5 A DIGNIDADE HUMANA DA VÍTIMA E DO FETO.....	32
6 CONCLUSÃO.....	42
7 REFERÊNCIAS.....	43

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como propósito analisar as mudanças trazidas pela Lei nº 12.015 de 2009, que veio alterar a figura delituosa do estupro definida no artigo 213 do Código Penal. Anteriormente classificado como crime próprio, o ilícito passou a classificar-se como crime comum, de modo que a configuração do crime não mas depende de gênero - homens e mulheres podem ocupar tanto o polo ativo como o passivo.

De tal sorte que a mulher, outrora reduzida à condição de vítima, passou também a figurar entre os possíveis autores da conduta delituosa, constringendo o homem mediante violência ou grave ameaça a ter relações sexuais. Diante dessa realidade contemporânea, surgem diversos questionamentos acerca das consequências desse ato no ordenamento jurídico, ainda não averiguados quando o sujeito ativo era somente o homem, principalmente no que tange a uma possibilidade de gravidez concebida pela própria autora da violência sexual.

A princípio a pesquisa se dispõe a expor a evolução histórica relacionada aos crimes de violência sexual no Brasil, demonstrando a forma com que a legislação foi se adequando aos contextos sociais da época, principalmente no que tange a participação ativa da mulher como sujeito de direitos, tendo maior ênfase com o advento da Constituição Federal de 1988.

Adiante, passa-se à averiguação do tipo penal do crime de estupro, demonstrando através de estatísticas do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) a proporção em relação a gênero na autoria no delito em questão, trazendo a real dimensão da necessidade de previsão legal acerca das consequências, até então omissas na legislação quando se trata de autoria feminina.

As aludidas omissões figuram como o cerne da presente pesquisa, envolvendo os questionamentos no que tange à concepção obtida pela autora através da prática do estupro em desfavor do homem. Nesse ínterim, indaga-se acerca da possibilidade de a gestante valer-se do aborto sentimental ou a vítima requerê-lo judicialmente, a fim de se eximir das responsabilidades para com o nascituro.

Por último, diante da impossibilidade do aborto legal, passa-se à análise das questões atinentes ao direito familiar que se relacionam com a dignidade humana da vítima e do feto, observando os princípios aplicáveis ao caso e os posicionamentos doutrinários quanto à possibilidade de relativização do direito ao reconhecimento da paternidade.

2 A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NO TRATAMENTO PENAL DO ESTUPRO

Antes da colonização portuguesa, apesar da diferença evolutiva entre as tribos indígenas existentes, o que se tinha no Brasil era uma espécie de norma de convivência mista, encontrando-se o talião, a vingança coletiva e a privada (BITENCOURT, 2019).

Não se falava em organização jurídico-social, pois as regras de convivência que regulavam as relações sociais baseavam-se em tabus transmitidos verbalmente entre os povos, muitas vezes interligados ao misticismo. Assim, os castigos da época eram justificados pela prática do pecado, cujas penitências, detinham-se em sanções corporais ou expulsão da tribo.

Logo mais, próximo ao descobrimento do Brasil, passaram a vigorar as Ordenações Afonsinas (1446 - 1514), o primeiro compilado de leis, dividido em cinco livros, publicado na história do país, durante o reinado de D. Afonso V.

Como demonstra o fragmento transcrito a seguir, em seu livro V, já se dispunha sobre as questões penais relacionadas à violência sexual, como demonstra o título VI: *“Da Mulher, e como fe deve a provar a força, o qual dispunha sobre a prova do estupro, a acusação, a pena, a participação e o consentimento da vítima”* (WEILER, 2017, p.15). Ao infrator aplicava-se a pena de morte, desde que a violência fosse em desfavor de mulher casada ou virgem, que mantivesse vida honesta.

Em meados de 1520, por determinação de D. Manuel I, o código afonsino foi substituído pelas Ordenações Manuelinas, as quais, em 1604, deram lugar às Ordenações Filipinas que puniam, independentemente de violência, quaisquer tipos de toques lascivos, desonestos e torpes (BITERCOURT, 2019).

O compilado vigorou por mais de 200 anos no país, apresentando punições intimidadoras, severas e desproporcionais, a exemplo daquelas que tratam dos delitos sexuais, dispostas no livro V capítulo XVII e seguintes:

Qualquer homem que dormir com **sua filha, ou com qualquer outra sua descendente**, com sua mãe, ou com outra sua ascendente, seja queimado, e ela também, e ambos feitos por fogo em pó.

E em cada hum dos casos sobreditos, se a mulher, com quem assim se houver o ajuntamento carnal, for **menor de 13 anos**, ou sendo maior, se vier logo queixar e descobrir às Justiças havemos a ela por relevada de todas as penas, que pelo dito crime podia merecer.

O juiz ou escrivão dos órfãos, que dormir com **órfã de sua jurisdição**, perderá o ofício, e será degradado por dez anos para a África, e mais lhe pagará o casamento, que ela merecer, em dobro.

E se algum tutor, ou curador, ou outra qualquer pessoa, que tiver órfã, ou **menor de vinte e cinco anos em sua casa**, em guarda com ela dormir, será constringido a pagar a dita órfã, ou menor, casamento em dobro, que ela merecer, segundo a qualidade de sua pessoa. E, além disso, será preso e degradado por oito anos para África (grifo do autor) (GOMES 2017).

Com a proclamação da independência e a promulgação da Constituição de 1824, fez-se necessária a elaboração de um Código Criminal específico, o qual foi sancionado em 1830 pelo imperador D. Pedro I, por iniciativa do poder legislativo e elaboração do parlamento contendo em sua redação, segundo a ótica da época, grandes demonstrações de justiça e equidade. “Sua clareza e precisão técnica foram reconhecidas internacionalmente, inspirando o Código Penal espanhol (1848) e o português (1852)” (AMÊNDOLA NETO, 1997, p. 91).

O seu capítulo II, sob o título “Crimes Contra a Segurança da Honra” continha na Seção I estas disposições específicas sobre o estupro:

Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezessete anos.

Penas - de desterro para fora da comarca, em que residir a deflorada, por um a três anos, e de dotar a esta.

Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.

Art. 220. Se o que cometer o estupro, tiver em seu poder ou guarda da deflorada.

Penas - de desterro para fora da província, em que residir a deflorada, por dois a seis anos, e de dotar esta.

Art. 221. Se o estupro for cometido por parente da deflorada em grau, que não admita dispensa para casamento.

Penas - de degredo por dois a seis anos para a província mais remota da em que residir a deflorada, e de dotar a esta.

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.

Penas - de prisão por três a doze anos, e de dotar a ofendida.

Se a violentada for prostituta.

Penas - de prisão por um mês a dois anos.

Art. 223. Quando houver simples ofensa pessoal para fim libidinoso, causando dor, ou algum mal corpóreo a alguma mulher, sem que se verifique a copula carnal.

Penas - de prisão por um a seis meses, e de multa correspondente á metade do tempo, além das em que incorrer o réu pela ofensa.

Art. 224. Seduzir mulher honesta, menor dezessete anos, e ter com ela copula carnal.

Penas - de desterro para fora da comarca, em que residir a seduzida, por um a três anos, e de dotar a esta.

Art. 225. Não haverão as penas dos três artigos antecedentes aos réus, que casarem com as ofendidas (BRASIL, 1830).

Adiante, em 1890, com o período Republicano foi editado um novo código, marcado pela abolição da pena de morte e pela instauração do regime penitenciário corretivo. Porém, apesar das expressivas evoluções, o mencionado código foi alvo de severas criticas devido a erros técnicos, o que desencadeou inúmeras edições e tentativas de substituí-lo. Segundo Eurípedes:

[...] em 1891 foi nomeada na Câmara dos Deputados uma comissão para efetuar a revisão do código, no qual presidiu João Vieira de Araújo que era professor da Faculdade de Direito do Recife, e em 1893 o mesmo apresentou à Câmara dos Deputados um projeto de reforma, projeto este que embora revelasse um progresso em relação ao código vigente da época, também não deixou de apresentar falhas (RIBEIRO JÚNIOR, 2009).

O Código Penal de 1890 atenuou a punibilidade do crime de estupro, cominando a pena de um a seis anos em prisão celular, além de prever a exigência de um dote para a vítima. A previsão do delito encontrava-se nos artigos 268 e 269 no capítulo intitulado como “crimes contra a violência carnal”:

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:
Pena - de prisão cellualar por um a seis annos.

§ 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:
Pena - de prisão cellualar por seis mezes a dous annos.

§ 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.

Por violencia entende-se 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 (BRASIL, 1890).

Anos se passaram na tentativa de substituição daquele Código. O êxito da iniciativa coube afinal ao projeto apresentado por Alcântara Machado durante o

Estado Novo, em 1937. Sancionado em 1942, o novo Código perdura em vigor com a série de alterações e ajustes sofridos ao longo dos anos.

E, dentre as alterações produzidas no intuito de adequar o texto penal às demandas da sociedade, figuram aquelas trazidas pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, cujo texto começa por dar nova designação ao título VI – “Crimes Contra a Dignidade Sexual” – pondo-se assim em plena harmonia com a Constituição Federal de 1988, visto que o maior bem ali tutelado é a dignidade da pessoa humana.

O novo título veio substituir o chamado crime contra os costumes do código de 1940, muito ligado à expressão “mulher honesta” que, segundo descreve Arjava:

[...] as mulheres eram divididas em duas classes, conforme suas vidas sexuais e morais. Em uma delas, estavam as mulheres castas, destinadas a dar à luz crianças legítimas. Elas tinham o honroso status de materfamilias. Manter conjunção carnal ou outros atos sexuais com virgens, viúvas ou divorciadas pertencentes a essa classe caracterizava o crime de stuprum consensual. À outra classe, pertenciam as mulheres voltadas apenas à satisfação sexual dos homens, sem nenhum interesse em prole legítima. A vida sexual dessas mulheres não era uma questão moral para os legisladores romanos (ARJAVA, 1996, p.217. *apud*, CANELA, 2012, p. 24).

A alteração se fez necessária a partir do momento em que o bem jurídico tutelado deixou de ser os costumes, ligado muitas vezes à castidade e honestidade feminina e mais vinculados à ideia de ofensa à coletividade do que à de ofensa à própria mulher (vítima da violência sexual). De sorte que a tutela jurídica passou a recair sobre a dignidade humana e sexual, estando esta diretamente relacionada com a liberdade de se autodeterminar em suas relações.

Como acentua Cleber Mason, o enfoque nos costumes espelhava o conservadorismo e preconceitos correntes na época:

A expressão “crimes contra os costumes” era demasiadamente conservadora e indicativa de uma linha de comportamento sexual imposto pelo Estado às pessoas, por necessidades ou conveniências sociais. Além disso, revelava-se preconceituosa, pois alcançava, sobretudo, as mulheres. De fato, somente a “mulher honesta” era tutelada por alguns tipos penais, mas não se exigia igual predicado dos homens. Discutia-se se a esposa podia ser vítima do estupro praticado pelo marido, sob a alegação de obrigatoriedade de cumprimento do famigerado “débito conjugal”. A mulher era sempre considerada objeto no campo sexual, sem nenhuma preocupação legislativa quanto à direção conferida, por ela mesma, aos seus desejos e interesses (MASON, 2013, p. 824).

Além da mudança no título, a mencionada Lei nº 12.015, de 2009, trouxe nova redação para o artigo 213 do Código Penal, que trata do crime de estupro, redação essa que veio contemplar a possibilidade de a mulher figurar no polo ativo do crime ali definido.

Estupro

Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de três a oito anos.

Parágrafo único. Se a ofendida é menor de catorze anos:

Pena - reclusão de quatro a dez anos (BRASIL, 1940).

Anteriormente a publicação dessa lei, a literalidade do artigo se mantinha em atribuir a prática do crime a somente agentes do sexo masculino, ou seja, o crime era próprio, pois exigia qualidade ou características específicas no sujeito ativo. Com a publicação da lei ele passou a ser comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa como conceitua Rogério Greco:

Crime comum é aquele que pode ser praticado por qualquer pessoa, não exigindo o tipo penal nenhuma qualidade especial para que se possa apontar o sujeito ativo. A qualidade de comum também poderá ser considerada levando-se em consideração o sujeito passivo. Isso quer dizer que, pode ocorrer, em algumas situações, que o crime, por exemplo, seja comum em relação ao sujeito ativo, e não seja com relação ao sujeito passivo, cuja qualidade especial é exigida pelo tipo (GRECO, 2009. p.100).

A redação do artigo 213 do Código Penal deixa claro que somente mediante conjunção carnal praticada pelo homem em desfavor da mulher que o estupro seria consumado, sendo ela a relação sexual *secundum naturam*, da qual “consuma-se com a introdução, ainda que parcial, do pênis na vagina” (GONÇALVES, 2018, p.15), ou seja, o coito vagínico. “É importante ressaltar que a cópula pênis-vagina, caracterizadora da conjunção carnal, demanda apenas a existência de homem e mulher, mas pouco interessa quem é o sujeito ativo e o passivo” (NUCCI, 2014, p. 915).

Porém, em 2009 o legislador optou por revogar um dos crimes enumerados no capítulo I, título VI, o atentado violento ao pudor, não na forma de *abolitio criminis*, mas como uma *novatio legis*, onde o legislador resolveu seguir a sistemática de outros países como México, Argentina e Portugal, “[...] reunindo os dois crimes num só tipo penal, gerando, desse modo, uma nova acepção ao vocábulo estupro (CUNHA, 2016, p. 458).

Em ambos os delitos, o núcleo continha e expressão “constranger”, mediante o emprego de violência ou grave ameaça. No estupro, entretanto, buscava-se a conjunção carnal, enquanto no atentado violento ao pudor o objetivo almejado era praticar qualquer outro ato libidinoso, como dispunha o artigo revogado:

Atentado violento ao pudor

Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena - reclusão de dois a sete anos.

Parágrafo único. Se o ofendido é menor de catorze anos:

Pena - reclusão de três a nove anos

Pena - reclusão, de seis a dez anos (BRASIL, 1940).

Todavia, ante a constatação de que a norma então vigente não mais satisfazia às condições e necessidades requeridas para a época, fez-se necessário adequar a lei as demandas sociais, das quais, a de mais destaque é a liberdade sexual da mulher que não é mais tida como um objeto de desejos do homem, e sim um ser capaz de se autodeterminar, e com igualdade exercer plenamente os seus direitos.

Em mais um passo na linha evolutiva, a Lei nº 12.015, de 2009, trouxe a seguinte redação ao artigo 213 do Código Penal:

Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (BRASIL, 2009).

Com se nota, ao substituir o termo “mulher” por “alguém” a nova redação veio ampliar o rol de sujeitos passíveis de figurar no polo ativo e passivo do delito, que agora contempla os binômios homem-mulher, mulher-homem, homem-homem ou mulher-mulher. Portanto, a mulher que, mediante violência física ou ameaça, obrigue o homem a com ela manter conjunção carnal incorre no crime de estupro.

A circunstância de a mulher figurar como sujeito ativo do crime não afasta a incidência da modalidade conjunção carnal, haja vista que há cópula pênis-vagina. Assim, diante dessas modificações trazidas em 2009, tornou-se possível o surgimento de uma nova discussão jurídica, a qual seria a possibilidade da estupradora gerar um filho da vítima.

Quanto à ação penal referente ao estupro, o legislador também trouxe diversas alterações ao passar dos anos, dado que no primeiro código penal, publicado em 1940 a ação era de iniciativa privada, onde a faculdade de optar pela acusação pertencia apenas ao querelante ou seu representante.

Em 7 de agosto de 2009, com a publicação da Lei 12.015, os processos começaram a correr em segredo de justiça, devida à criação do artigo 234-B e a ação penal passou a ser pública e condicionada a representação, com exceção apenas aos casos de vulneráveis ou menores de 18 anos:

Ação penal

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

Art. 234-B. Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça (BRASIL, 2009).

Ou seja, para que se efetivasse a devida instauração, cumpria à vítima não contemplada nas hipóteses excepcionais satisfazer a condição de procedibilidade da ação penal, isto é: oferecer representação em até seis meses do conhecimento da autoria do fato.

Em suma, a representação fazia-se necessária até mesmo para dar-se início ao inquérito policial se constituindo na *delatio criminis postulatória*. Dessa forma ela funcionava como uma espécie de autorização irretratável, por meio da qual o ofendido ou seu representante legal expressarão sua vontade na realização da persecução penal (CAVALCANTE, 2002), visto que, “são crimes em que o interesse público fica em segundo plano, dado que a lesão atinge primacialmente o interesse privado” (MEHMERI, 1996, p.22). Isso posto, diz o Código Penal:

Ação pública e de iniciativa privada

Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça (BRASIL, 1940).

Porém, com o advento da Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018 o crime capitulado no artigo 225 do Código Penal aplicável aos foi revogado e uma nova redação foi dada para o seu caput, a qual determinou que a ação penal referente aos crimes dispostos no capítulo I e II do título irão proceder mediante ação penal pública incondicionada a representação, ou seja, todos os crimes que violam a dignidade sexual.

3 A REALIDADE BRASILEIRA FRENTE AO CRIME DE ESTUPRO

Após a análise do capítulo anterior, cumpre agora examinar a evolução cronológica e sociológica dos crimes sexuais no Brasil e sua ação penal, com o intuito de pormenorizar os motivos que levam o agente a praticá-lo, levando em consideração dados estatísticos a fim de materializar a dimensão da incidência desse crime na sociedade atual.

A violência sexual e principalmente o estupro vem atingindo a sociedade de forma global, visto que não escolhe sexo, raça, etnia, idade ou classe social, e, muito embora atinja pessoas do sexo masculino, as mulheres são em esmagadora maioria mais propensas a sofrer tal violência em qualquer fase de suas vidas, sendo a mais gravosa, durante a infância e adolescência.

O fato das mulheres ocuparem o maior número nas estatísticas se dá em razão de uma construção social, ou seja, a reprodução de ideias machistas e patriarcais semeada por décadas, que levam à supervalorização do masculino e dos estereótipos a ele associados em nossa sociedade, sempre relacionados à exaltação da violência e do ódio, onde a negociação e o pacifismo são tidos como fraqueza ou pertencente ao sexo frágil feminino.

E por mais que se observe certa atenuação das ideias e posturas machistas ligadas à sexualidade, ainda persiste a tendência social a enxergar na vestimenta ou comportamento da vítima a explicação e justificativa para o estupro sofrido. Segundo a pesquisa realizada pelo Datafolha, requerida pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), um em cada três brasileiros acredita que o estupro se dá por culpa da vítima, como aponta a matéria do site G1:

Entre os homens, o pensamento ainda é mais comum: 42% deles dizem que mulheres que se dão ao respeito não são estupradas.

A culpabilização da vítima também acontece entre as mulheres, que são as que mais sofrem com o crime: 32% concordam com a afirmação. Para 30% dos homens, a mulher que usa roupas provocativas não pode reclamar se for estuprada.

A pesquisa foi realizada pelo instituto Datafolha, que entrevistou, entre os dias 1º e 5 de agosto, 3.625 pessoas de 217 cidades espalhadas por todo o Brasil. A margem de erro máxima estimada é de dois pontos percentuais para mais ou para menos (G1, 2016).

Quanto às classificações específicas, tal crime é tido pela doutrina como comum, ou até como bicomum, como preleciona alguns doutrinadores, vez que admite a prática por pessoas do sexo feminino ou masculino em ambos os polos. É pluriofensivo, uma vez que viola não só a dignidade sexual do ofendido, mas também a liberdade individual, bem como a integridade corporal, e possui forma livre, ou seja, as escolhas de como praticar estão nas mãos do sujeito ativo.

Segundo o fragmento extraído do texto para discussão do instituto IPEA:

O estupro, assim como as demais violências de gênero, não trata de sexo, de afetividade e de intimidade. Trata, sim, conforme muito bem exposto por Brownmiller (1975), de uma relação de poder, em que os homens submetem as mulheres para que estas assumam determinados papéis na sociedade, e o caso extremo compreende a coisificação que extrai do indivíduo a sua condição de humanidade e, portanto, de sujeito de desejos e de direitos sobre o próprio corpo (CERQUEIRA, *et al.* 2017).

Nesse sentido, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) produziu um relatório estatístico, com base em dados fornecidos pelo Ministério da Saúde e do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan) que avaliou entre os anos de 2011 a 2014 a evolução das notificações de estupro no Brasil, analisando nos casos concretos o perfil dos agressores e a existência de vínculo com a vítima.

Os números de notificações oficiais do IPEA, extraídos a partir do ano de 2011 até 2014 indicam a ocorrência de 50,6 mil casos de estupro por ano, levando à ocorrência de um estupro a cada 10 minutos no país, porém, segundo o próprio IPEA esses dados não representam a realidade (CERQUEIRA, *et al.* 2017).

Isso se dá devido ao fato dos registros serem administrativos, necessitando assim que a vítima tenha procurado socorro em uma unidade de saúde e concordado em prestar informações, porém, de acordo com as informações do instituto isso só ocorre em 10% dos casos. Quanto à realidade vivenciada, aponta a análise do IPEA:

Enquanto o Sinan registrou, em 2014, 20.085 casos, as polícias tiveram 47.646 notificações de estupro. Esses registros administrativos, com base nos dados da saúde ou da polícia, representam, contudo, apenas uma pequena parcela dos eventos de violência sexual que acontecem a cada momento pelo Brasil afora e que terminam invisíveis aos olhos do Estado e da sociedade, em face dos tabus envolvidos e da ideologia do patriarcado imanente em nossa cultura (CERQUEIRA, *et al.* 2017).

Diante disso, a estimativa do instituto de pesquisa aponta que se não houvesse subnotificação, no mínimo, 527mil pessoas sejam estupradas por ano no Brasil, ou seja, um estupro por minuto. Assim, o IPEA, com base nos dados fornecidos SINAN concluiu que em 2014, os homens foram os agressores em 94,1% dos casos de estupro, ao passo que as mulheres foram as perpetradoras em 3,3% dos casos (CERQUEIRA, *et al.* 2017, p.17).

Quanto à caracterização das vítimas, a pesquisa mostra que na maioria dos casos a violência sexual é praticada contra pessoas em situação de vulnerabilidade, e sendo esses deficientes mentais, o risco de haver práticas recorrentes é ainda maior:

[...] a caracterização das vítimas de estupro no Sinan trouxe um aspecto duplamente grave. Além da vulnerabilidade das vítimas relacionada à idade (uma vez que 70% delas eram crianças e adolescentes, em 2014), mais de 10% apresentavam deficiências de ordem física ou mental. Enquanto, em geral, 36,2% das vítimas possuíam um histórico de estupros anteriores, entre as pessoas que apresentavam alguma deficiência, as vítimas recorrentes de estupro eram 42,4% (CERQUEIRA, *et al.* 2017).

No que se refere ao vínculo entre a vítima e o agressor, a pesquisa aponta que varia de acordo com a idade do ofendido (CERQUEIRA, *et al.* 2017), assim:

[...] cerca de 40,0% dos estupradores das crianças pertenciam ao círculo familiar próximo (incluindo pai, padrasto, tio, irmão e avô). Digno de nota ainda é o fato de que 8,8% dos estupros de crianças foram perpetrados por namorados ou ex-namorados, o que revela uma precoce sexualização na vida das meninas. Entre adolescentes, houve um virtual equilíbrio entre os conjuntos de perpetradores pertencentes a familiares próximos, a conhecidos e a pessoas desconhecidas da vítima. Já entre as mulheres com mais de 18 anos, a maioria dos agressores era desconhecido da vítima e, num segundo plano, amigo e conhecido (CERQUEIRA, *et al.* 2017).

Já os crimes levados a termo por pessoas desconhecidas, Daniel Cerqueira (2017) afirma que se destacam os casos de vítimas solteiras (68,1%), de primeira vitimização (86,0%), de ocorrências à noite (38,2%) e de madrugada (26,6%), em locais públicos (48,7%), com suspeita de embriaguez do agressor (46,8%), com mais de um autor (25,6%) e com uso de violência (59,5%), ameaça (48,4%) ou arma de fogo (18,4%).

3.1 Análise sobre o tipo penal do estupro

O estupro encontra-se elencado no rol taxativo do artigo 1º, inciso V e VI da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90). O bem jurídico protegido é a liberdade sexual dos indivíduos, ou seja, a faculdade de decidir com quem e quando irão se relacionar, abrangendo os aspectos da liberdade individual, como a privacidade e a intimidade, apresentando como consequência o tratamento penal mais rigoroso e com algumas privações, das quais elenca Guilherme Nucci:

[...] o cumprimento da pena inicialmente em regime fechado; a impossibilidade de obtenção de liberdade provisória, com fiança; o considerável aumento de prazo para a obtenção do livramento condicional, bem como para a progressão de regime; a impossibilidade de concessão de indulto, graça ou anistia, dentre outros (NUCCI, 2014, p. 910).

O tipo penal do estupro está previsto no artigo 213 do Código Penal Brasileiro, tendo como elemento subjetivo o dolo constituído pela vontade consciente de praticar qualquer conduta disposta a constranger e violar a liberdade e dignidade sexual do homem ou da mulher, sendo sua execução mediante violência ou grave ameaça, sem que haja o consentimento da vítima.

A forma de violência apta a configurar o estupro poderá ser *vis absoluta ou vis corporalis* que consiste no emprego de força física sobre a vítima, podendo ser lesões corporais ou vias de fato. Segundo Bitencourt (2019, p.55), “não é necessário que a força empregada seja irresistível: basta que seja idônea para coagir a vítima a permitir que o sujeito ativo realize seu intento”.

Poderá ocorrer de forma direta ou indireta. Na forma direta (imediata), a violência é dirigida contra o próprio ofendido, já na forma indireta (mediata), é voltada contra pessoa ou coisa ligada à vítima por laços de parentesco ou afeto.

Diferente da anterior, a grave ameaça ou violência moral *vis compulsiva*, essa consiste na promessa ou intimidação de realização de mal grave, futuro e sério contra a vítima ou pessoa próxima, sendo realizada por escrito ou de forma oral. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt lista alguns requisitos necessários à configuração da modalidade:

O mal prometido, a título de ameaça, além de futuro e imediato, deve ser determinado, sabendo o agente o que quer impor. O mal deve ser: **a) determinado**, pois, sendo indefinível e vago, não terá grandes efeitos

coativos; **b) verossímil**, ou seja, que se possa realizar, e não fruto de mera fanfarronice ou bravata; **c) iminente**, isto é, suspenso sobre o ofendido: nem em passado, nem em futuro longínquo, quando, respectivamente, não teria força coatora, ou esta seria destituída do vigor necessário; **d) inevitável**, pois, caso contrário, se o ofendido puder evitá-lo, não se intimidará; **e) dependente**, via de regra, da vontade do agente, já que, se depende da de outrem, perderá muito de sua inevitabilidade (grifo nosso) (BITENCOURT, 2019, p.56).

Esse crime restará consumado, independentemente de conjunção carnal, com a prática de qualquer ato libidinoso, bastando para tanto “[...] o toque físico eficiente para gerar a lascívia ou o constrangimento efetivo da vítima, que se expõe sexualmente ao autor do delito, de modo que este busque a obtenção do prazer sexual” (NUCCI, 2014, p. 918).

No mesmo sentido, Cleber Mason:

Na modalidade “ter conjunção carnal”, o delito se aperfeiçoa com a introdução total ou parcial do pênis na vagina. Na variante “praticar outro ato libidinoso” o crime se aperfeiçoa no momento em que se concretiza no corpo da vítima o ato libidinoso desejado pelo agente. Trata-se de crime material ou causal (MASON, 2013, p. 830).

As lesões corporais leves e as vias de fato na Lei de Contravenções Penais eventualmente causadas na vítima serão absorvidas pelo estupro. Em contrapartida, caso resulte em morte, lesões graves ou gravíssimas irão autorizar o reconhecimento da qualificadora, como prevê o Código Penal.

Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos;

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (BRASIL, 2009).

O elemento subjetivo de tal crime hediondo é o dolo, acrescido do interesse específico de agir, sendo ele a efetiva prática da violência sexual a fim de satisfazer a lascívia do agente, não se admitindo na modalidade culposa.

Adiante, no art. 217-A, o Código Penal ocupa-se da tipificação do crime praticado contra vulneráveis, nestes termos:

Estupro de vulnerável

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

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

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (BRASIL, 2009).

Independentemente de se falar em violência, considera a lei inviável e proibida a relação sexual mantida com tais vítimas, sejam elas menores de 14 ou aqueles incapazes de consentir, por embriaguez ou doença mental, tendo em vista a falta de capacidade para compreender as consequências indesejáveis que podem advir da relação sexual, tais como: transmissão de doenças venéreas e gravidez indesejada.

Sobre esse marco legal da incapacidade Cleber Mason leciona:

Como o tipo penal fala em “menor de 14 (catorze) anos”, se a conjunção carnal ou outro ato libidinoso for praticado com alguém no dia do seu décimo quarto aniversário, e contar com seu consentimento, o fato será atípico. Inexiste estupro de vulnerável, pois a pessoa não é menor de 14 anos, e também não há falar em estupro (CP, art. 213), em razão do consentimento penalmente válido e da ausência de violência ou grave ameaça (MASON, 2013, p. 846).

No tocante ao vulnerável menor de quatorze, não há de se falar em presunção de inocência relativa, pois recentemente a Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018 tratou de solucionar as divergências doutrinárias acerca do tema, incluindo no parágrafo quinto a inadmissão de prova em contrário; de forma que, tenha ou não o menor iniciado a sua vida sexual, incidirá a sanção penal, por se cuidar de presunção legal absoluta.

Pode-se, assim, concluir que a legislação brasileira não oferece margem possível para uma visão permissiva de práticas pedófilas. O que unicamente se admite são aquelas situações em que o agente incorra em erro quanto à idade, seja porque foi enganado ou induzido pela própria vítima, ou pelas características físicas manifestamente justificarem tal erro. Por conseguinte, não se imputará a prática desse crime ao agente, uma vez que não atuou com a consciência da ilicitude de sua conduta.

Quanto à ação penal, desde 2009 mantinha-se a ação pública condicionada à representação do ofendido, porém, com o advento da Lei nº 13.718/2018, todos os crimes sexuais passaram a se submeter a ação penal pública incondicionada à representação da vítima, sem exceções, ou seja, o ofendido apenas comunicará o fato e a autoridade policial procederá com a investigação, independentemente de manifestação de vontade em prosseguir com a persecução penal.

4 A MULHER COMO SUJEITO ATIVO DO ESTUPRO

Antes da Lei 12.015 de 2009 havia divergências doutrinárias quanto à conduta da perpetradora em forçar o homem a manter uma relação sexual, visto que o crime era próprio, não abarcando tal prática. Nesse sentido a mulher somente poderia atuar, segundo a tipificação legal, como partícipe, atraindo a vítima para que um homem pratique a violência, ou como autora mediata, hipótese em que atrairia pessoa carente do devido discernimento para submetê-la à conjunção carnal, por exemplo.

Não poderia configurar o atentado violento ao pudor, visto que nesse não se admite a prática da conjunção carnal, mas sim de diversos atos libidinosos. Nessas condições, à falta de enquadramento específico, a doutrina encontrava a solução de tipificar a prática do estupro pela mulher com o crime de constrangimento ilegal, previsto no artigo 146 do Código Penal:

Constrangimento ilegal

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. (BRASIL, 1940)

Tal entendimento prolongou no tempo devido aos costumes arcaicos que objetificavam as mulheres, sendo essas ensinadas desde infância a serem a “sombra” de vossos maridos, devendo essas se sujeitar e suprir todas as necessidades para que não fossem substituídas.

Nesse sentido, as mulheres passaram a acreditar que sua existência estaria restrita a reprodução e à sexualidade passiva, ficando sujeitas a diversas formas de violência, físicas e psicológicas, praticadas pelo marido (SILVEIRA, 2015). “Outro fator que contribui para aceitação desta submissão e violência por parte das mulheres é o fator da dependência financeira, uma vez que não era permitido que as mulheres trabalhassem” (SILVEIRA, 2015).

Para avaliar a evolução experimentada nos últimos tempos, é instrutivo atentar para as ideias sedimentadas no antigo código, como, por exemplo, a conjunção carnal forçada pelo marido era admitida pela legislação, pois acreditava-se na existência do débito conjugal, podendo o homem de forma lícita subjugar a

mulher, visto que era entendido como direito/dever de ambos os cônjuges de manterem relações sexuais entre si (NUCCI, 2014).

Tais ideias, porém, tornam-se dia a dia mais arcaicas e deslocadas no mundo atual, em que a mulher paulatinamente tem conquistado direitos antes exclusivos do homem, como a independência financeira, profissional e sexual. Um progresso se fez sentir principalmente em razão da Constituição Federal de 1988, E, dando impulso às mudanças, a presença do movimento feminista, como assinala Luciano Silveira:

O movimento feminista brasileiro foi um ator fundamental nesse processo de mudança legislativa e social, denunciando desigualdades, propondo políticas públicas, atuando junto ao Poder Legislativo e, também, na interpretação da lei. Desde meados da década de 70, o movimento feminista brasileiro tem lutado em defesa da igualdade de direitos entre homens e mulheres, dos ideais de Direitos Humanos, defendendo a eliminação de todas as formas de discriminação, tanto nas leis como nas práticas sociais. De fato, a ação organizada do movimento de mulheres, no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988, ensejou a conquista de inúmeros novos direitos e obrigações correlatas do Estado, tais como o reconhecimento da igualdade na família, o repúdio à violência doméstica, a igualdade entre filhos, o reconhecimento de direitos reprodutivos, etc (SILVEIRA, *apud*, BARSTED, 2015).

Com a entrada em vigor da nova lei em 2009, o legislador finalmente deu tratamento igual para homens e mulheres acerca do estupro, afastando a ideia de que a mulher somente poderia figurar o polo passivo, passando o ilícito a figurar com crime comum, sendo seus perpetradores responsabilizados igualmente independentemente do sexo. A respeito, Guilherme Nucci destaca:

A mulher que, mediante ameaça, obrigue o homem a com ela ter conjunção carnal comete o crime de estupro. O fato de ela ser o sujeito ativo não eliminou o fato, vale dizer, a concreta existência de uma conjunção carnal (cópula pênis-vagina). Há os que duvidam dessa situação, alegando ser *impossível* que a mulher constranja o homem à conjunção carnal. Abstraída a posição nitidamente machista, em outros países, que há muito convivem com o estupro da forma como hoje temos no Código Penal, existem vários registros a esse respeito. **Alguns chegam a mencionar ser crime impossível**, pois, se o homem for ameaçado, não seria capaz de obter a ereção necessária para a conjunção carnal. Ora, há vários tipos de ameaça grave, não necessariamente exercida com emprego de armas no local do delito. Ademais, existem inúmeros medicamentos dispostos a fomentar a ereção masculina na atualidade. E, por derradeiro, quem está ameaçado pode, perfeitamente, fazer valer a sua lascívia, que depende unicamente de comando mental. No mais, ainda que se possa dizer rara a hipótese, está bem distante de ser impossível. Quanto ao sujeito passivo, deve-se considerar qualquer pessoa, independentemente de suas qualidades (honesto ou desonesto, recatado ou promíscuo, virgem ou não, casado ou solteiro, velho ou moço) (NUCCI, 2019, p.1157) (grifo nosso).

Contudo, apesar de infrequente, a prática de tal crime está longe de se mostrar irrealizável. Pesquisa levada a efeito pelo instituto IPEA revelou que de 2011 a 2014 as mulheres foram perpetradoras em 3,3% dos casos de estupro ocorridos no país, sendo manifestamente a minoria, porém, suficiente para que se reflita as consequências.

A possibilidade de uma mulher constranger um homem à conjunção carnal era algo provavelmente impensável na década de 40. De fato, mesmo nos dias de hoje, a ocorrência da hipótese é bastante rara. Cremos que isto se deve não apenas à baixa incidência desta forma de estupro, mas também porque o crime, quando ocorre, permanece na clandestinidade, já que dificilmente algum homem se exporia ao constrangimento de comunicar tal agressão às autoridades (NUCCI, *et al*, 2010).

O receio de denunciar nem sempre se dá pelos mesmos motivos. Enquanto a mulher teme manchar sua reputação, sendo vista como “suja” perante a sociedade, o homem tem medo de ter sua masculinidade colocada à prova, sendo tido como fraco ou até homossexual, restando comprovado, assim, o fator "machismo" muito presente, mesmo na conjuntura atual, em que homens e mulheres figuram praticamente em pé de igualdade.

Por aí se nota como ainda sobrevivem certos resquícios de preconceitos típicos de uma visão de mundo incompatível com a realidade atual. Ainda hoje parece ser "errado ser vítima" quando se trata do estupro. Em vista disso, parte das vítimas preferem não denunciar seus agressores, com medo de expor sua honra, sofrer retaliações e se vê desacreditada perante a sociedade que muitas vezes duvidam que a relação sexual não foi consentida.

Ainda que, no passo evolutivo em que vivemos, as condições de igualdade entre homens e mulheres sejam cada vez mais aceitas e evidentes, são muitos os questionamentos acerca da possibilidade da mulher ser a autora do crime de estupro, tanto pela questão da força física, evidentemente menor comparado ao homem, quanto as biológicas, que dizem respeito à ereção masculina, necessária a efetivar o estupro na modalidade “conjunção carnal”. Sobre o exposto, discorre Anderson Pinheiro:

O coletivo demonstra resistência para aceitar o homem como titular da dignidade sexual, por todo um discurso patriarcal exaustivamente dissecado nas seções passadas. A ideia geral é que para o homem o sexo é uma

obrigação, uma prova de sua virilidade, e não consentir à prática sexual seria uma evidência de fraqueza, de vulnerabilidade (COSTA, 2014).

Em relação à disparidade de forças, há diversos mecanismos que possibilitam à mulher sobrepor-se à força masculina, tais como o emprego de arma de fogo e o uso de medicamentos e drogas capazes de reduzir significativamente sua capacidade de resistência, assim como veremos na sequência de forma pormenorizada.

4.1 A gravidez da mulher autora do crime de estupro

Quanto aos meios executórios, a fim de obter êxito em sua conduta criminosa, a autora poderá se fazer valer de medicamentos para impedir a flacidez no órgão genital masculino para que, mediante violência, grave ameaça ou por qualquer outro meio capaz de reduzir a resistência da vítima, se conclua a prática delitiva, com a cópula vaginal.

Ou ainda, conforme destaca Bitencourt (2019), a dificuldade de obter a ereção pode ser facilitada para a conclusão da conjunção carnal se a mulher pratica o crime contra companheiro, namorado ou até o próprio cônjuge. E ainda nesse sentido, outro meio possível seria a própria vítima, mediante grave ameaça, buscar estímulos a fim de obter a ereção para se esvair da violência, o que não caracterizaria o consentimento, como aponta o trecho a seguir:

[...] Nesse caso, o fato de o sujeito passivo do crime ter buscado estímulo para viabilizar o ato sexual não importa em consentimento, a desconfigurar o delito, mas na única saída para não sofrer violência ou mal injusto e grave. Percebe-se que, mesmo com a ereção, o ato sexual não era pretendido pela vítima, daí resultando em lesão ao bem jurídico especificamente tutelado: a liberdade sexual (NEVES, 2019).

Em relação à possibilidade de aumento do pena, a redação do artigo 234-A do Código Penal não especifica os agentes mas trata com clareza que a pena poderá ser aumentada pela metade ou dois terços se o estupro resultar em gravidez ou de um terço a dois terços, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador, ou ainda se a vítima é idosa ou pessoa com deficiência.

Quando se trata da vítima mulher, o aumento de pena em relação a gravidez é evidentemente justo, uma vez que, além da violência física e psicológica ela

arcaria com mais um ônus, que aumentaria significativamente os reflexos emocionais e físicos na vítima.

Porém, em se tratando de vítima do sexo masculino, é importante levar em consideração os prejuízos afetivos e patrimoniais que recairá tendo a gravidez como resultado, e ainda, também deve ser reconhecido, no momento da aplicação do aumento, as consequências no aspecto psicológico da criança advinda do ato criminoso (SILVEIRA, 2015).

Em tal contexto, considerando que o advento da gravidez da estupradora traz uma série de consequências negativas para o homem, haja vista que prática delituosa poderá ter por fim estabelecer relação com a vítima ou obter vantagem financeira, é inequívoco que a sanção penal também há de ser aplicada à gestante que figura como perpetradora do crime.

4.1.1 Possibilidade do aborto sentimental

Acerca do aborto, “no Brasil vigora o “Sistema Proibitivo Restritivo” bastante rigoroso no qual a prática do abortamento é crime e somente em duas hipóteses há a possibilidade do aborto legal” (CABETTE, 2009, p.03), desde que realizado por médico. Assim, discorre Cabette:

Para a prática do aborto sentimental não há necessidade de ordem judicial prévia nem que haja Inquérito Policial ou processo em andamento ou decidido, bastando que o médico tenha elementos sérios para crer na veracidade da ocorrência do estupro. Se o médico pratica o aborto crendo na ocorrência de estupro que na verdade não ocorreu, fica isento por erro de tipo (CABETTE, 2012, p.41).

Essas hipóteses encontram-se previstas no artigo 128, I e II do Código Penal. A primeira é chamada de aborto necessário ou terapêutico, quando não há nenhum outro meio de salvar a gestante, e a segunda é denominada de aborto sentimental, piedoso ou moral, permitido quando a gravidez é resultado do estupro.

Segundo Genival Veloso de França (2017) o aborto sentimental surgiu em alguns países da Europa em um cenário de Primeira Guerra Mundial, onde muitas mulheres foram violentadas pelos invasores rivais, provocando na população um sentimento de patriotismo contra a maternidade forçada, pois não seria justo carregar no ventre o resultado de uma violação. Assim, como consequência, leis

foram criadas para permitir o aborto nos casos de gravidez resultante de conjunção carnal forçosa.

Tendo em vista que apesar do ordenamento jurídico se basear em princípios que buscam a inviolabilidade do direito à vida, nenhum deles possui aplicabilidade absoluta, sendo assim é completamente plausível que se permita o aborto em casos excepcionais, a fim de preservar um bem maior, sendo esse a dignidade humana, psíquica e moral da gestante que teve sua vontade absolutamente suprimida.

Mediante o exposto, a gestante claramente poderá se valer do aborto legal caso a gravidez seja resultante de um estupro, porém, com a incidência da Lei 12.015 de 2009 tornou-se possível que a mulher figurasse no polo ativo desse crime hediondo, criando um novo panorama na esfera penal, o qual seria a mulher engravidar em decorrência de sua própria conduta delitiva.

Em vista disso, seria possível a adequação do aborto sentimental nessa hipótese? Outrossim, o homem-vítima poderia pleitear de alguma forma a realização do aborto legal?

De plano, podemos observar que o permissivo legal (128, II do Código Penal) não faz qualquer diferenciação do tratamento em relação aos sujeitos praticantes, utilizando apenas a expressão “gravidez que resulta de estupro” (CABETTE, 2009), porém, seria inconcebível que a mulher se valesse do aborto legal, visto que o procedimento fora pautado em um cenário em que a mulher somente poderia figurar como vítima, e não como autora.

Assim, todos os parâmetros éticos, emocionais e morais envolvendo o tema se baseiam na ideia de que a gestante carregaria o “fruto” de um mal injusto praticado por terceiro, sendo manifestamente incoerente que fosse ela obrigada a suportar os efeitos da gravidez e os desafios da criação, levando em consideração a grande probabilidade da criança manifestar problemas psicológicos.

Preleciona Rogério Greco acerca do tema:

[...] entendemos que aquela que praticou a violência ou a grave ameaça, para que pudesse ser possuída sexualmente pela vítima, não poderá ser beneficiada pelo dispositivo legal, sob pena de serem invertidos os valores que ditaram a regra permissiva (GRECO, 2011, p. 642).

Desse modo, a primeira indagação seria negativa pelo simples fato de que a mulher não poderia descartar uma vida, na medida em que concorreu com dolo ou culpa para sua própria gravidez, tornando-se impossível obter cobertura legal para valer-se do aborto humanitário (NEVES, 2019). Assim sendo, caso a mulher insista no abortamento ela responderá pelo crime tipificado no artigo 124 do Código Penal, tendo como pena de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos.

No que tange à possibilidade do homem pleitear a realização do aborto, equiparando-se com a condição de mulher-vítima, a fim de solucionar o ônus da paternidade indesejada, por mais que possa parecer justo, resta-se inaceitável em razão dos motivos expostos a seguir.

O primeiro argumento extrai-se da literalidade do artigo 128, II que expõe ser requisito essencial o consentimento prévio da gestante, ou no caso de incapacidade, pelos seus representantes legais. Por essa razão, se o médico age com a inobservância do consentimento, comete crime.

Por mais que possa existir argumentos capazes de defender a aplicação analógica ou extensiva ao caso, grande parte da doutrina entende de modo diverso, pois dessa forma, seria evidente a violação de uma série de princípios, quais sejam: o princípio da legalidade, uma vez que a lei não prevê de forma explícita essa hipótese, ao princípio da humanidade das penas contido no artigo 5º da Constituição Federal que traz a vedação de aplicação de penas cruéis (imposição do aborto) e ao princípio da intranscendência, visto que a pena não pode passar do infrator, ou seja, não poderia atingir um terceiro inocente, o feto.

Sobre a interpretação extensiva do aborto expressa Cabette:

A 'interpretação progressiva' ou 'extensiva' infringiria a mens legis, vez que jamais se pretendeu na legislação brasileira autorizar o aborto advindo de coito desejado pela mulher. A razão de ser do aborto sentimental é o reconhecimento pelo legislador do conflito e do sofrimento psíquico da vítima de estupro, daquela que necessitará buscar forças sobre-humanas para vencer a dor de conviver com terríveis lembranças durante a gestação e inclusive após o parto, por toda sua convivência com o filho advindo de uma relação sexual traumática. Não há de forma alguma justificativa para qualquer comiseração semelhante em relação àquela que desejou a relação sexual e até chegou ao ponto extremo de impô-la criminosamente ao homem-vítima (CABETTE, 2010, p.138-139).

Eduardo Cabette (2010) também aponta que seria injusto impor o aborto à gestante estuprada, na medida em que não se pode punir um crime com outro crime em razão do cunho socioeducativo da pena. A infratora já seria penalizada com o aumento de pena pelo resultado gravidez disposto no artigo 234-A, III.

Na mesma toada, Damásio expõe:

Assim, por mais que possa parecer justo o homem vítima de estupro pleitear o aborto sentimental, por mais que se queira equiparar sua condição à da mulher vítima, tal hipótese não encontra qualquer amparo no ordenamento legal. As consequências da paternidade indesejada e resultante de crime poderão ser minimizadas na esfera cível, no que diz respeito às obrigações daí decorrentes. Na esfera criminal, como dito, na incomum, porém possível, hipótese de o homem vir a ser vítima de estupro, em nossa opinião, não poderá haver o aborto sentimental (JESUS, *et al*, 2011, p.03).

Ademais, por mais cruel que seja ter um filho que sua concepção se deu de forma violenta e traumática, a hipótese do aborto forçado não encontra respaldo em nenhum dispositivo legal, sendo manifestamente inconstitucional e tampouco razoável ou justa, pois além da “proteção da integridade física da gestante, não se pode olvidar da vida humana intra uterina, a qual a lei brasileira tutela desde a concepção” (NEVES, 2019, p.10).

Nesse sentido, defende Greco:

[...] entendemos como impossível o pedido que possa ser levado a efeito judicialmente pela vítima, com a finalidade de compelir a autora do estupro ao aborto, sob o argumento de que não desejava a gravidez e, conseqüentemente, o fruto dessa relação sexual criminoso. Isso porque devemos preservar, *in casu*, o direito à vida do feto, já que não se confunde com o crime praticada pela sua mãe, ou mesmo com as pretensões morais da vítima (GRECO, 2011, p. 642).

Em suma, mostra-se justo e necessário que haja a possibilidade de minimizar os efeitos da paternidade indesejada na esfera cível, levando em consideração os enormes prejuízos sofridos pela vítima, mas sem negligenciar os direitos e garantias inerentes à criança.

5 OS EFEITOS CIVIS DA PATERNIDADE INDESEJADA APLICADOS AO HOMEM-VÍTIMA

Tendo em vista a impossibilidade do aborto sentimental discutido no capítulo anterior, faz-se necessário avaliar as consequências advindas da paternidade que irá recair sobre a vítima na esfera cível, onde se encontra em conflito a dignidade física e psíquica do homem, versus o direito a uma vida digna do nascituro.

A princípio, é importante salientar que se trata de uma hipótese bastante incomum, e por essa razão, não há qualquer dispositivo legal ou jurisprudência até o momento que trate especificamente do caso, restando-nos observar as esparsas discussões que circundam a doutrina e os princípios aplicáveis, a fim de contribuir para o entendimento do tema.

Em que pese o direito do nascituro, a vasta legislação garante primordialmente o direito à vida, e nesse contexto, abrange não só o direito ao nascimento, mas sim todos os elementos necessários para a sua manutenção, como o sustento e vida digna, como demonstra o artigo 2º do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002).

E ainda, nesse mesmo contexto, o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe: “A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência” (BRASIL, 1990).

O dever de cuidado e zelo pela prole é tão essencial no direito brasileiro que o legislador previu uma série de punições para assegurar o seu cumprimento, tendo como exemplo a prisão civil por inadimplemento de prestações alimentícias, suspensão do poder familiar ou até mesmo punições no âmbito penal dispostas no capítulo III do Código Penal que trata dos crimes contra a assistência familiar (MARINO; CABETTE, 2012).

Em vista disso, a grande discussão é pautada nos efeitos jurídicos da paternidade indesejada gerada pela violência, quais sejam: a possibilidade da

criança requerer a ação investigatória de paternidade, ter ou não o genitor o dever de prestar os alimentos, inclusive os gravídicos, participação na sucessão, possibilidade da criança usar o nome paterno e visitação (JESUS *et al*, 2011).

Oportuno, então, recordar que a lei confere todos os direitos à criança, a partir do seu nascimento com vida, independentemente da forma de concepção, sendo manifestamente proibida qualquer forma de discriminação entre seus descendentes, conforme o princípio da igualdade de filiação positivado no artigo 227 da Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com **absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (grifo nosso) (BRASIL, 1988).

No mesmo sentido, afirmando o princípio da igualdade de filiação, o Código Civil brasileiro, no artigo 1.596 preceitua: “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” (BRASIL, 2002).

Além do princípio mencionado, a legislação assegura à criança e ao adolescente o direito à proteção integral e à prioridade absoluta dos direitos e melhor interesse, principalmente em relação ao Poder Público, que deve agir, destinando receitas para atender as demandas infanto-juvenis em primeiro lugar. Assim, de acordo com o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA):

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, **sem prejuízo da proteção integral** de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, **sem discriminação** de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem (incluído pela Lei nº 13.257, de 2016) (grifo nosso) (BRASIL, 1990).

Quanto ao reconhecimento da filiação, a lei prevê que poderá ocorrer de forma voluntária, com a expressa manifestação de vontade, ou forçosa, obtido através de uma ação investigatória de paternidade. E, tendo a filiação reconhecida, torna-se

uma obrigação civil eterna, só revogável em caso de comprovado vício de consentimento.

Uma vez reconhecida a paternidade, surge com ela a obrigação de prestar alimentos, a fim de garantir a manutenção das condições vitais do nascituro. Tal obrigação encontra amparo no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da solidariedade, visando não só o alimento propriamente dito, mas sim todas as demandas que a criação requer, como: educação, saúde, vestuário, lazer e habitação.

Nesse sentido, preleciona Tepedino:

O dever de sustento advém da autoridade parental, previsto nos arts. 229 do Texto Constitucional, 1.566, IV, 1.568 e 1.724 do Código Civil, além do art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Compõe o conjunto de deveres que competem aos pais, ao lado da educação e da assistência, de modo que os pais devem cuidar, integralmente, dos filhos, em todos os aspectos materiais e existenciais. Seu principal efeito é a presunção da necessidade do filho, discutindo-se apenas o quantum a pagar a título de alimentos, sem se questionar tal ônus (TEPEDINO, 2020, p.334).

Os alimentos expressam o interesse público-familiar, onde sempre serão calculados com base no binômio da necessidade daquele que pleiteia *versus* possibilidade daquele que se exige para que não prejudique o seu próprio sustento. Nessa toada, segundo Gustavo Tepedino:

O direito a alimentos é direito personalíssimo. Os alimentos destinam-se à subsistência do alimentando, por isso é pessoal, é um direito que cabe a ele exercer se necessitar, e em caso de incapacidade, ser representado ou assistido, a depender do grau de incapacidade civil. A doutrina o vincula a direito da personalidade, e sendo assim, trata-se de direito que pertence ao ser desde o seu nascimento, com a ressalva dos alimentos gravídicos que podem ser estabelecidos desde a gestação (TEPEDINO, 2020, p.334).

É válido destacar ainda que os deveres dos pais em relação aos filhos não se limitam a mera prestação alimentícia, mas possuem também o dever de proporcionar carinho, companheirismo, atenção e afeto, visto que são elementos essenciais para formação da personalidade e desenvolvimento emocional, moral e psíquico da criança. Nesse sentido, havendo o abandono e indiferença afetiva, a lei permite que o menor seja indenizado, como observado no julgado citado a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO DE MENOR - GENITOR QUE SE RECUSA A CONHECER E ESTABELECE CONVÍVIO COM FILHO - REPERCUSSÃO PSICOLÓGICA - VIOLAÇÃO AO DIREITO DE CONVÍVIO FAMILIAR - INTELIGÊNCIA DO

ART. 227, DA CR/88 - DANO MORAL - CARACTERIZAÇÃO - REPARAÇÃO DEVIDA - PRECEDENTES - 'QUANTUM' INDENIZATÓRIO - RATIFICAÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO - SENTENÇA CONFIRMADA.

A responsabilidade pela concepção de uma criança e o próprio exercício da parentalidade responsável não devem ser imputados exclusivamente à mulher, pois decorrem do exercício da liberdade sexual assumido por ambos os genitores.

(TJ-MG - AC: 10145074116982001 MG, Relator: Des. Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 16/01/2014, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 23/01/2014).

Na ementa transcrita acima, o relator condena o pai ao pagamento de danos morais em decorrência do abandono afetivo, fundado no argumento de que a mulher não seria a única responsável pelos deveres da filiação, posto que a concepção foi resultado do exercício da liberdade sexual de ambos genitores.

Desse modo, ao analisar tais direitos na situação-problema, e, levando em consideração que a gestante-autora estará em provável situação prisional, em decorrência da prática do estupro, a prestação alimentícia e o suporte que o reconhecimento da filiação traz seria extremamente necessário para a manutenção da vida digna dessa criança.

Nesse sentido, observando sob a ótica da legislação atual, pode-se concluir, quanto as garantias da criança, que independentemente da ausência de vontade e do ato ilícito cometido pela genitora, a lei garante que o nascituro é detentor de todos os direitos, assim como uma criança gerada no seio familiar.

Porém, nesse ínterim, como se trata de uma situação jurídica nova, tais garantias foram criadas antes da publicação da lei, que possibilitou que a mulher fosse autora do estupro, levantando dúvida quanto à possibilidade de relativizá-las nesse caso atípico, uma vez que a violação sexual em desfavor do homem não pode ser ignorada.

Quanto à relativização de direitos, partimos do pressuposto de que não há direito absoluto, uma vez que a legislação foi criada pelo ser humano, não estando ela imune ao erro, e, por essa razão, ao se deparar com situações inéditas, é possível sopesar os bens jurídicos em questão e relativizar um, em benefício do outro, a fim de encontrar a solução mais proporcional e razoável ao caso.

Dessa forma, cabe indagar: seria justo impor o reconhecimento da paternidade de um filho gerado mediante violência e tamanha desonra, tendo em vista que a autora poderia ter a prenhez como objetivo do estupro?

Inicialmente, para obter resposta a tal indagação, é necessário recorrer à análise principiológica da hipótese proposta. Desde já, os princípios mostram-se indispensáveis, pois preenchem lacunas e servem de parâmetro, orientando e limitando as regras com base nos valores de uma sociedade.

Quanto aos princípios aplicados ao caso, o de maior relevância, fonte-base dos direitos fundamentais, é a dignidade da pessoa humana, imprescindível na análise do tema, encontrando previsão legal no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, sendo um fundamento da República Federativa do Brasil, abrangendo as mais variadas formas de garantia.

A dignidade manifesta-se como um atributo inerente à pessoa humana, ou seja, o simples fato de “ser humano” já enseja o direito e proteção a qualquer ato de cunho desumano e degradante, independentemente de gênero, condição econômica, cor, raça ou religião.

Nessa esteira, afirma Damásio:

Sem sombra de dúvida, estamos diante de uma antinomia principiológica na qual o vetor da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF) se relativiza ou para proteger o nascituro e o nascido vivo para garantir-lhes todos os direitos acima enunciados ou inclinando-se a proteger o homem vítima de estupro, deixando de obrigá-lo a se responsabilizar pelo referido nascituro ou pelo nascido vivo (JESUS *et al*, 2011, p.05).

Secundariamente, aliado à dignidade da pessoa humana temos o princípio da igualdade e o da isonomia, sendo essencial no estudo do tema, dado que possibilita a ponderação justa dos direitos em questão (COSTA, 2014).

Encontram-se contidos no caput do artigo 5º da Constituição Federal, que preleciona “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]” (BRASIL, 1988), o que significa, objetivamente, a obrigatoriedade do tratamento jurídico igualitário.

Porém, sob o ponto de vista isonômico, a depender das circunstâncias, o tratamento igualitário absoluto poderá ser prejudicial, em vista disso, além de tratar

os iguais de forma igual, deve-se tratar também os desiguais na medida de sua desigualdade. Isso se dá, pois, apesar dos seres humanos serem iguais (mesma espécie), apresentam características que os distinguem, e, conseqüentemente, faz-se necessário determiná-las para conferir oportunidade a todos, sem distinção.

Desse modo, a observância dos referidos princípios torna-se importante desde a formulação da norma pelo legislador, pois não se pode prever tratamento diferenciado para situações idênticas, exceto quando a lei determinar, ou quando a interpretação permitir, não configurando, nesse caso, violação ao princípio da igualdade, desde que não se utilize como argumento razões infundadas e arbitrárias.

E ainda, entrelaçados com tais princípios tem-se a proporcionalidade e a razoabilidade, fator ímpar que guia o julgador na aferição de conseqüências, buscando sempre a solução mais sensata e benéfica quando em determinado cenário jurídico, for necessário relativizar direitos. Em vista disso, discorre Anderson Pinheiro:

[...] em relação ao princípio da igualdade e da isonomia, existem também dois ramos relacionados ao tratamento dos direitos da pessoa humana de forma equivalente, quais sejam a proporcionalidade e a razoabilidade. Estas duas especificações do direito relativo à igualdade trazem, ainda, uma fonte principiológica para solucionar o conflito de direitos, devendo o legislador observar se a solução jurídica examinada está baseada na razoabilidade e proporcionalidade (COSTA, 2014).

Inicialmente, alguns doutrinadores, como Damásio acreditam que impor o reconhecimento da filiação e as obrigações daí decorrentes não seria proporcional e muito menos razoável, uma vez que não houve, ao menos o requisito mínimo, qual seja a vontade procriacional, como mencionado no trecho do autor citado abaixo:

Um dos vetores da dignidade, nessa ordem de coisas, é o princípio da vontade procriacional inequívoca. Para que determinado ascendente, portanto, tenha 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 nas relações sexuais em geral (JESUS *et al*, 2011, p.05).

A vontade procriacional manifesta-se como o desejo de um casal de gerar descendentes por meio da relação sexual, e, caso ocorra uma gestação sem o devido planejamento, apesar de não ser a intenção do casal, tal resultado foi

consequência do exercício da liberdade sexual de ambos, pois tinham conhecimento do que a relação poderia causar e optaram por assumir o risco (COSTA, 2014).

Mediante o exposto, resta-se claro que homem em nenhum momento concorreu para a ocorrência de tal resultado, não aplicando sequer a presunção de vontade, pois, além de não desejar ser vítima da violência sexual, por óbvio, não assumiu o risco do resultado gravidez.

Nessa esteira, preleciona Anderson Pinheiro acerca do caso em tela:

O homem, além de vítima da invasão sexual que ofende o bem jurídico da dignidade sexual, tutelado pelo Código Penal, terá que arcar com as consequências civis do ilícito, que não previu ou assentiu, resultando essas circunstâncias em relevante desrespeito às garantias constitucionais da dignidade humana e razoabilidade (COSTA, 2014).

Em relação à condição de vítima da violência sexual, não pode haver nenhum tipo de diferenciação, pois, tanto o homem quanto a mulher possuem os mesmos direitos violados, sendo eles: primordialmente a dignidade da pessoa humana, a honra, a intimidade e a liberdade sexual, levando ambos a lidar com as consequências psico-físicas causadas pelo delito.

Nessa esteira, seguindo o mesmo raciocínio de Damásio, Anderson Pinheiro (2014) afirma que mesmo existindo o vínculo biológico, impor o reconhecimento absoluto da paternidade ao homem-vítima seria retroceder na busca da igualdade positivada no artigo 5º, inciso I da Constituição federal, visto que, do contrário, quando a vítima é do sexo feminino a dignidade humana da mulher é colocada à frente do direito a vida do feto, sendo-lhe facultado interromper ou não a gravidez.

Porém, no caso em questão, não é possível que homem se exima da responsabilidade paternal através da interrupção da gestação, pelos motivos já expostos na presente pesquisa. Todavia, devido ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, mostra-se justo que assim como a mulher, o homem tenha a faculdade de optar por manter ou não o vínculo afetivo com a criança, visto que a imposição recairia como mais um ônus, pelo qual a vítima deveria suportar.

Não são menosprezados aqui os interesses da criança, entretanto uma **relação afetiva de paternidade, extremamente forçada, não traz benefícios a nenhum dos envolvidos**, pois o vínculo entre pai e filho diz respeito, principalmente, ao amor. O Direito também não busca os chamados “santos e heróis”, ou seja, aqueles seres humanos que agem de

modo supremo, com magnânima bondade e superioridade, pois o parâmetro a ser considerado é o do “homem médio” que, provavelmente, não desenvolverá com dedicação e generosidade uma paternidade da qual não participou propositadamente (grifo nosso) (COSTA, 2014).

Nessa sentido, a primeira tese é fundada na possibilidade de relativização do direito à paternidade quando o homem é vítima do crime de estupro, atribuindo-se a ele a faculdade de optar por reconhecer a filiação e arcar com todos os deveres inerentes a esta, ou simplesmente negar-se a manter o vínculo afetivo com o fruto da violência sexual. A lição de Damásio reforça a presente tese, ao elucidar:

Por questões que refoguem ao Direito, se o referido ascendente, de maneira inequívoca, quiser reconhecer um filho fruto de estupro a que foi submetido, não haverá nenhum empecilho. Essa situação, porém, 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, tendo em vista que esta é consequência de uma relação a que foi ilicitamente exposto e obrigado (JESUS *et al*, 2011, p.03).

Em se tratando de culpabilidade, é dever do estado zelar e garantir segurança irrestrita aos indivíduos para que delitos como esse não sejam cometidos, dessa forma, ao ponderar o fator “culpa” no caso exposto, tanto o homem vítima da violência sexual quanto o feto não deveriam sofrer as consequências dos atos criminosos praticados pela autora, uma vez que não concorreram para o resultado.

Assim, como uma alternativa de não punir inocentes, mostra-se justo a teoria em que o Estado deveria arcar com todo e qualquer ônus proveniente desse crime, qual seja, punir a perpetradora e arcar com os alimentos do nascituro a fim de poupar a vítima de maiores sofrimentos, tomando as medidas cabíveis para garantir o direito a uma vida digna da criança, como a retirada do poder familiar ou até a colocação em família substituta, se for o caso.

Por outro lado, não se pode olvidar dos direitos inerentes à criança, uma vez que a lei os garante com absoluta prioridade. Desse modo, contrapondo a primeira tese, parte da doutrina entende que independentemente do modo com que a concepção foi obtida, a criança tem direito ao reconhecimento da filiação, amparado no fato de que o nascituro não poderia responder pelos crimes praticados pelos seus pais, segundo expõe Rogério Greco:

Pode ocorrer que uma mulher, além da vontade de satisfazer seus desejos sexuais com a vítima, queira também, como se diz no jargão popular,

aplicar o “golpe da barriga”. Imagine que a vítima seja um homem bem sucedido profissionalmente, sendo possuidor de um patrimônio invejável. Teria o fruto dessa concepção indesejada e criminosa direito a pensão de alimentos ou mesmo fazer parte da sucessão hereditária da família, recebendo sua cota-parte juntamente com os demais herdeiros, após o falecimento daquele que foi violentado sexualmente? A resposta só pode ser positiva. Isso porque a criança, que se tornou herdeira, não pode sofrer as consequências dos atos criminosos praticados pela sua mãe, devendo o Estado não somente protegê-la como também assegurar-lhe todos os seus direitos, incluindo, aqui, o de participar na sucessão hereditária de seu genitor, mesmo que tenha sido ele vítima de um crime de estupro (GRECO, 2011, p. 642-643).

Dessa maneira, a segunda tese consubstancia-se no fato de que os direitos inerentes à criança estão acima dos direitos individuais do homem e de sua integridade física e psíquica. E por isso conclui-se que o reconhecimento da paternidade faz-se indispensável, devendo a vítima assumir todos os deveres inerentes à filiação, como a obrigação de prestar alimentos, inclusive os gravídicos, e o dever de cuidado, proteção, zelo e atenção, sob pena de sofrer penalizações caso reste configurado a alienação parental.

Nesse sentido, do ponto de vista de Marino e Cabette:

[...] a obrigação alimentar subsiste, independentemente do modo como o nascituro foi concebido, ou seja, não importa se a criança é fruto de um relacionamento ilícito, os pais têm o dever de sustento. Além disso, é direito da futura criança ver reconhecida a sua filiação, ainda que a mãe tenha praticado o estupro por interesses financeiros (MARINO; CABETTE, 2012, p. 21-22).

No caso de recusa no reconhecimento da filiação ou na realização do exame de DNA, tendo em vista que não há possibilidade de coerção física do investigado a proceder ao exame, de acordo com o entendimento sumulado nº 301 do Superior Tribunal de Justiça, “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”, ou seja, a recusa ensejará a presunção absoluta da filiação.

Ainda sobre a segunda tese, uma solução intermediária para diminuir os danos patrimoniais do homem-vítima defendida por Aline Marques Marino e Luiz Eduardo Cabette (2012) seria impor a prestação de contas referente a pensão alimentícia destinada ao sustento da criança, ou ainda, a propositura da ação civil *ex delicto* em desfavor da autora do crime, buscando dessa forma “compensar os resultados desfavoráveis advindos desse delito, inclusive em relação aos alimentos” (2012, p.22).

Para ingressar com a ação civil *ex delicto* é necessário que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tornando-a definitiva, assim, constará como título executivo judicial podendo ser levada ao juízo cível para que a vítima obtenha a reparação, cabendo apenas a discussão quanto ao valor da indenização, visto que o Código Penal já estabelece como consequência da condenação a obrigação de reparar o dano (NUCCI, 2020).

Ante as argumentações principiológicas e teses expostas, conclui-se que em razão da complexidade e multidisciplinaridade do tema, não se torna uma tarefa fácil assumir uma posição e encontrar a solução mais justa para a hipótese polêmica em questão. Nesse sentido, ainda é escasso as posições doutrinárias que tratam do tema, devido à raridade da problemática aqui abordada.

Porém, apesar de ser uma hipótese ímpar, nada impede a sua ocorrência, visto que encontra respaldo na lei, devendo o legislador tratar das consequências e desdobramentos desse crime no âmbito do direito familiar, a fim de positivar a solução mais justa e proporcional para o caso.

6 CONCLUSÃO

Diante dos argumentos expostos, verificou-se que com a alteração do artigo 213 do Código Penal pelo advento da Lei 12.015 de 2009, tornou-se possível que a mulher ocupe o polo ativo do crime de estupro, porém, restou omissa no que tange as consequências na modalidade conjunção carnal. Com efeito, não resta dúvidas que a mulher obtenha êxito na conclusão do crime nessa modalidade, pois, como evidenciado na pesquisa, existem diversos métodos capazes de reduzir a resistência da vítima e promover a ereção.

Dessa forma, a pesquisa teve por objetivo analisar o surgimento de uma nova hipótese jurídica, sendo essa a possibilidade da mulher engravidar em razão de sua própria conduta delituosa, que apesar de improvável e rara, torna-se evidentemente possível com o advento da nova lei.

Nesse ínterim, buscando respostas para as lacunas legais referente à hipótese evidenciada, e devido à multidisciplinaridade do tema, tal estudo não se limitou ao âmbito do direito penal, abrangendo também questões constitucionais e do direito familiar, a fim de encontrar a solução mais adequada e em conformidade com a lei e os princípios basilares.

No que tange às lacunas legais, a lei foi omissa em dois aspectos, o qual a pesquisa se propõe em averiguar a sua possibilidade: a) utilização do aborto sentimental; b) relativização do direito à paternidade do homem-vítima do crime de estupro.

Quanto ao aborto sentimental, constatou-se que tanto a autora quanto o homem-vítima não poderia se valer de tal permissivo legal, uma vez que fora criado para hipótese em que a gestante figura como vítima, nesse sentido, seria completamente inconstitucional sua aplicação extensiva, vez que haveria a total inversão dos padrões éticos que ditaram a norma permissiva.

E por fim, ante a constatação da impossibilidade de utilização do aborto sentimental, cumpriu-se a verificação dos reflexos no âmbito cível, onde, devido à atipicidade do tema não há sequer jurisprudência, portanto, a pesquisa restringiu-se a analisar as iniciais discussões e teses que circundam a doutrina. Nesse contexto

foi possível observar a existência de duas correntes doutrinárias, não sendo possível identificar a majoritária.

A primeira entende pela impossibilidade da relativização do reconhecimento da filiação, visto que, pelo princípio da igualdade de filiação, independentemente da forma de concepção, a criança deve ser tratada com absoluta prioridade, estando acima dos direitos individuais do homem e sua integridade física e psíquica, não podendo em nenhuma hipótese responder pelo crime praticado pelos seus pais, devendo arcar com todas as responsabilidades referentes à paternidade.

Em contrapartida, a segunda hipótese defende a possibilidade de o homem-vítima poder livremente optar por reconhecer ou não reconhecer a filiação, com base no princípio da igualdade, proporcionalidade e razoabilidade a fim de não agravar a situação daquele que teve sua liberdade usurpada pela violência sexual.

7 REFERÊNCIAS

AMÊNDOLA NETO, Vicente. **História e Evolução do Direito Penal no Brasil**. Campinas: Julex, 1997.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15/04/2020.

_____. **Código Criminal do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Assembléia Geral, 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 10/05/2019.

_____. **Código Penal**. Brasília, DF: Senado, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm#art361>. Acesso em: 12/04/2020.

_____. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Ministério dos Negócios da Justiça, 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em: 10/05/2019.

_____. **Constituição Federal**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05/04/2020.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 25/04/2020.

_____. **Lei nº 12.015**. Brasília, DF: Senado: 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 20/05/2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 25ªed, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610037/cfi/101!/4/4@0.00:22.0>>. Acesso em: 13/05/2020.

_____ **Tratado de Direito Penal:** parte especial 4. 13° ed, volume 4. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610044/cfi/4!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 16/05/2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Crimes contra a dignidade sexual:** tópicos relevantes. 2°ed. Curitiba: Juruá, 2020. Disponível em: <<https://www.jurua.com.br/bv/conteudo.asp?id=28293&pag=185>>. Acesso em: 10/05/2020.

_____ **Inversão de Papel:** A mulher como sujeito ativo do crime de estupro. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-set-26/mulher-sujeito-ativo-crime-estupro-consequencias?pagina=3>>. Acesso em: 23/05/2019.

_____ **Direito Penal: Parte Especial.** SP: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502169081/cfi/4!/4/2@100:0.00>> Acesso em: 18/03/2020.

CANELA, Kelly Cristina. **Aspectos Presentes nas Fontes Literárias Sobre a Sexualidade Feminina e o Estupro:** O estupro no direito romano. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/28170-O-estupro-no-direito-romano-kelly-cristina-canela.html>>. Acesso em: 19/09/2019.

CERQUEIRA, Daniel. *et al.* **Estupro no brasil:** vítimas, autores, fatores situacionais e evolução das notificações no sistema de saúde entre 2011 e 2014. Ipea, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7973/1/td_2313.pdf>. Acesso em: 20/06/2019.

COSTA, Anderson Pinheiro da. **A mulher como sujeito ativo do crime de estupro e as consequências nas esferas cível e penal.** Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/41040/a-mulher-como-sujeito-ativo-do-crime-de-estupro-e-as-consequencias-nas-esferas-civel-e-penal>>. Acesso em: 10/05/2020.

G1. **Um em cada 3 brasileiros culpa mulher em casos de estupro.** Disponível em: < <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/09/um-em-cada-3-brasileiros-culpa-vitima-em-casos-de-estupro-diz-datafolha.html>>. Acesso em: 16/05/2020.

FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina Legal.** 11 ed. RJ: Guanabara Koogan, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II.** 6 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. **Código Penal: Comentado.** 5 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/nathykl/rogrio-greco-codigo-penal-comentado-5-edio-ano-2011>>. Acesso em: 27/03/2020.

GOMES, Fernanda Maria Alves. **Ação Penal nos Crimes Praticados Contra Vulnerável.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-04/fernanda-gomes-acao-penal-crimes-sexuais-vulneravel>> Acesso em: 27/06/2019.

JESUS, Damásio. *et al.* **O aborto sentimental e a interrupção da gravidez da autora do crime de estupro.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/128200/o-aborto-sentimental-e-a-interruptao-da-gravidez-da-autora-do-crime-de-estupro>>. Acesso em: 01/04/2020.

RIBEIRO JÚNIOR, Euripedes Clementino. **A história e a Evolução do Direito Penal brasileiro.** Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/18780/a-historia-e-a-evolucao-do-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 13/05/2020.

WEILER, Ana Luísa Desoy. **Cultura do estupro, violência sexual e sistema jurídico penal.** Rio Grande do Sul: Ijuí, 2017, 61f. Monografia (graduação em direito) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), 2017. Disponível em: <<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/4745/Ana%20Lu%C3%ADsa%20Dessooy%20Weiler.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 25/09/2019.

MARINHO, 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.** Disponível em:

<http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/download/51/32>. Acesso em: 14/12/2019.

MASON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 2 ed. SP: Método, 2014.

NEVES, Luciane Veiga Cozza. **Crimes Contra a Sexualidade: A Mulher Como Sujeito Ativo no Delito de Estupro**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/crimes-contra-a-sexualidade-a-mulher-como-sujeito-ativo-no-delito-de-estupro/>>. Acesso em: 06/02/2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Manual de Processo Penal**. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. *et al.* **O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/09**. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509>>. Acesso em: 01/07/2019.

SILVEIRA, Luciano Fernandes. **A paternidade indesejada em caso de estupro praticado pela mulher e a (im)possibilidade do aborto sentimental**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44821/a-paternidade-indesejada-em-caso-de-estupro-praticado-pela-mulher-e-a-im-possibilidade-do-aborto-sentimental>>. Acesso em: 27/03/2020.

STJ. **Súmula Vinculante nº 301**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf>. Acesso em: 18/05/2020.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA; Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989965/cfi/6/10!/4/6/2@0:100>>. Acesso em: 22/04/2020.

TJ-MG. Apelação Cível: AC: 10145074116982001. Relator: Carlos Augusto de Barros Levanhagen. DJ: 16/01/2014. **IBDFAN**, 2014. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/11595/Indeniza%C3%A7%C3%A3o%20por>>

%20danos%20morais.%20Abandono%20afetivo%20de%20menor.%20Comprova%
C3%A7%C3%A3o.%20Viola%C3%A7%C3%A3o%20de%20conv%C3%ADvio%20fa
miliar>. Acesso em:13/04/2020.