



UNIVERSIDADE TIRADENTES - UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO
CIENTÍFICO

ESTUPRO MARITAL: aspectos jurídicos

Cláudia Luísa Barreto Santos

Prof.^a Msc. Marcia Maria Cavalcanti Macedo

Aracaju

2015

CLÁUDIA LUÍSA BARRETO SANTOS

ESTUPRO MARITAL: aspectos jurídicos

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo –
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Tiradentes – UNIT, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Aprovado em 03/12/2015.

Banca Examinadora

**Orientadora Marcia Maria Cavalcanti Macedo
Universidade Tiradentes**

**Professor Examinador Jorge Raimundo Valença Teles de Menezes
Universidade Tiradentes**

**Professora Examinadora Jarbene de Oliveira Silva
Universidade Tiradentes**

ESTUPRO MARITAL: aspectos jurídicos

Cláudia Luísa Barreto Santos¹

RESUMO

O principal objetivo deste trabalho é analisar o tipo penal de estupro com a possibilidade de ocorrência do estupro marital, ou seja, se o marido pode ser sujeito ativo de estupro contra a sua esposa ou vice versa, tendo como base que nenhum dos cônjuges tem o direito de subjugar o outro à prática sexual indesejada. Em que pese a conduta do estupro ser repelida desde a antiguidade, as discussões sobre o estupro conjugal somente vieram a surgir com o advento da Lei 12.015/99 que trouxe como bem jurídico tutelado a dignidade sexual, em especial a liberdade sexual, com o reconhecimento do direito das pessoas de escolher os seus parceiros e dispor livremente de suas necessidades sexuais.

Palavras-chave: Cônjuge. Dignidade. Estupro.

1 INTRODUÇÃO

A possibilidade de ocorrência do crime de estupro entre pessoas casadas é uma discussão que teve origem há muitos anos, quando a mulher ainda era considerada um bem e, portanto, submissa ao seu esposo. A questão era tão somente analisada sob o enfoque das obrigações e deveres matrimoniais, devido ao patriarcado existente, sem levar em conta a liberdade sexual do indivíduo.

Ocorre que, essa nova configuração do crime foi dada pelo advento da Lei 12.015/2009 que, dentre tantas mudanças, além de unificar o conteúdo do atentado violento ao pudor ao delito de estupro revogando o seu dispositivo legal, também ampliou as condutas do delito, de forma a incluir, além da conjunção carnal, o sexo oral e o anal ou qualquer outro ato libidinoso. Outra modificação foi a extinção da classificação do estupro como crime contra os costumes para crime contra dignidade sexual. Por conta dessas transformações um novo tipo de delito, que antes não era reconhecido devido a

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: claudiabarretosantos@icloud.com.

imposições culturais, patriarcais e religiosas, passou a ser reconhecido pela doutrina e jurisprudências: o crime de estupro conjugal.

Para se chegar a conclusão da existência de ambas as correntes, foi necessária uma análise do histórico do estupro, sua reformulação pela Lei 12.015/2009, assim como os elementos que compõem este tipo penal (análise dogmática), tendo como norte não só o Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como também conceitos sobre relações conjugais. Depois de analisarmos o histórico do delito, os sujeitos e o bem tutelado pelo ordenamento jurídico, iremos responder a seguinte indagação: É possível haver a configuração do crime de estupro dentro da relação matrimonial?

2 BREVE HISTÓRICO GERAL DO DELITO

O estupro procede do termo em latim “stuprum” que significa o ato de forçar alguém a ter relações sexuais contra a sua vontade, por meio de violência ou ameaça.

É o estupro crime invariavelmente considerado por todas as legislações, e em quase todas, os elementos do delito são os mesmos: as relações carnais e a violência física ou moral sofrida pela vítima.

O estupro, hoje previsto no artigo 213 do Código Penal, é um delito praticado desde os primórdios da existência humana. Em se tratando de sua conceituação mais genérica, foi severamente repudiado por diversos povos desde o prelúdio das civilizações, sendo considerado um grave malefício a ser reprimido penalmente (HUNGRIA, 1959).

O Código de Hamurabi, tido como a primeira aglutinação de normas escritas de toda a humanidade, trazia a previsão da violação sexual. De acordo com a lei 130º da compilação, “se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto, a mulher irá livre”.

Da leitura do texto normativo, em especial “que vive na casa paterna”, é possível visualizar a posse do patriarca sobre a mulher, tida como propriedade e cuja proteção jurídica é a moral do patriarca frente a sociedade. Ainda, a exclusividade do homem como sujeito ativo do delito e a mulher virgem que vivia na casa do pai como sujeito passivo.

Semelhante tratamento era visto no direito hebraico, cuja titularidade jurídica recaia sobre a honra do patriarca a quem a mulher pertencia. Passagens bíblicas, em especial no livro de Deuteronômio 22:25-27: “e se algum homem no campo achar uma moça desposada, e o homem a forçar, e se deitar com ela, então morrerá só o homem que se deitou com ela”.

Os hebraicos, aplicavam as leis conforme o comprometimento da vítima; caso esta fosse virgem e não desposada - não comprometida - o autor do delito deveria pagar 50 ciclos de prata como multa ao pai da mesma e desposá-la, sem a possibilidade de repudiá-la (DEUTERONÔMIO, 1994). Se, entretanto, fosse a mulher prometida em casamento, o autor pagaria com sua própria vida: "Sin autem in agro repererit vir puella, quae desponsata est, et apprehendens concubuerit cum ear, ipsi morietur solus " (HUNGRIA, 1959, p. 114).

De acordo com Margolis, “alguns argumentam que na Grécia Antiga o estupro era direito do domínio do homem Iguamente em Roma, onde o pater famílias exercia espécie de direito de propriedade sobre os membros de seu clã”. (2006 p. 30).

Os gregos, a priori, faziam uso de multas como penalidade, posteriormente, valeram-se da pena de morte. Os egípcios, por sua vez, utilizavam a mutilação como punição. Os romanos, aplicavam também a pena de morte, isto porque a posse sexual violenta era reconhecida como modalidade do crimem vis sobre vindo à lex Julia de vi publica ou seja, crime que atua sobre a lei em vigor.

Há de se observar que no direito romano, chamava-se de estuprum qualquer congresso carnal ilícito, o estuprum violentum, diferenciava-se em estupro simples e qualificado, sendo este dependente do emprego de violência ou de sedução e aquele, dependendo da defloratio e dividido em proprium e improprium. (HUNGRIA, 1959).

Na antiga legislação inglesa, o estupro era punido com a morte, depois foi sendo substituído pela castração e pelo vazamento dos olhos. A pena de morte também era amplamente utilizada durante a idade média nos casos de estuprum violentum.

O Direito Canônico somente admitia o estupro quando a vítima era virgem (HUNGRIA, 1959). Nesse sentido, realizava-se uma diferenciação em relação à conduta da mulher e não em relação à conduta do estuprador. Hoje

em dia, esse conceito de mulher honesta foi banido do ordenamento jurídico brasileiro, por se entender que a honestidade e a honra são uma virtude das pessoas e independem da conduta de cada uma, sendo que todos têm direitos iguais perante a lei.

Apesar de todas as previsões legais, dificilmente havia a efetiva repressão a violência sexual, pois a mulher era vista como responsável pela ocorrência do delito.

A legislação brasileira, de modo geral, adotou critérios semelhantes com relação ao estupro. Enquanto colônia, não possuía legitimidade para elaborar suas próprias leis, sendo regido pelas leis de Portugal, as famosas Ordenações, respectivamente, as Afonsinas, Manoelinas e Filipinas.

O direito lusitano começou a surtir efeito com a chegada da colonização Portuguesa no Brasil, no ano de 1500. A legislação da época, as Ordenações Afonsinas traziam em seu bojo como marco maior a severidade das penas em virtude do crime. Nesse período, da mulher vítima de estupro era exigido para a apresentação da queixa alguns procedimentos comportamentais sob pena de não validade do ato. Observa Oliveira: Se uma mulher fosse estuprada, em povoado, deveria esta gritar e dizer: "vedes que me fazem", que quer dizer, "vejam o que me fizeram", indo por três ruas. A queixa só era válida se assim o fizesse. Porém se a mulher fosse estuprada em local deserto, na hora que o homem a estupra, ela deveria gritar, e gritando dizer: "vedes que me fez foram", que significa, "veja o que me fez fulano", declarando o nome do agente. Era necessário também que ela estivesse chorando e que pelo caminho ela fosse se queixando às pessoas que encontrasse. Por fim, ela deveria ir a via o mais rápido que pudesse e não entrar em nenhuma casa, exceto a casa da justiça, onde ali ela descreveria a forma de se fazer à queixa. Se a mulher descumprisse qualquer uma dessas obrigações, a queixa não era válida e não poderia se quer ser recebida e o preso era logo solto.

A mulher vítima do crime de estupro tinha uma enorme limitação perante a justiça para denunciar o réu. Obrigada a comunicar o sórdido fato a sociedade, era submetida a uma situação vergonhosa e constrangedora.

Segundo Oliveira as ordenações acima mencionadas não diferenciam das ordenações Filipinas, no momento da aplicação da pena para aqueles que praticassem o delito de estupro.

O delito de estupro no Código Criminal do Império do Brasil (1830), trazia como bem jurídico protegido a Segurança da Honra, sendo assim definido:

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violência, ou ameaça, 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.

Da redação do tipo percebe-se uma discriminação perante a vítima do crime de estupro. Se a mulher fosse honesta a pena era mais severa, no entanto se a mulher fosse prostituta a pena era menos grave. Outro ponto relevante é se caso o ofensor casasse com a ofendida, ocorria a extinção da punibilidade, tendo em vista a reparação do dano causado.

Segundo Mirabete (2009, p. 23), com a Proclamação da República, surge a necessidade de uma nova legislação penal, adequada ao regime político. Entra em vigor o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (Dec. 847, de 11.10.1890) que banuiu a pena de morte, acabou com a indenização que o agressor era obrigado a pagar tanto a vítima quanto seus familiares, além da redução da pena cominada para o delito de estupro. Restou apenas a discriminação com as mulheres prostitutas. O referido Código seriamente falho passou por diversas alterações, e em 1932, através do Dec. 22.213 de 14/12/1932, as leis penais foram reunidas na Consolidação das Leis Penais.

O Estupro na referida legislação tinha como titularidade penal a Segurança da Honra e honestidade das famílias, com a seguinte descrição típica:

Art 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta. Pena - prisão celular por um a seis anos.

Parágrafo 1º. Se a estuprada for a mulher Pública ou prostituta. Pena – de prisão celular por seis meses a dois anos.

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

Com o advento do Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº 2848 de 07/12/1940, com vigência em 07/12/1942) o delito de estupro passa a ter como bem jurídico protegido os costumes, e em especial a liberdade sexual da mulher.

Art. 213. Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.

Pena – reclusão, de 06 a 10 anos.

Parágrafo único – Se o ofendido é menor de quatorze anos.

Pena – reclusão, de 04 a 10 anos.

Nessa legislação, a mulher vítima do delito de estupro passou a ter tratamento isonômico, não mais trazendo em seu texto normativo a exigência da honestidade da mulher para a configuração delitiva. Por outro lado, a titularidade jurídica “Dos crimes contra os Costumes”, trazia a ideia de bons costumes, cuja análise interpretativa ficava a critério do meio social ao qual pertencia a vítima e o pensar social dominante. Surge aí a discussão mais sedimentada da possibilidade da caracterização do delito entre cônjuges, ou seja, na hipótese de o marido constranger a mulher mediante violência ou grave ameaça à prática da conjunção carnal.

Esse realce é importante, pois para o homem parece que sempre foi reconhecido esse direito. Em outros termos, se reconhece que homem e mulher têm o direito de negarem-se a se submeter à prática de atos lascivos ou voluptuosos, sexuais ou eróticos, que não queiram realizar, opondo-se a qualquer possível constrangimento contra quem quer que seja, inclusive contra o próprio cônjuge, namorado(a) ou companheiro(a) (união estável).” BITENCOURT, Cezar Roberto.

Contribuindo com esse entendimento, Bitencourt ainda afirma:

O chamado débito conjugal, não assegura ao marido o direito de estuprar sua mulher; garantindo-lhe, tão somente, o direito de postular o término da sociedade conjugal. Os direitos e as obrigações de homens e mulheres são, constitucionalmente, iguais.

2 ANÁLISE DO CÓDIGO PENAL

O crime de estupro está disposto no Capítulo I – “Dos crimes contra a liberdade sexual”, do Título VI – “Dos crimes contra a dignidade sexual”, no artigo 213 do Código Penal Brasileiro e atualmente possui redação genérica admitindo qualquer cidadão nos pólos ativo e passivo do crime:

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.

Mas, como explica Paulo José da Costa Júnior e Fernando José da Costa na 12ª edição do livro Curso de Direito Penal, nem sempre foi assim:

Até o advento da Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, tal título era denominado Crimes contra os costumes. A nomenclatura utilizada pelo legislador era uma síntese da expressão *bons costumes*, considerados aquela parte da moralidade pública referente às condutas e relações sexuais. Moralidade pública é a consciência ética de um povo, em dado momento histórico, é precisamente seu modo de entender e distinguir o bem e o mal, o honesto e o desonesto, conforme lecionou Maggiore.

Redação anterior à Lei 12.015/09:

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 seis a dez anos.

Com o advento da referida lei, em 7 de agosto de 2009, o conceito de estupro foi ampliado pelo legislador, nele incluindo a prática de qualquer outro ato libidinoso senão somente a conjunção carnal mediante violência.

Paulo José da Costa Jr. conceitua ato libidinoso como todo aquele que venha a satisfazer a concupiscência ou a luxúria do agente. Complementa ainda que, para o ato ser tido como libidinoso, deverá ter como motivação e finalidade a satisfação de lascívia. Logo, além de indecoroso, importa traduzir-se em expansão de luxúria.

Apesar de não ter sido posição majoritária na doutrina, levava-se em consideração que por não estar previsto no art. 1º, V e VI da Lei 8.072/90, visto que esses incisos cuidavam do atentado violento ao pudor, o estupro não poderia ser tratado como crime hediondo. Esta questão foi superada pela nova redação dada ao artigo 1º, V, da Lei 8.072/90, que considerou hediondo o estupro em sua forma simples e qualificadas pelo resultado.

A figura do artigo 213 do CP é composta por verbos em associação, ou seja, são várias possibilidades de realização da conduta de forma alternativa.

São elas: a) constranger alguém a ter conjunção carnal; b) constranger alguém a praticar outro ato libidinoso; c) constranger alguém a permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Alguns doutrinadores defendem que se o agente desenvolver duas das condutas, ainda que contra a mesma vítima, no mesmo cenário, deveria responder por dois delitos em concurso material, somando-se as penas. Para Guilherme de Souza Nucci, na 10ª edição de seu código penal comentado, essa posição parece injustificável. O renomado legislador faz a comparação ao artigo 208 CP que é um tipo cumulativo autêntico para mostrar a nítida diferença entre as situações.

Livro - Manual de Processo Penal e Execução Penal 10 Edição -
Guilherme de Souza Nucci

Art. 208 - Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso:

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.

Observa-se, com clareza, três episódios distintos: a) a conduta de escarnecer alguém; b) a conduta de impedir ou perturbar (alternativa nesse ponto) cerimônia ou culto; c) a conduta de vilipendiar ato ou objeto de culto. Todas elas são ofensivas ao bem jurídico liberdade de culto e crença, porém são totalmente distintas. Caso o agente cometa as três, deve responder por três delitos cumulados. Acrescente-se que o autor nem mesmo conseguirá agir contra a mesma vítima, no mesmo cenário. Eis a cumulação que não se pode, nem em tese, aplicar ao delito do art. 213, de constituição visivelmente diversa. (NUCCI, 2010, p. 213).

Visualizar crimes em concurso material extraídos de condutas alternativas do crime de estupro, sendo elas cometidas contra a mesma vítima e no mesmo momento e local, é afrontar os princípios da legalidade e da proporcionalidade, uma vez que se permitirá majorar tantas vezes quantos atos libidinosos forem detectados na execução de um único estupro.

3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O BEM JURÍDICO TUTELADO

Conforme Dias (2007) “é o Princípio mais universal de todos, que se denomina como princípio máximo, ou super princípio, ou macro princípio, ou ainda princípio dos princípios”. A Dignidade da Pessoa Humana é muito mais do que os direitos fundamentais, isto por ser anterior e hierarquicamente superior. A razão de existir Estado e das leis é assegurar a dignidade da pessoa humana (MIRANDA, 1996). Respeita-se a dignidade da pessoa quando o indivíduo é tratado como sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade de direitos com os seus semelhantes. (MENDES, et al., 2008).

Assim, a alteração da titularidade jurídica penal nos delitos sexuais, buscou a proteção da moralidade pública sexual, cujos padrões devem pautar a conduta dos indivíduos, de molde a que outros valores de grande valia para o Estado não sejam sobrepujados. (CAPEZ, 2010).

Os direitos e garantias fundamentais estão vinculados ao ser humano, sendo fundamentais para a existência digna do indivíduo. Segundo Lenza (2010, p.741), o direito trata de “bens e vantagens prescritos na norma constitucional”, enquanto que as garantias são os “instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos”. Estes, portanto, vão além das normas constitucionais porque inerentes ao ser humano.

Alexandre de Moraes conceitua a dignidade como um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas.

Portanto, a autodeterminação consciente citada pelo renomado autor deve ser tida como um elemento integrante do conceito de dignidade, visto que atitudes que venham violar a vontade relativa ao comportamento sexual livre e consciente afetam sua dignidade.

Com a proteção a dignidade humana, tutela a norma penal a liberdade sexual, que na definição de Bitencourt significa: O reconhecimento do poder 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 ou eróticas, governada somente por sua vontade consciente, tanto sobre a relação em si como em relação a escolha de parceiros”. (2015, p. 48).

O crime de estupro, não viola somente direitos referentes à liberdade e dignidade da pessoa humana, mas também o direito a intimidade e ao próprio desenvolvimento sexual, de modo que proporcione a cada indivíduo o direito de dispor do próprio corpo quando bem entender. Vale ressaltar o entendimento de Emiliano Borja Jiménez, que discorre ser essa liberdade uma maneira do titular do direito determinar seu comportamento e opção sexual, de modo que o indivíduo encontre na lei, o amparo necessário quando essa liberdade lhe for suprimida. Conclui-se por isso, que com a nova redação dada ao artigo 213 do Código Penal, o crime de estupro passou a abranger a prática de qualquer ato libidinoso, ampliando sua tutela legal para maior assegurar os direitos do ser humano.

4 SUJEITOS ATIVO E PASSIVO

Em regra, a conjunção carnal se configura pelo encontro de dois órgãos genitais distintos. Quando então a finalidade da prática do ato sexual for a conjunção carnal, o sujeito ativo do crime poderá ser o homem ou a mulher.

A nova redação do artigo 213 CP não mais atrela o delito de estupro somente ao ato sexual da cópula vagínica, mas sim a qualquer tipo de modalidade sexual, seja ela conjunção carnal ou ato libidinoso, permitindo assim que o homem seja tanto o sujeito ativo como o passivo do crime. Portanto, a condição sexual não é elementar do tipo.

Em se tratando da mulher, não importa que esta seja virgem para configuração do crime. Para Fernando Capez “não se exclui a proteção legal da prostituta, que, embora mercantilize seu corpo, não perde o direito de dele dispor quando bem quiser” (2010, p. 35).

Segundo Paulo José da Costa Jr., anterior a vigência da lei modificadora do Título VI do Código Penal, o sujeito ativo do crime de estupro somente poderia ser o homem (crime próprio). A mulher somente responderia como coautora do crime e ainda que, sendo lésbica, violentasse outra mulher, praticava o atentado violento ao pudor previsto pelo artigo 214 do Código Penal, agora revogado. No entanto, com a nova dicção normativa, qualquer pessoa passa a poder ser sujeito ativo do referido crime.

“Sujeito passivo era, como dito, somente a mulher. Desde a modificação do art. 213, porém, qualquer pessoa pode ser vítima do crime. Irrelevante seja

ela casada, viúva, ou solteira, virgo intacta ou não, honesta ou devassa, freira, meretriz ou “garoto de programa”. Nem mesmo a marafona e o homem que mercadejam o corpo, cedendo ao primeiro passante, podem ser excluídos do rol das eventuais vítimas de estupro”.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, na 10ª edição de seu código penal comentado, a alteração provocada pela Lei 12.015/2009 transformou o delito de estupro em crime comum, podendo o sujeito ativo ser qualquer pessoa assim como o sujeito passivo.

5 DO ADVENTO DA LEI 12.015 DE 07 DE AGOSTO DE 2009

A nova lei demonstrou não se importar com o sexo do sujeito passivo e, justamente por isso, optou pelo enunciado “estupro”. De modo que se houver algum constrangimento com a finalidade prevista no artigo 213 da legislação penal, configurar-se-á a referida tipificação.

Na antiga legislação, o crime de estupro somente se configurava pela prática da conjunção carnal tradicional, ou seja, a penetração do pênis na vagina, por conta disso só poderia ser cometido por homem contra mulher. Ao passo que o atentado violento ao pudor que era constituído pela prática de qualquer ato libidinoso poderia ser realizado por ambos os sexos.

Atualmente, pela nova tipificação, entende-se que praticado qualquer ato libidinoso - com ou sem a conjunção carnal – desde que se utilizando de violência ou grave ameaça, haverá o enquadramento do sujeito na tipificação do artigo 213 do CP., portanto verifica-se que o tipo objetivo introduzido pela Lei 12.015/09, consubstancia-se no verbo constranger, utilizado no sentido de forçar ou obrigar a vítima ao ato sexual. Aliás, implica ser desnecessário o contato físico entre o agente a vítima, bastando somente que aquele obrigue esta a praticar a automasturbação, ou estimule terceiros a praticarem este crime, de modo a observar ou mesmo coordenar a situação. Ademais, a intenção principal dessa nova redação do crime, concentra-se no envolvimento da vítima com qualquer ato libidinoso além de na violência utilizada para a configuração do crime, visto que toda forma de agressão ou força física que for empregada com o intuito de dominar a vítima e viabilizar a prática do estupro é requisito que se enquadra nas disposições legais cabíveis.

6 CAUSAS DO AUMENTO DA PENA

De acordo com a redação dada pela Lei 11.106/05, o artigo 226 determina as causas de aumento de pena.

Art. 226. A pena é aumentada:

I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;

II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

A primeira hipótese indica um aumento da quarta parte da pena quando o crime é praticado em concurso de agentes. Rogério Greco menciona que “a majorante somente poderá ser aplicada se os agentes praticarem, conjuntamente, atos de execução tendentes à prática do delito sexual”. (2010, p.460). Entende-se, portanto, que pelo fato de haver duas ou mais pessoas contribuindo para a prática do crime sexual, é motivo para o aumento de pena, visto que o envolvimento de mais de uma pessoa nesta prática criminosa é um fator imprescindível a facilitar a consumação do delito de modo a anular as possibilidades de resistência da vítima.

Analisando a segunda hipótese, vê-se a previsão de um aumento de pena nos casos em que o autor do delito tiver proximidade ou mesmo autoridade sobre a vítima, significando que a configuração do crime nas relações de autoridade ou parentesco possuem maior juízo de reprovação sobre as pessoas, em razão da confiabilidade depositada a elas.

O artigo 234º, no inciso III, também prevê o aumento de pena em caso de crimes sexuais. Ele prevê o aumento da pena em até metade quando resultar gravidez a vítima. O fato em si, naturalmente causa na vítima revolta e constrangimento, justamente pela situação ao qual foi exposta, e o conseqüente abalo psicológico é outro motivo preponderante que sugere até mesmo a interrupção da gravidez, provocando assim um mal não só a mulher que teve seu corpo violentado, como também ao feto.

Outro fato que aumenta de um sexto a metade da pena, é o fato de o agressor transmitir a vítima doença venérea. Para tanto, é necessário a comprovação médica através de exames periciais. O inciso IV exige que o autor saiba ou ao menos deva saber ser portador da doença, indicativo este

que comprova ter o agente atuado, no caso concreto, com dolo eventual ou mesmo com dolo direto. Sendo assim, não importará se o autor queria ou não transmitir a doença, basta que este tenha assumido o risco da transmissão.

7 ANÁLISE DO GRAU DE RESISTÊNCIA DA VÍTIMA

Como já foi dito, para que haja a configuração do estupro é necessário que a vítima seja constrangida por meio de violência ou grave ameaça à prática da conjunção carnal ou praticar ou permitir que se pratique, de forma não consentida outro ato libidinoso. Sendo, portanto, que inexista consentimento da vítima para a prática do ato sexual, sob pena do ato ser considerado atípico.

De acordo com DELGADO *apud* NUCCI o dissenso da vítima deveria resistir durante todo o ato: “Seria evidentemente paradoxal ouvir o depoimento da vítima, afirmando ao magistrado, por exemplo, que a relação sexual foi uma das melhores que já experimentou, embora se tenha iniciado a contragosto”.

É importante ressaltar que mesmo que a vítima tenha demonstrado vontade de praticar o ato sexual se, anteriormente a penetração, modificar sua vontade, inexistente assim consentimento e é esta decisão imediatamente precedente ao ato que deve ser considerada. No entanto, na maioria das vezes o estupro não é cometido na presença de testemunhas, dificultando a prova nos casos de a vítima já haver tido relação de intimidade com o agente. Por conta disto os fatos antecedentes também devem ser analisados para efeitos de prova.

Não se deve exigir da vítima do estupro que em defesa de sua honra deva arriscar a sua vida, somente consentido o ato após o esgotamento total de suas forças, avaliando cada caso concreto a superioridade da força do agente para a prática do ato. Pois com o advento da Lei 12.015 de 2009, que unificou o crime de estupro e o atentado violento ao pudor, deve-se o grau de resistência de qualquer pessoa (homem ou mulher), guardadas a peculiaridade de cada um.

Vale lembrar, na análise do elemento subjetivo do tipo que é o dolo, o pensamento formulado por Mestieri: “A crença, sincera, de que a vítima apresenta oposição ao congresso carnal apenas por recato ou para tornar o jogo do amor mais difícil ou interessante deve sempre de ser entendida em favor do agente” (MESTIERI, p.92, 1982).

8 DAS RELAÇÕES CONJUGAIS

No direito romano, em regra, a entidade familiar era organizada de acordo com o princípio da autoridade do pater famílias, que exercia sobre a esposa e filhos o direito de vida e morte. De tal modo que podia negociá-los, castiga-los e até tirar-lhes a vida, exercendo concomitantemente a figura de chefe político, sacerdócio e juiz dentro do seio familiar.

A mulher, por sua vez, era totalmente submissa a autoridade marital e por conta disto não possuía espaço na educação dos filhos, na administração do patrimônio nem tampouco perante o relacionamento e ao companheiro visto que este a via como um objeto que, a disposição de suas ordens, deveria obedecer e as cumprir de imediato, sob pena de lhe serem impostos severos castigos emocionais e corporais. Com o passar do tempo, a severidade das regras sob os entes familiares foi atenuada e no Império de Constantino, no século IV a família ganhou uma concepção cristã, a qual predominava preocupações de ordem moral. A partir de então, a família ganha mais autonomia e a autoridade do “pater família” é gradativamente restringida pela inserção da esposa e dos filhos como entes possuidores de vontade e valores próprios.

8.1 Do casamento

Conforme entendimento de Maria Helena Diniz “o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família” (2008, p.37). Desprendendo-se do conceito de que o matrimônio seria apenas a legalização da união sexual, Maria Helena Diniz defende a ideia de que o casamento é a conjunção da matéria e do espírito de dois seres. Assim, a finalidade do casamento é sem dúvidas uma forma de estabelecer uma comunhão de vida, impulsionada pela afeição existente entre dois seres e baseada no princípio da igualdade entre eles. Como previsto no artigo 1.511 do Código de direito civil brasileiro: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

8.2 Da Natureza Jurídica do Casamento

São três as correntes que visam definir a natureza jurídica do casamento, quais sejam: Institucional, Contratual ou Mista. Os institucionalistas afirmam ser o casamento uma “instituição social”, pois reflete uma situação jurídica que tem seus parâmetros preestabelecidos em lei, ou seja, o próprio Estado impõe regras, e as partes possuem a faculdade de aderir-las. Os contratualistas defendem que o casamento é indiscutivelmente um contrato, cuja validade e eficácia estão atreladas somente a vontade das partes, em virtude dos interesses que o rodeiam, sejam eles patrimoniais ou econômicos, gerando direitos e deveres mútuos entre os cônjuges. A corrente majoritária, por sua vez, defende o casamento como sendo uma entidade Mista ou Eclética, dotada de algumas particularidades das correntes anteriores.

Assim, Carvalho Santos afirma que o casamento, de fato é um contrato, porém possui especialidades próprias as quais o distingue dos demais tipos de contratos que, em suma, são meramente patrimoniais. O casamento, em contraponto, leva em consideração os interesses morais, pessoais e econômicos, estes, porém, vistos em segundo plano.

Conclui-se, portanto, que o casamento difere-se das demais modalidades de contratos “lato sensu” pois a confirmação do ato gera um vínculo jurídico entre homem e mulher, cabendo ao Estado regular esses direitos e deveres.

8.3 Direitos e Obrigações Entre Cônjuges

Visto haver uma relação contratual, do casamento decorrem diversas obrigações e contraprestações, as quais devem ser exercidas conjuntamente. Trata-se basicamente de um princípio garantidor da boa convivência no âmbito familiar. Maria Helena Diniz entende que

Com este princípio desaparece o poder marital, e a autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher, pois os tempos atuais requerem que marido e mulher tenham os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, o patriarcalismo não mais se coaduna com a época atual, nem atende aos anseios do povo brasileiro; por isso juridicamente, o poder de família é substituído pela autoridade conjunta e indivisiva, não mais se justificando a submissão legal da mulher. Há uma equivalência de papéis, de modo que a responsabilidade pela família passa a ser dividida igualmente entre o casal.. (2008, p. 19 - 20).

Como muito bem observado por Maria Helena Diniz, a introdução do princípio da igualdade no âmbito familiar, e, por sua vez, matrimonial, foi determinante fator a alterar o exercício de um poder absoluto que até então concentrava-se tão somente na figura do “pater famílias”.

Por conta disto, o direito de direção da família passou a ser exercido por ambos os cônjuges. A propósito, o artigo 1.567 do Código Civil de 2002, dispõe que: “A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”. Então, o matrimônio visto a luz de uma relação contratual, baseado na mútua assistência, não deve ser atrelado apenas a um dever de assistência conjugal quanto aos aspectos sexuais, mas também aos aspectos morais e afetivos.

Carlos Roberto Gonçalves, adepto ao posicionamento do “affectio maritalis”, entende como assistência mútua não os relacionados aos aspectos sexuais, mas sim “a recíproca prestação de socorro material, como também a assistência moral e espiritual. Envolve o desvelo próprio do companheirismo e o auxílio mútuo em qualquer circunstância, especialmente nas situações adversas”. (2010, p. 193).

Fora deste cenário, impossível compreender a inserção de quem quer que seja dentro da relação matrimonial pois a mesma transmite um ideal de relações dependentes e não autônomas. Vemos que o respeito perfaz uma das bases mais sólidas e incontestáveis de qualquer relação, sendo este o verdadeiro dever matrimonial. Portanto, torna-se completamente deturpada a ideia de que o matrimônio transpasse um sentido de submissão com relação a um dos cônjuges, de modo a possibilitar situações de constrangimento.

9 EFEITOS JURÍDICOS DO CASAMENTO E A POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE ESTUPRO NAS RELAÇÕES CONJUGAIS

Visto que preocupação do legislador era a desonra da mulher e por essa razão, até o ano de 2005 (art. 107, VII do Código Penal, revogado pela Lei 11.106, de 28 de março), o ofensor sexual que casasse com a sua vítima tinha sua punibilidade extinta, diante da reparação pelo dano causado. Entendendo que o estupro pressupõe cópula ilícita e que a conjunção carnal é dever

recíproco dos cônjuges, a cópula decorrente do matrimônio era considerada dever recíproco dos cônjuges, constituindo exercício regular do direito.

O estupro marital, como assim é denominado no universo jurídico, é um tema bastante discutido e um dos assuntos que encontrou inúmeras controvérsias. No direito penal brasileiro, existem doutrinadores que defendem dois tipos de correntes a respeito da possibilidade de configuração desse delito nas relações conjugais.

Nelson Hungria e Edgard Magalhães Noronha acreditam que a violência empregada pelo marido para forçar relações sexuais com sua companheira, não seria suficiente para configurar o crime de estupro, justamente por tratar-se de umas das obrigações adquiridas com a firmação do casamento.

Magalhães Noronha assevera que “O marido tem direito sob a posse sexual da mulher, ao qual ele não pode se opor. Casando-se, dormindo sob o mesmo teto, aceitando a vida em comum, a mulher não se pode furtar ao congresso sexual, cujo fim mais nobre é a perpetuação da espécie”. (2002, p. 70).

Logo, quando o marido mantiver relação sexual com sua esposa de maneira forçada, justificada a luz da relação jurídica que entre eles fora estabelecida – o casamento; estaria então, diante de uma excludente de ilicitude amparado pelo exercício regular do direito, o que de fato, configura um posicionamento completamente preconceituoso e retrógado, visto que o matrimônio transpassa um sentido de intimidade onde haja satisfações sexuais mútuas.

Em contrapartida, a segunda corrente defendida principalmente por Damásio, Capez e Mirabete, acredita ser perfeitamente possível a configuração do delito de estupro contra a esposa visto que a lei em momento algum autoriza ou mesmo exclui a ilicitude da conduta tomada pelo esposo. A mulher tem direito a inviolabilidade e a dispor livremente de seu corpo, de modo a jamais permitir o emprego de meios ilícitos, como a violência ou a grave ameaça para constrangê-la a práticas sexuais. E, embora seja esse um dever adquirido com o matrimônio, é não só inadmissível como moralmente reprovável o emprego de violência ou grave ameaça para a prática sexual. Sendo violada a liberdade sexual da mulher, estará sendo igualmente violado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Há ainda doutrinadores que, com o passar do tempo, veem de moldando ao cenário jurídico atual e reformulando sua visão a respeito do tema como é o caso dos autores Paulo José da Costa Júnior e Fernando José da Costa:

Discute-se sobre se o marido pode ser sujeito ativo de estupro. Entendíamos que não, pelo fato de que o estupro pressupõe a atividade sexual ilícita, e a prestação sexual é dever recíproco dos cônjuges. Hoje, entretanto, passamos a entender que o marido poderá responder pelo crime de estupro, desde que empregue a violência física para compelir a esposa à cópula ou a outro ato libidinoso. A solução é a mesma no caso de ao agente conviver com a ofendida more uxório. .

O fato de haver emprego de meios antijurídicos a fim de buscar um dos objetivos que compõem uma relação jurídica independe de relação contratual e é, para tanto, um dos motivos preponderantes para até mesmo invalidar a relação jurídica estabelecida no casamento. Vale salientar que a recusa imotivada da esposa em manter relações sexuais com seu esposo não é pressuposto para a obtenção de vantagens manifestamente desproporcionais a sua normalidade. Por isso, é legitimado ao esposo pleitear separação judicial, haja vista a existência de violação de deveres matrimoniais. Em contrapartida, incorrendo o marido no crime de estupro, poderá também a mulher solicitar imediata separação judicial. Guilherme de Souza Nucci, complementa: "Tal situação não cria o direito de estuprar a esposa, mas sim o de exigir, se for o caso, o término da sociedade conjugal na esfera civil, por infração a um dos deveres do casamento". (2012, p. 944).

A Jurisprudência, por vezes, se negou a reconhecer o delito de estupro quando praticado pelo marido contra a mulher:

Inadmissibilidade da prática do crime do marido contra mulher - TAGB: "Exercício regular de direito. Marido que fere levemente a esposa, ao constrangê-la à prática de conjunção sexual normal. Recusa injusta da mesma, alegando cansaço. Absolvição mantida.

Quanto à possibilidade de o marido ser agente de crime de estupro praticado contra a esposa, a doutrina tradicional entende que não pode sê-lo, porquanto seria penalmente lícito constranger a mulher a conjunção carnal, sendo que esta, por si só, não é crime autônomo. Assim, embora a relação sexual voluntária seja lícita ao cônjuge, o constrangimento ilegal empregado para realizar a conjunção carnal à força não constitui exercício regular de direito (CP, art. 23, II, 2 parte),

mas, sim, abuso de direito, porquanto a lei civil não autoriza o uso de violência física ou coação moral nas relações sexuais entre os cônjuges (DELMANTO , p. 413, 2000).

Ainda que configurado a violência sexual do marido contra a mulher, o restabelecimento da sociedade conjugal ensejava a extinção de punibilidade do agente.

EMENTA: PENAL. CRIME CONTRA OS COSTUMES. ESTUPRO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. O restabelecimento da sociedade conjugal pré-existente entre ofendida e o agente do delito constituiu-se, a partir da interpretação analógica in bonam partem do artigo 107, inciso VII, do Código Penal, causa extintiva da punibilidade. Decretaram extinta a punibilidade. Unânime. (Apelação Crime Nº 70009464470, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Gonzaga da Silva Moura, Julgado em 06/10/2004)

Portanto, embora haja adeptos do posicionamento de que a relação sexual entre os cônjuges decorra de uma obrigação, e o emprego de violência para forçar essas relações seja o mero exercício regular de um direito, de fato, não o é. Pois admitindo tal argumentação estaríamos aceitando um retrocesso às sociedades primitivas, que tanto lutaram para hoje alcançar o amparo jurídico necessário a fim de proporcionar a igualdade entre os cônjuges.

10 CONCLUSÃO

Conclui-se, por fim, que desde os tempos mais remotos, a mulher sempre foi posta em uma posição de submissão perante o homem. A evolução social proporcionou, à medida que vários estudos foram desenvolvidos, essa equiparação, de modo a conter expressamente em dispositivos legais o princípio da igualdade entre ambos. Assegura-se que o intuito principal do legislador brasileiro foi o de preservar tanto a figura da mulher como também a do homem, de modo a não permitir a violação de seus direitos fundamentais mesmo que justificados por teorias doutrinárias ou suposições legais. E assim, considerando o elevado índice de reprovação social diante da prática desse crime, o legislador brasileiro classificou-o dentro do rol de crimes hediondos, conforme preceitua a Lei 8.072/90, em seu artigo 1º, inciso V, haja vista a

grave violação a preceitos fundamentais como: o direito a dignidade, liberdade sexual, intimidade e mesmo o direito a vida.

Visto tratar-se de um tema bastante relevante e discutido dentro da sociedade contemporânea, o presente artigo buscou comprovar a real e efetiva possibilidade de restar configurado o crime de estupro dentro das relações conjugais, sendo necessária a conscientização da população frente a esta problemática.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 17 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 nov. 2015

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal-Parte Especial**, 3. ed, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Código de Hamurábi. **Direitos Humanos Net**, Rio Grande do Norte, [entre 2000 e 2015]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>. Acesso em: 05 out. 2015.

COSTA JR., Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

Deuterônimo 22:25-27. **Bible Gateway**. [S.l.], [entre 2000 – 2015]. Disponível em: <<https://www.biblegateway.com/passage/?search=Deuteron%C3%B4mio+22%3A25-27&version=ARC>>. Acesso em: 08 out. 2015

DELGADO, Yordan Moreira. Comentários à Lei nº 12.015/09. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 19 set. 2010. Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 08 out. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Comentado**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. V.5. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FILHO, W. L. G. Evolução história envolvendo o direito de família. **Jurisway**. [S.l.], 21 fev. 2013. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10108>. Acesso em: 08 out. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. V. 6. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. V.3. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

HODLICH, Nathália Bortolan. Da possibilidade da configuração do crime de estupro nas relações conubiais. In: **ETIC – Encontro de Iniciação Científica**. [S.l.], [s.n.]. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/3303/3054>>. Acesso em: 08 out. 2015

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

Lista de palavras. **Origem da Palavra**: site de etimologia. [S.l.], [entre 2004 e 2015]. Disponível em: <<http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/estupro/>>. Acesso em: 05 out. 2015

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação** 5 ed., São Paulo: Atlas S.A, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MESTIERI, João. **Do delito de estupro**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1982.

MIRABETE, J.F.; FABBRINI, N.R. **Manual de direito penal**. 29 ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

NOBRE, R. I. R. S. Conceito e evolução do direito de família. **Webartigos**. [S.l.], 10 jun. 2014. Disponível em: <

<http://www.webartigos.com/artigos/conceito-e-evolucao-do-direito-de-familia/122592/>>. Acesso em: 08 out. 2015

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. V. 3. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 70p.

_____. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1975.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 944

OLIVEIRA, Magali Gláucia Fávaro de. A Mulher como sujeito ativo no crime de estupro. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 04 set. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.24881>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

OLIVEIRA, Gleick Meira; RODRIGUES, Thaís Maia. A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual: Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553>. Acesso em: 08 out. 2015.

TEIXEIRA, E. R. F. et al. Estupro conjugal: reflexões sob a égide constitucional. In: **Revista da FARN**. Nata; v. 3, nº 1/2, p. 191, jul.2003-jun.2004. Disponível em: <<http://www.revistaunirn.inf.br/revistaunirn/index.php/revistaunirn/article/viewFile/99/111>>. Acesso em: 08 ago. 2015

MARITAL RAPE: legal aspects

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the penal norm for rape with the possibility of occurrence of marital rape, that is, if the husband can be an active subject of rape against his wife or vice versa, on the grounds that neither of the spouses has the right to subjugate another to unwanted sexual practice. Despite the conduct of rape being repelled from ancient times, discussions about marital rape only came to come up with the enactment of Law 12,015 / 99 that brought as well legal ward sexual dignity, in particular sexual freedom, with recognition the right to choose partners and to dispose freely of ones sexual needs.

Keywords: Dignity. Rape. Spouse.

