

ESTUPRO SEGUIDO DE GRAVIDEZ: O HOMEM COMO VÍTIMA

MILHOMENS, Fernando Moreira Cavalcante¹

PAIVA, Jaqueline de Kássia Ribeiro de²

RESUMO

A nova redação do art. 213 do Código Penal alterou a figura do sujeito ativo e passivo do crime de estupro. Com isso, na atual previsão legal, é possível que tanto o homem como a mulher figurem como vítimas. Dessa forma, por meio de revisão de literatura, este artigo disserta sobre a violação do Princípio da Isonomia quanto aos crimes do art. 213 e 128, II, do Código Penal, acreditando que seja possível uma lei infralegal sucumbir frente à Constituição Federal, por entender que, como o sentimento que assola a vítima e sua família é devastador, ela não pode ser mais penalizada que o agressor.

Palavras-chave: Estupro. Estupro e gravidez. Código Penal e estupro.

¹Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário UnirG. E-mail fernandomilhomens@gmail.com.

²Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidad Del Museo Social Argentino – UMSA, Professora do Curso de Direito do Centro Universitário UnirG. E-mail: jakpaiva1@hotmail.com.

RAPING FOLLOWED BY PREGNANCY: MAN AS VICTIM

ABSTRACT

The new redaction of article 123 of the penal code changed the figure of the active and passive subject regarding rape crime. Consequently, in the current legal prevision it is possible that both the woman and man may be held as victims. In this way, using the literature review, this paper is a dissertation about the violation of the isonomy principle regarding crimes within articles 213 and 128, II, penal code, believing that it would be possible an infra legal law to succumb under the Federal Constitution, if we understand that, how the feeling of the victim and the family is just devastating, she cannot be subjected to a greater punishment as compared with the offender.

Keywords: Rape. Rape and Pregnancy. Penal Code and Rape.

INTRODUÇÃO

No capítulo da Lei nº 12.015/2009, que trata dos crimes contra a liberdade sexual (BRASIL, 2009), o legislador buscou a proteção não da moral sexual, mas da liberdade sexual.

É importante entender a liberdade *lato sensu* como a possibilidade de escolher com quem, quando, onde e porque exercê-la. Assim, a liberdade sexual está diretamente ligada à liberdade e à dignidade da pessoa humana.

Este trabalho não pretende esgotar o tema, mas levantar algumas reflexões sobre a possibilidade da mulher ser autora do crime de estupro e, se da sua conduta criminosa resultar gravidez, se a vítima (no caso o homem) pode impedir a continuidade da gestação. Tal hipótese, não tratada pelo legislador, traz inúmeras consequências fáticas aos envolvidos, ou seja, a vítima, homem, ou a agente delituosa, mulher, bem como a um terceiro (o nascituro).

Destarte, não se pretendeu, neste trabalho, tratar dos direitos de proteção à vida intrauterina, nem invadir o ramo de sucessões, tampouco o de família, do direito civil. Buscou-se discutir a previsão legal do

art. 128, II, do Código Penal, que possibilita que a mulher realize o aborto em caso de gravidez resultante de estupro. Nesse raciocínio, acredita-se ser possível que a vítima, ainda que seja o homem, possa também impedir a continuação de uma gestação fruto de um ato delituoso, um tema omissivo na legislação.

O ART. 213 DO CÓDIGO PENAL APÓS A LEI Nº 12.015/2009

Superadas foram as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor, que tratavam de maneira diferente o homem e a mulher, uma vez que não reconheciam a possibilidade do homem ser sujeito passivo do crime de estupro. A nova redação do art. 213 do CP, fundiu os antigos art. 213 e 214, do CP e, em razão da aplicação do princípio da continuidade normativo-típica, não houve *abolitio criminis*, o art. 213 passou a preceituar: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Veja-se que conjunção carnal é o coito vagínico, logo, é uma relação normal que só pode ser compreendida de uma forma, a penetração do pênis

do homem na vagina da mulher. Nessa modalidade, esse constrangimento resultará uma relação heterossexual, que poderá ter como sujeito ativo e passivo tanto o homem como a mulher e, necessariamente, as duas figuras, não sendo possível uma relação homossexual.

A expressão outro ato libidinoso, inserida pelo legislador, abarca todos os atos de natureza sexual que não a conjunção carnal, contudo não exclui esta, já que a conjunção carnal é ato libidinoso que aflora a libido do agente e que age com intenção de satisfazer seu prazer sexual.

Duas foram as condutas tipificadas nesse artigo: conduta ativa – o agente obriga a vítima a praticar um ato libidinoso diverso da conjunção carnal – e a conduta passiva – quando a vítima permite que com ela se pratique outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal, ou pelo agente, ou por terceiro a mando do agente que a constrange. É possível ainda que a vítima seja compelida a agir simultaneamente, ativa e passivamente.

A doutrina entende que é um tipo misto alternativo, onde a prática de mais de um comportamento, levado

a efeito em um mesmo contexto, importará em única infração penal, ou seja, o agente responderá como se tivesse praticado uma única ação.

Já que o benefício será aplicado em favor do réu, os autores deste artigo divergem de tal entendimento por entenderem que ao agir de tal modo, tanto a doutrina como o operador do direito fogem da proposta do legislador, que tinha como intenção proteger a dignidade sexual da vítima, dignidade esta que é mitigada em benefício do agente delituoso.

Corroborando esse entendimento a seguinte decisão do STJ:

Antes da edição da Lei nº 12.015/2009 havia dois delitos autônomos, com penalidades igualmente independentes: o estupro e o atentado violento ao pudor. Com a vigência da referida lei, o art. 213 do Código Penal passa a ser um tipo misto cumulativo, uma vez que as condutas previstas no tipo têm, cada uma, 'autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural' (DE ASÚA, 1963, p. 916; BRASIL, 2010).

O DOLO DA AUTORA QUE COMETE O CRIME DE ESTUPRO

Entende-se que o legislador, ao dar nova redação ao art. 213 do CP, permitiu que o crime se tornasse comum tanto para o sujeito ativo como o passivo, mas também deveria ter

tratado sem discriminação a causa de aumento de pena do inciso III, do art. 234-A do CP, e de incluir a possibilidade do aborto ser feito sem o consentimento da gestante, mas mediante representação da vítima, diferentemente do que está previsto no art. 128, II do CP. Ou, então, o legislador acreditou que só a mulher vítima de estupro sofrerá trauma durante a gravidez indesejada, fruto de um crime. Aqui, muito além da gravidez da estupradora, cabe valorar a dignidade sexual do vitimado.

Já foi colocado que dignidade sexual é espécie do gênero dignidade da pessoa humana. Aproveitemos a lição de Alexandre Morais (2005, p.16):

Ao Estado cabe o dever de garantir a justiça e direitos de liberdade individual. A dignidade da Pessoa Humana atribui unidade aos direitos e garantias fundamentais, inerente às personalidades humanas afastando a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em função da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral intrínseco da pessoa, que se manifesta singularmente na sua autodeterminação consciente e responsável, trazendo consigo a pretensão ao respeito das demais pessoas, edificando um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, todavia sem menosprezar o merecimento das pessoas enquanto seres humanos.

Rev. Cereus, v. 5, n. 3, p.133-142, set.-dez./2013, UnirG, Gurupi, TO, Brasil.

Ainda sobre dignidade da pessoa humana, vale citar a doutrina de São Tomás de Aquino (2001, p. 816): “[...] a dignidade é algo absoluto e pertence à essência [...] o corpo humano tem a máxima dignidade, uma vez que a forma que o aperfeiçoa, a alma racional, é a mais digna”.

Como falar em dignidade da pessoa humana para o homem que teve sua liberdade sexual violada, e não terá direito de interromper uma gravidez fruto de um crime?

Da omissão do legislador resulta a violação do princípio da isonomia, do direito à vida, do direito à integridade física, moral ou psíquica e, por fim, do direito à liberdade sexual. É incoerente pensar em um direito incompleto, que não possa proteger o homem integralmente ou, pelo menos, não respeitar o homem ao máximo.

Oportuna a preleção de Carmen Lúcia (2010, apud FREIRE, 2011, p.19):

O direito não apenas observa e cuida da vida, mas faz-se debruçar sobre a dor do viver. Se a vida não tivesse dores, se a indignidade não lhe tocasse a face, o ventre, se não lhe atingisse a alma, nem seria preciso o direito. Se viver não machucasse algumas vidas (quem sabe todas de uma ou de outra forma...), se a história do homem pudesse sempre atravessar sem percalços o caminhar do homem, o direito não seria

institucionalizado. (...) Todo homem tem direito à vida, mas não a qualquer existência, não a mera sobrevivência, definitivamente não a qualquer sobre existência. O direito à vida compreende realizar o eterno projeto humano de ser dignamente feliz. A vida é da natureza; a vida digna, transformada pela construção de cada dia, é da razão essencial do homem. Assim, a vida põe-se pela natureza e impõe-se pela mão do homem.

E se a vontade pretérita era obter lucro em detrimento da vítima, buscando garantir a subsistência sob a forma de pensão, herança etc., a agressora acabará atingindo seu objetivo, mesmo violando uma lei penal.

Ademais, ainda que a vontade da vítima fosse somente satisfazer-se, e a gravidez também seja algo indesejado por ela, não deverá ser isenta de responsabilidade, pois atingirá a vítima diretamente, financeira e afetivamente, razão pela qual dessa gravidez não pode resultar uma nova penalização à vítima.

O QUE SÃO LEIS SE ELAS NÃO SERVEM PARA PROTEGER AS PESSOAS?

Acredita-se que os princípios norteadores do ordenamento jurídico cravados na Constituição devem ser interpretados ao encontro Dela, e não contra Ela.

De acordo com uma importante lição de Peixinho (2003, apud GRECO, 2011, p. 42), “[...] reconhece-se a supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, não só estabelecendo uma hierarquia de uma lei superior sobre outra de nível inferior, como, também, exercendo uma vigilância da constitucionalidade das leis”.

Não se pretende utilizar a analogia *in malam partem*, mas uma ponderação de valores – ora, se a vítima fosse mulher a ela seria permitido o abortamento, porque não fazê-lo se a vítima for um homem? Ignorar essa possibilidade é abolir o princípio da isonomia. Prelecionava Aristóteles (2006, p.108):

Ora, igualdade implica pelo menos dois elementos. Portanto, o justo deve ser ao mesmo tempo intermediário, igual e relativo (justo para certas pessoas, por exemplo); como intermediário, deve estar entre determinados extremos (o maior e o menor); como igual, envolve duas participações iguais; e, como justo, ele o é para certas pessoas.

Tem razão Baratta (1999, apud MENDES, 2010) quando esclarece que no Estado Democrático de Direito está-se diante de uma política integral de proteção dos direitos. Tal definição permite que se afirme que o dever de proteção estatal não somente vale no

sentido clássico (proteção negativa) como limite do sistema punitivo, mas, também, no sentido de uma proteção positiva por parte do Estado. Esse novo modelo de Estado deverá dar a resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos, também dos prestacionais por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais) e não somente daquela parte de direitos denominados de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas.

Destarte, se o operador do direito omitir-se como fez o legislador, a vítima, pelo fato de ser homem, sofrerá uma dupla punição, a violação da sua liberdade sexual e prejuízo emocional e patrimonial resultantes de uma violação sexual.

Não obstante a previsão legal do art. 128, II, do CP, onde há a possibilidade da mulher realizar o aborto quando ela for vítima, entende-se ser possível que o homem, na condição de vítima, possa impedir a continuidade da gravidez da mesma maneira que a mulher.

Senão o Estado estaria instituindo uma nova forma de *bis in*

*idem*³ - que é combatida pela própria lei penal - não para o agente delituoso, mas para a vítima que, além de suportar o sofrimento da violação, arcaria com seu patrimônio.

Lenio Luiz Streck assinala que “Não há leis imunes à Constituição. Mais do que isso, o princípio da reserva legal, antes de ser um princípio legal (Código Penal), é um princípio constitucional” (CONSTITUIÇÃO..., art. 5º, II). Extrata-se do posicionamento do Doutrinador que não pode haver favorecimento legal ao acusado em detrimento dos direitos constitucionais da vítima.

Assim, há necessidade de garantir eficácia das normas, via políticas públicas e poder judiciário autônomo, sob pena das leis tornarem-se símbolos. Nesse sentido trazemos à baila a preleção de Neves (2011, p. 51):

A legislação simbólica é caracterizada por ser normativamente ineficaz, significando isso que a relação hipotético-abstrata ‘se-então’ da ‘norma primária’ e da ‘norma secundária’ (programa condicional) não se concretiza regularmente.

³*Bis in idem* quer dizer que pelo mesmo fato ou idêntica situação o agente seja punido duas vezes, situação que a lei penal evita (GRECO, 2011, p. 561).

E arremata (2005, p.15):

Sem dúvida, a ordem jurídica de uma sociedade moderna supercomplexa, rica em alternativas, não pode ser adequada a essa sociedade se mantiver as características de uma ordem jurídica tribal, adequada, sim, aos limites de possibilidades das sociedades arcaicas. Sendo assim, cabe observar que o paradoxo dos direitos humanos só poderá ser desenvolvido de maneira produtiva na sociedade mundial hodierna mediante formas complexas de institucionalização de procedimentos no plano global ou internacional, que, no entanto, não poderão ter o caráter centralizado que marcou a positivação dos direitos humanos como direitos fundamentais na experiência do Estado Democrático de Direito.

Além dos princípios que norteiam a Constituição Federal, é cristalina a Declaração Universal dos Direitos Humanos ao apregoar, no art. 2º, a igualdade de direitos entre homem e mulher:

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

E no art. 7º:

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intenção deste trabalho não foi criar um novo tipo penal, mas, sim, observar o que tange ao princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana, quando a vítima é desamparada pela omissão do Estado, nesse estudo a omissão legislativa.

A nova redação do art. 213 do CP, trouxe novas figuras ao pólo ativo e passivo do crime de estupro, contudo o art. 128 II continuou discriminando o homem enquanto vítima de estupro por uma mulher, extraindo sua possibilidade de ver a justiça feita.

Insta observar que a hipótese suscitada não é impossível, se o fosse, o legislador não teria dado nova redação ao referido art. 213 do CP. Admite-se que seja um caso raro, mas possíveis de serem encontrados fatos similares ocorridos em outros países.

Provavelmente como resultado da cultura atual, dificilmente um homem declarará ter sido estuprado por uma mulher, mas isso não torna o crime impossível. Uma situação um tanto quanto inusitada que não pode ser ignorada pela sociedade e, menos ainda, pelo Judiciário.

Ipsa facto do art. 213 do CP não criar distinção entre o autor e a vítima, defende-se, *ipso iure*, que a prerrogativa dada à mulher quando

vítima, pelo art. 128, inciso II, do CP, também terá que ser dada ao homem quando este for a vítima.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Acquaviva*. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.

AQUINO, São Tomás de. *Suma de Teologia*. 4. ed. Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Texto integral, tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. *Código penal*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 maio 2013.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 27 maio 2013.

_____. *Lei nº 12.015, de 7 de Agosto de 2009*. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 27 maio 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 78.667 / SP. *Habeas-corpus 2007/0053406-5*, da 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2 ago. 2010.

CORRÊA, Carlos Romeu Salles. Evolução da doutrina da dignidade da pessoa humana. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3541, 12 mar.2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23950>>. Acesso em: 22 maio 2013.

DE ASÚA, Jimenez. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III. Buenos Aires: Editorial Losada, 1963.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A(III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de

Dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 19/11/2013.

FREIRE, Gustavo da Cunha Lima. *Bioética e direito: temas atuais*. Natal, RN: EDUFRN, 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino do. *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, out./nov./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 19 nov. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial / 9. ed.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TÁVORA, Nestor; GIALLUCA, Alexandre. *Vade Mecum Impetus Oab e Concursos*. 3. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

Recebido em: 17-06-2013

Aprovado em: 25-11-2013