



A MULHER COMO SUJEITO ATIVO DO CRIME DE ESTUPRO E A NOVA TIPOLOGIA

THE WOMAN AS SUBJECTACTIVE OF CRIME OF RAPE AND THE NEW TYPOLOGY

Eloísa Helena Ricci¹

Marcos Gimenez²

Resumo: O presente artigo buscou analisar as alterações que a Lei 12.015/2009 realizou no crime de estupro, modificando, assim, o artigo 213 do Código Penal e revogando o artigo 214 do mesmo, causando, dessa forma, importantes e relevantes consequências. O objetivo é aprofundar as pesquisas nos pontos em que se enxerga a ampliação do rol de sujeitos do crime de estupro, dando a possibilidade de a mulher integrar no polo ativo do crime, gerando polêmica na aplicação de penas para determinadas condutas, como: o aumento de pena pelo resultado “gravidez”, a possibilidade do aborto legal para mulher autora do crime, e os direitos de negativa de paternidade e seus efeitos civis para homem-vítima.

Palavras-chave: Lei 12.015/2009; Sujeito ativo; Mulher; Aborto sentimental; Paternidade.

Abstract: This article seeks to analyze the changes that Law 12,015 / 2009 held on the crime of rape, changing thus Article 213 of the Penal Code and repealing Article 214 of the same, causing thus important and relevant consequences. The goal is to further research at the points where it sees the expansion of the list of subjects of the crime of rape, giving the possibility of the woman integrate into the active polo crime, generating controversy in the application of penalties for certain conduct, such as: increased penalty for the outcome "pregnancy", the possibility of legal abortion for women author of the crime, and the denial of rights of paternity and its civil effects to man-victim.

¹Graduando do Curso de Direito no Centro Universitário Barão de Mauá. E-mail: eloisaricci93@hotmail.com

² Doutorando do Curso de Tecnologia Ambiental da Universidade de Ribeirão Preto, Mestre em Direito da Universidade de Ribeirão Preto, Especialista em Direito Público do Instituto Damásio de Jesus



Keywords: Law n. 12.015/2009; Active subject; Woman; Abortionsentimental; Fatherhood.

1 INTRODUÇÃO

O tema abordado no presente artigo traz à baila uma discussão extremamente controvertida e com implicações não só aos sujeitos envolvidos na ação, mas também a terceiros inocentes.

No decorrer da história, o homem se impôs em relação a mulher, sendo visto como a figura dominante da relação. Essa subjugação ocorreu pela força e pelos valores cultuados pela sociedade, desvinculado com a veracidade dos fatos.

A legislação brasileira sempre seguiu esses parâmetros imprecisos da dominância do homem e assim, com relação aos crimes sexuais, o homem era o único que poderia ser sujeito ativo.

Porém, a Lei 12.015/2009 promoveu alterações de grande relevância nos crimes sexuais, em especial no estupro. Também promoveu mudanças no antigo atentado violento ao pudor e em outros tipos assemelhados.

Assim, quaisquer tipos de atos libidinosos cometidos contra alguém, com o emprego de violência ou grave ameaça, configuram crime de estupro, não se restringindo somente à conjunção carnal, onde somente o homem seria autor do crime.

Com as alterações trazidas pela Lei 12.015/2009, os tipos estupro e atentado violento ao pudor não se distinguem mais um do outro. O artigo 214, que descrevia atos diversos a conjunção foi revogado, e, dessa forma, não subsiste mais.

Enquanto isso, o artigo 213 sofreu modificação, unificando as práticas citadas, ou seja, estupro não se restringe mais à conjunção carnal somente. Ampliou-se também o



rol de sujeitos, pois além de tal prática, o artigo também engloba a viabilidade de se cometer estupro com qualquer outro ato sexual cometido contra o sujeito passivo.

A significativa mudança de paradigma ocorreu de maneira sutil. O homem não é mais o único infrator do crime supracitado, vez que ato pode ser cometido por qualquer um. Deixou-se de cultuar a figura machista.

Trata-se, inicialmente, de uma mudança necessária diante dos anseios da sociedade, ou seja, a lei penal se amoldando às exigências e necessidades sociais existentes da época.

Isso faz com que seja necessário ampliar a abordagem do delito e suas condutas típicas por meio da igualdade, já que houve significativo deslocamento da mulher de uma posição de subordinação, para uma situação de igualdade com o homem.

Assim, o rol de sujeitos ativos e passivos deste crime foi ampliado e sua característica amplamente modificada, deixando de ser crime próprio, ou seja, crimes que só podiam ser cometidos por determinadas pessoas, onde o tipo penal exigia certa característica do autor e da vítima.

Neste sentido, não será somente como vítima que a mulher terá chance de engravidar por mérito de coito perpetrado mediante constrangimento. Agora, como sujeito ativo, que constrange o homem-vítima à prática de ato sexual, poderá engravidar em razão de sua própria conduta ilícita.

Dúvidas não restam quanto ao de aumento de pena quando a vítima é a mulher e vem a engravidar como resultado do crime praticado com violência ou grave ameaça.

O dilema emerge nos casos em que a mulher é infratora do crime e vem a engravidar como resultado da prática que ela mesma cometeu. Seria também aplicável a causa do aumento de pena da gravidez, previsto no artigo 234-A, inciso III do Código Penal? Afinal, agora a grávida é a própria autora do ilícito.

E quando se trata de consentimento de aborto legal à mulher vítima de estupro, seria este também aplicável à mulher infratora do crime contra homem-vítima?



Há que se falar também nos direitos do homem vitimado. Os demais dispositivos legais foram adaptados a essa nova realidade? E possibilidade do sujeito passivo, o homem, negar paternidade diante do resultado gravidez do ato sexual sofrido e seus efeitos civis ao registro de nascimento do nascido vivo, afinal, no que diz respeito ao homem como autor do crime, não resta dúvidas sobre seus deveres.

Aqui, portanto, pretende-se falar especificamente das circunstâncias significativas inerentes à gravidez da mulher resultante da conduta ilícita por ela provocada, a possibilidade da pena sofrer aumento nos termos do artigo 234-A, III, do Código Penal à mulher estupradora, a possibilidade ou não de autorização do aborto legal em razão dessa gravidez ser resultado de estupro, de acordo com o artigo 128, II, do Código Penal e os direitos de paternidade e seus efeitos civis ao homem que é vítima de estupro cometido por mulher.

2 A SOCIEDADE E O ESTUPRO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME

A sociedade, desde os primórdios, determina a diferenciação entre ambos os sexos, mas nas sociedades primitivas as mulheres eram as dirigentes, estabelecendo um matriarcado, sistema no qual quem organizava e dirigia a vida social não eram os homens, mas sim as mulheres.

Porém, essa sociedade primitiva não estabelecia desigualdades sociais, inferioridades ou discriminações de qualquer espécie. Estava fundada sobre uma base de completa igualdade. A diferenciação do sexo somente era vislumbrada quando se tratava do trabalho. Os homens eram caçadores, ocupação de tempo integral que os mantinha longe de casa e as mulheres realizam a coleta de alimentos nas proximidades das habitações.

Essa autonomia do homem em relação a família gerou uma falsa sensação de superioridade, porém, foi a própria sociedade que rebaixou a mulher e elevou o homem. Os homens obtiveram sua supremacia social através da luta contra a mulher e suas conquistas, levando a deterioração da sociedade igualitária e a instituição da sociedade de classes.



A inferioridade da mulher é produto de um sistema social que causou e proporcionou inumeráveis desigualdades, inferioridades, discriminações e degradações. Mas esta realidade histórica foi dissimulada atrás de um mito da inferioridade feminina, que acabou por determinar que o homem poderia subjugar a vontade da mulher e praticar todas elas, inclusive sexual, independentemente da escolha da mesma.

Desde as primeiras civilizações a mulher é alvo de estupro. A própria cultura grega estabelecia que as divindades sequestravam as mulheres para a prática de atos sexuais, transpassando para a sociedade, que este ato era normal e divino. Na mesma linha caminhou o Brasil, que naturalizou a cultura do estupro desde sua origem, visto que os portugueses estupravam as índias.

2.1 Aspectos sociais do estupro ao longo da história

Juridicamente o termo “estupro”, segundo asseveram Hungria, Lacerda e Fragoso, no Direito Romano “chamava-se *stuprum*, em sentido lato, qualquer congresso carnal ilícito”.³ Porém foi a legislação penal francesa do século XIX uma das primeiras a retomar uma definição ampla do delito, abrangendo, assim, outros atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Na década de 70, o Senado Francês expõe a oportunidade de tratamento unificado de crime de estupro e atentado violento ao pudor, por um modo que distingue atos libidinosos de penetração, denominado estupro, e outros atos libidinosos que são considerados atentado violento ao pudor, segundo Hungria.

Percebe-se, então, que não existe novidade quando falamos da distinção e a junção das condutas do estupro e do atentado violento ao pudor. Há sim uma antiga história de idas e vindas motivados por eventualidades e opções legislativas.

³HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 8. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 104.



Há que se cuidar do fato de que essas opções legislativas podem causar algumas consequências jurídicas desconhecidas. No Brasil, o delito de estupro na redação original do Código Penal de 1940, trazia a seguinte previsão: “Art. 213 – Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”.⁴

Este delito era previsto no Título VI, que tratava de crimes contra os costumes, nota-se, assim, uma limitação quanto às figuras do autor e da vítima deste delito. A exemplo disso, temos que até o ano de 1995 a punibilidade do estuprador era extinta desde que ele se casasse com a mulher vitimada, demonstrando, a clara aplicação no que tange aos costumes, visto que naquela época a maior preocupação era com a honra da mulher e não com sua dignidade sexual que fora violada.

Segundo Fernando Capez:

Sob a epígrafe “dos crimes contra os costumes”, tutelava o Código Penal a moral social sob o ponto de vista sexual. A lei penal não interferia nas relações sexuais normais dos indivíduos, mas reprimia as condutas anormais consideradas graves que afastassem a moral média da sociedade⁵.

A conjunção carnal, nos termos do antigo artigo, era referente à somente cópula vaginal, ou seja, a penetração do órgão masculino na cavidade vaginal da mulher, não se compreendendo neste conceito qualquer outro meio de execução do ato sexual.

Desde a elaboração do Código Penal de 1940 existe a proteção penal a liberdade sexual, ou seja, a figura delitiva do crime de estupro existiu, mas embora reconhecido desde sempre, o crime de estupro sempre foi um tabu para a nossa sociedade.

No início existia a imagem da mulher “honesta”, restando para as prostitutas o “prejuízo”, por assim dizer. Sem reputação e honra, a meretriz estuprada, além da violência

⁴ BRASIL. **Código penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 09 out. 2016.

⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Dos crimes contra a dignidade sexual e dos crimes contra a administração pública**. Parte Especial. Vol. 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21.



que sofreu, nada mais tinha a temer como consequência do crime; esta não suporta outro dano que não este.

A mulher honesta, todavia, arrastaria para todo o sempre a mancha inapagável do crime sofrido, violando assim a sua liberdade sexual e sua honra. Nessa época, não se enxergava a possibilidade de a mulher praticar as condutas tratadas no delito.

A atuação do legislador foi mais focada no objetivo de protegê-la do homem, do que a ver como possível autora do crime, isso contribuiu para o modo como foi feita a normatização, afinal o Direito Penal caminha conforme os anseios e necessidades sociais, pois é instrumento de controle social.

O Código Penal Brasileiro de 1940 traz a posição de uma mentalidade conservadora, mas com a quebra de alguns paradigmas da sociedade, por exemplo a ascensão da mulher no mercado de trabalho, conquistando espaço, faz com que este se torne inadequado para os dias atuais.

Na década de 40 a mulher era vista de outra forma, seu tempo era voltado única e exclusivamente ao lar, a preocupação que dominava na época era completamente diversa da atual.

Nesse sentido, Nucci relata:

A disciplina sexual e o mínimo ético exigido por muitos à época do Código Penal, nos idos de 1940, não mais compatibilizam com a liberdade de ser, agir e pensar, garantida pela Constituição Federal de 1988. O legislador brasileiro deve preocupar-se (e ocupar-se) com as condutas efetivamente graves, que possam acarretar resultados igualmente desastrosos para a sociedade, no campo da liberdade sexual, deixando de lado as filigranas penais, obviamente inócuas, ligadas a tempos pretéritos e esquecidos.⁶

⁶NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra dignidade sexual**. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2010, p. 24.



Sendo assim, as mudanças sociais posteriores à década de 40 tornaram necessárias, também, as mudanças no diploma penal, já que o que constava nos textos do antigo código discordavam da nova realidade.

Houveram relevantes mudanças no comportamento sexual ao transcorrer da história da humanidade, e foi na década de 60 do século passado, principalmente, que a sexualidade passou a ser vista positivamente, ou seja, sem muitos preconceitos ou repressões, havendo, inclusive, uma distância da moralidade e da imposição da religião, e, com isso, a liberdade sexual foi ganhando cada vez mais espaço, surgindo a necessidade de o Estado criar leis que se adequassem a essa nova realidade social.

2.2 Contextualização histórica do crime de estupro na legislação brasileira

O Brasil, enquanto colônia, não possuía liberalidade para a criação de legislações próprias, com isso, era regido pelas leis vigentes em Portugal.

Nesse período de 1500 até 1830, o país tinha por legislação as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, que também tipificavam a conduta.

É relevante dizer que, nesta época, a virgindade da mulher não era requisito essencial para que se configurasse o crime, afinal, as referidas leis não faziam essa distinção.

Foi em 1830 que entrou em vigência o Código Criminal do Império, que por sua vez elencou diversos delitos sexuais, e que na época foi duramente criticado pela doutrina. Tal legislação é marcada pelas mudanças legislativas.

O legislador definiu o crime de estupro no artigo 222 e o crime de atentado violento ao pudor, embora não denominado exatamente com esse nome, no artigo 223, do referido Código Criminal.⁷

Com a chegada da República, foi necessário a implementação de nova legislação penal, a fim de exterminar determinados crimes que tinham por tutela o poder

⁷ BRASIL, **Código criminal do império do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 09 out. 2016.



imperial, além da necessidade da população de não serem mais regidos por algo que remetesse ao período monárquico.

Surge então o Código Penal de 1890, e é nesse período histórico, impulsionado pela Revolução Industrial, que o mundo vivenciou a preocupação com a tutela dos “Direitos Humanos de Segunda Geração”.

Com relação a violência sexual, era adotado neste Código Penal de 1890 o título “Dos Crimes contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e Ultraje Público ao Pudor”. As penas para os delitos encontrados neste título eram de prisão celular de um a seis anos e dote, sendo reduzidas para seis meses a dois anos caso a ofendida fosse prostituta.

Atualmente vigente, o Código Penal de 1940 foi o que se prolongou por maior tempo no Brasil.

Até o momento, todas as codificações expostas, inclusive a do Código Penal de 1940, trata o crime de estupro como ofensa à moral da sociedade e das famílias, ou seja, a dignidade sexual da vítima era deixada para segundo plano, pois a proteção da norma tratava apenas da moral e reputação da família diante a sociedade, permanecendo completamente desconsiderados os aspectos pessoais e de dignidade da vítima.

Neste código, o título VI foi chamado “Dos Crimes contra os Costumes”, e em sua redação original, o artigo 214 tratava: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”⁸, inexistindo a obrigação de a vítima ostentar o estado de virgem ou honesta. A pena, neste caso, era de três a oito anos.

Sendo assim, era inadmissível a figura do homem como vítima de tal crime, e também da mulher como autora, afinal, quando se fala em conjunção carnal, a possibilidade da ocorrência do ato restringia-se ao homem como autor e à mulher como vítima.

Com relação as práticas diversas de conjunção carnal, estas faziam parte do extinto “atentado violento ao pudor”.

⁸ BRASIL, **Código penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 09 out. 2016.



No decorrer do tempo, se verifica a inadequação do Código Penal de 1940 para os dias atuais da sociedade, visto que, certos preconceitos foram quebrados e a mulher passa a assumir novo posicionamento na sociedade.

2.3 Análise do tipo penal: do crime próprio, das condutas criminosas previstas no tipo, das qualificadoras, antes do advento da Lei 12.015/2009

Antes da chegada da nova legislação, o crime de estupro estava previsto no Título VI, sob o Capítulo I – “Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual”. Portanto, em um primeiro momento, que a denominação do título trazia uma ideia de bons costumes, resguardando a moral ante ao ponto de vista sexual sem intervir nas relações normais do indivíduo, ou seja, reprimia somente os comportamentos considerados graves à moral média da sociedade.

O que se tutelava neste crime era a liberdade sexual da mulher, ou seja, o direito da mulher de preservar o seu próprio corpo, de escolher seu par, e não ser forçada violentamente. Assim, o fulcro do referido tipo penal, consolidava-se no verbo “constranger” mulher à conjunção carnal, por meio de violência ou grave ameaça, ou seja, forçar, compelir, coagir a mulher a praticar com o agente do delito conjunção carnal.

Com relação aos atos executórios do crime de estupro, estes tratavam-se de, necessariamente, por meio de violência ou grave ameaça, constranger mulher à prática de conjunção carnal, portanto, vale lembrar que a concordância para a prática, livre de qualquer violência ou ameaça, exclui a configuração do crime de estupro. Se faz indispensável o dissentimento da vítima, ou seja, que ela negue o ato sexual. Quanto ao autor, poderia ser somente o homem.

Analisa-se, assim, que se tratava de crime próprio, que exige características específicas do autor e da vítima do delito. Ao passo que para a consumação do delito era necessário haver conjunção carnal, ou seja, a penetração do órgão masculino na cavidade vaginal, portanto o homem era o único a poder figurar no polo ativo.



Ora, visto que somente diante de conjunção carnal era tipificado o crime de estupro, qualquer outro ato libidinoso, ou seja, atos atrelados aos desejos provenientes do sexo, como por exemplo, coito oral ou anal, não se encaixavam no delito estudado, afinal, não havia a introdução carnal exigida, sendo assim, caracterizavam atentado violento ao pudor.

Quanto a vítima, poderia ser somente mulher, já que o tipo, em sua redação, diz: “constranger mulher à conjunção carnal...”.O elemento subjetivo geral é o dolo, materializado na vontade de constranger a mulher, por isso não se trata somente de dolo, este deve vir acompanhado do desejo de obrigar, forçar a mulher, ou seja, é o agente tenha o fim de constranger a vítima para a prática da conjunção carnal, é o chamado dolo específico.

O estupro se trata de crime material, quer dizer, o tipo descreve a conduta e o resultado naturalístico e para sua consumação é imprescindível que haja esse resultado naturalístico. É instantâneo, devido sua consumação não se perdurar no tempo, ou seja, ser imediata, em um só instante. É plurissubsistente, visto que a conduta se desdobra em vários atos e unissubjetivo, pois pode ser praticado por uma única pessoa, apesar de existir a possibilidade de haver concurso de agentes, sob a forma de coautoria ou participação. É também crime de forma livre, pois a lei não prevê forma específica de praticá-lo, exceto na conjunção carnal.

Em relação a ação penal, por regra, privada, realizando-se mediante a queixa do ofendido. Mas se da violência ocasionar lesão corporal grave ou morte, a ação penal será pública.

3 OS ELEMENTOS INTEGRANTES DO NOVO TIPO DE DELITO DE ESTUPRO À LUZ DA LEI 12.015/2009

Foi em 07 de agosto de 2009 que a Lei 12.015/2009 foi sancionada pela Presidência da República, trazendo relevantes alterações nas condutas incriminadoras referentes ao crime de estupro.



Inicialmente, a denominação do Título VI, “Crimes Contra os Costumes” sofreu alteração, passando, assim, a denominar-se “Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual”.

Revogaram-se alguns artigos, criaram-se outros, mudou-se o tipo de ação penal, o crime deixou de ser próprio passando a ser comum, fundiram-se os artigos 213 e 214 em um único artigo, o artigo 213 do Código Penal, retirando de sua redação a conduta “constranger mulher” substituindo-a por “constranger alguém” e revogando o artigo 214 que tratava de atentado violento ao pudor.

Essa modificação ocorreu devido a sociedade brasileira vir clamando por um maior rigor no tratamento da punição dos crimes até então denominados crimes contra os costumes.

Tal clamor foi acolhido e a Lei 12.015/2009 não só acrescentou alguns tipos penais que se faziam necessários, como também tratou com maior rigidez as infrações já existentes.

3.1 A mudança do tipo penal “estupro” com o advento da Lei 12.015/2009

Por se tratar de nova norma que trouxe diversas modificações à legislação anterior, é de grande relevância levar em considerações todas as inovações trazidas, inclusive em relação a postura do legislador.

Começando por citar uma das principais modificações realizadas referente à uniformização dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, que agora se encontram em um único artigo, o 213.

Segundo Capez:

O novel dispositivo legal, portanto, estranhamente, abarcou diversas situações que não se enquadrariam na acepção originária do crime de



estupro, o qual sempre tutelou a liberdade sexual da mulher, consistente no direito de não ser compelida a manter conjunção carnal com outrem.⁹

Portanto, a característica principal do delito analisado sempre foi o constrangimento da mulher à conjunção carnal forçada, ou seja, a introdução do órgão genital masculino na cavidade vaginal, enquanto a liberdade sexual do homem nunca foi protegida por este tipo penal.

Já a nova epígrafe, consubstanciada no artigo 213 do Código Penal, passou a tipificar a ação de constranger qualquer pessoa a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato sexual.

Com isso, ações que configuravam atentado violento ao pudor, antes encontradas no revogado artigo 214, foram incluídas na redação do artigo 213, passando, portanto, a configurar o delito de estupro e sofrer a mesma pena.

A Lei 12.015/2009 ao regular o estupro no título “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, trouxe a ideia de dignidade, evidenciando uma maior preocupação com a pessoa humana e não mais com o comportamento sexual do ser humano perante a sociedade.

Hoje, a nova redação determinada ao artigo 213 pela Lei 12.015 diz:

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”.¹⁰

Essa nova redação teve duas utilidades: juntar em um mesmo dispositivo o crime de estupro e atentado violento ao pudor e admitir o estupro contra qualquer pessoa, sendo mulher ou não.

⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: dos crimes contra a dignidade sexual e dos crimes contra a administração pública.** Parte Especial. Vol. 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 30.

¹⁰BRASIL, **Código penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 09 out. 2016.



O tipo passou a conter não só a prática de conjunção carnal, mas também qualquer outro ato sexual, ampliando-se, assim, o rol de sujeitos ativo e passivo, deixando de ser crime próprio e passando a ser crime comum, isto é, qualquer pessoa poderá ser autor do delito, assim como poderá ser vítima também.

Os bens juridicamente protegidos, neste caso, são a liberdade e a dignidade sexual e o objeto material deste delito pode ser ambos os sexos, ou seja, a pessoa contra qual é dirigida a conduta praticada pelo agente.

Sendo assim, o sujeito passivo, atualmente, poderá ser homem e mulher, o que antes não era admitido. Quando a vítima for mulher, não importa que esta seja virgem e honesta, não se excluindo da proteção legal a prostituta, que apesar de mercantilizar seu corpo, não perde o direito de dispor dele quando bem quiser.

Quanto à ação do núcleo do tipo, essa se fundamenta no verbo “constranger alguém”, por meio de violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou “a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Constranger quer dizer forçar, compelir, coagir alguém ou a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Nesse caso, a conjunção carnal é a cópula vagínica, quer dizer, é o penetrar efetivo do órgão genital masculino na vagina. Já o ato libidinoso compreende outros meios de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal, os quais constituíam o crime autônomo de atentado violento ao pudor.

O elemento subjetivo do tipo continua sendo o mesmo tipo penal anterior, o dolo, que é o desejo livre de executar a conduta descrita no tipo penal, não permitindo a forma culposa. É imprescindível também, o dolo específico, ou seja, a vontade de obter a conjunção carnal ou outro ato sexual, obtendo, assim, a satisfação de sua própria lascívia.

É um crime material, visto que demanda de resultado naturalístico; é também comissivo, pois os verbos do tipo constituem uma ação positiva do agente; instantâneo, devido ao resultado ser imediato, sem que se perdue no tempo; é crime de dano, pois a consumação se dá através de uma lesão empregada contra o bem tutelado; unissubsistente,



porque, mesmo que admita concurso de pessoas ou participação, é um crime cometido por somente um agente e plurissubsistente, pois é delito praticado em inúmeros atos.

Em relação à ação penal, então, esta sofre uma significativa alteração, pois independente de qual seja o crime contra a dignidade sexual, a ação será pública, diferentemente do que acontecia no caso de estupro na redação anterior, que se tratava de ação penal privada propriamente dita.

Há que se falar também na consumação e tentativa do delito, assim, quando se trata de conjunção carnal, Capez escreve:

No caso da cópula vagínica, o estupro, por ser delito material, consuma-se com a introdução completa ou incompleta do pênis na cavidade vaginal da mulher. O mero contato do membro viril com o órgão genital da mulher configura o crime tentado.¹¹

Já para Hungria, também será reconhecível a tentativa mesmo quando não haja contato físico, desde que as circunstâncias por parte do agente, deixem claro o intuito de conjunção carnal.¹²

Já a consumação e a tentativa referente aos atos libidinosos, consuma-se com a prática do ato libidinoso diverso da cópula vagínica. Haverá crime tentado quando o agente emprega violência ou grave ameaça, atos executórios do crime, mas não consegue realizar o ato libidinoso por circunstâncias alheias.

Antes da reforma estabelecida pela referida lei nos crimes sexuais, se não fosse comprovada a intenção de estuprar, o agente respondia pelo revogado artigo 214, atentado violento ao pudor. Já comprovado a intenção do agente em estuprar a vítima, perfazia-se o delito do artigo 213 na forma tentada. Com o advento da Lei 12.015/2009, atos sexuais

¹¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: dos crimes contra a dignidade sexual e dos crimes contra a administração pública**. Parte Especial. Vol. 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 40.

¹² HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**. Vol. 9. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.



diversos de conjunção carnal configuram o delito de estupro, portanto, uma vez comprovado sua realização, o crime do artigo 213 será considerado consumado.

Em relação as qualificadoras na Lei 12.015/2009, explica Capez:

O crime será qualificado pelo resultado: a) se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave (cf. §1º, 1ª parte). Trata-se de situação já prevista no revogado art. 223 do CP, não tendo ocorrido *abolitio criminis*. Note-se que a pena do artigo revogado foi mantida pela Lei 12.015/2009, qual seja, a de reclusão, de 8 a 12 anos. Mencione-se que, ao falar em lesão corporal de natureza grave, a lei se refere as de natureza grave e gravíssima, o que significa que a expressão está empregada em sentido lato; b) se da conduta resulta morte (cf. §2º): cuida-se de hipótese igualmente prevista no revogado artigo 223 do CP, com uma diferença: a anterior penal de reclusão, de 12 a 25 anos, foi modificada, passando o limite máximo a ser de 30 anos de reclusão, constituindo, portanto, hipótese de *novatio legis in pejus*.¹³

Nota-se também que a Lei 12.015/2009 acrescentou uma nova qualificadora, com pena de reclusão de 8 a 12 anos se a vítima é menor de 18 anos ou maior de 14, encontrada no artigo 213, §1º, 2ª parte. Sendo assim, levando em conta a idade da vítima, o legislador optou por agravar a reprimenda penal quando o estupro for praticado contra adolescente. Por fim, todos esses crimes qualificados são considerados crimes hediondos.

3.2 A mulher como sujeito ativo do delito e mudança para crime comum

A tradição vivenciada em 1940 em que apenas o homem podia ser a pessoa ativa e a mulher pessoa passiva do crime de estupro ganhou nova roupagem. Hoje a mulher também poderá figurar no polo ativo e o homem poderá ser sujeito passivo do crime, diante da modificação do artigo 213 do Código Penal.

¹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: dos crimes contra a dignidade sexual e dos crimes contra a administração pública**. Parte Especial. Vol. 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48.



Em 2009, diante das modificações feitas pela nova legislação, o crime passou a ter classificação de crime comum, vez que o termo “mulher” fora substituído por “alguém” e também pela revogação do crime de atentado violento ao pudor que abrangia qualquer ato sexual diverso de conjunção carnal, anteriormente encontrado no artigo 214, e que dessa forma, passam a ser unificados com o artigo 213 que trata de crime de estupro propriamente dito.

Assim, o ordenamento jurídico passa a considerar que tanto o homem quanto a mulher podem ser autores e vítimas do crime de estupro.

Outro ato qualquer de violência empregado em oposição a vontade da vítima e que fosse diverso de conjunção carnal, caracterizaria atentado violento ao pudor, encontrado no revogado artigo 214 do Código Penal: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”.¹⁴

Assim, com a abolição do crime de atentado violento ao pudor e a reforma do artigo 213, qualquer um pode ser vítima ou autor deste delito, tanto o homem quanto a mulher. Com relação à mulher como infratora do crime de estupro, Capez diz:

Na antiga redação do art. 213 do CP, a mulher não podia ser autora imediata do estupro, ante a sua impossibilidade física de praticar o coito comissivamente. Podia, no entanto, ser autora mediata, quando, por exemplo, constrangesse um homem a praticar conjunção carnal com uma mulher, mediante violência, ou o que é mais comum, grave ameaça.¹⁵

Vale lembrar que autor mediato é o que se serve de pessoas sem condições de sensatez, assim, este é utilizado como mero instrumento de atuação, age sem vontade ou consciência e por essa razão, considera-se que a ação principal foi realizada pelo autor mediato.

¹⁴ BRASIL, **Código penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 09 out. 2016.

¹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: dos crimes contra a dignidade sexual e dos crimes contra a administração pública**. Parte Especial. Vol. 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 36.



Já com as alterações efetuadas pela Lei 12.015/2009, a mulher poderá ser autora imediata do crime de estupro, posto que o tipo penal passou a abarcar os atos libidinosos distintos de conjunção carnal, possibilitando que qualquer ato executório, praticado por qualquer pessoa, configure o crime.

A mulher poderá ser também sujeito passivo em relação ao sujeito ativo feminino, ou seja, a nova redação do referido artigo estabelece que qualquer pessoa pode figurar frente a nova concepção do sujeito ativo.

4 OS DIREITOS DO HOMEM EM FACE DA GRAVIDEZ RESULTADO DO ESTUPRO PRATICADO POR MULHER

Ante ao exposto até o momento, verificamos as modificações trazidas pela Lei 12.015/2009 referente ao crime de estupro e antigo atentado violento ao pudor, extinto da redação do Código Penal.

Com significativas modificações ocasionadas no tipo penal, como a ampliação do rol de sujeitos ativos do delito, é possível enxergar a transformação deste crime próprio em crime comum, e desta forma, a mulher passa a ter oportunidade de ser infratora do crime.

Assim, deve-se analisar os direitos do homem em face da chance de resultar gravidez da prática criminosa cometida por mulher mediante violência ou grave ameaça.

4.1 A problemática em torno da causa de aumento de pena decorrente da gravidez de mulher sujeito ativo do crime de estupro – artigo 234-A, III, do Código Penal

Com a ampliação do arrolamento de sujeitos do crime em comento contemplado no artigo 213 do Código Penal e a ampliação já destacada, sendo a mulher um



dos sujeitos ativos deste crime, e desta maneira, ainda podendo engravidar em virtude dessa relação não consentida, onde o constrangimento ocorreu mediante a ação da própria mulher.

Assim, a própria autora do fato criminoso, que realizou o ato mediante constrangimento do homem à prática do ato sexual, independentemente da determinação de conjunção carnal ou outro ato libidinoso, mediante grave ameaça ou até mesmo violência, poderá gerar uma gravidez indesejada ou não, em consequência de sua própria conduta.

Não há dúvidas quanto ao aumento de pena aplicado quando a grávida é a vítima do crime, sendo assim, o artigo 234-A, III do Código Penal deixa claro que a pena é aumentada de metade se do crime resultar gravidez.¹⁶ Afinal, mulher vítima do referido crime arca com mais um encargo resultante do ilícito de terceiro, inclusive o impasse de optar por levar a gravidez adiante ou realizar aborto legal, nos termos do artigo 128, II do Código Penal.

Mas diante das modificações ocasionadas pela Lei 12.015/2009 e os novos meios de autoria deste delito, se faz presente a dúvida nos casos em que a autora do crime de estupro é a mulher e, mediante violência ou grave ameaça, comete a prática criminosa contra o homem-vítima e esta vem a engravidar.

Agora a grávida é a própria autora do crime, dessa forma, seria possível a aplicação do aumento de pena de gravidez encontrada no artigo supracitado?

Como forma de viabilizar uma saída em relação a problemática proposta, até em razão do suposto valor atribuído ao resultado final, não com relação aos resultados provenientes da gravidez para a agressora, mas também em relação ao sujeito passivo, uma vez que este homem, poderá suportará prejuízos econômicos e psicológicos com o advento de uma gravidez indesejada, depois da prática de uma conjunção carnal não desejada.

Podemos citar como prejuízo ao homem-vítima o aspecto financeiro, como problemas de sucessão hereditária, pensão alimentícia e os gastos com a criação de um

¹⁶BRASIL, **Código penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 17 out. 2016.



filho. E também o aspecto afetivo, como dilemas de convívio com a criança e a própria mãe, conflitos com a família do mesmo, relativos à sua esposa e outros filhos oriundos da relação legal. Ou seja, a gravidez resultante do estupro realizado pela mulher contra a vítima, o homem, pode prejudicar muito este segundo.

E mesmo que a gravidez não seja algo desejado pela própria criminosa, isto não excluirá a responsabilidade por sua conduta, tendo em vista que referido ato ilícito cometido também respingará nos interesses da futura criança, a qual, sem dúvida alguma, sofrerá danos psicológicos e afetivos.

Dessa forma fica claro que a pena deverá ser aumentada, inclusive nos casos tratados como problemática do presente trabalho, ou seja, nos casos em que a grávida é a autora do crime perpetrado e não mais a vítima.

4.2 A aplicabilidade do permissivo legal do aborto legal, à mulher autora do crime

Em relação ao crime de aborto, impera no país, segundo a doutrina o “Sistema Proibitivo Relativo”. Esse sistema é extremamente rigoroso onde a realização da interrupção intrauterina é considerada um ato ilícito, sendo permitida apenas duas hipóteses, que são chamadas de aborto legal, e que estão previstas no artigo 128, I e II do Código Penal.

O Código Penal prevê a partir de seu artigo 124 o crime de aborto. Trata-se da interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. Esta tipificação penal tem por objetivo proteger a vida intrauterina.

O artigo 124 trata-se de crime próprio, punindo o aborto provocado pela própria gestante: “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque. Pena – detenção, de um a três anos”.¹⁷

¹⁷BRASIL, **Código penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 19 out. 2016.



Já os artigos 125 e 126 do mesmo código, cuidam do aborto provocado por terceiro, punindo aqueles que praticam o aborto sem o consentimento da gestante e com o consentimento da gestante, respectivamente.¹⁸

Se tratando do artigo 128, I e II do Código Penal, verificamos as hipóteses de aborto legal. A primeira hipótese é a do chamado “aborto necessário ou terapêutico”, onde se encontra a única forma para salvar a vida da gestante, ou seja, se interrompe propositalmente a gravidez nos casos de iminente perigo de vida desta. E a segunda é a do denominado “aborto sentimental, humanitário ou ético”, referente aos casos de gravidez resultante de estupro. Este aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando esta for incapaz, de seu representante legal.

Neste termo, aponta-se que o legislador previu duas hipóteses especiais de exclusão da ilicitude do fato, no inciso I, hipótese de estado de necessidade e no inciso II, exercício regular do direito.

Na hipótese estabelecida no inciso I do referido artigo, o aborto necessário, optou-se por uma solução ao caso, mais especificamente em relação ao dilema moral, quando o médico se vê compelido a realizar a escolha, salvar uma das vidas em prejuízo da outra, utilizando a máxima de tentar provocar o menor prejuízo possível, optando-se pela vida da mãe, sem que isso lhe comprometa em desvalorizar ou desprezar a vida em formação.

Já quando falamos de aborto sentimental, deve-se levar em consideração a impossibilidade de exigir que a mulher leve adiante uma gravidez indesejada e venha a dar à luz a uma criança concebida por um coito violento, não desejado, que lhe acarretará problemas emocionais e psíquicos, além das sequelas físicas relativas ao delito em si.

Até aqui estamos abrangendo situações em que o sujeito passivo do ato ilícito engravida e pode, sem nenhuma dúvida, se valer da permissão legal para a realização do aborto. Porém a alteração legislativa oriunda da promulgação da Lei 12.015/2009, ampliou o rol dos sujeitos ativos imediatos do referido crime, colocando assim, o homem como possível vítima e dessa relação criminosa, a mulher engravidar.

¹⁸Ibid.



Dessa forma, poderá a mulher, nessa condição de autora e não vítima, escolher pelo aborto sentimental sustentado pelo artigo 128, II do Código Penal, pelo motivo de a gravidez ser resultado de um estupro? E se a mulher não desejar o aborto sentimental, ela poderia ser forçada pelos interesses do homem que foi vítima à aborto legal?

Diante da última questão apresentada, é visível a impossibilidade de imposição à mulher a um aborto legal sem que esta o concedesse, ainda que seja criminosa e que se considerem os interesses do vitimado.

Justificamos tal afirmação com a clara expressão do artigo 128, II do Código Penal que diz: “se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.¹⁹

Para a realização do aborto sentimental temos como requisito indispensável o consentimento prévio da gestante, sem o consentimento a aplicação deste dispositivo é impossível.

Deve-se levar em consideração, primeiramente, a vontade da gestante diante da gravidez, mesmo no papel de infratora do crime, afinal, a lei brasileira realça pela proteção da vida intrauterina, conformando-se a um modelo proibitivo que cede o aborto em casos extremos e não impõe o aborto sentimental como algo obrigatório, ou seja, a gestante pode escolher por levar a gravidez adiante, fazendo com que quaisquer outros interesses não se sobreponham à preservação da vida humana.

Sendo assim, mesmo que a gravidez se origine de motivos torpes, o direito à vida se sobrepõe a quaisquer outros interesses, ou seja, os direitos do homem vitimado não superam o direito à vida.

Nesse sentido, Prof. Damásio expressa que para o direito civil o feto não possui personalidade jurídica, portanto não é sujeito de direito, mas sim mero expectador. Entretanto, para os efeitos penais ele é considerado pessoa, tutelando-se, assim, a vida da pessoa humana.²⁰

¹⁹ BRASIL, **Código penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 19 out. 2016.

²⁰ JESUS, Damásio. **Direito penal - parte especial**. Vol. 2. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.



Vemos que a resposta apresentada frente ao caso concreto deve-se impor utilizando as máximas Direito, como a legalidade e a intranscendência. Estes também indicam o melhor trajeto a ser seguido frente a negativa do aborto à gestante autora do crime.

Quando tratamos da legalidade, vemos que esta impede a imposição, por não haver previsão legal semelhante, ou seja, não se pode condenar a mulher autora do crime de estupro que engravida dessa relação criminosa, inviabilizando eventual aplicação. E além disso, a referida imposição de uma condenação seria inviável, considerando que um dos pilares do direito, o princípio da intranscendência veda que a pena ultrapasse o sujeito criminoso, não podendo atingir terceiros inocentes.

Nesse sentido, Prof. Damásio expressa também que por mais que possa parecer justo o homem vitimado exigir o aborto sentimental querendo equiparar a sua situação com a da mulher vítima, tal hipótese não encontra amparo na esfera penal, ou seja, as consequências da paternidade indesejada que fora resultado de crime de estupro, poderão ser minimizadas somente na esfera cível, no que diz respeito as obrigações decorrentes nesse âmbito. No que diz respeito a esfera criminal, na incomum, porém possível, hipótese de o homem ser a vítima, não há o que se falar em aborto criminal.²¹

Sendo assim, o aborto sentimental imposto seria um exemplo absurdo de transcendência da lei penal, atingindo um terceiro cuja inocência atinge um grau elevadíssimo, violando em um só tempo as disposições do artigo 5º da Constituição Federal em seus incisos XXXIX que diz que não há crime sem que haja lei anterior queo defina, nem se pode aplicar pena sem prévia cominação legal e XLV, expressando que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.²²

Já com relação à questão de a gestante querer optar pelo aborto sentimental, vemos que o artigo 128, II do Código Penal não faz distinção entre os casos, referindo-se somente a gravidez que resulta de estupro, no entanto, entende-se que o aborto legal diz respeito somente a gestante que foi vítima do crime, jamais aquela que, por vontade própria, praticou ato libidinoso de que resultou a gravidez.

²¹JESUS, Damásio. **Direito penal - parte especial**. Vol. 2. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

²²BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 out. 2016.



Conclui-se, portanto, que a aplicabilidade da legislação se vislumbra diante da configuração do homem como autor do delito, mesmo com o advento da Lei 12.015/2009 que claramente possibilitou que o mesmo se enquadrasse no rol de sujeitos passivos, afinal, a intenção era proteger a mulher-vítima das consequências negativas de se levar adiante uma gravidez indesejada cometida por coito violento, e não a mulher que acabara engravidando por um ato ilícito cometido por sua própria vontade.

4.3 A negativa de paternidade e de efeitos civis ao registro de nascimento do nascido vivo

Outra discussão que se faz em cima da problemática, é em relação aos interesses do homem-vítima e da futura criança que irá nascer, tais como as consequências na esfera civil, no que diz respeito ao reconhecimento da paternidade e a obrigação de prestar alimentos.

Alguns princípios constitucionais, aliados à dignidade da pessoa humana, possibilitam uma ponderação de dois ou mais direitos. Um deles é o princípio da igualdade que representa um conceito bastante complexo, ou seja, é certo dizer que seu conceito se baseia na exata correspondência no tratamento dos seres humanos? Que há uma idêntica previsão legal para esses indivíduos independente das circunstâncias? A resposta é não.

Para que haja tratamento justo e igualitário necessário se faz levar em consideração a aplicação de condições diferenciadas, afinal, cada caso possui suas particularidades, bem como os próprios indivíduos. Este princípio vai além de expressar a ideia de idêntica imposição legal, ou seja, tratar o dispositivo de forma idêntica para qualquer pessoa, seja homem ou mulher, esquecendo de analisar suas diferenças e peculiaridades.

Este princípio também mostra a máxima de tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade, não se limitando em estabelecer obrigações idênticas às pessoas, causando, dessa forma, uma considerável proporcionalidade e razoabilidade.

Assim, observados primeiramente o delito de estupro e a significativa mudança efetuada pela Lei 12.015/2009, a nova posição do homem como sujeito passivo deste delito e a real possibilidade de a autora engravidar, passa-se ao estudo da alternativa de



afastamento da obrigatoriedade de o homem-vítima arcar com as obrigações civis relativas à paternidade.

Dessa forma, em relação ao estudo da afronta aos princípios constitucionais no caso examinado, é inegável tornar obrigatório o reconhecimento da paternidade, uma vez que existe o vínculo biológico da procriação, contudo inexistente a intenção de procriação.

Quando os papéis são inversos, o aborto é permitido pela legislação pátria com o intuito de resguardar a dignidade da mulher vítima, dessa forma submeter o ofendido às consequências da gravidez revela desrespeito à dignidade da pessoa do homem.

A humilhação que passa o ofendido apenas pelo ato carnal não consentido já seria o suficiente, não só no que diz respeito ao estupro em si, mas também à reação social, visto que a ideia geral é que para o homem o sexo é visto como obrigação, como prova de virilidade, e o não consentimento à prática sexual seria uma evidência de fraqueza e vulnerabilidade.

A dignidade da pessoa humana abrange a liberdade, bem como a honra subjetiva e a escolha da vida sexual que o indivíduo deseja. Assim, impelir uma obrigação civil para o estupro, enquanto a mulher não sofre de obrigação equivalente, implica em flagrante desrespeito ao princípio da igualdade.

Aqui encontramos claro exemplo de intenção de aplicabilidade completamente idêntica a pessoas com particularidades totalmente diferentes. É necessário enxergar que a imposição ao homem, enquanto infrator, de dever e obrigação de paternidade impostas por este dispositivo, nada se compara quando nos deparamos com o mesmo na posição de vítima.

Enquanto infrator, ele deverá assumir as consequências de seu próprio ato e, além de responder por tal crime, deverá também responder pelo resultado da gravidez, caso a vontade da mulher-vítima seja a de levar a diante a gestação.

Já quando tratamos da possibilidade de o homem ser vítima e do estupro sofrido por ele resultar gravidez, não há que se falar em responsabilidade paterna, já que não havia a intenção de procriação, modificando, assim, a forma de se enxergar a imposição de dever de paternidade que sofre o homem que atua como autor e não como vítima.



Diante da impossibilidade de se admitir aborto legal para a autora do crime estudado, necessário se faz valorizar o homem na hipótese apresentada. O princípio da igualdade é claramente ofendido diante da imposição da paternidade ao homem-vítima, mas em contrapartida existe a possibilidade de a estuprada optar por manter ou interromper a gestação.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, I, regula que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”²³, sendo sensato, então, que o homem também seja valorizado na hipótese apresentada.

Compelir o ofendido à submissão de todos os efeitos da paternidade, como obrigação de alimentos, dentre eles os alimentos gravídicos, uso de sobrenome paterno, participação da sucessão, visitas e moradia, entre outros, é subestimar a ofensividade do delito que gerou a gestação, tendo o homem vitimado que arcar e se responsabilizar pelos direitos financeiros e afetivos da futura criança quanto à filiação.

A paternidade é fenômeno impar na vida do indivíduo, devendo o pai conviver tanto com a criança quanto com a responsável, no caso a mãe do menor, ou seja, autora do crime, desvalorizando a imagem do homem como sujeito de direitos, como a mulher, vez que a essa relação não sadia invadiria a honra do ser humano.

Concluimos, portanto, que não há sensatez alguma na fixação absoluta da paternidade, vez que não houve consentimento no ato e bem menos intenção do ofendido de gerar um filho por meio de relação sexual, sendo assim, a vontade de procriar encontra-se ausente neste caso. O ofendido também não assume o risco ao proceder à prática sexual mediante violência ou grave ameaça. Vale lembrar que a relação afetiva de paternidade, quando extremamente forçada, não traz benefícios a nenhum dos envolvidos, pois este vínculo diz respeito, principalmente, ao amor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

²³BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 out. 2016



O presente artigo trouxe à baila uma discussão muito maior que a simples possibilidade em relação a obter-se a autorização de realizar o aborto, mediante a gravidez fruto de um crime de estupro.

As alterações legislativas operadas pela Lei 12.015/2009 ampliou de sobremaneira a discussão em relação a gêneros, uma vez que atendendo aos anseios da sociedade, tornou equidistante a posição do homem e da mulher na autoria do presente delito.

Também alterou significativamente a abordagem em relação ao próprio título, que passou de crimes contra os costumes, para crimes contra dignidade sexual, ou seja, uma nova abordagem protegendo não apenas uma tradição, mas sim, a dignidade da pessoa, atendendo aos ditames constitucionais.

Diante dos argumentos expostos, cabe concluir pela nova possibilidade jurídica, onde o sujeito ativo pode ser do sexo feminino, na modalidade de autoriamediatada do referido crime sexual, levando em consideração as modificações ocasionadas pela Lei 12.015/2009 na redação do artigo 213 do Código Penal.

Quanto a hipótese de uma possível exasperaçãode pena disciplinada no dispositivo 234-A, III do referido Código, conclui-se pela aplicabilidade do presente aumento para o sujeito ativo, mesmo que esse seja uma mulher, pois há de se considerar que o incremento, ocorre em função de um resultado em relação aos interesses do sujeito passivo que foi prejudicado pela ação criminosa.

Com relação à autorização ou não pelo aborto legalem função de uma gravidez gerada no próprio sujeito ativo, a doutrina tem entendido que essa previsão legal não se aplica ao presente caso, ou seja, a norma autorizadora refere-se exclusivamente quando a mulher é o sujeito passivo, ou seja, a vítima, não se aplicando quando a mesma é a autora imediata e busca posteriormente, utilizar-se do permissivo penal.

O Direito Penal deve tutelar oprincipal bem jurídico, qual seja, a vida. No presente caso, a gravidez originou-se por ato exclusivo do autor do crime e posteriormente, independentemente de arrependimento, não pode o Direito acolher tal anseio.



Vale lembrar que ela também não pode ser forçada ao aborto pelo homem, quando esse é o sujeito passivo, devido ao disposto pelo artigo 128, II do Código Penal que somente poderá ocorrer com o consentimento expresso da gestante para a realização do aborto.

Se não fosse dessa maneira, poder-se-ia estar violando os princípios orientadores do Direito, como anteriormente explanado, sendo especialmente valorado o princípio da legalidade e também o princípio da intranscendência.

E com relação ao aborto necessário, este é permitido quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, portanto, é também permitido mesmo para mulher infratora, de forma indistinta, afinal, interpretação contrária levaria a condenar a mulher a morte.

Já quando falamos da paternidade e seus efeitos civis, fica claro a insensatez de fixação absoluta de paternidade, visto que o homem vitimado não possuía intenção alguma na procedência da prática sexual e bem menos na intenção de gerar um filho por meio desta relação. Sendo assim, forçar o ofendido à submissão de todos os efeitos da paternidade, seria desvalorizar seus direitos e interesses enquanto vítima e não autor do ilícito penal.

Trata-se, portanto, de uma lei mais eficiente e eficaz para aqueles que sofrem tal violência, ou seja, a referida lei trouxe melhorias ao desenvolvimento da sociedade na busca da proteção da sexualidade das pessoas.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Bianca dos. **O crime de estupro após o advento da lei nº 12.015/09.** Disponível em: <<http://biancadireito.jusbrasil.com.br/artigos/167352639/o-crime-de-estupro-apos-o-advento-da-lei-n-12015-09>>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL, **Código penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 19 out. 2016.



_____, **Código criminal do império do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 09 out. 2016.

_____, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 out. 2016

_____, **Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 09 out. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Dos crimes contra a dignidade sexual e dos crimes contra a administração pública.** Parte Especial. Vol. 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A mulher como sujeito ativo do crime de estupro.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-26/mulher-sujeito-ativo-crime-estupro-consequencias>>. Acesso em: 11 out. 2016.

_____. **A mulher como sujeito ativo do crime de estupro e as consequências do resultado da gravidez.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6809>. Acesso em: 19 out. 2016.



COSTA, Anderson Pinheiro da. **A mulher como sujeito ativo do crime de estupro e as consequências nas esferas cível e penal.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-mulher-como-sujeito-ativo-do-crime-de-estupro-e-as-consequencias-nas-esferas-civel-e-penal,49995.html>>. Acesso em: 11 out. 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal.** Parte Especial, Vol. 3. 7. ed. Niterói, Rio de Janeiro. Editora: Impetus, 2010.

HUNGRIA, Néelson; LACERDA, Romão Cortes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal.** Vol. 9. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. HUNGRIA, Nelson,

JESUS, Damásio. **Direito penal – parte especial.** Vol. 2. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARINO, Aline Marques; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A mulher como sujeito ativo do crime de estupro: aspectos doutrinários, possíveis hipóteses médico-legais e consequências nas esferas civil e penal.** Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/viewFile/51/32> . Acesso em: 28 out. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra dignidade sexual.** Editora: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.