

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

CAMILA CARDOSO DE MELLO PRANDO

MÁRCIO RICARDO STAFFEN

DIAULAS COSTA RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF;

Coordenadores: Camila Cardoso De Mello Prando, Diaulas Costa Ribeiro, Márcio Ricardo Staffen – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-168-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Penal. 3. Constituição.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

As articulações teóricas entre Direito Penal e Democracia permitem avançar nas discussões da Dogmática Penal, da Criminologia e do Direito Penal. Neste livro, perspectivas diversas de análise contribuem para pensar as experiências punitivas contemporâneas.

A sociedade da globalização, da revolução tecnológica, da desterritorialização do Estado, do fenecimento das estruturas tradicionais do constitucionalismo, do reposicionamento do Direito Penal, desvela um tempo de grandes mudanças e transformações, as quais atingem espaços jurídicos, políticos, econômicos e até culturais. Surgem, então, novos direitos, novos atores sociais e novas demandas, as quais reclamam novas formas de equacionamento e proteção de bens juridicamente considerados relevantes.

Intacto neste processo não restou o ordenamento jurídico. Afinal, o ordenamento jurídico não será relevante a menos que a lei (em sentido amplo) seja capaz de produzir efeitos na sociedade. Destaque-se não tão-somente a impotência jurídica como causa deste inadimplemento, some-se neste quadro os vultos impeditivos e/ou promocionais decorrentes de condições nacionais, regionais, internacionais, tecnológicas, sociais e, especialmente, econômicas.

Parte dos textos enfrentaram as dinâmicas atuais do sistema de justiça criminal e as violações de direitos no sistema democrático. Luciana Correa Souza faz uma revisão bibliográfica apontando para a realização das funções de seletividade e reprodução social do sistema penal legitimado pelas promessas de segurança jurídica da Dogmática Penal. Edyleno Italo Santos Andrade e Daniela Carvalho Almeida da Costa descrevem a tendência de administrativização do direito penal e sua conseqüente violação dos princípios limitadores constitucionais penais. Lenice Kelner discute o processo de expansão do encarceramento e as violações sistemáticas de direitos dos presos. Bruna Nogueira Almeida Ratke e Celia Camelo de Souza, desde uma pesquisa empírica, revelam a ineficácia do direito à educação no sistema prisional frente às regras internas de segurança e à precária estrutura material dos estabelecimentos. Ezilda Claudia de Melo, por fim, problematiza os efeitos da espetacularização midiática nas decisões do Tribunal do Juri.

O modo como o regime de gênero afeta o funcionamento do sistema de justiça criminal e, por conseqüência, obstaculiza a realização democrática, também foi abordado sob perspectivas

diversas. Mariana Faria Filardi e Maria Rosineide da Silva Costa exploraram as possibilidades alternativas à pena de prisão como forma de resposta mais adequadas aos crimes de violência doméstica contextualizados pela Lei 11.340/2006. Mayara Aparecida da Silva discutiu as previsões legais e doutrinárias e sua compatibilidade constitucional em relação ao não reconhecimento do marido como sujeito ativo do crime de estupro. E, por fim, Vitor Amaral Medrado e Nayara Rodrigues Medrado apontaram as incompatibilidades, desde uma macroanálise, entre as demandas punitivistas do movimento feminista e a realização de igualdade.

Fernando Martins Maria Sobrinho e Fábio André Guaragni assinalam a necessidade de que o Direito Penal Econômico dialogue e receba insumos interdisciplinares, especialmente, de critérios provenientes da atividade empresarial e do primado da função social da empresa, para além da visão restrita de máxima lucratividade.

Em linhas similares, o artigo “A construção do Direito Penal Ambiental e seu conflito no ordenamento jurídico brasileiro”, de autoria de Maurício Perin Dambros e Patrícia de Lima Félix, ao retomar o debate sobre bens jurídicos relevantes e o intuito protecionista do ambiente, defende um constante e perene diálogo do Direito Ambiental com o Direito Penal e com Direito Administrativo.

A proposta de Luiz Eduardo Dias Cardoso, em seu artigo, verte a importância da aproximação do Direito com a Economia, sob o viés da Análise Econômica do Direito. Para tanto, em termos específicos, clama pela relevância de aferição da efetividade aos crimes tributários à luz da Análise Econômica do Direito no Brasil. Assim, busca o autor verificar a hipótese de que a repressão aos crimes fiscais no Brasil é ineficiente, sobretudo em decorrência do mau aparelhamento do aparato repressivo estatal, conforme critérios fixados por Gary Becker.

Fábio Augusto Tamborlin insere questionamentos sobre a função do Direito Penal em cenários globalizados e orientados por uma sociedade de risco. Nestes termos, coloca o Direito Penal diante de uma das mais complexas situações de atuação, isto é, a passagem do Direito Penal para além das fronteiras nacionais.

No texto “Breves reflexões acerca do princípio do bis in idem e o Direito Ambiental”, a autora, Larissa Gabriela Cruz Botelho, retoma o estudo das convergências e divergências da teórica clássica do Direito Penal em relação aos preceitos de proteção ambiental. Para tanto, busca insumos na apreciação dada à problemática pela Corte Constitucional espanhola e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O artigo de Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith, destina uma crítica contundente à lei brasileira de combate ao tráfico de seres humanos, ao tempo que tal dispositivo aborda a prostituição no Brasil uma vez que este é o único propósito previsto pela legislação nacional, o que dificulta não só a real compreensão das diversas formas existentes de exploração, mas também as respostas adequadas por Estado.

No texto “O Patriot Act americano nas visões de Hannah Arendt e Giorgio Agamben: o direito penal do inimigo como remontagem do homo sacer”, os autores retomam a pauta da criminalização do terror e das novas fronteiras da persecução penal por “razões de Estado”, importando em progressiva mitigação de Direitos Humanos e garantias processuais pelos atos pós-11 de setembro de 2001.

A proteção penal do patrimônio cultural e da paisagem demonstra, na visão das autoras, que não se tutela apenas aqueles mas, sobretudo o liame subjetivo que os conecta com o ser humano, garantindo identidade e pertencimento ao meio, pretendendo responder qual o fundamento jurídico para a impossibilidade de se aplicar o princípio da insignificância e garantir solidariedade intergeracional na proteção do patrimônio cultural material e da paisagem na tutela penal brasileira.

Márcio de Almeida Farias, introduz uma posição crítica em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais e a necessidade de uma lei geral de adaptação, para tanto, conclui com a síntese da necessidade de ampla reestruturação dogmática do direito penal e processual penal para dar guarida às pessoas jurídicas.

Fabíola de Jesus Pereira e Andreia Alves de Almeida analisam a eficácia da colaboração premiada no combate à corrupção e o efeito dominó na operação Lava Jato, tema de grande atualidade e relevância na maior operação de combate à corrupção já realizada no Brasil.

Nelson Eduardo Ribeiro Machado argui a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, que pune o porte de drogas para uso próprio, concluindo que a não criminalização do porte de drogas para consumo próprio quantificando um valor para a posse de pequena quantidade, bem como medidas alternativas à criminalização, de cunho administrativo, devem ser adotadas, tais como a possibilidade de tratamento do usuário, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme prescrito no art. 28 da Lei nº 11.343/06, inciso III. Enfim, deve haver um esforço conjunto entre Poder público e sociedade em prol do enfrentamento do problema.

Alberto Jorge Correia de Barros Lima e Nathália Ribeiro Leite Silva apresentam uma análise dogmática dos mandamentos constitucionais criminalizadores e dos princípios constitucionais penais. Colocando em foco os princípios constitucionais penais e os mandamentos constitucionais criminalizadores, os autores concluíram que se deve ter em mente que, sendo os primeiros originários do Estado Liberal, e os segundos decorrentes do Estado Social, tal qual o Estado Democrático de Direito em que vivemos hoje deve constituir uma síntese e superação desses seus dois antecessores, também é preciso que, ao se estudar o Direito Penal Constitucional, leve-se em conta que tanto os princípios como os mandamentos desempenham papel de relevância no Direito Penal hodierno, e que entre eles deve haver a necessária correlação para que coexistam a fim de consagrar um Direito Penal mínimo e eficiente, que faça jus ao avanço das sociedades, enquanto democráticas.

Gerson Faustino Rosa e Gisele Mendes de Carvalho indagam se o casamento ainda é um bem jurídico penal ante o princípio da intervenção mínima do Direito Penal. A pergunta é respondida desafiando o crime de bigamia. Quanto ao casamento como bem jurídico específico, concluem os autores que, por óbvio, também deve-se, não somente dispensar, mas evitar a intervenção da ingerência penal, a qual decorre de um tempo em que não se admitia o divórcio, onde as pessoas uniam-se para a eternidade, onde criminalizava-se o adultério e outros fatos que hoje inexistem, especialmente em face da evolução cultural e legislativa, trazida pela nova Constituição, que revolucionou o Direito de Família.

Fernando Andrade Fernandes e Leonardo Simões Agapito trataram da hermenêutica midiática e das distorções dos critérios de atribuição de responsabilidade criminal. Frente às análises realizadas ao longo do texto, compreendem que a progressiva redução das garantias processuais e violação das liberdades individuais pela ultra exposição de fatos sigilosos do processo, à margem de conceitos normativos e critérios técnicos, sem a crítica necessária às instituições judiciárias e desprezado de qualquer autorreflexão, acabam por gerar uma distorção dos fatos, por consequência, do próprio direito penal e suas categorias, pensadas justamente como um contrapeso à intervenção punitiva sem controles.

Ana Clara Montenegro Fonseca e Vinícius Leão de Castro analisaram o impacto dogmático das chamadas circunstâncias concomitantes na formação do conceito finalista de culpabilidade normativa pura e seu confronto com a moderna perspectiva funcional-sistêmica. Após um detido enfrentamento do tema, os autores concluem que o funcionalismo normativo-sistêmico e, conseqüentemente, sua concepção de culpabilidade-, com seu método exageradamente normativista, não é bem-vindo vez que não limita a intervenção punitiva do Estado – pelo contrário, possibilita a sua maximização. Ademais, é esse modelo funcional incompatível com o ordenamento pátrio, que se funda na teoria finalista.

Diego José Dias Mendes tratou da não punibilidade do excesso na legítima defesa e as possíveis repercussões para a valoração da agressão licitamente precipitada pela vítima. Após comparar sistemas jurídicos que já superaram a questão, o autor concluiu que se hoje a mera proposta de explicação do comportamento criminoso à luz de atitudes da vítima já causa escândalo na sociedade, isto ocorre porque se trata de forma de pensar (técnica de neutralização) que de fato – segundo demonstra a vitimologia crítica – mobiliza comportamentos criminosos; conceber que dê azo também à impunidade não soa de modo algum sequer suportável à luz das finalidades preventivas e da necessária formalização do direito penal.

Halyny Mendes Guimarães analisou o efeito irradiante do princípio da presunção de não culpabilidade na esfera administrativa das corporações militares estaduais, concluindo que as previsões contidas nos estatutos das Corporações Militares devem estar ajustados a esse princípio constitucional.

André Eduardo Detzel e Aline Martinez Hinterlang de Barros Detzel trataram da superação das vedações dogmáticas para a responsabilização penal da pessoa jurídica, apresentando reflexões sobre o modelo construtivista de autorresponsabilidade. Os autores chegaram à conclusão de que a principal crítica feita ao modelo construtivista de autorresponsabilidade penal dos entes coletivos é que ele apresentaria imperfeições teóricas que o assimilariam ao conceito clássico de imprudência. Mas resumiram, por fim, que é possível, apesar das críticas, concluir que o modelo construtivista de autorresponsabilidade contempla fundamentos necessários para investigar, denunciar, processar e condenar uma pessoa jurídica pela prática de um crime ambiental, isto é, é possível assegurar a vigência do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal.

À guisa de conclusão, o Grupo de Trabalho de Direito Penal e Constituição cumpriu às inteiras o seu objetivo, reunindo os excelentes artigos que agora são disponibilizados nesta publicação.

Profa. Dra. Camila Cardoso de Mello Prando (UNB)

Prof. Dr. Diaulas Costa Ribeiro (UCB)

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen (IMED)

Coordenadores

**ESTUPRO MARITAL: POSSIBILIDADE JURÍDICA DO MARIDO FIGURAR
COMO AGENTE ATIVO DO CRIME DE ESTUPRO**

**MARITAL RAPE : LEGAL POSSIBILITY OF HUSBAND APPEAR AS AGENT
RAPE CRIME OF ASSETS**

Mayara Aparecida da Silva

Resumo

O presente trabalho discute a possibilidade do cônjuge figurar como agente ativo do crime de estupro contra sua esposa. Para tanto se analisa duas correntes divergentes acerca do tema, e busca compreender a que melhor se adéqua a nossa realidade, e os atuais preceitos.

Palavras-chave: Casamento, Cônjuge, Estupro marital

Abstract/Resumen/Résumé

This paper discusses the possibility of the spouse included as an active agent of the crime of rape against his wife . Therefore we are analyzing two divergent currents on the subject , and seeks to understand the one that best fits our reality , and current concepts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Marriage, Husband, Marital rape

1. Introdução

O presente trabalho trata a respeito da possibilidade jurídica de figurar o marido como agente ativo do delito de estupro contra sua esposa. Para tanto serão abordadas as peculiaridades do casamento relevantes para o deslinde do tema, bem como uma abordagem histórica do crime de estupro, além de uma análise minuciosa do tipo penal, disciplinado pelo artigo 213 do Código Penal.

Serão apresentadas as correntes que discutem referido assunto, como também suas principais características e fundamentos que as sustentam. Além de tratar a respeito da prova quando da ocorrência de tal fato.

O delito de estupro compreende o mais grave dos crimes contra os costumes, uma vez que atenta contra a liberdade sexual do indivíduo. A liberdade sexual é uma parcela da liberdade pessoal da pessoa, mas amparada de forma autônoma em razão de sua grande importância.

Referido delito sempre foi repudiado no Brasil, bem como na maioria dos países, uma vez que se entende inadmissível uma pessoa constranger a outra a realizar qualquer ato sexual por ela não querido, seja mediante violência ou grave ameaça.

Em relação à discussão acerca da possibilidade de existir ou não o estupro marital, o tema se demonstra de grande importância, em razão da grande agressão que referido ato pode causar à esposa, agressão esta não somente física, como também psicológica.

Sendo necessário analisar as correntes doutrinárias e jurisprudenciais, cada qual com suas características para chegar a uma resposta plausível para referida problemática.

2. Desenvolvimento

2.1. O crime de estupro

O delito de estupro está previsto no artigo 213 do Código Penal:

Estupro

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

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

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

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

§ 2o Se da conduta resulta morte:
Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Diante da explanação do artigo responsável pela aplicação do delito de estupro, passa-se a analisar referido delito, de forma minuciosa.

2.2. Bem Jurídico Tutelado

O bem jurídico tutelado por tal artigo é a liberdade sexual da pessoa. O direito de cada indivíduo de não ser violado carnalmente, ou por outro ato libidinoso, de forma que o ato sexual só deve ser realizado havendo livre consentimento entre as partes que realizam o ato.

Estefam (2011, p. 141) explana a respeito do tipo penal em tela: “O legislador, por meio da incriminação contida no art. 213 do CP, visa à salvaguarda da dignidade das pessoas, protegendo sua liberdade de autodeterminação em matéria sexual”.

Assim, a liberdade sexual é a livre vontade que cada pessoa tem, é seu direito de decidir o que deseja na esfera sexual. Salgado (1990 apud PRADO, 2010, p. 649) diz o ato sexual consistir “[...] na capacidade de se negar a executar ou tolerar a realização por parte de outro de atos de natureza sexual que não deseja suportar, opondo-se, pois, ao constrangimento de que é objeto exercido pelo agente”.

Nesse sentido, quer dizer que qualquer pessoa tem o direito de ser negar a prática de qualquer ato sexual do qual não deseja realizar, sendo seu direito de dispor ou não de seu corpo, no que tange a matéria sexual, da forma que entender e desejar.

Greco (2010, p. 459) narra a respeito: “O estupro, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, que se vê humilhado com o ato sexual”.

Prado (2010) entende que a liberdade sexual de um indivíduo é uma parcela da sua liberdade pessoal, mas de forma autônoma a ser tutelada. Deste modo, ao ser tutelada a liberdade sexual pelo direito penal, está se buscando que cada pessoa tenha o direito de autodeterminação sexual, com isso podendo exercer com total liberdade, escolhendo a partir de suas próprias convicções.

O que deixa claro que a liberdade sexual está inserida no que diz respeito ao livre arbítrio da pessoa, ou seja, sua liberdade pessoal, no entanto tutelada de forma específica, em razão da grande importância de referida liberdade, não sendo, nenhuma pessoa, obrigada a praticar ato sexual diferente do que deseje.

2.3. Sujeitos Ativo e Passivo

O delito de estupro, conforme a definição do artigo 213 do Código Penal é praticado tanto por quem constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal, quanto por quem constranger alguém mediante violência ou grave ameaça a praticar ou permitir que com ele seja praticado outro ato libidinoso.

Deste modo, tanto a cópula sexual normal, ou seja, a penetração vaginal, quanto qualquer outro tipo de ato libidinoso são classificados como crime de estupro.

Para Prado (2010), todas as pessoas são protegidas pelo tipo penal, abrangendo-se também os cônjuges, noivos ou namorados, de forma que devem ter protegidos o seu direito à liberdade sexual, não podendo, assim, serem obrigados a satisfazerem os desejos sexuais do outro. E é o estupro crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa.

Posto isso, conclui-se que qualquer pessoa pode ser sujeito ativo ou sujeito passivo do delito, basta que a conduta preencha o narrado no tipo penal para cometer o crime. Não ficando excluídas quaisquer pessoas da punibilidade ao praticar tal delito, por alguma condição ou relação que tenha com a vítima.

2.4. Tipicidades Objetiva E Subjetiva

A tipicidade objetiva caracteriza-se em, como narrado no artigo 213, constranger alguém (o que quer dizer obrigar, forçar), mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Prado (2010) entende que a conjunção carnal, que é um elemento extrajurídico do tipo penal, versa na cópula ou coito vaginal normal que ocorre entre o homem e a mulher, o que quer dizer o homem de fato introduzir o pênis na cavidade vaginal da mulher.

Nesse mesmo entendimento aponta Hungria (1.981, p. 105):

Por *conjunção carnal*, em face do Código, entende-se a conjunção sexual, isto é, a cópula *secundum naturam*, o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a intromissão do pênis na cavidade vaginal. Não se compreendem, portanto, na expressão legal, o coito anal e a *fellatio in ore*, pois o ânus e a boca não são órgãos genitais.

Nesse passo, compreende-se que a conjunção carnal trata-se estritamente no que tange a cópula sexual normal.

O ato libidinoso, também um elemento normativo extrajurídico, consiste em qualquer conduta realizada pelo sujeito ativo calcada no âmbito sexual, com o objetivo de obter prazer sexual. Podendo ser citados como exemplo de ato libidinoso o coito anal, a

masturbação em decorrência de toques no corpo ou até mesmo na região genital, a utilização de objetos, enfim, várias são as formas de se realizar um ato libidinoso, baste ter o cunho sexual.

Hungria (1981, p. 106) ainda conceitua ato libidinoso como: “[...] todo aquele que se apresenta como desafogo (completo ou incompleto) à concupiscência.”

Cabe ressaltar que a conduta do sujeito que constrange a vítima a realizar esse ato libidinoso, de forma ativa, é incriminada, como também a conduta daquele que permite que com a vítima se pratique o ato.

Isso quer dizer, que quando um sujeito permite que outra pessoa pratique qualquer ato libidinoso com a vítima estará incorrendo no crime de estupro. Veja-se, o tipo penal é claro “praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, isto importa dizer que se a pessoa não pratica o ato, mas está presente permitindo que este ato ocorra, responderá pelo delito. Ou seja, tanto o agente ativo (o que de fato realiza a conduta), quanto o que concorre (permitindo a realização do ato), estarão praticando o crime de estupro.

Para a configuração do delito faz-se necessário que a conduta verse em relação ao corpo da vítima, de forma a ser tocado pelo agente, ou até mesmo que seja forçada a ficar nua para ser observada lascivamente pelo sujeito ativo do crime.

Além do mais, é imprescindível para a configuração do crime, que haja o não consentimento da vítima, de forma clara, à realização do ato sexual, de forma que essa negação seja preenchida pela violência ou grave ameaça empregada pelo agente.

A violência narrada no artigo quer dizer a violência física, a agressão em si, forçar a vítima fisicamente à realização do desejado pelo agressor. Enquanto a grave ameaça caracteriza-se por causar temor, medo, desespero, apreensão à vítima, sendo assim, compelida a realização da conjunção carnal ou do ato libidinoso.

“A ameaça ou intimidação deve visar a realização do ato sexual, devendo ser feita em momento anterior ou simultâneo.” (PRADO, 2010, p. 652). Ainda, não necessariamente, essa grave ameaça tenha que ser realizada sobre a vítima, podendo ser empregada à outra pessoa querida pela vítima, obrigando-se, assim, a fazer o que o agente deseja, sendo que esta ameaça pode ser efetivada pelo agente ou por um terceiro.

A tipicidade subjetiva é alcançada pelo dolo, ou seja, a vontade livre consciente de realizar os elementos objetivos do tipo. E ainda, que haja o elemento subjetivo do injusto, citado por Prado (2010), onde o agente demonstre o ânimo de envolver a vítima a um âmbito sexual, isto é, que tenha a pretensão de satisfazer-se sexualmente ou levar tal satisfação à outra pessoa.

Ademais não é exigido pelo texto penal, que tenha o agente a intenção específica de satisfazer seu apetite sexual: “Também estará configurado o estupro se a intenção do agente era vingar-se da vítima, humilhando-a com a prática do ato sexual, ou, ainda, se o ato sexual violento for cometido em razão de aposta etc.” (GONÇALVES, V. E. R., 2012, p. 525).

Nesse sentido, o que importa é que a intimidade sexual da vítima seja atingida mediante violência ou grave ameaça, independente se o que motivou o agente foi a satisfação de sua lascívia ou qualquer outra razão, desde que tivesse a intenção, de violar a liberdade sexual da vítima.

Não se admitindo ao delito o elemento culpa “[...] por ausência de disposição legal expressa nesse sentido” (GRECO, 2010, p. 454). Concluindo-se, portanto, a necessidade do dolo à prática do crime pelo sujeito ativo, não havendo a previsão para a modalidade culposa.

2.5. Consumação e Tentativa

A consumação da conjunção carnal ocorre com a cópula carnal, ou seja, com a penetração, podendo ser total ou parcial, do pênis na região vaginal, “[...] não havendo, inclusive, necessidade de ejaculação” (GRECO, 2010, p.453).

Enquanto a consumação do ato libidinoso efetiva-se, após o constrangimento mediante violência ou grave ameaça, no instante em que o agente “[...] obriga a vítima a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal” (GRECO, 2010, p.453).

Importa ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça entende que o crime de estupro consuma-se através de diversos modos de atos libidinosos praticados pelo sujeito ativo, diante de qualquer contato entre a vítima e o agente, bastando um toque, contato, um beijo lascivo para essa consumação, *in verbis*:

II. Encontra-se consolidado, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que o delito de estupro, na atual redação dada pela Lei 12.015/2009, inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, incluindo os **toques**, os **contatos voluptuosos** e os **beijos lascivos**, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima. Precedentes: STJ, REsp 1.154.806/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 21/03/2012; REsp 1.313.369/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 05/06/2013; STJ, HC 154.433/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe de 20/09/2010. (grifo nosso)

Nesse passo, o delito será consumado com a prática do primeiro ato libidinoso envolvendo a vítima, sem necessidade de qualquer outro ato continuado para a sua classificação.

Nesse mesmo sentido corrobora entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça de Alagoas:

PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO POR ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. DELITO DE AÇÃO MÚLTIPLA, QUE PRESCINDE DA PRÁTICA DE UMA RELAÇÃO SEXUAL PROPRIAMENTE DITA. PROVA DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE. INOCORRÊNCIA DE DELITO TENTADO. **CONSUMAÇÃO COM A PRÁTICA DO ATO LIBIDINOSO.** 01 – Por se tratar de crime contra os costumes, em termos de prova, a palavra da vítima adquire relevo acentuado, desde que segura e concatenada, notadamente porque esse tipo de crime é praticado às escuras, na clandestinidade, onde geralmente somente se encontram a ofendida e o seu ofensor. 02 – Sendo o estupro um crime de ação múltipla, ou seja, praticado mediante a realização de diversas condutas, **a sua consumação se dá com a prática de quaisquer daqueles atos libidinosos, não sendo necessária a conjunção carnal propriamente dita**, de modo que, ao praticar o ato aqui já mencionado, o réu/apelante consumou o delito, não havendo de se falar em interrupção do iter criminis. 03 – Embora o apelante defenda a mínima potencialidade lesiva de sua conduta (**colocação de sua mão nas partes íntimas da vítima**), **a verdade é que tal ato já demonstra a real intenção de satisfazer a sua lascívia**, ultrapassando e muito a mínima ofensividade típica da contravenção da importunação ofensiva ao pudor, já que tal ato não deve ser considerado de pouca importância, não comportando enquadramento no cenário da contravenção. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.
(TJ-AL - APL: 06973204219418020000 AL 0697320-42.1941.8.02.0000, Relator: Des. Fernando Tourinho de Omena Souza, Data de Julgamento: 21/08/2013, Câmara Criminal, Data de Publicação: 22/08/2013) (grifo nosso)

Desta forma, a tentativa só é caracterizada quando o agente ver frustrada a sua intenção por circunstâncias alheias a sua vontade, conforme trazido pelo artigo 14 do Código Penal, podendo, nesse caso, ter a pena diminuída de um a dois terços.

Sendo imprescindível apontar que, só será possível a caracterização na modalidade tentada, caso o agente, não tenha realizado nenhum ato com a vítima, tendo sido interrompido, antes da conjunção carnal ou da prática de qualquer ato libidinoso, uma vez que realizado o primeiro ato libidinoso encontra-se o delito consumado, não havendo mais que se falar em modalidade tentada.

2.6. Ação Penal

Conforme disposição do artigo 213 do Código Penal, a pena de reclusão para o delito de estupro é de seis a dez anos. Sendo de oito a doze anos, se da conduta resultar lesão corporal de natureza grave ou se a vítima for menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (quatorze anos). E ainda, se da conduta resultar a morte da vítima, pena de doze a trinta anos.

Segundo disciplinado pelo artigo 225 do Código Penal, realizar-se-á ação penal pública condicionada à representação, sendo procedida em ação penal pública incondicionada se a vítima for menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

O delito de estupro é crime hediondo, incluída tal característica pela Lei 8.072/1990, portanto, insuscetíveis de anistia, graça, indulto e fiança, como posto pelo artigo 2º da referida Lei. Os crimes hediondos em geral, incluindo-se o crime em comento, devem ter suas penas cumpridas inicialmente em regime fechado.

2.7. O débito conjugal

O débito conjugal trata-se de um dos aspectos do dever de coabitação, onde alguns doutrinadores entendem que o sexo se encontra inserido nos deveres de coabitação, apesar da lei não tratar explicitamente a respeito do assunto.

Há quem entenda que o cônjuge tem direito de forçar a realização do ato sexual em razão dos deveres do casamento. No entanto, tal afirmação é totalmente divorciada dos preceitos legais:

O estupro da mulher casada, praticado pelo marido, não se confunde com a exigência do cumprimento do débito conjugal; este é previsto inclusive no rol dos deveres matrimoniais, se encontra inserido no conteúdo da coabitação, e significa a possibilidade do casal que se encontra sob o mesmo teto praticar relações sexuais, porém não autoriza o marido ao uso da força para obter relações sexuais com sua esposa. (...) A violência sexual na vida conjugal resulta na violação da integridade física e psíquica e ao direito ao próprio corpo. A possibilidade de reparação constitui para o cônjuge virago uma compensação pelo sofrimento que lhe foi causado. (FERRAZ, 2001, p. 194-195).

Veja-se, o que se extrai em relação a tal fato para parte da doutrina, é que, caso a esposa negue-se a realização do ato sexual, não confere ao marido o direito de forçar o ato em razão do casamento.

No mesmo sentido aponta entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Paraná:

ESTUPRO - CRIME PRATICADO CONTRA A ESPOSA - POSSIBILIDADE - PROVA - REU CONDENADO - RECURSO IMPROVIDO. O réu e autor confesso do delito e procura justificar-se afirmando que a ofendida estava trajando roupa provocante. Quanto a conjunção carnal forçada, o réu não só confessou em juízo, como também comentou com a testemunha. Irrelevante o fato de tratar-se de esposa, posto que **o débito conjugal não autoriza a posse sexual mediante violência.** (TJ-PR - ACR: 269550 PR Apelação Crime - 0026955-0, Relator: Eli R. de Souza, Data de Julgamento: 04/05/1995, 1ª Câmara Criminal)

Desta maneira, ficando evidente a impossibilidade de diante do débito conjugal ser possível a não imputação do crime de estupro ao marido que o praticar. Nesse mesmo sentido narra Fuhrer (2009, p. 158):

Seguindo orientação cada vez mais seguras dos nossos tribunais, o marido também pode ser sujeito ativo do crime de estupro contra a esposa, pois não se admite mais a cobrança direta do *debitum conjugale*, como ocorria até metade do século XX.

Desta maneira, entende-se que o cônjuge não pode forçar a realização de conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso contra o parceiro, sob alegação do débito conjugal, uma vez que este não mais é cobrado desta maneira, sendo, portanto, punível o crime de estupro, independente da alegação de estar o marido em débito conjugal.

Ademais, mesmo que admitido, o débito conjugal pode dar causa apenas a separação no âmbito civil, jamais dá o direito de se excluir a ilicitude de um delito. Não se confundindo, portanto, o âmbito civil com o penal.

O cônjuge que se entender prejudicado em razão da negativa do outro em realizar o sexo, pode ir ao âmbito civil pleitear a separação, mas não pode, em hipótese alguma, utilizar de métodos violentos para conseguir o que deseja, isto é, a satisfação sexual.

Deste modo, referida justificativa não encontra fundamento legal, como será demonstrado a seguir, discorrendo a possibilidade do marido praticar o delito de estupro contra sua esposa.

2.8. O estupro marital

Há muitos anos, quando ainda considerava-se a mulher subordinada ao marido, iniciou-se a discussão acerca da possibilidade deste ser agente ativo do crime de estupro contra sua esposa.

É um assunto que possui corrente favorável e corrente contrária. Normalmente, o pensamento dos doutrinadores mais antigos, como Noronha (2002), adepto a primeira

corrente, é de que o marido não poderia cometer o crime de estupro contra a esposa, em razão de o sexo ser uma obrigação que a mulher tem de realizar em razão do casamento, e que o marido que forçasse a relação, estaria amparado pela excludente de ilicitude do exercício regular de um direito:

As relações sexuais são pertinentes à vida conjugal, constituindo direito e dever recíproco dos que casaram. **O marido tem direito à posse sexual da mulher, ao qual ela não se pode 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 o da **perpetuação da espécie.** **A violência por parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro,** desde que a razão da esposa para não aceder à união sexual seja mero capricho ou fútil motivo, podendo, todavia, ele responder pelo excesso cometido. [...] mulher que se opõe às relações sexuais com o marido atacado de moléstia venérea, se for obrigada por meio de violências ou ameaças, será vítima de estupro. Sua resistência legítima torna a cópula ilícita. (NORONHA, 2002, p. 70, grifo nosso).

O que nota-se ao se analisar a doutrina que não entende por estupro tal fato, é um pensamento enraizado no Direito Canônico, que tem como fim principal do casamento a procriação e a educação da prole, devendo ser punido, tão somente o excesso.

Ademais, para Noronha (2002), era admitido, conforme exposto, a configuração do crime de estupro sendo o marido o autor, tão somente, se a recusa da esposa estivesse impregnada por valores morais e justas de maneira evidentemente intensa, como no caso do agente ser portador de doença venérea.

Questiona-se sobre se o marido pode ser, ou não, considerado réu de estupro, quando, mediante violência, constrange a esposa à prestação sexual. A solução justa é no sentido negativo. O estupro pressupõe cópula ilícita (fora do casamento). **A cópula *intra matrimonium* é recíproco dever dos cônjuges.** O marido violentador salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma, pois é lícita a violência necessária para o **exercício regular de um direito.** HUNGRIA (1954, p. 115-116, grifo nosso).

Percebe-se, sob análise da doutrina supramencionada, datada de 1954, que o pensamento era um tanto quanto retrógrado, preconceituoso e “machista”, onde a mulher era tida como propriedade do marido, podendo este, praticar com ela o ato que desejasse, sem sequer ser punido, por estar, em tese, praticando um ato de seu direito, em razão do casamento, sendo punível, deste modo, somente o excesso, o que nesse caso, se demonstra difícil de configurar, posto que se permitida tal conduta, seria um tanto quanto difícil conceituar o que poderia ser ou não um excesso.

Essa primeira corrente, como mais adiante se demonstrará a sua superação, tem uma visão antiquada, que antes era melhor acolhida, sendo hoje, quase que unanimemente desprezada.

A segunda corrente é de que existe a possibilidade do marido praticar o delito de estupro contra a esposa, uma vez que não é autorizado pela lei, que para realizar o ato sexual conjugal, utilize-se de violência ou grave ameaça, não podendo, deste modo, de forma alguma, estar amparado pela excludente de ilicitude do exercício regular de um direito.

Essa corrente é acolhida nos dias atuais quase por unanimidade da doutrina, que entende ainda que, a negação por parte da esposa em realizar o ato sexual, é motivo fundado para o divórcio, mas não abre nenhum precedente para o cometimento do delito de estupro pelo marido, de forma que, se ele praticar tal ato deve ser punido.

Ressalta-se as palavras de Nucci (2002, p. 255) "tal situação não cria o direito de estupro 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".

Não existe qualquer tipo de excludente, nem atenuante, em razão da relação conjugal existente entre o agente e a vítima. O texto penal é claro ao delimitar a incidência do delito, sendo causa totalmente independente a relação entre o sujeito ativo e passivo.

[...] **pratica o estupro o marido ou companheiro** que constrange a própria mulher ou companheira a **manter com ele conjunção carnal**, praticar ou permitir a **realização de ato libidinoso diverso**, mediante **violência física ou grave ameaça**, já que, em tal caso, não há nenhum amparo legal sendo indiferente a condição pessoal da vítima. (PRADO, 2010, p. 65, grifo nosso).

Prado (2010), ainda salienta ser algo inadmissível, que em razão do casamento ou união estável, não tenha a esposa ou companheira, o direito de recusar-se a realizar qualquer ato sexual com o marido ou companheiro. Para ele, permitir tal conduta pela justificativa do casamento significaria o retorno à sociedade primitiva.

Assim, como Nucci, entende Prado, que a recusa da esposa ao mantimento de ato sexual, pode apenas dar causa para se exigir o término da relação conjugal, na esfera civil, em decorrência de falta a um dos deveres do casamento, mas nunca se cria o direito de o marido estuprá-la.

Jesus (2002, p. 96) pactua do mesmo entendimento:

[...] **o marido pode ser sujeito ativo do crime de estupro contra a própria esposa**. Embora com o casamento surja o direito de manter relacionamento

sexual, tal **direito não autoriza o marido a forçar a mulher ao ato sexual**, empregando contra ela a **violência física ou moral** que caracteriza o estupro. Não fica a mulher, com o casamento, sujeita aos caprichos do marido em matéria sexual, obrigada a manter relações sexuais quando e onde este quiser. (grifo nosso)

O mesmo doutrinador ainda entende que com o casamento, de forma alguma, perde a mulher o direito de dispor de seu corpo, podendo se negar ao ato sexual da mesma forma que antes do casamento.

No entanto, Jesus (2002, p. 96) conclui: “Assim, sempre que a mulher não consentir na conjunção carnal e o marido a obrigar ao ato, com violência ou grave ameaça, em princípio caracterizar-se-á o crime de estupro, desde que ela tenha justa causa para a negativa”.

O entendimento do referido autor é condizente com o entendimento da corrente em comento, que admite ser o marido agente ativo do crime de estupro contra a esposa, devendo ser punido. Porém essa afirmação feita de “justa causa para a negativa” é divorciada dos preceitos legais, uma vez que nenhum ser humano precisa de justa causa para ter proteção, amparo legal, contra qualquer delito.

Deste modo, sempre que a mulher não estiver em comum acordo ao ato sexual e o marido o forçar, com emprego de violência ou grave ameaça, se estará diante do delito de estupro.

Ainda, narra Eluf, (1999, p. 21) sobre o estupro marital: "minha total discordância de qualquer entendimento que justifique a violência marital seja para qual for a modalidade de relacionamento sexual dentro do casamento".

Nesse mesmo sentido, corrobora-se nesse entendimento, comprovando a força de referida corrente: “Até mesmo o marido pode ser autor da infração sendo vítima sua esposa, inclusive no tocante ao ato dirigido exclusivamente à cópula normal. Encontra-se superada a antiga tese de que *intra matrimonium* inexistente o estupro, em face do débito conjugal.” (STEFAM, 2011, p. 149)

Embora tenha essa corrente ganhado força com a evolução da sociedade, há algum tempo já se levantava tal entendimento, como se pode notar através da jurisprudência a seguir demonstrada, datada no ano de 1995:

ESTUPRO. CRIME HEDIONDO. CONSTITUCIONALIDADE. A LEI N-8072 DE 1990 CONSIDERA HEDIONDO O ESTUPRO, INCLUSIVE NA SUA FORMA SIMPLES. NAO HÁ QUE SE FALAR EM RELACAO SEXUAL ADMITIDA, COM BASE EM ALEGACAO DE

CONGRESSOS CARNAIS ANTERIORES, POIS ATÉ O MARIDO PODE SER AGENTE ATIVO DESTA ESPECIE DE DELITO. PARTICIPACAO DE MENOR IMPORTANCIA DO CO-REU NAO ADMISSIVEL, QUANDO TEM ATUACAO DESTACADA NA CONDUCAO DA OFENDIDA ATE LOCAL PROPICIO PARA A COPULA, E QUE E VISTA COM AS ROUPAS ABAIXADAS. SENTENCA ADOTADA COMO RAZAO DE DECIDIR. APELOS IMPROVIDOS. (Apelação Crime Nº 695018143, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Érico Barone Pires, Julgado em 28/06/1995)
(TJ-RS - ACR: 695018143 RS , Relator: Érico Barone Pires, Data de Julgamento: 28/06/1995, Quarta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia) (grifo nosso).

Note-se, diante do entendimento jurisprudencial em destaque, parte-se da ideia de que, não é porque já existiu a relação sexual entre réu e vítima que se pode realizá-la posteriormente sem consentimento, mediante violência ou grave ameaça.

Não existe a celebração de um “contrato” com a realização de um o ato sexual consentido, que autorize sua realização posterior, sempre, incondicionalmente, sem restrições, sem consentimento, mediante qualquer meio.

Ademais, recente entendimento jurisprudencial demonstra a caracterização do delito de estupro pelo cônjuge, sob argumento da lei não conferir imunidade a qualquer dos cônjuges:

ESTUPRO. CONSTÂNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. TIPICIDADE. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. 1 - Na medida em que o acusado constrangeu a vítima a praticar **conjunção carnal**, ocorreu a subsunção da norma prevista **no art. 213 do Código Penal**, independentemente de existir - ou não - relacionamento amoroso entre as partes, até **porque a lei não confere imunidade a qualquer dos cônjuges/companheiros**. 2 - Pena reduzida na forma requerida pelo Ministério Público atuante neste grau de jurisdição. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70057018400, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 18/12/2013)
(TJ-RS - ACR: 70057018400 RS , Relator: Francesco Conti, Data de Julgamento: 18/12/2013, Quinta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/02/2014) (grifo nosso)

Nesse passo, admitir a licitude da conduta do marido praticar o ato sexual com a esposa, sem o seu consentimento, em razão do casamento, isto é, por preexistir uma relação em que tal fato já se realizou por livre vontade da esposa, se estaria admitindo que toda relação sexual mantida, ou ato libidinoso praticado, mediante violência ou grave ameaça, por réu que já haja tido relação sexual com a vítima, seria possível. O que sem dúvidas, é ilícito.

Não importa a condição preexistente entre vítima e réu, encaixando-se na descrição do tipo penal, prevista no artigo 213 do Código Penal, deve ser punida como crime de estupro.

Gonçalves, V. E. R. (2012, p. 524) entende que a discussão acerca da possibilidade do marido praticar o estupro contra a esposa foi superada, sendo inegavelmente possível esta imputação, e totalmente amparada pela lei:

Esse assunto foi polêmico no passado, **pacificou-se após a Lei 11.106/2005 ter inserido dispositivo no art. 226, II, do Código Penal** passando a prever um **aumento de metade da pena** sempre que o **crime sexual** tiver sido cometido por **cônjuge ou companheiro**. Tal regra, por estar no Capítulo das Disposições Gerais, **aplica-se a todos os crimes sexuais** (grifo nosso).

Corroborando com o mesmo entendimento Stefam (2011), que também entende que com o advento da lei supramencionada, que confere o aumento de pena quando praticado o delito por determinadas pessoas, entre elas o cônjuge, se supera a tese da ausência de estupro quando o marido força a relação com a esposa.

Nesse passo, partisse do entendimento que, existe não só amparo legal diante da inserção do dispositivo em comento pela referida Lei, como também aumento de metade da pena caso o cônjuge pratique o delito de estupro.

O pensamento machista predominante no passado deu lugar à isonomia aplicada pela Constituição Federal de 1988, em que homens e mulheres são iguais, tendo os mesmos direitos e deveres, inclusive no que tange à liberdade sexual.

A Constituição Federal em seu artigo 5º prevê os direitos fundamentais a toda pessoa. Os seus incisos I, II são de grande valia para amparar a não aceitação de realização do ato sexual do marido contra sua esposa, sem o seu consentimento. In verbis:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

Note-se, a Lei máxima, isto é, a Constituição Federal, defende a igualdade entre homens e mulheres, tanto nos direitos, quanto nas obrigações. Ademais, é preceituado que ninguém é obrigado a fazer algo senão em virtude da lei.

Nesse sentido, conforme demonstrado, por mais que o casamento tenha como uma de suas finalidades a procriação, sendo necessário para tanto a realização do sexo, não existe lei que obrigue a mulher a submeter-se à prática de qualquer ato sexual, e caso existisse seria inconstitucional.

Veja-se o artigo 1º, III, da Constituição Federal, coloca a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental. Obrigar a mulher, seja por meio de violência, seja por grave ameaça, ou qualquer outro meio, com objetivo de forçar a realização de algo por esta não desejado, é ir totalmente contra o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O princípio em questão é tido como norte a todo o ordenamento jurídico, ou seja, é a base de toda a estruturação jurídica do país.

(...) o princípio da dignidade da pessoa humana surge como uma conquista em determinado momento histórico. Trata-se de tutelar a pessoa humana possibilitando-lhe uma **existência digna, aniquilando os ataques tão frequentes à sua dignidade**. (PELEGRINI, 2002 apud CHEMIN, 2009, p. 174, grifo nosso).

Nesse passo, chega-se a ideia de que o princípio da dignidade da pessoa humana, sem dúvidas, confere a todo indivíduo o direito, de se furtar de realizar algo pelo qual não esteja de acordo.

Portanto, conferindo à mulher, no que diz respeito ao assunto em questão, à faculdade de decidir no que tange a liberdade de seu corpo, não devendo, em hipótese alguma, ser forçada, obrigada a manter relação sexual sem ter vontade, simplesmente pelo fato de ter contraído núpcias.

Claro, conforme já explanado, a recusa da mulher em manter relações sexuais com o marido pode ensejar a separação, em razão do débito conjugal. No entanto, jamais, a recusa pode ser motivo para o marido forçar, caso o faça estará praticando o delito de estupro, devendo ser punido, nos moldes explanados pelo tipo penal, isto é, pena de reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Não podendo esquecer que, conforme mencionado, a inserção inciso II ao artigo 126 do Código Penal, estabelece que a pena será aumentada em metade, caso o agente do delito seja cônjuge da vítima.

Assim, conclui-se que o casamento não retira a ilicitude do delito, quando o marido pratica o crime de estupro contra a esposa, mas sim da causa ao aumento da pena até a metade, em razão da relação existente entre este com a vítima.

Uma vez que partisse da ideia que, por serem casados, deveria haver ainda mais respeito e consideração entre ambos, sendo inadmissível que tal fato se realize, sem que haja uma punição à altura da tamanha agressão, não só física, como também moral imposta à vítima.

Vale ressaltar que a esposa que passa por essa situação sofre não só violação de seu corpo, mas também de sua moral, afetando profundamente seu estado psicológico.

Ademais as vítimas normalmente se calam, não denunciam os parceiros:

A violência conjugal, por ocorrer em âmbito familiar, tende a ser silenciada por suas vítimas e velada aos olhos da sociedade, circunstâncias que tendem a ocultar a magnitude do problema. Facilitando desta forma, distorções sobre a verdadeira realidade do conflito e estatística sobre os mesmos (BIFANO, 2002, p. 232).

O que ocorre é que as esposas, assim como ocorre em todos os tipos de violência doméstica, são agredidas, por seus companheiros, e não se sentem a vontade em denunciar, por sentir sua intimidade invadida, por não ter coragem de se expor. Assim, muitas das vezes silenciam-se.

Deste modo, conclui-se que existe a possibilidade jurídica do cônjuge ser agente ativo do crime de estupro contra sua esposa, devendo ser punido nos moldes do artigo 213 do Código Penal.

2.9. Da prova

Quando se entra no campo da prova é um ambiente um tanto quanto delicado, uma vez que comprovar a realização do ato sexual praticado pelo marido contra a sua esposa não é uma tarefa fácil, posto que, como casados, a realização de exame de corpo de delito por si só, nem sempre será eficaz, uma vez que diante da constância do casamento presume-se a prática de realização do ato sexual consentido.

Mas é preciso analisar o caso concreto, uma vez que, na maioria dos casos, já existe uma separação de fato, em que normalmente, o marido não aceita e obriga a esposa a manter o ato sexual.

Nesse sentido, a possibilidade de realização do estupro pelo marido é amplamente possível, o mais complexo é essa comprovação, sendo que muitas vezes, diante da prova precária se opta pela absolvição, ou desclassificação para o delito de lesão corporal. In verbis:

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO CONTRA A COMPANHEIRA - DOLO NÃO COMPROVADO - DESCLASSIFICAÇÃO - LESÕES CORPORAIS. I. INDENE DE DÚVIDAS QUANTO À POSSIBILIDADE DE O MARIDO/COMPANHEIRO SER SUJEITO ATIVO DO CRIME DE ESTUPRO. DEVE-SE, NO ENTANTO, AVALIAR AS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO CASO. II. A DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÕES CORPORAIS É MEDIDA QUE SE IMPÕE QUANDO NÃO HÁ EVIDENCIA DO DOLO EXIGIDO PELO ART. 213 DO CP. NA HIPÓTESE, MANIFESTO TÃO-SÓ O DESEJO DE PRODUZIR DANO CORPORAL À VÍTIMA. III. APELO PARCIALMENTE PROVIDO PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA DO ART. 213 C/C ART. 226, INC. II DO CP PARA A DE LESÕES CORPORAIS NO ÂMBITO FAMILIAR.

(TJ-DF - APR: 176453520068070009 DF 0017645-35.2006.807.0009, Relator: GEORGE LOPES LEITE, Data de Julgamento: 23/03/2011, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 06/04/2011, DJ-e Pág. 243) (grifo nosso).

No entanto, é possível a prova através de outros meios aliados ao exame de corpo de delito. Estefam, (2011, p. 153) dispõe a respeito da prova do crime de estupro de modo amplo: “a palavra da vítima, poderá, sempre analisada em confronto com outros elementos de informação, assumir papel decisivo no deslinde do processo penal”.

Deste modo, cabe ressaltar entendimento jurisprudencial, no qual através do depoimento da vítima aliado a prova testemunhal, obteve-se a comprovação da prática do delito:

ESTUPRO, VIOLÊNCIA SEXUAL COMETIDA CONTRA CÔNJUGE VAROA (CP, ART. 213). PALAVRAS DA VÍTIMA, INSUSPEITAS, ALIADAS ÀS DO FILHO ADOLESCENTE, QUE PRESENCIOU A AGRRESSÃO E À ÍNDOLE BELICOSA DO RÉU QUE NÃO DEIXAM DÚVIDA QUANTO À PRÁTICA DO DELITO. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. PENA-BASE EXASPERADA NO ÂMBITO DOS PARÂMETROS PRATICADOS POR ESTA CORTE. PROPORCIONALIDADE COM OS LIMITES DA REPRIMENDA OBSERVADA. RAZOABILIDADE DA PUNIÇÃO EVIDENCIADA NA EXPOSIÇÃO DO TOGADO. MANUTENÇÃO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSOR NOMEADO PARA ATUAR NO PRIMEIRO GRAU. VERBA QUE ENGLIBA EVENTUAL DEFESA. CORREÇÃO DO VALOR ESTIPULADO NA SENTENÇA, SEGUNDO ORIENTA A LC ESTADUAL N. 155/97. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, NESTE PARTICULAR.

Desta maneira, nota-se que a comprovação material do delito é algo complexo, no entanto, nada irrealizável. A partir da análise do caso concreto, é possível chegar à realidade dos fatos, sendo possível através de mais de um meio de prova, chegar ao deslinde da questão, aliando-se prova testemunhal, depoimento pessoal da vítima, além do exame de corpo de delito.

3. Conclusão

Com o avançar do tempo, a sociedade evolui conseqüentemente, o direito, como acompanha as mudanças da sociedade evolui paralelamente a esta. Veja-se, em determinado tempo a mulher era tida como propriedade do marido, onde nem sequer podia sair de casa sem sua autorização, tão pouco exercia o direito de votar, sendo que este direito restringia-se aos homens.

O mundo evolui, e com ele a sociedade. Hoje a mulher não é vista como propriedade do marido, mesmo quando casada trabalha fora, estuda, é independente, estando cada vez mais em plena igualdade com o homem.

No mundo de hoje a mulher não só vota, como também é eleita, salienta-se que hoje a Presidente do Brasil é uma mulher, de igual forma ocupa muitos outros cargos importantes, seja na política, na polícia, fazendo a segurança do país, na economia, na administração de grandes empresas, e em várias outras áreas, o que demonstra a cada dia mais estar o sexo feminino em igualdade com o masculino.

Razão pelo qual, cada vez mais, se entende totalmente inadmissível, ser possível o marido constranger a esposa a prática sexual não consentida e não ser punido por isso, simplesmente por terem contraído núpcias.

Concluindo-se, portanto, existir a possibilidade de ocorrer o delito de estupro dentro do casamento, sendo o marido sujeito ativo do delito, sempre que forçar a prática de conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com sua esposa, mediante violência ou grave ameaça.

Assim, sempre que estiverem presentes os requisitos caracterizadores do delito disciplinados pelo artigo 213 do Código Penal, se estará diante do delito de estupro, independente da relação preexistente entre réu e vítima.

Frisando-se ainda que o cônjuge ao forçar a realização do ato sexual jamais estará amparado pela excludente de ilicitude do exercício regular de um direito, pois o que se trata é de abuso de direito.

Jamais, portanto, podendo ser excluída a ilicitude do ato em razão do débito conjugal, uma vez que a relação sexual entre os cônjuges nunca poderá ocorrer mediante violência ou grave ameaça, e ocorrendo se estará diante do crime de estupro, e deverá ser punido o agente na forma da lei, com aumento de metade da pena em razão do delito ser praticado por cônjuge.

4. Referências

BIFANO, Amanda Haack. **Relacionamentos que matam: estudo sobre violência conjugal**. São Paulo: PUCRS, 2002. (Dissertação de Mestrado em Ciências Criminais).

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessada em: 10 de Julho de 2014

CÓDIGO Civil 2002. (LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002). Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acessada em: 15 de Julho de 2014.

CÓDIGO Penal 1940. (LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acessada em: 20 de Agosto de 2014.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 5º volume: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2005.

ELUF, Luiza Nagib. **Crimes contra os costumes e assédio sexual: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

ESTEFAM, André. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2011. 3 v.

FERRAZ, Carolina Valença. **A responsabilidade civil por dano moral e patrimonial na separação judicial**. São Paulo: PUC, 2001.

FHURER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos Crimes Sexuais**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005. 6 v.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: Parte especial**. 7. ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. 3 v.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, v. 5: direito de família e sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 2 v.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 3 v.

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

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial**, arts. 121 a 249. 9 ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil** vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.