

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO
NAS RELAÇÕES CONJUGAIS**

Renata Sobral Costa

Presidente Prudente/SP
2008

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO
NAS RELAÇÕES CONJUGAIS**

Renata Sobral Costa

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Ms. Mário Coimbra

Presidente Prudente/SP
2008

POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO NAS RELAÇÕES CONJUGAIS

Trabalho de Monografia aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito

MÁRIO COIMBRA
Orientador

Examinador

Examinador

Presidente Prudente, 16 de fevereiro de 2008

“Ao aumentar de maneira efetiva a influência da mulher em todos os níveis da vida pública, aumentam as possibilidades de mudança em direção à igualdade entre os gêneros e ao empoderamento da mulher, bem como para uma sociedade mais justa e democrática.”

Kofi Annan, secretário-geral
das Nações Unidas

Dedico este trabalho a minha mãe
CERES, fonte de toda inteligência e
caráter.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer, primeiramente, a Deus por ter me dado a oportunidade de realizar este trabalho.

Minha eterna gratidão ao meu orientador, sem o qual eu não teria concluído o presente trabalho.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é discorrer sobre a possibilidade ou não de ser o marido autor do delito de estupro contra a própria esposa. Com base neste foco, verifica-se que há duas correntes contraditórias a respeito do assunto: uma tradicional, que não aceita o estupro nas relações conjugais; e outra, moderna, que compreende ser possível o estupro marital. Para chegar à conclusão da existência de ambas as correntes mencionadas, foi necessária a análise minuciosa da história do estupro e dos elementos que compõem o tipo penal (análise dogmática). Posto isso, verificou-se que a corrente que defende a impossibilidade do estupro nas relações conjugais sofre influências da sociedade patriarcal, em que a mulher era vista como posse do marido e sua função restringia-se aos trabalhos domésticos e a procriação, para a continuidade da família. Por outro lado, a corrente moderna baseia-se nos ideais de igualdade entre homens e mulheres e no Princípio da dignidade da pessoa humana, já que progressivamente homens e mulheres estão se equiparando nos mais diversos cenários, tais como: política, economia, ambiente de trabalho. Previsto no artigo 213 do Código Penal, o estupro é, dentre os crimes contra os costumes, o mais grave deles, já que atenta contra a liberdade sexual da mulher. É um delito caracterizado pela utilização de violência ou grave ameaça na busca pela satisfação do prazer, através da conjunção carnal. Ante a controvérsia que se estabelece em relação ao tema, surgiu o interesse em questionar quais as razões de uma e outra corrente.

Palavras-chave: Estupro. Cônjuges. Débito conjugal. Liberdade sexual. Família patriarcal. Evolução da mulher. Igualdade.

ABSTRACT

The objective of this study is to discourse about the husband's possibility or not to be the rape offense author against his wife. Focusing on this, it can be verified two contradictory positions concerning the issue: one traditional, which does not accept the rape in marriage relationship, and other, modern, which comprehends the marriage rape to be possible. To get to conclude about the two positions existence, it was necessary a detailed analysis of the rape history and the elements that compound the criminal type (dogmatic analysis). Concluded this, it was verified that the flowing which defends the impossibility of the marriage rape suffers influence by the patriarchal society, in which the woman was seen as the husband's possession and her function was restricted to home chores and procreation, to continue the family. On the other hand, the modern flowing bases on ideas of equality between men and women and on the Principle of human being dignity, once men and women are progressively getting equal in most different scenery, such as: politics, economics, labor environment. As foreseen in article 213 of the Criminal Code, the rape is, among against the costumes crimes, the gravest, once it attempts to woman sexual freedom. It is an offense characterized by violence and grave threat usage in the search for pleasure satisfaction, through carnal knowledge. Faced with the controversy established in relation to the theme, it grew the interest in questioning what are one and other flowing reasons.

Key words: Rape. Spouses. Conjugal debits. Sexual freedom. Patriarchal family. Woman evolution. Equality. .

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTUPRO.....	11
3 ANÁLISE DOGMÁTICA DO TIPO PENAL.....	15
3.1 Objeto Jurídico	15
3.2 Sujeito Ativo	15
3.3. Sujeito Passivo.....	16
3.4 Tipicidade Objetiva.....	17
3.5 Tipicidade Subjetiva	18
3.6 Consumação e Tentativa.....	19
3.7 Concurso de Crimes.....	19
4 DA ESTRUTURA FAMILIAR BRASILEIRA	21
4.1 A Família Patriarcal	21
5 EVOLUÇÃO LEGAL DA IGUALDADE DE DIREITOS NO BRASIL	25
6 A SUPREMACIA DA IGUALDADE DE DIREITOS TUTELADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	30
7 EFEITOS JURÍDICOS DO CASAMENTO	32
8 POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO NAS RELAÇÕES CONJUGAIS	34
9 CONCLUSÃO	40
BIBLIOGRAFIA	42

1 INTRODUÇÃO

A função sexual é primordial na vida de todo ser vivo, seja mono ou pluricelular, vertebrado ou invertebrado. Trata-se de um instinto, através do qual se busca a perpetuação da espécie. No caso do ser humano busca-se, também, a satisfação do prazer genésico.¹

Algumas vezes essas funções sofrem atuação do psiquismo humano, dando lugar a modalidades mórbidas, platônicas e doentias de satisfação sexual, a exemplo do estupro.

Previsto no artigo 213 do Código Penal, é caracterizado com a utilização de violência ou grave ameaça na busca pela satisfação do prazer, através da conjunção carnal. Só podem ser vítimas de estupro mulheres, devido à existência do elemento normativo extrajurídico: conjunção carnal.

A história do estupro ainda não foi totalmente escrita, no entanto, a infinidade de dados sobre essa violência sexual aguça como nunca a pesquisa histórica sobre o assunto, pois as denúncias aumentaram de forma repentina em um passado recente, e o número de condenações, principalmente de crimes contra crianças, cresceram de maneira vertiginosa.

As estatísticas e observações revelam, acima de tudo, quais são os limites e o sentido do crime, principalmente quando essa violência sexual é exercida sobre as crianças, configurando o grau máximo do mal.

Ao longo da história, os julgamentos e processos de vítimas acometidas por essa violência sexual, mostram como a história do estupro não pode ficar restrita a história da violência.

O estupro representa um crime que viola, não só o corpo, mas também o olhar e, principalmente, a moralidade da vítima que se sente envergonhada frente à sociedade em que vive, uma vez que o crime reflete diretamente na sua intimidade.

¹ Relativo ao Gênesis ou à geração.

Dessa maneira, a história do estupro ilustra, de uma forma quase velada, uma visão do sujeito e de sua intimidade, caracterizando a antiga dificuldade de avaliar a autonomia das pessoas, a necessidade de se basear em provas materiais para melhor comprová-la.

A história do estupro é, então, a dos obstáculos à dissolução de uma ligação imediata entre a pessoa e seus atos; o lento reconhecimento de que um sujeito pode estar 'ausente' dos gestos que é condenado a sofrer ou a efetuar, o que supõe uma consideração muito particular: a existência de uma consciência distinta daquilo que ela faz.

Nesse sentido, uma história do estupro pode colaborar para o nascimento do sujeito contemporâneo revelando a importância dada ao sofrimento pessoal que decorre nesse assassinato psíquico, decisivo, porque transforma a imagem dominante da criminalidade e de seus efeitos.

Na atualidade, o estupro nas relações maritais não só é típico, como também ocorre com frequência maior do que se pode imaginar. O fato veio à tona com a criação das Delegacias de Defesa dos Direitos da Mulher², antes restrito às quatro paredes, no seio da família. Não raramente, as agressões físicas praticadas pelo "companheiro"³ precediam ao crime de estupro, isto é, de uma relação sexual indesejada pela mulher.

Ao chegar à Delegacia, as mulheres reportavam-se somente aos espancamentos sofridos, silenciando-se a respeito do estupro, entendendo, erroneamente, que o sexo era uma obrigação conjugal. Com o respaldo das DDMs, a conscientização da população feminina, e divulgação pela imprensa e pelos movimentos sociais, o comportamento das mulheres mudou e os estupros maritais passaram a ser denunciados.

Os dados acima demonstram a importância de se conhecer melhor um assunto tão presente na sociedade contemporânea, surgindo daí, o interesse por uma pesquisa mais aprofundada sobre o tema abordado tendo em vista a

² Órgão público representado pela sigla DDMs, foi criado em 1985 para atuar na defesa dos direitos da mulher.

³ O termo citado foi utilizado para abranger a denominação em sentido amplo, envolvendo: maridos, companheiros, namorados, ou mesmo ex-maridos, ex-companheiros, ex-namorados.

controvérsia existente acerca do assunto, bem como pela tutela à liberdade sexual da mulher.

Com o tema em questão, pretende-se discutir a respeito da possibilidade de ser o cônjuge sujeito ativo de estupro praticado contra a própria esposa.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTUPRO

O estupro, entre os crimes sexuais, é a infração de natureza que apresenta maior gravidade. Trata-se de crime previsto em todos os ordenamentos jurídicos dos povos civilizados. Em quase todas as legislações os elementos do delito são os mesmos: as relações carnis e a violência física ou moral.

Por outro lado, não só entre os crimes sexuais, mas na criminalidade comum, o estupro se coloca como uma das condutas penais onde se pode entrever a maior periculosidade do agente, sua maior carga de criminalidade violenta, só superada pelo roubo e pelo latrocínio.

Noronha (2002, p. 72) salienta que o

indivíduo que acomete uma mulher para manter relações carnis, violando, assim, o seu direito de escolha, postergando a liberdade que ela tem de dispor do corpo, demonstra instintos brutais dignos de severa repressão.

Ao longo da História o estupro apresentou diferentes conotações sendo visualizado desde os primórdios da humanidade. Em passagem bíblica (18, 22-23-29), no livro de Levítico vislumbra-se a proibição de relacionamentos incestuosos, homossexuais e com animais. De modo que se praticados tais atos, a punição aplicada ao infrator era a exclusão do grupo e a morte.

O livro de Deuteronômio, ao prever as leis da castidade e do casamento, remete aos pecados cometidos contra as mulheres.

Na legislação mosaica⁴, se o homem mantivesse conjunção carnal com mulher, encontrada na cidade, que era noiva de outrem, os dois eram lapidados. Se a donzela fosse do campo, somente o homem era apedrejado. Se a realização sexual, com o emprego de violência, fosse praticada com mulher virgem, o homem deveria não só casar-se com ela, mas também pagar 50 ciclos de prata ao pai da vítima.

⁴ hebraico, judaico, israelita

O código de Hamurabi previa que se a mulher virgem, que ainda morasse na casa dos pais, fosse violada, o homem seria morto e a mulher ficaria livre.

No Egito, ao acusado era imposta a mutilação. Na Grécia, inicialmente punia-se com a multa, posteriormente era aplicada a pena de morte.

No direito romano, esse crime sexual era confundido, quando praticado com mulher, com o rapto, que pressupunha a união carnal, sendo que, além do mais, requisito, era, o ser a vítima mulher virgem ou viúva honesta, como se compreender claramente na Constituição Justiniana, segundo Gusmão (1981, p.122), “*raptu virginum*, onde é frisado que a virgindade ou castidade não podia ser resposta, tendo-se o grave crime não só como injúria perante aos preceitos humanos, como, bem assim, uma ofensa à religião.”

Os textos romanos nos levam à convicção de que mais acertada é a interpretação daqueles que sustentam que o delito era decorrente do dever imposto à mulher honrada de manter a mais absoluta integridade fora do matrimônio, sendo que quando o delito se consumava por meio da violência o crime mudava de natureza, transformando-se a sua caracterização em *criminis vis*.

A “*Lex Julia de Adulteris*” equiparou o estupro ao adultério. Depois houve a cisão destes: o estupro era caracterizado em caso de união sexual com viúva. Já o adultério era a relação sexual ilícita com mulher casada.

A pena imposta pelos romanos ao estupro era o pagamento de metade dos bens, em se tratando de vítima honesta (nobre), ou pena de releção.

Quando da invasão dos bárbaros no Império Romano do Ocidente é possível entender que entre esses povos variava a punição de tal crime, ou seja, quando se tratava de nobres ou escravos, sendo aqueles punidos, apenas com penas pecuniárias e os últimos com a pena de morte.

Assim dispõe Gusmão (1981, p.123):

A Lei de LEOVIGILDO no Código dos Visigodos estabelecia que o estuprador, se fosse homem livre, se tornaria escravo de sua *victima*, além de receber cem açoites, e jamais poderia com a última se casar, sendo que se tal acontecesse a mulher se tornaria, então, como punição ao seu *acto*,

escrava dos seus parentes próximos; se o Réo de estupro era um escravo ficava, então, sujeito á pena ultima e queimado ao fogo.

No entanto, o estupro era punido severamente no velho direito germânico. No que se refere ao direito canônico, só se configurava o crime se a mulher fosse virgem. Era imprescindível, também, o emprego de violência.

Estabelecia a antiga legislação inglesa a punição do crime de estupro com a pena de morte. Posteriormente Guilherme o Conquistador alterou tal pena, passando a ser o crime punido com a castração e a perda dos dois olhos.

Na França do Antigo Regime (século XVI ao século XIX) verifica-se inúmeros exemplos do estupro, paralelo a raridade dos processos e julgamentos públicos, justificados pelo silêncio que se impõe sobre a vítima, além de alguns atos de exceção descritos como horrores pela justiça, pelos relatórios ou pelos jornais. Essa situação se reforça pela facilidade da impotência da vítima, assim como, pelo hábito de arranjo financeiro, a exemplo de uma indenização garantida pelas testemunhas.

Sobre o assunto elucida Vigarello (1998, p.145):

Uma visão por muito tempo moralizada do crime, sob o *Ancien Regime*, reforça esse silêncio, envolvendo a vítima na indignidade do ato, transformando em infâmia o simples fato de ter vivido, pelos sentidos e pelos gestos, a transgressão condenada.

A legislação Penal de 1791 substituiu a denominação “raptó” pela “estupro”, priorizando a vítima, ofendida, ao invés do prejuízo sofrido por seus “proprietários”.

Já o Código de 1832, embora não trouxesse o conceito do crime de estupro, previa a pena de trabalhos forçados para quem o praticasse. E ainda, se a vítima tivesse menos de 15 anos na data do fato, a pena seria o “*maximum*” da pena temporária de trabalhos forçados.

No Brasil vigeu a legislação portuguesa antes e depois da independência, em período de transição para a criação de legislação própria. Quanto à denominação estupro, foi ela consagrada pelo Código de 1890 (art. 268), que abrangia tão-somente a relação sexual alcançada mediante violência ou grave

ameaça, posto que o Código do Império a utilizava de forma genérica para identificar uma secção que abarcava, outrossim, crimes como a sedução de mulher honesta e o defloramento.

Com o Código Criminal Brasileiro vigorando, o crime de estupro foi tipificado em seu artigo 222, cuja transcrição segue:

“Ter copula carnal, por meio de violência ou ameaça com qualquer mulher honesta. Penas - de prisão por 3 a 12 *annos* e de dotar a *offendida*”.

“Se a violada for prostituta. Penas – de prisão por um *mez a dous annos*”.

3 ANÁLISE DOGMÁTICA DO TIPO PENAL

3.1 Objeto Jurídico

No crime de estupro tutela-se a liberdade sexual da mulher, ou seja, o direito que a mulher possui de eleição sexual; ela pode dispor de seu corpo se e quando desejar.

“É um direito seu que não desaparece, mesmo quando se dá a uma vida licenciosa, pois, nesse caso, ainda que mercadejando com o corpo, ela conserva a faculdade de aceitar ou recusar o homem que a solicita.” (Noronha, 2002, p. 68)

Para Manzini o bem jurídico que aqui se tutela é a inviolabilidade carnal, e não a liberdade sexual. Tal entendimento não é pertinente, posto que no Código italiano o estupro pode ter por sujeito passivo o homem, o que não ocorre no caso do artigo 213 do nosso Código Penal.

3.2 Sujeito Ativo

Somente o homem pode ser sujeito ativo do delito de estupro, uma vez que o tipo penal exige a prática da conjunção carnal. Posto isso, em se tratando de prática de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo, o crime configurado será o de atentado violento ao pudor, pois não existe cópula vagínica, mas tão-somente a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Alguns entendem existir a possibilidade de ser a mulher sujeito ativo do crime de estupro, sendo que a cópula seria alcançada mediante o emprego de

afrodisíacos. Opinião contrária a esta possui Capez (2004, p. 4), conforme transcrição que segue:

Questão polêmica é a da conjunção carnal praticada mediante instrumento genital postíço pela mulher. Entendemos que nesse caso não se pode falar em conjunção carnal, uma vez que não existe o encontro de órgãos naturais, ou seja, “a conjunção de carnes”, devendo a hipótese ser enquadrada no tipo do atentado violento ao pudor.

Ressalte-se a hipótese de alguns casos de hermafroditismo que expressam um bissexualismo quase completo. Não se pode ignorar a possibilidade de umas dessas pessoas, aparentemente do sexo feminino, praticar um delito de estupro, embora seja uma ocorrência raríssima.

É perfeitamente possível a mulher ser autora mediata no crime de estupro, já que nesse caso ela não estaria executando pessoalmente a conjunção carnal.

3.3. Sujeito Passivo

Só a mulher pode ser sujeito passivo do delito de estupro, seja ela virgem ou deflorada, honesta ou prostituta, solteira, casada ou viúva, velha ou moça.

Se o agente realizar conjunção carnal com vítima não maior que 14 anos, configurado está o estupro, ainda que a vítima tenha consentido. Isso porque, neste caso, a violência é presumida.

Alguns autores entendem que o homem não deveria ter sido excluído do pólo passivo do crime de estupro. Para eles, o coito anal e o sexo oral ofendem com muita gravidade o pudor, de modo que degradam e aviltam a vítima. Compreendem, portanto, ser preconceituosa a distinção entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, de modo que deveriam ser fundidos em um único tipo.

Noronha (2002, p. 71) é adepto dessa corrente, cuja opinião segue:

Não encontramos razões de grande peso para excluir o homem como sujeito passivo do delito. Geralmente cometido contra meninos, tal estupro não só viola profundamente os sentimentos de moralidade média da sociedade como denuncia, patentemente, a perversão e a periculosidade do autor. Caracterizado, neste caso, pelo coito anal ou pela *fellatio in ore*, não é necessário encarecer que esses atos são alguma coisa a mais que atentados ao pudor, degradando e aviltando a vítima.

O autor citado acima também entende que o legislador deveria ter feito distinção entre o estupro realizado contra a mulher pública e contra a honesta.

Para ele, o único dano que a meretriz suporta contra o estupro é a violência sofrida, já que não possui reputação e honra. Por outro lado, a mulher honesta sofrerá por todo o sempre as conseqüências do ato realizado pelo estuprador, principalmente se for virgem. Fato é que no estupro contra mulher honesta dois bens jurídicos são violados: a liberdade sexual e a honra. Já no caso da prostituta, apenas o primeiro bem jurídico mencionado é atingido.

3.4 Tipicidade Objetiva

O legislador incrimina, no artigo 213 do Código Penal, a conduta de constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.

Constranger é obrigar, forçar. Para que se configure o constrangimento, é necessário que haja o dissenso da vítima.

Exige-se que a vítima se oponha com veemência ao ato sexual, resistindo com toda sua força e energia, em dissenso sincero e positivo. Não basta uma platônica ausência de adesão, uma recusa puramente verbal, uma oposição passiva e inerte ou meramente simbólica, um não querer sem maior rebeldia. Deve-se configurar, portanto, uma oposição que só a violência física ou moral consiga vencer, que a mulher seja obrigada, forçada, coagida, compelida à prática da conjunção carnal. (MIRABETE, p.409)

Conjunção carnal é a cópula vagínica, ou seja, a introdução do pênis na vagina. Trata-se de cópula natural realizada entre homem e mulher. Qualquer

outra forma de coito, que não seja normal, caracterizará o crime de atentado violento ao pudor.

Se o sujeito ativo do delito em tela utilizar instrumentos mecânicos ou artificiais, haverá estupro, desde que estes instrumentos sejam acoplados ao pênis do autor.

Em consonância com o texto legal, para que se configure o estupro, a conjunção carnal deve ser obtida com o emprego de violência ou grave ameaça.

Na denominada *vis corporalis*, há o emprego de força material na vítima, reduzindo sua capacidade de resistência.

Por outro lado, a *vis compulsiva* consiste na ameaça. É a promessa, feita pelo autor do delito, de causar à vítima um dano de certa monta, capaz de fazê-la ceder. A ameaça pode ser direta, isto é, exercida contra a própria vítima ou indireta, quando o mal é prometido à terceira pessoa ligada à vítima.

O mal pode ser justo ou injusto, e sua análise deverá ser feita levando em consideração as condições físicas e psíquicas da vítima. Vejamos: uma senhora de idade é muito mais suscetível do que uma jovem com plena capacidade física e mental.

3.5 Tipicidade Subjetiva

Capez entende que o único elemento subjetivo que o crime de estupro exige é o dolo, que consiste na vontade de constranger a mulher à conjunção carnal, mediante o emprego de violência ou grave ameaça. Para ele, não é necessário que o agente aja com nenhuma finalidade específica para que se configure o delito.

[...] o agente que constrange mulher mediante o emprego de violência ou grave ameaça à prática de cópula vagínica não age com nenhuma finalidade específica, apenas atua com a consciência e vontade de realizar a ação típica e com isso satisfazer sua libido (o até então chamado dolo genérico). (2004, p.6-7)

Damásio partilha da mesma idéia dita acima.

Outros autores, no entanto, entendem que o tipo reclama não só o dolo geral, mas também o dolo específico. Trata-se de elemento subjetivo especial do injusto, consubstanciado no especial fim de constranger à conjunção carnal.

São adeptos dessa corrente: Magalhães Noronha, Mirabete, Luiz Regis Prado, dentre outros.

3.6 Consumo e Tentativa

O delito de estupro consuma-se com a introdução completa ou incompleta do pênis na vagina. Não é necessária a ejaculação. Entretanto, se não houver a introdução do pênis (ainda que incompleta) estaremos no âmbito da tentativa.

Para que se configure a tentativa, é necessário que o agente tenha a intenção de manter relação sexual com a vítima.

Aliás, é a intenção do agente que difere a tentativa de estupro da tentativa de atentado violento ao pudor. No primeiro, o fim visado é a conjunção carnal. No segundo, o agente visa o ato libidinoso.

Se o agente não tiver nenhum contato físico com a vítima, mas tão-somente lhe tenha feito ameaça, o agente responderá por constrangimento ilegal, eis que, em consonância com a regra da desistência voluntária, o agente só responde pelos atos até então praticados.

3.7 Concurso de Crimes

Se, além do estupro, o agente praticar atos libidinosos que não se dirijam à conjunção carnal, constrangendo a vítima, por exemplo, ao coito anal ou ao sexo oral, há concurso material de infrações entre o estupro e o delito de atentado violento ao pudor. (PRADO, 2006, p. 199)

No caso de o agente praticar homicídio ou lesões corporais contra a vítima de estupro, haverá concurso material de crimes. Se forem leves as lesões causadas, serão elas absorvidas pelo delito de estupro se forem oriundas do constrangimento ou da conjunção carnal.

Tendo sido a vítima seqüestrada para fins libidinosos e o agente decide estuprá-la, responderá o autor do fato pelo crime sexual em concurso com o seqüestro.

Sabendo o agente (ou devendo saber) que é portador de doença venérea, há concurso formal com o crime de perigo de contágio venéreo, ou concurso formal impróprio se o autor desejar transmitir a doença.

4 DA ESTRUTURA FAMILIAR BRASILEIRA

4.1 A Família Patriarcal

A origem e evolução da família ainda é um tema complexo, tanto para historiadores como sociólogos, economistas e juristas, pois o ser humano nasce no meio dela como uma verdadeira semente, visando à perpetuação da espécie, recebendo sua proteção desde pequeno e, quando atinge a maioridade, constitui uma nova família, através da união de dois sexos opostos, sem romper os vínculos de sua família originária.

A sociedade patriarcal foi a primeira forma de família fundada sobre condições não naturais, mas econômicas, a saber: o triunfo da propriedade individual sobre a compropriedade espontânea primitiva.

No Brasil, durante o período colonial e imperial, a família de um latifundiário era chamada de patriarcal, em que o senhor de engenho era o grande dominador. As pessoas olhavam com inveja sua propriedade, suas terras e escravos, seu poder sobre as pessoas.

"Era o patriarca de um grupo de famílias. (...) Era o Pai, o Sogro, o Avô; mas, antes de tudo, o Amigo e o Conselheiro. Jamais alguém ousou desrespeitá-lo, no lar ou fora dele. (...) Encamava a sabedoria e ninguém dele se aproximava sem que, de imediato, se sentisse envolvido pela confiança que irradiava de sua marcante personalidade". (Aroldo de Azevedo, referindo-se ao fazendeiro Ignácio Cochrane.)

E quem era esse patriarca orgulhoso, a quem se submetiam tudo e todos? Era o grande senhor rural, proprietário de latifúndios, onde se plantavam as bases da economia brasileira: café, cacau, cana-de-açúcar e outras grandes lavouras monocultoras. O pai era o senhor absoluto e se considerava "dono" da mulher e dos filhos, do mesmo jeito que era dono dos cavalos e da plantação.

Era ele quem presidia a organização familiar. Não havia comunidades sólidas, sindicatos, clubes ou outros órgãos que reunissem pessoas de interesses similares. A família, a grande família patriarcal, ocupava todos esses espaços.

A família patriarcal era, portanto, a base da sociedade e desempenhava os papéis de procriação, administração econômica e direção política. A casa-grande era o local em que nasciam os filhos e netos do patriarca, estabeleciam o modo de organização e direção da fazenda e educavam-se os futuros dirigentes do país. Cada um possuía uma função que lhe era atribuída, todos se moviam segundo intensa cooperação. A unidade da família devia ser preservada a qualquer preço, e, por isso, eram comuns os casamentos entre parentes. Assim, a fortuna do clã e suas propriedades concentravam-se nas mãos do patriarca.

A exploração da mulher pelo homem, característica de outros tipos de sociedade ou de organização social, mas notadamente do tipo patriarcal -agrário, tal como o que dominou longo tempo no Brasil, convém a extrema especialização ou diferenciação dos sexos.

A extrema diferenciação e especialização do sexo feminino em “belo sexo” e “sexo frágil”, fez da mulher do senhor de engenho e de fazenda e mesmo da iaiá de sobrado, no Brasil, um ser artificial, mórbido. Uma doente, deformada no corpo para ser a serva do homem e a boneca de carne do marido. (FREIRE, 1977, p.94)

Nessa forma de organização social, a família não se compunha apenas de marido, mulher e filhos. Era um verdadeiro clã, do qual participavam esposa, eventuais (e disfarçadas) concubinas, filhos, parentes, padrinhos, afilhados, amigos, dependentes e ex-escravos. Todos eles eram subordinados ao patriarca, figura considerada ao mesmo tempo temida e venerada. Temida, porque possuía o direito de controlar a vida e as propriedades de sua mulher e filhos; venerada, porque, para seus comandados, o patriarca detinha todas as virtudes e qualidades possíveis a um ser humano.

Neste sentido, a família patriarcal constituía o mundo do homem por excelência. Crianças e mulheres não passavam de seres insignificantes e amedrontados, cujo maior desejo eram as boas vontades do patriarca. O domínio

masculino era tão acentuado, que os varões não reconheciam sequer a autoridade religiosa dos padres.

Os homens possuíam infinitas regalias, inclusive a de manter aventuras com criadas e ex-escravas, desde que fosse guardada certa discrição. No que se refere às mulheres, tudo que não se relacionasse com a procriação era proibido.

Essa característica do regime patriarcal está evidenciada na obra *Sobrados e Mucambos*, como segue:

“Também é característico do regime patriarcal o homem fazer da mulher uma criatura tão diferente dele quanto possível. Ele, o sexo forte, ela o fraco; ele o sexo nobre, ela o belo.” (FREIRE, 1977, p. 93)

Mas a beleza que se quer da mulher, dentro do sistema patriarcal, é uma beleza meio mórbida. A menina de tipo franzino, quase doente. Ou então a senhora gorda, mole, caseira, maternal, coxas e nádegas largas. Nada do tipo vigoroso e ágil de moça, aproximando-se da figura de rapaz. O máximo de diferenciação de tipo e de traje entre os dois sexos. (FREIRE, 1977, p. 93)

A mulher via-se envolta numa aura de castidade e resignação, cujo papel restringia-se a procriar e obedecer. Com os filhos mantinha poucos contatos, uma vez que eles ficavam sob os cuidados de amas-de-leite, preceptoras e governantas. Sobravam-lhe as amenidades, as parcas leituras e a supervisão dos trabalhos domésticos dos escravos, como a confecção de roupas e a destilação de vinho.

Com o fim do período Imperial e vitória dos ideais republicanos a família patriarcal começa a mostrar sinais de declínio. Não que ela fosse incompatível com o novo regime. Mas a modernização, com o surgimento de cidades e novas profissões decorrentes da lavoura cafeeira, a luz elétrica, os bondes, os imigrantes, as lojas comerciais, as indústrias, ameaçam o poder do patriarca.

No passado, ele podia manter sua família e agregados no mais completo isolamento. Trabalhavam em suas terras e obedeciam. Com as mudanças, o patriarca é obrigado a se relacionar com novos segmentos da sociedade. Ele próprio é forçado a ampliar seus negócios nos centros urbanos, a fim de que seu

patrimônio sobreviva a todas mudanças decorrentes do progresso e da modernização. Ele passa a investir em atividades alternativas, além da fazenda. Em um dado momento sente a necessidade de abandonar a casa-grande e mudar para a Capital.

O patriarca agora não só é fazendeiro, mas também, um industrial, um pioneiro no melhor estilo capitalista, um banqueiro, e também um grande negociante.

5 EVOLUÇÃO LEGAL DA IGUALDADE DE DIREITOS NO BRASIL

Nas sociedades capitalistas e socialistas, atributos ligados à maternidade continuam sendo usados para inferiorizar as mulheres. Fatores biológicos como menstruação, gravidez, aleitamento, são justificativas para impor uma divisão social do trabalho que desqualifica a mulher.

Dessa maneira, o mercado de trabalho impõe barreiras à mulher para cargos mais bem remunerados, sob a alegação de que ela tem “responsabilidades familiares a cumprir” ou ela é mais “frágil”. Se por acaso uma mulher ocupa uma posição profissional fora do esquadro pré-traçado, logo é apresentada como o exemplo de que “agora as mulheres são iguais aos homens”. Na verdade, ela é a exceção que confirma a regra.

No Brasil, durante várias décadas do século XIX, essas questões foram discutidas. A primeira vaga do movimento feminista brasileiro avançou na crítica à sujeição e exclusão da mulher, e ocupou a imprensa escrita da época.

Nas duas primeiras décadas do século XX, o movimento feminista passou a exigir o direito ao voto, símbolo básico da cidadania. Lutava-se pelo voto em qualquer circunstância, a exemplo do Centro Acadêmico da Faculdade de Direito de São Paulo, onde ele era negado às alunas.

Nos anos 20, as sufragistas fizeram campanhas junto aos Deputados e Senadores, passeatas pelas ruas, chegaram a jogar panfletos por avião em pleno Rio de Janeiro, numa ação ousada e precoce. Finalmente, depois de mais de uma década conseguiram que Getúlio decretasse o direito ao voto em 1933 o qual só foi ratificado pela Constituição de 34. Com o golpe de 35, as mulheres só começam a votar dez anos depois, em 1945, com a redemocratização do país. Ainda assim, votar não significava ser candidata ou ser eleita. Poucas se elegeram em 1945, a maioria pelo Partido Comunista ou partidos a ele vinculados. No ano seguinte, os partidos de esquerda foram colocados na ilegalidade e as eleitas, juntos com seus companheiros, perderam o mandato. (BLAY, 2002, p. 11)

Com o término da Segunda Guerra Mundial, o movimento feminista dividiu-se, de modo que uma corrente aliou-se à Igreja Católica e a partidos

conservadores e outra, mais progressista, atuou na clandestinidade, tendo em vista a perseguição realizada pelos comunistas.

Vale ressaltar que a corrente conservadora, marcada pela Igreja Católica, tinha enorme influência no controle das mulheres de todas as classes sociais. A sexualidade, por princípio um pecado, era controlada em todos os níveis. Este modelo chega até os anos 60, quando começam as primeiras rupturas que levariam à terceira leva do feminismo.

A terceira vaga do movimento feminista coincide com a implantação da ditadura militar, em 1964, quando um forte movimento organizou-se contra a ditadura. A recuperação dos direitos civis marcou o movimento feminista desde o fim de 1960, nas décadas de 70 e início de 80.

O descrédito rondava as reivindicações femininas. Foram necessárias quase quatro décadas para demonstrar que as mulheres eram discriminadas. Foi necessário fazer infundáveis diagnósticos sobre a discriminação no trabalho, no salário, na escola, nas carreiras. A questão da violência física e psicológica entrou na pauta feminista e teve de enfrentar extraordinária desconfiança, pois os valores da época pressupunham que a mulher mentia e que a violência sexual não existia ou era provocada pela própria mulher. (BLAY, 2002, p. 13)

Em relação às conquistas da mulher ao longo da história, cabe salientar que o movimento de mulheres demonstrou que questões como sexualidade feminina, o prazer, o aborto, o direito ao próprio corpo, eram temas controlados pelo poder público. Por isso, o movimento feminista começou a propor políticas públicas de planejamento familiar e de saúde integral da mulher, esgotando-se dessa maneira a fase dos diagnósticos, tendo em vista que a desigualdade estava mais que provada.

A primeira lei civil brasileira surgiu de um projeto de Clóvis Beviláqua, transformando-se na lei nº 3.071, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1917.

No que se refere ao direito das mulheres, o Código Civil estabeleceu normas opressoras, a exemplo da que incluiu a mulher no rol dos relativamente incapazes, juntamente com os pródigos e os silvícolas. Além disso, estabelecia o referido Código, que a mulher sujeitava-se ao poder marital, não podendo, sem sua autorização, aceitar ou repudiar herança ou legado, ser tutora ou curadora, litigar em

juízo cível ou comercial, exercer qualquer profissão, contrair obrigações e aceitar mandato. O homem detinha o exercício exclusivo do pátrio poder, a administração dos bens dos filhos e o direito de nomear tutor. A mulher só poderia exercer o pátrio poder caso o marido morresse ou em razão do impedimento dele. Mas perderia tal direito se contraísse novo matrimônio.

O uso do nome do marido pela mulher, embora o Código não previsse expressamente, tinha um caráter de obrigatoriedade. A mudança do nome visava tornar público o casamento, e o fato de ser obrigação da mulher, evidenciava que o homem ocupava primeiro plano na sociedade conjugal.

O referido Código permitia ao homem anular o casamento caso a mulher não fosse virgem.

Com o advento da Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) nosso Código Civil sofreu significativas mudanças. O artigo 393, que retirava da mulher o pátrio poder em relação aos filhos do leito anterior quando contraísse novas núpcias, teve sua redação alterada, proclamando que a mulher não mais perderia os direitos do pátrio poder quando contraísse novas núpcias. O artigo 380 que dava o exercício do pátrio poder ao marido e, somente na falta deste à mulher, concedeu o exercício do pátrio poder a ambos os pais, prevalecendo a vontade do homem no caso de discordância do casal, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.

A mais importante alteração foi a exclusão do artigo 6º, II do Código Civil, pondo fim à incapacidade civil da mulher casada.

Outra modificação foi a que permitiu à mulher casada o exercício de atividade lucrativa distinta de seu marido. A nova redação do artigo 246 estabeleceu, ainda, que os bens adquiridos com o trabalho da mulher, salvo estipulação em contrário, não seriam utilizados para responder pelas dívidas de seu marido, a não ser as que revertssem em benefício da família.

As mudanças trazidas pelo Estatuto da Mulher Casada também repercutiram no direito sucessório. O artigo 1579 do Código Civil possibilitava à mulher participar da partilha dos bens do marido falecido, ainda que estivesse separada dele de fato. Isto desde que provasse que a separação ocorreu sem culpa dela.

A nova lei introduziu também na legislação civil o direito de usufruto e o direito real de habitação, cujas normas ficaram expressas nos parágrafos 1º e 2º acrescentados ao artigo 1611 do Código Civil. Esses novos dispositivos, embora estabelecidos em favor do cônjuge sobrevivente, expressavam, na realidade, uma preocupação do legislador em relação às mulheres, que, em virtude do regime de bens e da possibilidade de não terem adquirido patrimônio próprio durante a sociedade conjugal, poderiam ficar desamparadas com o falecimento do marido. (RODRIGUES, 2003, p. 102)

Apesar de todas essas mudanças, a mulher continuou em situação de inferioridade em relação ao marido, já que o homem manteve-se na chefia da sociedade conjugal, bem como a representação legal da sociedade conjugal e administração dos bens do casal.

Outra importante alteração que influenciou o Direito de Família brasileiro ocorreu com a promulgação da lei 6515 de 26 de dezembro de 1977. Esta lei passou a regulamentar o divórcio no Brasil, revogando todos os dispositivos do Código Civil que tratavam da dissolução da sociedade conjugal.

Para as mulheres foi importante a alteração do artigo 240 do Código Civil, de modo que passou a ser opcional o uso dos apelidos do marido por ocasião do casamento.

Com a aprovação da lei do divórcio, as mulheres separadas deixaram de ser discriminadas pela sociedade. Além disso, a referida lei possibilitou o novo casamento para quem vivia em concubinato, melhorando a situação das mulheres. Isto porque, no concubinato, as mulheres eram as maiores prejudicadas com o fim do relacionamento, principalmente nas questões concernentes ao patrimônio e ainda em virtude do não reconhecimento do direito alimentar entre os companheiros.

Os dados acima mostram conquistas alcançadas pela mulher no sentido de buscar uma igualdade social em relação ao homem, ocupando, inclusive, cargos antes exclusivos para homens. Para ilustrar a idéia, abaixo declinamos alguns exemplos de mulheres bem sucedidas e suas respectivas conquistas:

Ellen Gracie – no ano de 2000 foi nomeada pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso para ocupar o cargo de ministra do Supremo Tribunal Federal, em vaga oriunda da aposentadoria do ministro Octavio Gallotti. Tornou-se a primeira mulher a integrar a Suprema Corte do Brasil desde a sua criação.

Yeda Rorato Crusius - a economista e deputada federal entra para a história do Rio Grande do Sul como a primeira mulher a assumir o governo do Estado.

Berta Lutz – é considerada a pioneira no feminismo brasileiro; fundou a Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, cujos objetivos eram lutar pelo voto, pela escolha do domicílio e pelo trabalho de mulheres sem autorização do marido.

Clarice Lispector – representa uma das mais cultuadas escritoras brasileiras. Para muitos, das mais importantes do século 20, no mundo.

Chiquinha Gonzaga – foi pioneira em sobreviver com a música, que antes era tão-somente uma forma de diversão. Após o sucesso da polca *Atraente*, suas músicas ganharam os salões, os teatros e as ruas. Além de regente, ministrava aulas de piano, atividades que garantiam seu sustento.

Podemos então concluir, que essa visão de discriminação e dominação social em relação à mulher está se modificando, pois a mesma vem se libertando de um período em que seu comportamento era regulado por normas rígidas, e sua existência era definida em função do homem.

6 A SUPREMACIA DA IGUALDADE DE DIREITOS TUTELADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal adotou a igualdade relativa, e não absoluta, entre os seres humanos. Deixou de lado o tratamento formal, sempre presente nos textos constitucionais anteriores, e foi adiante: assegurou a igualdade material, a verdadeira igualdade, entre as pessoas e, conseqüentemente, entre os cônjuges.

A igualdade absoluta é, além de utópica, um erro, posto que as pessoas são naturalmente desiguais.

Posto isto, o legislador constituinte atuou de modo que tratasse desigualmente os desiguais, alcançando a igualdade material.

O legislador não é alheio à realidade de seu meio. Sabe muito bem de todas as dificuldades encontradas pela mulher no mercado de trabalho. O seu desgaste físico, ao longo de sua vida também, é muito intenso, daí o tratamento diferenciado nestas hipóteses – e em tantas outras. Todavia, a diferença estabelecida e amparada pelo próprio texto constitucional é legítima. Apenas se dá tratamento diferenciado para situações diferenciadas. Isto é a igualdade material e relativa. (OLIVEIRA, 2002, p. 111)

No que se refere à sociedade conjugal, o mesmo ocorre. Não se permite nenhum tipo de desigualdade. Entretanto há casos em que, para se atingir a igualdade entre os sexos, à mulher é dado um tratamento diferenciado.

Entre as conquistas em relação às mulheres, podemos destacar o princípio da igualdade, previsto no artigo 5º, I da Constituição Federal. Alguns entenderam que o inciso era redundante, pois tal princípio já estava assegurado no “caput” do mesmo artigo. No entanto, as mulheres lutaram para que o princípio da igualdade ficasse bem evidenciado, evitando, assim, interpretações restritivas.

Com o intuito de assegurar efetividade ao princípio da igualdade também na esfera privada, os constituintes introduziram, no capítulo destinado à família, o artigo 226, parágrafo 5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Embora possa

parecer desnecessário em face da igualdade prevista pelo artigo 5º, esse artigo representa um instrumento de superação das desigualdades sofridas pelas mulheres na esfera privada, já que as desigualdades mais acentuadas sofridas pelas mulheres ocorrem na esfera das relações domésticas.

7 EFEITOS JURÍDICOS DO CASAMENTO

Os efeitos jurídicos do casamento advêm não só das relações pessoais e econômicas entre os cônjuges, mas também das relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, gerando direitos e deveres próprios e recíprocos, estabelecidos por normas jurídicas.

Com relação aos efeitos sociais, o principal deles é a criação da família legítima. Além disto, o casamento produz a emancipação do cônjuge menor de idade, tornando-o plenamente capaz, e também estabelece o vínculo de afinidade entre cada consorte e os parentes do outro.

Após o casamento, os cônjuges passam a ter o status de casado, importante referência que os identifica no meio social.

No que se refere aos efeitos pessoais, aos cônjuges são atribuídos os seguintes direitos e deveres: fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência.

A fidelidade mútua possui previsão em ambos os Códigos Civis: o antigo e o novo. O bem jurídico aqui resguardado é o da presunção “*pater is*”, ou seja, visa evitar que haja dúvidas em relação à paternidade dos filhos.

A mulher possui dever de fidelidade em relação ao marido e vice-versa. A inobservância deste dever não leva à perda de direitos sobre os filhos ou sobre o patrimônio, no entanto, pode causar uma série de problemas, acarretando, inclusive, uma possível separação.

O dever de coabitação representa o segundo efeito pessoal do casamento. Cada cônjuge tem o direito e o dever de participar da vida do outro, compartilhando aquilo que entender ser necessário. Se um dos cônjuges abandona o lar por mais de um ano, este também é um motivo que justifica a separação do casal, mas não implica na perda de direitos em relação aos filhos e ao patrimônio, como citado anteriormente. Alguns casos, como problemas de saúde e afastamento em razão de trabalho, são justificáveis para que seja permitida a violação do dever de coabitação.

Refletindo sobre os deveres de fidelidade e coabitação, fica evidente que a relação sexual contínua e espontânea faz parte da vida conjugal. O desejo sexual é natural na vida de duas pessoas adultas e deve ser mutuamente satisfeito dentro do casamento. A recusa em manter relação sexual contínua e injustificada, pode ser considerada um motivo contundente para que ocorra a separação.

Entretanto, se o homem forçar a mulher a manter relações sexuais com ele, ainda que dentro do casamento, pode-se caracterizar o crime de estupro previsto no Código Penal. O relacionamento sexual deve ser espontâneo e fruto da vontade de ambas as partes.

O dever de mútua assistência está presente nos cuidados pessoais das doenças, no socorro em momentos de dificuldades, no apoio à adversidade e no auxílio constante nos dissabores da vida. O homem ou a mulher não pode ser abandonado dentro do casamento, ainda que este seja um abandono apenas emocional, por falta de atenção e carinho.

O não cumprimento de qualquer um desses deveres pode conduzir à separação do casal, independentemente da vontade do outro cônjuge.

O Código Civil dispõe, em seu artigo 1557, algumas situações graves que, se ocorrerem, podem acarretar na anulação do casamento, desde que dentro do prazo de até três anos após sua celebração. São eles: quando o cônjuge oculta fatos sobre a sua vida que afetem a sua identidade, honra ou sua fama no meio social; a ocultação de crime praticado antes do casamento e a ignorância que um dos cônjuges tem grave doença mental ou defeito físico irremediável.

8 POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO NAS RELAÇÕES CONJUGAIS

É questionado o fato de ser possível ou não que o marido figure como autor do delito de estupro, em que seja sua mulher a vítima.

Em relação a isso, a doutrina se mantém dividida: para alguns, a cópula forçada do marido com a esposa não configura estupro, eis que a conjunção carnal é uma das obrigações do casamento. Outros, entretanto, entendem tratar-se de estupro, posto que a mulher tem o direito de manter relações sexuais com quem e quando quiser.

É cediço que os cônjuges têm o dever, reciprocamente, de manter relações sexuais. A mulher não pode se opor a isto, cuja maior finalidade é a perpetuação da espécie. A violência exercida pelo marido não configura crime de estupro, desde que a mulher não queira realizar a cópula carnal por mero capricho. Este é o entendimento de Noronha (2002, p. 70) sobre o assunto.

Chaveau e Hélie (apud Noronha, 2002) acreditam que a violência empregada pelo marido não constitui estupro: “Garraud segue a mesma opinião, ressaltando, contudo, a hipótese em que a violência tem por fim a consumação de relações contra a natureza, caso em que haverá atentado ao pudor.” (p. 70)

Assim, para Garraud, é lícito ao marido exigir o coito “normal”, isto é, a cópula vagínica. Já os coitos anal e oral não estariam incluídos entre as prerrogativas do marido. Desta feita, se a mulher for obrigada a realizar com seu marido relações sexuais “não convencionais”, ele estará praticando o crime de atentado violento ao pudor. Se, por outro lado, forçá-la a cópula vagínica, estará praticando o exercício regular de um direito.

Capez (2004, p. 5) destaca que é perfeitamente possível ser o marido autor de estupro. Isto porque, em virtude de sua liberdade sexual, a mulher possui total inviolabilidade de seu corpo, dele podendo dispor ou não. Assim, é inadmissível o emprego de violência ou grave ameaça a fim de que com ela se mantenha qualquer ato sexual. Apesar de ser a relação sexual contínua um dever atribuído a

ambos os cônjuges, tais meios empregados para sua obtenção são inaceitáveis, tanto jurídica quanto moralmente.

Desta feita, em havendo violação da liberdade sexual da mulher, o Princípio da dignidade da pessoa humana restará, igualmente, violado.

É mister salientar que se a mulher se recusar, continuamente, a manter relações sexuais com seu esposo, poderá ele recorrer à separação judicial, por existência de violação a um dever do casamento. Entretanto, ele jamais poderá obrigá-la a conjunção carnal. Por outro lado, incorrendo o marido no crime de estupro, tentado ou consumado, a mulher poderá pedir a separação judicial.

Celso Delmanto (apud Capez, p. 5) analisa o assunto da seguinte maneira:

O crime de estupro nada mais é do que o delito de constrangimento ilegal (artigo 146 do Código Penal), mas visando à conjunção carnal, sendo que esta, por si mesma, não é crime autônomo. Assim, embora a relação sexual voluntária seja lícita ao cônjuge, o constrangimento ilegal empregado para realizar a conjunção carnal à força não constitui exercício regular de direito (artigo 23, III, 2ª parte do Código Penal), mas, sim, abuso de direito, porquanto a lei civil não autoriza o uso de violência física ou coação moral nas relações sexuais entre os cônjuges.

Se o marido, detentor de moléstia venérea, obrigar a mulher a realizar a cópula vagínica com ele, será autor do delito de estupro. Neste caso, ela está se opondo ao crime descrito pelo artigo 130 do Código Penal. Além disso, o entendimento predominante é o de que a transmissão consciente de doença venérea para a esposa configura injúria grave, passível de separação judicial.

Para Noronha (2002, p. 70), a relação sexual violenta entre os cônjuges pode constituir o delito em questão, desde que a oposição da mulher se dê por razões justas.

Jesus (2007, p. 94) ensina que é possível o marido ser autor de estupro contra sua esposa. Para ele, o simples fato de o casamento impor o dever da conjunção carnal, não autoriza o marido a empregar a violência ou grave ameaça para tanto. A mulher não fica sujeita aos caprichos do marido após o casamento, devendo manter relações sexuais onde e quando ele quiser. Ela continua com o direito de negar-se ao ato sexual, desde que não seja de forma mesquinha. Conclui-

se, desta forma, que haverá estupro quando o marido forçar a mulher à conjunção carnal, para a qual ela se negou invocando um motivo justo.

Em obra data de 1954, Nelson Hungria afirma o posicionamento de inexistir estupro nas relações entre cônjuges. Trata-se de reflexo da sociedade patriarcal, em que o homem detinha o poder econômico, religioso e político. A mulher era objeto de sua posse, de modo que poderia inclusive comercializá-la. Segue a transcrição da obra de Hungria (1954, p. 115-116).

Questiona-se sobre se o marido pode ser, ou não, considerado réu de estupro, quando, mediante violência, constringe 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.

Faria (1959, p. 15) afirma que, em sede de cópula natural, o marido não pode ser responsabilizado por conduzir a mulher à conjunção carnal forçada. No entanto tal imunidade penal não alcança extremos, a ponto de legitimar violências que resultem em ofensas propositais contra a integridade física ou a saúde da mulher. Também incidirá nas penas do estupro o marido que, visivelmente, realizar atos de “libertinagem, de depravação, de sodomia” a fim de alcançar a cópula sem autorização da mulher.

Eluf (1999, p. 21 e 22) entende ser inadmissível a violência aplicada pelo marido para que ele alcance qualquer relacionamento sexual dentro do casamento. Para ela, não se exige que a recusa da mulher esteja ligada a um motivo relevante. A mera falta de vontade é suficiente para que o marido tenha o dever de respeitar a abstenção da mulher. Ora, se o artigo 213 do Código Penal não excluiu o marido como possível sujeito ativo de estupro contra a própria esposa, não há que se invocar o “débito conjugal” previsto no Código Civil para obrigar a mulher à cópula carnal por ela indesejada. É inaceitável a idéia de que a mulher não pode se recusar, eventualmente, ao sexo com o seu marido, pelo simples fato de ter com ele se casado. Um casal que briga o dia todo, por exemplo, não se sente à vontade para manter relações sexuais ao anoitecer. Se a recusa é masculina, a mulher não tem como obrigar o homem à cópula carnal. No entanto, se a abstenção se dá por

parte da mulher o sexo forçado é possível, em virtude dos atributos físicos do homem. É repugnante o fato de se admitir que o marido force a mulher à conjunção carnal, apenas porque a natureza permite que assim seja.

Renato Janine Ribeiro entende que pode ser punido como estuprador o marido que força a mulher a ter relações sexuais com ele. “Perdeu sentido a definição do casamento como o direito de propriedade de um cônjuge à sexualidade do outro. Tudo o que diz respeito ao sexo passa a exigir a liberdade dos dois. E é isso que aumenta a necessidade do autocontrole.” (RIBEIRO apud ELUF, 1999, pág. 23)

Luiz Régis Prado (2006, p. 196) repele a concepção de que a conjunção carnal alcançada pelo uso de violência ou grave ameaça é lícita, por se tratar exercício regular de um direito. Para ele, admitir tal excludente significa um retrocesso à sociedade primitiva. A mesma idéia deve ser aplicada no caso de estupro praticado pelo companheiro contra a companheira durante a vigência da união estável, por força da regra constante do artigo 1724 do Código Civil.

A opinião de Ney Moura Teles (2004, p. 52) sobre o assunto em pauta é a seguinte:

Se é um direito do outro não é, entretanto, absoluto e, por isso, não pode ser exercido como imposição, mas como fruto do acordo de vontades. Nenhuma condição especial ou característica própria de qualquer homem tem a força para criar, para ele, o direito de impor sua vontade sexual sobre a da mulher.

Inclusive a prostituta tem a liberdade para exercer sua sexualidade quando desejar. Mesmo que ela tenha se colocado à disposição para fornecer seu corpo como mercadoria, disponibilizando-o mediante pagamento, a prostituta pode negar ao ato sexual com o cliente que, na casa de prostituição, deseja realizá-lo.

Não se afirma o consentimento da vítima para a cópula carnal pelo simples fato de se locomover, de forma voluntária, a hotéis ou motéis. Embora a mulher tenha aceitado o convite, ela não está obrigada a manter conjunção com seu acompanhante só por estar em local “propício” para tal ato. Além do mais, a mulher pode modificar sua atitude interna, inclusive se ela objetivar protelar o ato sexual, por mero capricho.

As passagens bíblicas (BÍBLIA SAGRADA 5:22-24, 2002, p. 1502) revelam uma visão submissa da mulher em relação ao marido, como se observa nas informações que seguem:

As mulheres sejam submissas ao seu próprio marido, como ao Senhor, porque o marido é o cabeça da mulher, como também Cristo é o cabeça da igreja [...]. Como a igreja está sujeita a Cristo, assim também as mulheres sejam em tudo submissas ao seu marido.

De acordo com as informações anteriores, e discorrido sobre as correntes doutrinárias em relação à temática proposta, verifica-se a existência de opiniões diversas no que se refere ao estupro envolvendo o marido e a mulher.

No que se refere a minha opinião sobre o assunto, afirmo que é perfeitamente possível o denominado “estupro marital”, uma vez que a mulher está sendo ferida no direito a inviolabilidade de seu corpo, diante de um ato violento que a expõe de maneira negativa perante a sociedade, afetando não só o físico, mas, principalmente, o emocional, decorrente em seqüelas por muitas vezes irreversíveis.

Tendo em vista a abordagem do assunto, sabemos que o artigo 213 do Código Penal foi criado para proteger a liberdade sexual da mulher. O legislador limitou-se a utilizar tão-somente a expressão “mulher”, fazendo alusão à pessoa do sexo feminino. Se ele pretendesse distinguir a “mulher” da “mulher casada”, assim teria feito expressamente quando da elaboração do tipo penal.

Em relação à corrente que não admite o estupro nas relações conjugais, considero-a completamente inadequada ao século XXI, pois revela resquícios da sociedade patriarcal, época em que a mulher era submissa ao marido e vista por ele como um objeto de sua posse.

Essa corrente tradicional esbarra no fato de serem os direitos à integridade física e ao corpo, direitos da personalidade, compreendidos como “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.” (GAGLIANO, 2002, p. 144)

A existência dos direitos da personalidade revela que a mulher possui total liberdade de dispor ou não de seu corpo, sem a necessidade de invocar motivo justo para se recusar à cópula carnal. Basta que ela não queira.

Embora não possamos negar que existe o débito conjugal consistente na cópula carnal entre marido e mulher, conforme previsão no Código Civil, este direito, que é, a um só tempo, um direito e um dever, não é absoluto. Ele encontra limites impostos pela Constituição Federal, sendo que o limite mais importante pode ser visualizado através do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Trata-se de Princípio com previsão constitucional, que deve nortear todas as relações jurídicas.

É necessário rompermos a barreira, imposta pelas correntes tradicionais, de que a mulher está sempre em condição de desigualdade em relação ao marido, discriminação oriunda, não raras vezes, das próprias mulheres.

Dessa maneira, devem ser respeitadas as individualidades de homens e mulheres, sem que estas diferenças sirvam como justificativas para colocar o homem como alguém que deve mandar e a mulher, obedecer. Digo isto, pois, certamente o homem possui condições físicas para impor sua vontade à mulher.

Nesse sentido, cabe ao homem saber respeitar a vontade de sua esposa em momentos que a mesma não deseja a realização da cópula vagínica, resguardando, assim, não só os princípios constitucionais, como também a harmonia conjugal.

9 CONCLUSÃO

Desde o princípio do mundo, a mulher sofreu, quase sempre, opressão e discriminação por parte dos homens. Por ser fisicamente mais frágil e ter maior sensibilidade, os homens a consideravam inferior, sem muita inteligência e potencialidade.

Isso fazia com que, muitas vezes, ela mesma se sentisse frágil, insegura, e inconsciente de seu próprio valor e poder. Parecia só lhe restar uma saída: cuidar do lar, do marido e dos filhos. A permanência desses valores permite que chavões surrados, do tipo: “lugar de mulher é na cozinha”, sejam repetidos geração após geração.

Felizmente, com o avanço dos meios de comunicação e a conscientização da mulher quanto a seu valor, essa mentalidade vem mudando gradualmente, e isso se reflete nas conquistas alcançadas pela mulher ao longo da História.

No entanto, muitas correntes tradicionais ainda enfocam o caráter submisso da mulher, como na época em que predominou a sociedade patriarcal, em que a mulher era vista como posse do marido e sua função restringia-se aos trabalhos domésticos e a procriação, para a continuidade da família.

Mesmo nas sociedades contemporâneas, essa visão machista é ainda bastante aceita, como é o caso da corrente que não admite ser o marido autor do crime de estupro contra sua mulher. Esta corrente prega que o sexo é um dever conjugal, não tendo a mulher o direito de dele se abster. Quando muito, alguns estudiosos entendem que ela pode negar-se ao sexo desde que tenha um motivo relevante para tanto.

Conforme meu entendimento, a cópula conjugal forçada configura o crime de estupro, pelos motivos já declinados anteriormente.

Com as mudanças sociais, advindas da necessidade de mão-de-obra e dos meios de comunicação, houve influência no processo de emancipação da mulher, mostrando que lugar de mulher é na história, lutando para ultrapassar os

limites que lhe são impostos, tanto no espaço privado da vida doméstica quanto na arena pública, onde se desenvolve a luta pela sobrevivência, assumindo, cada dia mais, sua independência pessoal e profissional, ocupando as vagas de trabalho que antes eram exclusivas para homens.

Contudo, ainda que tenham ocorrido avanços na conquista da igualdade entre mulheres e homens, ainda há muitos passos a percorrer. As mulheres continuam minoria em todos os níveis de poder. Além de aumentar a participação das mulheres nos órgãos oficiais de tomada de decisões, é preciso também aumentar o impacto de tais decisões.

Conclui-se, que quando se olha para alguns números, ainda que não componham um quadro estatístico amplo, nota-se que a mulher ganhou importância maior do que lhe era antes atribuída. Enquanto a discussão continua em ambientes acadêmicos ou reuniões feministas, a mulher está destruindo, silenciosamente, o mito da desigualdade, sem que ninguém precise “puxá-la pelo braço”. Ela já sabe andar sozinha.

BIBLIOGRAFIA

Bíblia Sagrada. 148.ed. São Paulo: Ave Maria, 2002.

BLAY, Eva Alterman. **Igualdade de oportunidade para as mulheres: um caminho em construção.** Humanitas FFLCH/USP, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal.** v.3. São Paulo: Saraiva, 2004. Parte especial.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

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

FARIA, Bento de. **Código penal brasileiro comentado.** v.6. Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, 1959. Parte especial.

FREIRE, Gilberto. **Introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil: sobrados e mucambos.** v.1-2. 5.ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora/ME, 1977.

GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** v.1. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Parte geral.

GUSMÃO, Chrysolito de. **Dos crimes sexuais.** 5.ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1981.

HUNGRIA, Nelson; Lacerda, Romão Cortes de. **Comentários ao código penal.** v.8. 2.ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal.** v.3. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Parte especial.

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

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** v.3. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Parte especial.

REIS, Carlos David S. Aarão. **Família e igualdade:** a chefia da sociedade conjugal em face da nova constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

RODRIGUES, Maria Alice. **A mulher no espaço privado:** da incapacidade à igualdade de direitos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TELES, Ney Moura. **Direito penal.** v.3. São Paulo: Atlas, 2004. Parte especial.

VIGARELLO, Georges. **História do estupro:** violência sexual nos séculos XVI-XX. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.