

DA POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO NAS RELAÇÕES CONUBIAIS

Nathália Bortolan HODLICH¹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo discorrer a cerca da possibilidade jurídica, do homem, na figura do marido, praticar o crime de estupro contra sua esposa. Neste contexto, procurou-se estabelecer um paralelo ao antigo conceito do crime previsto na Lei 2.848/1940, com o atual, que, no entanto, trouxe ao universo jurídico significativas transformações com o advento da Lei 12.015/09. Sobrevindo novo conceito legal, verificou-se a criação de novas correntes doutrinárias, e que a princípio mostraram-se profundamente divergentes. Por um lado, encontra-se a teoria tradicional, que defende a impossibilidade jurídica de ocorrência do crime, justificada a luz de uma sociedade patriarcal onde a mulher era vista como posse de seu marido, e sua função social limitava-se aos afazeres domésticos, bem como a perpetuação da espécie. Por outro lado, encontra-se a teoria moderna, firmada no princípio da dignidade da pessoa humana e ideias de igualdade entre homens e mulheres, que por sua vez, compreende ser perfeitamente possível a prática do estupro marital. Ante as controvertidas correntes, surgiu o interesse em discorrer sobre o assunto, a fim de analisar e contextualizar as duas correntes doutrinárias.

Palavras-chave: Estupro. Sociedade Patriarcal. Igualdade. Cônjuges. Estupro Marital.

1.INTRODUÇÃO

A sexualidade humana sempre se mostrou sob um aspecto primordial à manutenção da vida, além disso a satisfação do prazer carnal é um dos precedentes mais significativos.

Em determinadas situações, a depender do contexto histórico que o individuo está inserido, as mutações do psiquismo humano é inevitável. Assim, por vezes a função sexual deixa de atuar num campo de satisfação sadia para dar lugar a modalidades doentias, a exemplo do estupro.

O estupro representa um crime que afronta diretamente não só a dignidade sexual da vítima, mas também a moralidade e o direito a intimidade, uma vez que a sociedade sempre interpretou essa prática criminosa como uma afronta

¹ Discente do 2º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. nathyhodlich@hotmail.com.

aos bons costumes, e de certa forma uma repulsa a quem já houvera sido violada desta maneira.

Diante dos inúmeros relatos desta prática criminosa no seio familiar, a sociedade contemporânea vem notando significativas transformações nesse cenário. Foi então que houve a necessidade de classifica-lo dentro das modalidades delitivas que merecessem maior reprovação social. Mesmo porque com a criação das “Delegacias de Defesa dos Direitos da Mulher”, o que antes era preservado em quatro paredes veio à tona.

Atualmente, não há previsão legal que tipifique tal prática nas relações intra-matrimoniais, no entanto, o legislador brasileiro, utilizando-se da analogia e dos costumes, vem seguindo uma linha de raciocínio onde equipara às agressões conjugais quanto aos seus aspectos sexuais, ao próprio crime de estupro.

Sendo assim, diante das controvérsias existentes nesse cenário, pretende-se discorrer a cerca da possibilidade do cônjuge atuar como sujeito ativo do crime de estupro contra sua companheira.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ESTUPRO

A violência sexual - embora seja uma realidade próxima do mundo contemporâneo – sempre existiu, de modo a alavancar gradativamente as concepções jurídicas da época, que conseqüentemente serviram como base sólida na construção das atuais teorias criminalistas.

Desta forma, faz-se necessário discorrer a cerca da evolução histórica do crime de estupro, que, a princípio não teve como entendimento ser uma prática criminosa, mas sim, uma mera afronta aos bons costumes da época.

Estudos comprovam as primeiras manifestações dessa prática delitiva nos antigos regimes europeus, que o reprimia de várias formas, a depender dos costumes, etnias e origens de cada povo.

Na legislação Hebraica, por exemplo, aplicava-se a pena de morte ao indivíduo que violasse mulher prometida em casamento. Porém, quando se tratasse de mulher virgem, que, no entanto, não estivesse prometida, as conseqüências eram outras, o agressor deveria pagar ao pai da vítima determinada quantia em prata,

além de ser obrigado a casar-se com a mesma, fato que certamente extinguiria a punibilidade do crime.

Já no direito inglês, o crime de estupro também teve como sanção a imposição da pena de morte, porém, rapidamente foi substituído pela castração e pelo vazamento dos olhos.

De fato, o estupro foi considerado crime em grande parte das legislações mais antigas, e em outras tantas, tratado como mera afronta aos bons costumes da época, tornando-se plausível as degradantes imposições de penas. Além disso, o elemento principal do crime sempre foi o mesmo, qual seja a conjunção carnal seguida por violência moral e física.

A partir do século XIX, renovou-se o ponto de vista a cerca do crime de estupro, cujas justificativas biológicas e mesmo as sociológicas culminaram na figura de um novo indivíduo. Criou-se então a figura do criminoso nato, ou seja, aquele indivíduo degenerado por parte da sociedade, que ainda não houvera sido contemplada pela ciência e que por tal motivo, refletia nas práticas criminosas a justificativa pela omissão social.

Entretanto, o século XX criou figuras novas nesse cenário: o estuprador passa a ser considerado qualquer pessoa inserida no mesmo âmbito social da vítima, pois os distúrbios mentais implicam em atingir a qualquer indivíduo, sem distinções, e não somente os degenerados como explicava a teoria anterior.

2.1. Estupro diante da Lei 2.848 de 07 de Dezembro de 1940

O crime de estupro assim era conceituado no artigo 213 do Código Penal de 1940, como sendo o ato de “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”.

Diante de uma interpretação restritiva da tipificação anterior, implica ressaltar que o entendimento mantido a época era que somente a mulher poderia ser vítima desse crime - Haja vista que o objeto material do crime era justamente a conjunção carnal não consentida, o que de fato encontrava-se condicionado a introdução do penis na cavidade vagínica da vítima.

Outro ato sexual violento e praticado contra a vontade da vítima era o crime de atentado violento ao pudor, que disciplinado no artigo 214 cuidou da seguinte redação “Constranger alguém, mediante violenta ou grave ameaça a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”. Então, diante da redação dada ao referido artigo, tanto o homem quanto a mulher estariam sujeitos a atuarem como vítimas ou autores do delito.

Desse modo, notou-se que o foco principal das legislações passadas, concentrava-se principalmente na desonra de uma mulher ser aflorada por agente diverso ao de seu esposo. Fato este que nos remete a um conservadorismo exacerbado aos bons costumes, e não a preservação da dignidade sexual daquele que a teve violado.

Recentemente, a Lei 12.015/09, alterou a redação dos artigos 213 e 214 do Código Penal de 1940, onde cuidadosamente promoveu a junção de dois enunciados típicos a uma nomenclatura única de estupro, evitando desta forma, as inúmeras controvérsias relativas a esses institutos penais.

2.1.1 Do advento da Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009

A nova lei optou pelo enunciado “*estupro*”, justamente por não importar se o sujeito passivo é do sexo feminino, ou do sexo masculino, de modo que se houver algum constrangimento com a finalidade prevista no tipo penal do artigo 213, estaremos diante da referida tipificação.

Pela legislação anterior, o crime de estupro só se configurava pela prática da conjunção carnal tradicional, ou seja, a penetração do penis na vagina, ao passo que também só poderia ser cometido por homem contra mulher. Já o atentado violento ao pudor era constituído por qualquer outro ato libidinoso, permitindo assim a prática por ambos os sexos. Entende-se que pela nova redação da lei, praticado qualquer ato libidinoso - com ou sem a conjunção carnal - desde que mediante violência ou grave ameaça, haverá o enquadramento do sujeito na tipificação do artigo 213 do CP.

Verifica-se então, que o tipo objetivo introduzido pela Lei 12.015/09, consubstancia-se no verbo *constranger*, aqui utilizado no sentido de forçar ou

obrigar a vítima ao ato sexual. Aliás, desnecessário é que haja o contato físico entre a vítima e o agente agressor, basta que o sujeito a obrigue a prática da automasturbação, ou estimule terceiros a praticarem o crime, de modo a observar ou mesmo coordenar a situação.

Ademais, o pressuposto principal da nova redação do crime, concentra-se justamente no envolvimento da vítima com qualquer que seja o ato libidinoso. A violência também é pressuposto indispensável para configuração do crime, pois toda forma de agressão ou força física empregada para dominar a vítima e viabilizar a conjunção carnal, é requisito que se enquadra nas disposições legais cabíveis.

Outra inovação trazida pela Lei 12015/09, foi à maneira como se passou a tratar as relações sexuais mantidas com menores de quatorze anos, deficientes mentais ou mesmo aqueles que não puderem oferecer resistência ao ato. Tal inovação foi denominada pelo legislador como “estupro de vulnerável”, previsto no tipo penal 217A, em que incide aumento de pena em razão das condições da vítima.

Interessante ressaltar a possibilidade de responsabilização do crime de estupro mesmo diante de um ato omissivo, quando o agente tinha o dever legal de evitar, e manter a proteção daquele que sob sua tutela estava condicionado. Desta forma, responderá pelo crime juntamente com o companheiro agressor.

A esse crime admite-se coautoria e participação, sendo que na coautoria é necessário que o terceiro também se utilize de violência ou grave ameaça, tornando-se indispensável à conjunção carnal por ele. Em contrapartida, haverá a participação por parte daquele que concorrer para o crime, porém, sem realizar o ato executório. Basta que haja o mero incentivo verbal para configurar a participação.

2.1.2. Bem juridicamente protegido

O crime de estupro, não viola somente direitos referentes à liberdade e dignidade da pessoa humana, mas também o direito a intimidade e ao

próprio desenvolvimento sexual, de modo a proporcionar a cada indivíduo o direito de dispor do próprio corpo quando bem entender.

Importante ressaltar, que no mesmo sentido encontra-se o entendimento de Emiliano Borja Jiménez, ao discorrer que essa liberdade é uma maneira do titular do direito determinar seu comportamento e opção sexual, de modo que o indivíduo encontre na lei, o amparo necessário quando essa liberdade lhe for suprimida.

Conclui-se então, que com a nova redação dada ao artigo 213 do Código Penal, o crime de estupro passou a abranger a prática de qualquer ato libidinoso, ampliando sua tutela legal para maior assegurar os direitos da mulher, e também do homem.

2.1.3. O homem e a mulher como sujeitos ativos e passivos do crime de estupro

A conjunção carnal, em regra, pressupõe o encontro de dois órgãos genitais, sejam eles idênticos ou não. Assim, quando a finalidade da prática do ato sexual for à conjunção carnal, o sujeito ativo do delito poderá ser tanto o homem quanto mulher.

De fato, a nova redação do artigo 213, contempla como uma das elementares do crime a conjunção carnal, onde a prática não está mais atrelada somente ao ato sexual da cópula vaginal, mas sim a qualquer outra modalidade sexual, tanto vaginal quanto anal - permitindo que o homem seja tanto o sujeito ativo, quanto o sujeito passivo do crime.

No caso da mulher, não importa que esta seja virgem para configuração do crime. Para Fernando Capez “não se exclui a proteção legal da prostituta, que, embora mercantilize seu corpo, não perde o direito de dele dispor quando bem quiser” (2010, p. 35)

Insta salientar que as relações que são mantidas na prática desse ato delitivo, não precisam ser necessariamente de sexos opostos: se a própria prática do ato libidinoso é suficiente para configurar o crime de estupro, e a conjunção carnal

se da pelo contato dos órgãos genitais - sejam eles de sexos opostos ou não – a condição sexual não é elementar do tipo.

Embora haja algumas divergências doutrinárias a cerca do assunto, atualmente está quase pacificado o posicionamento de que o marido pode perfeitamente cometer o crime de estupro contra sua esposa, e assim, vice -versa. Pois o artigo 226, inciso II do código penal, que posteriormente foi alterado pela Lei 11.106/05, prevê um aumento de pena em casos em que o crime sexual for cometido por cônjuge ou companheiro, não sendo possível caracterizar violação de suas obrigações matrimoniais.

2.1.4. Qualificadoras do crime de estupro

A Lei 12.015/09 tratou de acrescentar duas novas modalidades de qualificadoras no crime de estupro, *in verbis*:

§ 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.

A lesão corporal de natureza grave e a morte da vítima, expressas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 213, são condutas que devem ser dirigidas pelo agente, com finalidade de praticar o estupro sobre a vítima.

Convém ressaltar, que as qualificadoras do crime são preterdolosas, uma vez que existiu o dolo no antecedente, porém culpa no resultado agravador, e por tal motivo devem incidir a título de culpa sobre o agente, tendo em vista que os meios empregados extrapolaram a intenção inicial.

No entanto, quando o agente tiver a intenção de praticar o crime, bem como as lesões ou fatalidades que sobrevierem, responderá por ambas as infrações em concurso material de crimes, onde uma única conduta basta para que

se consumem dois ou mais crimes idênticos ou não, conforme preconiza o artigo 69 do Código Penal Brasileiro.

2.1.5. Causas de Aumento de Pena

Conforme redação dada pela Lei 11.106/05, o artigo 226 determina as causas de aumento de pena;

Art. 226. A pena é aumentada:

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

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

Categoricamente a primeira hipótese nos remete a um aumento da quarta parte da pena quando o crime é praticado em concurso de agentes. Rogério Greco menciona que “a majorante somente poderá ser aplicada se os agentes praticarem, conjuntamente, atos de execução tendentes à prática do delito sexual”. (2010, p.460)

Entende-se então, que o fato de haver duas ou mais pessoas contribuindo para a prática do crime sexual, é motivo suficiente para incidir o aumento de pena, pois o envolvimento de mais de uma pessoa na prática criminosa são fatores imprescindíveis que facilitam à consumação do delito de modo a anular as possibilidades de resistência da vítima.

A segunda hipótese prevê um aumento de até metade da pena em casos em que o autor tiver proximidade ou mesmo autoridade sobre a vítima. Isso significa que as relações de autoridade ou parentesco tem o condão de aumentar a pena, justamente por haver maior juízo de reprovação sobre as pessoas elencadas nesse inciso, em razão da confiabilidade depositada a elas.

Outro artigo que também prevê aumento de pena em casos de crimes sexuais é o 234A, no inciso III, que traz a previsão do aumento da pena em até metade quando resultar gravidez a vítima.

O fato em si, naturalmente causará na vítima revolta e constrangimento, justamente pela situação ao qual foi exposta, e conseqüentemente a rejeição do feto, já que este foi resultado de uma concepção violenta. Além do mais, o abalo psicológico provocado é outro motivo preponderante que sugere até mesmo a interrupção da gravidez, provocando um mal não só a mulher que teve o seu corpo violentado como também ao feto.

Outro fato que aumenta de um sexto a metade da pena, é se o agressor transmitir a vítima doença venérea, sendo necessária a comprovação médica, obtida através de exames periciais.

O inciso IV exige que o autor saiba ou ao menos deva saber ser portador da doença, indicativo este que comprova ter o agente atuado, no caso concreto, com dolo eventual ou mesmo com dolo direto. Sendo assim, não importará se o autor queria ou não transmitir a doença, basta que este tenha assumido o risco da transmissão.

3 DAS RELAÇÕES CONJUGAIS - CONCEITO DE FAMÍLIA

Em regra, as relações conjugais partem da premissa de uma definição ditada pelas relações afetivas onde não cabe ao Estado interferir, mas sim, reconhecer esses núcleos.

No direito romano a entidade familiar era organizada sob o princípio da autoridade do *pater familias*, que exercia sobre os filhos e esposa o direito de vida e morte. Desse modo, podia vendê-los, castigá-los, até mesmo tirá-los a vida, exercendo conjuntamente a figura do chefe político, sacerdócio e juiz dentro do seio familiar.

A mulher era totalmente submissa à autoridade marital, e por isso não possuía o seu espaço na educação dos filhos, patrimônio, educação, e mesmo perante o próprio companheiro, pois este a via como um objeto que a disposição de

suas ordens, deveria obedecer e as cumprir de imediato, sob pena de lhe ser impostos severos castigos corporais.

Com o tempo, a severidade das regras sob os entes familiares foram atenuadas e no Império de Constantino, no século IV a família ganhou nova compreensão, qual seja, a concepção cristã, a qual predominava preocupações de ordem moral. A partir de então, foi que a família começou a ganhar certa autonomia, e a autoridade do “*pater família*” foi gradativamente restringida pela inserção da mulher e dos filhos como entes de vontade e valores próprios.

Percebe-se que atualmente o conceito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, as ordenações filipinas é um exemplo clássico da principal fonte de influencia que atingiu o direito pátrio.

Atualmente, em razão das gradativas transformações históricas e sociais tal conceito tomou rumo próprio, adaptando-se a realidade da sociedade contemporânea.

3.1.1. Do casamento

Conforme entendimento da saudosa doutrinadora Maria Helena Diniz “o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família” (2008, p.37).

Depreende-se desse conceito que o matrimônio não é apenas a legalização da união sexual, mas sim a conjunção da matéria e do espírito de dois seres que se unem através do amor.

Assim, a principal finalidade do casamento é sem dúvida alguma estabelecer uma comunhão plena de vida, impulsionada pela afeição entre os conjugues e baseada no princípio da igualdade entre eles, como prevê o artigo 1.511 do Código Civil Brasileiro, traz em sua redação: “*O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges*”.

3.1.2. Natureza jurídica do casamento

Atualmente, três são as correntes utilizadas para definir a natureza jurídica do casamento, quais sejam: Contratual, Institucional, ou Mista.

Os contratualistas defendiam que o casamento era indiscutivelmente um contrato, cuja validade e eficácia estariam atreladas as vontades das partes, em virtude dos interesses que o rodeiam, sejam eles patrimoniais ou econômicos, gerando direitos e deveres mútuos entre os cônjuges.

Os institucionalistas afirmam ser o casamento uma “instituição social”, pois reflete uma situação jurídica que têm seus parâmetros preestabelecidos em lei, ou seja, o próprio Estado impõe essas regras, e as partes têm a faculdade de aderir-lo.

A corrente majoritária, defende o casamento como sendo uma entidade Mista ou Eclética, dotada de algumas particularidades das correntes anteriores. Assim, Carvalho Santos afirma que o casamento, de fato é um contrato, porém, com especialidades próprias, as quais o distingue dos demais contratos que em suma, são meramente patrimoniais. Ao passo que o casamento leva em consideração interesses morais, pessoais e também econômicos, estes, porém, vistos em segundo plano.

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

3.1.3. Direitos e obrigações entre os cônjuges

Como em qualquer outra relação contratual, decorrem do casamento diversas obrigações e contraprestações, as quais devam ser exercidas em conjunto.

Trata-se basicamente de um princípio garantidor da boa convivência no âmbito familiar, que não possui em seu campo de atuação delimitações para as matrimoniais, ou seja, entre cônjuges, mas também entre os próprios filhos.

Maria Helena Diniz entende que

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

Conforme muito bem observado pela doutrinadora, a introdução do princípio da igualdade no âmbito familiar, e, por sua vez matrimonial, foi o principal fator que alterou o exercício de um poder absoluto, e que até então, concentrava-se tão somente na figura do “*pater familias*”. Por consequência dessa alteração, o direito de direção familiar passou a ser exercido por ambos os cônjuges.

A propósito, o artigo 1.567 do Código Civil de 2002, dispõe que: “A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”.

Então, o matrimônio visto a luz de uma relação contratual, baseado na mútua assistência, não deve ser interpretado como segue grande parte dos posicionamentos doutrinários, ou seja, atrelado apenas a um dever de assistência conjugal quanto aos aspectos sexuais, mas também aos aspectos morais e afetivos.

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

Diante da clara exposição trazida pelo doutrinador, percebe-se que o artigo 1.565 - inciso III - possui em seu contexto uma ambiguidade. A princípio, a assistência conjugal esta atrelada as relações sexuais o que de fato, pressupõe a consumação do casamento, logo, sua manutenção integra um dos direitos e deveres adquiridos com o matrimônio.

Em seguida, o entendimento de que o casamento seja uma entidade eclética que procurou unir direitos e deveres ao “*affectio maritalis*”, uma vez que aquele que participa de uma relação contratual deve cuidar daquele com quem se contrata.

Plínio Gentil afirma que: “naturalmente não se trata de uma obrigação que possa ser exigida por meio de violência, por qualquer um dos cônjuges.” (2011, p. 55).

Assim sendo, nota-se que esse cuidado não se limita tão somente a uma perspectiva material, mas principalmente a aspectos afetivos entre os conjugues, seja nos incentivos, alertas, como também na presteza do socorro, e criação dos filhos.

Fora desse cenário, impossível compreender a inserção de quem quer que seja dentro de um casamento, pois, o mesmo transmite um ideal de relações dependentes e não autônomas. Logo, o respeito perfaz uma das bases mais sólidas e incontestáveis de qualquer relação, sendo este o verdadeiro dever matrimonial.

Portanto, torna-se completamente deturpada a ideia de que o matrimônio transpasse um sentido de submissão com relação a um dos cônjuges, de modo a possibilitar situações de constrangimento, e que infelizmente pode ser facilmente justificada a luz dos deveres que conseqüentemente são contraídos com o casamento.

4. POSSIBILIDADE DE CONFIGURAR CRIME DE ESTUPRO NAS RELAÇÕES CONUBIAIS

O estupro marital, como assim é denominado no universo jurídico, é um dos assuntos que sempre encontrou inúmeras controvérsias. Os penalistas Nelson Hungria e Edgard Magalhães Noronha acreditam que a violência empregada pelo marido para forçar relações sexuais com sua companheira, não seria suficiente para configurar o crime de estupro, justamente por tratar-se de umas das obrigações adquiridas com a firmação do casamento.

Magalhães Noronha assevera que

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

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

Em contrapartida, a segunda corrente defendida especialmente por Damásio, Capez e Mirabete, acredita ser perfeitamente possível o crime de estupro contra a esposa, porque a lei em momento algum autoriza ou mesmo exclui a ilicitude da conduta tomada pelo marido.

Uma vez que, a mulher tem direito a inviolabilidade de seu corpo, de modo à jamais permitir o emprego de meios ilícitos, como a violência ou a grave ameaça para constrangê-la a práticas sexuais. E, embora seja esse um dos deveres adquiridos com o matrimônio, é inadmissível e moralmente reprovável o emprego de violência ou grave ameaça para a prática sexual. Uma vez que a ilicitude do ato conseqüentemente acarretará sanções no mesmo aspecto.

Havendo violação da liberdade sexual da mulher, estará sendo igualmente violado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Independentemente de relação contratual ou não, o fato de haver o emprego de meios antijurídicos a fim de buscar um dos objetivos que compõe uma relação afetiva, é para tanto, um dos motivos preponderantes para até mesmo invalidar a relação jurídica estabelecida no casamento. Tendo em vista o grave prejuízo causado a parte contrária.

Atualmente, a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros anda farta de decisões no mesmo sentido, *in verbis*:

APELAÇÃO CRIME - ESTUPRO PRATICADO PELO MARIDO CONTRA A ESPOSA – CONFIGURAÇÃO - PENA - FIXAÇÃO - RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. “Restando comprovado

que o réu, mediante violência real, constrangeu a vítima a conjunção carnal, a condenação é imperativa”.

(TJ-PR - ACR: 459189 PR Apelação Crime - 0045918-9, Relator: Moacir Guimarães, Data de Julgamento: 21/03/1996, 1ª Câmara Criminal)

ESTUPRO - CRIME PRATICADO CONTRA A ESPOSA - POSSIBILIDADE - PROVA - RÉU 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**".

(TJPR - 1ª Câmara Criminal - Apelação Crime nº 269.550 - Rel. Des. Eli R. de Souza - J. em 04.05.1995)

É necessário salientar que a recusa imotivada da mulher em manter relações sexuais com o seu esposo, não é pressuposto suficiente para a obtenção de vantagens manifestamente desproporcionais a sua normalidade. Por isso, é legitimado ao esposo pleitear separação judicial, haja vista a existência de violação de deveres matrimoniais.

Em contrapartida, incorrendo o marido no crime de estupro, poderá também a mulher solicitar imediata separação judicial.

Guilherme de Souza Nicci, também compartilha do mesmo entendimento: “Tal situação não cria o direito de estuprar a esposa, mas sim o de exigir, se for o caso, o término da sociedade conjugal na esfera civil, por infração a um dos deveres do casamento”. (2012, p. 944)

Além do mais, o crime de estupro nada mais é do que um crime de constrangimento ilegal tipificado no artigo 146, com finalidade de obter conjunção carnal. Sendo assim, embora adeptos do posicionamento de que a relação sexual entre os cônjuges decorra de uma obrigação, e o emprego de violência para forçar essas relações seja o mero exercício regular de um direito, de fato, não o é. Pois admitindo tal argumentação estaríamos aceitando um retrocesso às sociedades primitivas, que tanto lutaram para hoje alcançar o amparo jurídico necessário a fim de proporcionar a igualdade entre os cônjuges.

Diante do acima exposto e do mais elencado, resta comprovado a possibilidade de configurar crime de estupro nas relações conubiais.

4. CONCLUSÃO

Conclui-se então que desde os tempos remotos, a mulher sempre foi posta em uma posição de submissão e discriminação perante o homem e o restante da sociedade.

Felizmente a evolução social caminhou para proporcionar em determinados aspectos a equiparação do homem e da mulher, de modo a conter expressamente em dispositivo constitucional esse princípio da igualdade entre ambos.

Assevera-se que o intuito principal do legislador brasileiro, certamente foi de preservar tanto a figura da mulher, como também a do homem, de modo a não permitir que seus direitos fundamentais fossem violados, mesmo que justificados a partir de teorias doutrinárias ou mesmo suposições legais.

E assim, considerando o elevado índice de reprovação social diante da prática desse crime, o legislador brasileiro optou por classifica-lo dentro do rol dos crimes hediondos, conforme preceitua a Lei 8.072/90, em seu artigo 1º, inciso V, haja vista, a grave violação a preceitos fundamentais, como o direito a dignidade, liberdade sexual, intimidade e mesmo o direito a vida.

Com base nessa vertente, o presente artigo procurou demonstrar a real e efetiva possibilidade de restar configurado o crime de estupro, dentro das relações matrimoniais, mesmo porque, trata-se de um dos assuntos que mais vem tomando força dentro da sociedade contemporânea, sendo necessária a conscientização da população frente a essa problemática.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Direito: Brasil: **Vadi Mecun**. São Paulo: Saraiva. 2010.

NICCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. 944p.

GENTIL, Renato Marcão **Plínio**. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. Comentários ao Título VI do Código Penal. São Paulo: Saraiva. 2011. 55p.

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

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. V.3. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. 460p.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. V.3. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 35p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. V. 6. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 193p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. V.5. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 37p. 19-20p.

OS DEVERES MATRIMONIAIS: DO AFETO A BOA-FÉ. **Disponível em:**
<http://professorwagnerinacio.blogspot.com.br/2011/03/os-deveres-matrimoniais-do-afeto-boa-fe.html>. Acesso em: 17.07.2013

SILVA, Keith Diana da. FAMÍLIA DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO. **Disponível em:**
<http://www.fmr.edu.br/npi/045.pdf>. Acesso em: 18.07.2013

NEPOMUCENO, Giancarlo Barreto. NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO:
INSTITUIÇÃO OU APENAS MERO CONTRATO. **Disponível em:**
<http://ipsojus.blogspot.com.br/2005/11/natureza-juridica-do-casamento.html>. Acesso
em: 18.07.2013

GAGLIANO, Pablo Stolze. MATERIAL DE APOIO DIREITO CIVIL DIREITO DE
FAMÍLIA. Apostila 1. **Disponível em:**
http://www.professorcristianosobral.com.br/artigos/familia_vol_1.pdf. Acesso em:
18.07.2013

CRIME DE ESTUPRO. **Disponível em:** <http://www.infoescola.com/direito/crime-de-estupro/>. Acesso em: 20.07.2013