

ESTUPRO CONJUGAL: reflexões sob a égide constitucional.

Elora Rafaela Fernandes Teixeira¹
Marianna Celina Gomes Cortez²
Plínio Fernandes de Oliveira Neto³
Priscila Cristina Barros Varela⁴

Resumo

Objetiva adentrar e explorar um tema forçosamente ocultado por entre as brumas do preconceito: trata-se do estupro conjugal. Busca-se no amparo histórico e no Direito Comparado à compreensão do contexto que norteia o assunto. Discorrendo acerca da dialética doutrinária sob uma visão crítica, reflete-se sobre a admissibilidade da violência sexual marital. Elucidando os posicionamentos adversos, invocam-se os Princípios Constitucionais juntamente com a análise da realidade social, constatando-se a existência do polêmico delito. Por quanto, o Direito necessita abarcar em seu sistema normativo este crime doméstico, reprimindo-o.

Palavras-chave: Estupro conjugal. Violência doméstica. Conjunção carnal. Direitos da mulher.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A conjuntura social brasileira presencia a crescente evidência dos casos de violência doméstica contra a mulher, sobretudo, a sexual. No concernente aos casos de estupro, percebe-se que significativa parcela é de autoria do próprio cônjuge. Nesse diapasão, o presente trabalho deter-se-á à análise do estupro conjugal. Este se apresenta enquanto modalidade a ser avaliada segundo as égides penal e constitucional, desmistificando tal sociopatía através do esclarecimento fundamentado a ser alicerçado na principiologia do nosso ordenamento.

¹ Discente do curso de bacharelado em Ciências Jurídicas da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte. E-mail: elorafernandes@yahoo.com.br.

² Discente do curso de bacharelado em Ciências Jurídicas da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte. E-mail: mariannacge@yahoo.com.br.

³ Discente do curso de bacharelado em Ciências Jurídicas da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte. E-mail: plinionetof@yahoo.com.br.

⁴ Discente do curso de bacharelado em Ciências Jurídicas da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte. E-mail: priscilacbv@yahoo.com.br

Recorrendo-se ao basilar histórico, ao contexto social e ao direito comparado, encontrar-se-á na análise crítica, em face da dialética doutrinária, o objeto necessário para comprovar a arbitrariedade da qual se consubstancia a inadmissibilidade do estupro marital.

2 BREVE HISTÓRICO

O estupro, em se tratando de sua conceituação mais genérica, foi severamente repudiado por diversos povos desde o prelúdio das civilizações, sendo considerado um grave malefício a ser reprimido penalmente (HUNGRIA, 1959).

Os povos antigos eram bastante enérgicos em suas penas para com os indivíduos que cometessem este crime. Os hebraicos, por exemplo, aplicavam as leis conforme o comprometimento da vítima; caso esta fosse virgem e não desposada – não comprometida – o autor do delito deveria pagar 50 ciclos de prata como multa ao pai da mesma e desposá-la, sem a possibilidade de repudiá-la (DEUTERONÔMIO, 1994). Se, entretanto, fosse a mulher prometida em casamento, o autor pagaria com sua própria vida: “*Sin autem in agro repererit vir puella, quae desponsata est, et apprehendens concubuerit cum ear, ipsi morietur solus*” (HUNGRIA, 1959, p. 114).

Os egípcios, por sua vez, utilizavam a mutilação como punição. Os gregos, *a priori*, faziam uso de multas como penalidade, posteriormente, valeram-se da pena de morte. Os romanos, aplicavam também a pena de morte, isto porque a posse sexual violenta era reconhecida como modalidade do *crimen vis* sobrevivendo à *lex Julia de vi publica*. Há de se observar que no direito romano, chamava-se de *estuprum* qualquer congresso carnal ilícito, o *estuprum violentum*, diferenciava-se em estupro simples e qualificado, sendo este dependente do emprego de violência ou de sedução e aquele, dependendo da *defloratio* e dividido em *proprium* e *improprium*. (HUNGRIA, 1959).

Na antiga legislação inglesa, o estupro era punido com a morte, depois foi sendo substituído pela castração e pelo vazamento dos olhos.

A pena de morte também era amplamente utilizada durante a idade média nos casos de *estuprum violentum*. O Direito Canônico somente admitia o estupro quando a vítima era virgem (HUNGRIA, 1959).

Como se percebe claramente, o estupro sempre foi punido em todos os povos, tanto pela violência física, quanto pela moral.

2.1 O ESTUPRO NO BRASIL

No que concerne ao Brasil, esclarece Hungria que o livro V das Ordenações Filipinas, nossa primitiva legislação penal, já sentenciava que: “todo homem, de qualquer estado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher, será punido com a pena de morte.” (HUNGRIA, 1959, p. 114).

O código de 1830, à luz dos alvarás de 19 de junho de 1775 e 6 de outubro de 1784, em seu art. 222 dispunha: “ter cópula carnal por meio de violência ou ameaça com qualquer mulher honesta. Pena de prisão por 3 a 12 anos e de dotar a ofendida” (HUNGRIA, 1959, p. 114 - 115).

O primeiro Código Republicano, previa prisão celular de 1 a 6 anos, mantida a obrigação de dotar a ofendida, como também a extinção da punição pelo *subsequens matrimonium* (NORONHA, 2002).

Entretanto, a denominação estupro só foi adotada pelo código de 1890 em seu artigo 268 quando também tornou mais específico este crime – referindo a obter a relação sexual mediante violência ou grave ameaça.

No Código Penal Brasileiro de 1940, o artigo 213 referente ao crime em questão, tem em vista preservar a liberdade sexual da mulher. Para chegar a tal, procederam-se diversas etapas. O artigo 263 da lei nº 8069 de 13/07/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) adotou, como estupro qualificado, os casos em que o agente passivo fosse menor de 14 anos, conferindo pena de reclusão de 4 a 10 anos. Com a lei nº 8072, que definiu o estupro como crime hediondo, aumentou-se a pena de reclusão para de 6 a 10 anos no artigo 6º, revogando-se expressamente a lei anteriormente citada.

Posteriormente, a lei nº 8072/90 foi confirmada pelo artigo 1º da lei nº 8930 de 06/09/1994, conferindo-lhe nova redação, não podendo o autor ser beneficiado com a anistia, com a graça ou indulto, nem direito à fiança e liberdade provisória, devendo cumprir a pena integralmente em regime fechado.

3 DA DEFINIÇÃO, DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS E ACESSÓRIOS

“Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”.

Pena – reclusão, de seis a dez anos. (BRASIL, 2005, p. 437.)

Tradicionalmente, dentre os crimes contra os costumes, o estupro ocupa o patamar de maior gravidade e constrangimento aos quais a vítima é exposta. É caracterizado, conforme o artigo supracitado, mediante o emprego da violência ou grave ameaça com o fim de obter a conjunção carnal; ou seja, a cópula *secundum naturam*, penetração do órgão viril na cavidade vaginal. Dessa forma, constitui-se o estupro pela introdução parcial ou total do pênis na cavidade vaginal, com ou sem ejaculação. Há de se salientar, que outras formas de coito não se enquadram na modalidade criminosa em questão.

Em virtude do exposto, apenas o homem poderá ser o sujeito ativo do delito, sendo conseqüentemente, somente a mulher o sujeito passivo. Entretanto, a co-autoria independe do sexo do criminoso, impondo-se ao mesmo as implicações penais cabíveis.

A objetividade jurídica visa proteger a liberdade sexual da mulher, isto é, “o direito que tem ela de dispor de seu corpo com relação aos atos genésicos, e não a sua simples integridade física” (MIRABETE, 2003, p. 414).

A conduta típica do estupro, ou seja, o tipo objetivo é o próprio ato da conjunção carnal, obtido com o uso da violência ou da grave ameaça. Assim, o tipo subjetivo do crime de estupro é o dolo específico: o constrangimento ilegal e consciente do autor, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, com o fim de consumar a conjunção carnal. Hungria (1959, p. 124) corrobora nesse sentido: “a conjunção sexual é o escopo da vontade do agente”.

Existem duas modalidades de violência reconhecidas pelo ordenamento jurídico: a efetiva e a presumida. Trata-se de violência efetiva o “concurso da força física ou o emprego de meios capazes de privar ou perturbar o entendimento da vítima, impossibilitando-a de reagir ou defender-se” (FRANÇA, 2001, p. 187). Dessa forma, a violência efetiva pode ser física ou psíquica. Nesta, o agressor conduz a vítima a uma forma de não resistência por inibição ou enfraquecimento das faculdades mentais, a utilização de drogas, embriaguez, anestesia são formas de violência efetiva psíquica. Naquela, o agente utiliza meios materiais como a força física para impedir a resistência da vítima. Nesse sentido, o autor do ato ilícito vale-se da superioridade da força física para obter a conjunção carnal, dessa forma, agredindo também a integridade corpórea da ofendida. No que concerne à violência presumida, a lei estabelece critérios elencados no art. 224 do CP como: menores de quatorze anos, alienados ou débeis mentais e por outra causa qualquer que impeça a vítima de resistir.

Partindo dessa evolução conceitual, tem-se o estupro conjugal como uma modalidade específica do crime tipificado como estupro. Diferencia-se, portanto, do crime em questão no tocante ao sujeito ativo: o próprio cônjuge. Consiste então num constrangimento ilegal por parte do marido, utilizando-se da violência efetiva ou psíquica, para forçar sua companheira a uma cópula indesejada.

Entende-se por cópula indesejada, não somente uma recusa verbal, mas uma resistência que possa ser provada – a resistência física. Conquanto, uma postura passiva da vítima pode não descaracterizar o crime, se causada pelo pânico ou pela *mentis trepidatio* de um mal maior (grave ameaça).

Há opiniões de que não há amparo legal para punibilidade do marido agressor apesar de ser uma atitude moralmente reprovável. Decerto, inexistente tipificação específica para o estupro marital, entretanto fazendo-se uso da hermenêutica jurídica, pode-se encaixá-lo na tipificação de crime comum, por apresentar os elementos necessários para tal: violência física ou psíquica (grave ameaça) para alcançar a cópula ilícita.

4 ANÁLISE EM FACE DO DIREITO COMPARADO

Destaca-se no Direito Comparado, o posicionamento dos juristas italianos, franceses e da legislação porto-riquenha.

Defende a doutrina italiana, que não há o estupro do marido contra mulher, valendo-se da autoridade do marido no casamento. Esta é a tese defendida por autores como Olfaggiore, Pozzolini, Manfredini e Saniti. Há, porém, uma outra corrente italiana na qual também não se admite o estupro conjugal, entretanto, em caso da mulher ser forçada ao sexo por seu cônjuge, ter-se-á então violência privada. Comungam desta idéia, Carnelutti, Antolisei e Vannini. (DANTAS, 2003)

Em se tratando da legislação porto-riquenha, a lei nº 54 dispõe em seu art. 3.5, especificamente a agressão sexual conjugal, punindo severamente o agressor de acordo com os seguintes preceitos:

Será imposta pena de reclusão, segundo se dispõe mais adiante, a toda pessoa que incorra em uma relação sexual não consentida, com seu cônjuge ou ex-cônjuge, com pessoa com quem coabite ou tenha coabitado, ou com quem sustente ou tenha sustentado uma relação consensual ou a pessoa com quem tenha procriado filho ou filha, em qualquer uma das circunstâncias seguintes: se tenha compelido manter uma conduta sexual mediante emprego de força, violência, intimidação ou ameaça de grave e imediato dano corporal; se tiver anulado ou diminuído substancialmente, sem seu consentimento sua capacidade de resistência através de meios hipnóticos, narcóticos, deprimentes ou estimulantes, substancias ou meios similares.(DANTAS, 2003)⁵.

Tem sua origem no Direito Francês, o entendimento de se conferir indenização à vítima; em face deste fato. Quanto a isso, Espínola (1954, p. 209) historia: “Os tribunais franceses têm decidido que a recusa de relações sexuais constitui uma injúria grave, capaz de justificar o divórcio ou separação de corpos, concedendo, além disso, indenização ao cônjuge ofendido”.

Dessa maneira, o que se apercebe é o jogo de contrários estabelecido entre estes posicionamentos; sendo o primeiro alicerçado numa visão retrógrada de superioridade masculina e o outro, dotado de notório viés progressista. Como posição intermediária, o francês preferiu a compensação pecuniária.

Apreende-se, dentre os motes abordados, uma visão essencialmente humanista provinda do corpo jurídico porto-riquenho. Este demonstrou uma preocupação social no que tange o respeito aos direitos da mulher.

5 A PROBLEMÁTICA DA ADMISSIBILIDADE DO ESTUPRO CONJUGAL NO BRASIL

O Direito como espelho dos costumes de uma sociedade reflete a sua cultura. Dentro desse diapasão, a legislação penal brasileira nada mais é do que um reflexo da mentalidade machista arraigada na cultura da nossa sociedade.

O estupro marital consubstancia-se numa polêmica doutrinária na qual os posicionamentos circundam em torno da aceitação ou não, da existência do delito.

Doutrinadores tradicionais como Hungria; Noronha utilizam em suas argumentações o *debitus conjugales*, o dever sexual implícito na coabitação (C.C. 1916 art. 231-II), dever este, ao qual a mulher casada, em tese, não poderia se

⁵ Documento não paginado

recusar. Tem sua gênese incrustada no Direito Canônico, mais especificadamente no cân. 1.013, §1º, o qual estabelece como fim primeiro do casamento, a procriação e a educação da prole (“*Martrimonii finis primarius est procreatio atque educatio prolis*”).

Dentro do mesmo raciocínio, Diniz (2000, p.35) acrescenta no que concerne à finalidade do casamento: “a legalização das relações sexuais entre os cônjuges, pois dentro do casamento a satisfação do desejo sexual, que é normal e inerente à natureza humana, apazigua a concupiscência [...]. Noronha, por sua vez, confirmava ao responder – se é admissível o estupro entre cônjuges:

As relações sexuais são pertinentes à vida conjugal, constituindo direito e dever recíproco dos que casaram. O marido tem direito à posse sexual da mulher, ao qual ela não se pode opor. Casando-se, dormindo sob o mesmo teto, aceitando a vida em comum, a mulher não se pode furtar ao congresso sexual, cujo fim mais nobre é o da perpetuação da espécie. A violência por parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro, desde que a razão da esposa para não aceder à união sexual seja mero capricho ou fútil motivo, podendo, todavia, ele responder pelo excesso cometido.

[...] mulher que se opõe às relações sexuais com o marido atacado de moléstia venérea, se for obrigada por meio de violências ou ameaças, será vítima de estupro. Sua resistência legítima torna a cópula ilícita. (NORONHA, 2002, p. 70)

Como se vê expressamente na opinião de Noronha, este só admitia o estupro marital se a mulher fundar-se em razões inequivocamente morais e justas, como por exemplo, o fato do marido estar portando doença venérea. Dessa forma, o que tornaria a cópula ilícita não era o constrangimento ao qual a mulher seria exposta, mas sim, a atitude típica prevista no art. 130 do C.P. do varão transmitir moléstia venérea à varoa. Hungria pacificava também deste pensamento, enfatizando, porém que:

O marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma (excluído o crime de exercício arbitrário das próprias razões, porque a prestação corpórea não é exigível judicialmente), pois é **lícita a violência necessária para o exercício regular de um direito.** (HUNGRIA, 1959, p. 126, grifo nosso).

O mesmo autor ainda fazia referência ao termo *prestação sexual*, ou seja, a mulher tem a obrigação de submeter seu corpo ao bel-prazer do marido. Ainda, elucida que a cópula ilícita é o coito realizado fora do casamento, e que a cópula *intra matrimonium* é dever recíproco dos casados, comungando, assim, com a definição do débito conjugal.

Destarte, vislumbrava-se na visão dos doutrinadores tradicionalistas aqui invocados, reservando o devido respeito a suas contribuições jurídicas, uma nítida noção da mulher objetificada. Reforçando tal realidade, basta mencionar o título ao qual a proteção à sua liberdade sexual e à sua honra é encaixado: Crime contra os costumes - e não contra sua pessoa.

Comprovando este entendimento, o seguinte acórdão manifesta a postura de alguns magistrados:

Inadmissibilidade da prática do crime do marido contra mulher – RT 461/44 TAGB: “Exercício regular de direito. Marido que fere levemente a esposa, ao constrangê-la à prática de conjugação sexual normal. Recusa injusta da mesma, alegando cansaço. Absolvição mantida. [...] (MIRABETE, 1999, p. 1246, grifo do autor).

Ainda, o Código Penal pátrio nos traz mais um dispositivo esclarecedor na medida em que, analisando o art. 23, caput: “não há crime quando o agente pratica o fato: I- em estado de necessidade; II- em legítima defesa; III- em estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito”. Se levado em consideração o inciso III do artigo supracitado para justificar um delito, seja ele cometido por quem for, estaremos diante de uma violência institucional. A lei é geral, logo, é para todos. O art. 213 do C.P. é bastante claro quando não escusa ninguém que cometa a conduta típica de ser devidamente punido. (MIRABETE, 1999).

Assim sendo, quanto à legislação, não existe tipificação específica para punir o estupro marital. Conquanto, também não há nenhum dispositivo legal que obrigue a mulher casada a ceder aos anseios sexuais do marido sem a sua volição. Batista (1976, p. 71) finaliza:

[...] a posição predominante pode assim ser sintetizada: o marido não pode cometer violência contra a mulher, salvo se for para obrigá-la à conjugação carnal. Se isto faz algum sentido, é o sentido de que a bestialidade e o desrespeito só encontram guarida no matrimônio.

6 CICLO DA VIOLÊNCIA CONJUGAL: ANÁLISE DE DADOS ESTATÍSTICOS

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

Observa-se que a violência doméstica, mais especificamente a obtenção sexual ilícita conjugal, consiste num tema delicado por envolver diversos fatores inerentes à vida familiar. Ademais, em face disso, ressalta-se a dificuldade na obtenção de dados estatísticos que correspondam à veracidade da referida violência.

A mulher está inserida num contexto social, econômico e afetivo. Sua condição de mãe, esposa, dependente afetiva-financeiramente, o medo de repúdio provindo do seu meio social e de exposição da sua intimidade são os fatores preponderantes e limitadores da sua atitude diante de uma violência sexual.

Há de se ressaltar, o problema do desconhecimento que permeia a sociedade. Esta ainda é desinformada no que concerne aos direitos que lhe são facultados. Muitas mulheres sofrem a violência e acham que devem se conformar, que não há nada a fazer, que os maridos as violentam, não estão praticando algo errado, pensam que o erro está nelas.

Desse modo, observa-se um ciclo de violência quando a postura da vítima se manifesta de forma passiva. O Ciclo da violência conjugal, descrito por Walker (1979) (CARDOSO, 1994, p. 211-229), nos mostra que a incidência da violência é maior a cada ciclo:

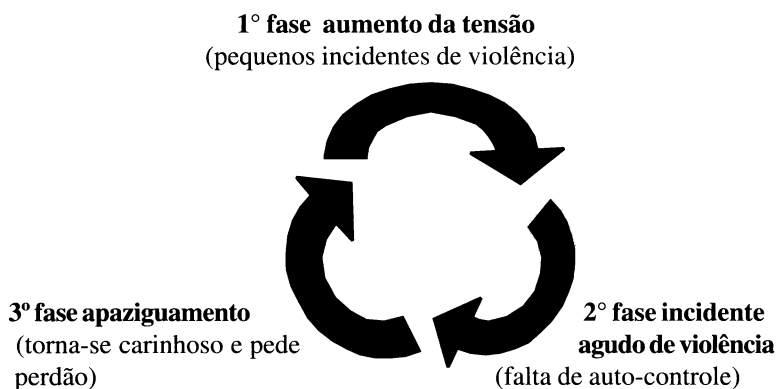


Figura 1: Ciclo da violência conjugal.

Fonte: CARDOSO (2004, p. 211-229)

Segundo pesquisa realizada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e conduzida pelo Departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina da USP, na qual foram entrevistadas 2645 mulheres na cidade de São Paulo (SP) e

na Zona da Mata (PE), obtendo-se os seguintes resultados: 10% das mulheres em São Paulo e 14% na Zona da Mata disseram já haver sido: forçadas fisicamente a ter relações sexuais quando não queriam, ou forçadas a práticas sexuais por medo do que o parceiro pudesse fazer, ou forçadas a uma prática sexual degradante ou humilhante; constatou-se também, que 29% das mulheres entrevistadas em São Paulo e 37% na Zona da Mata relataram que já sofreram violência física e/ou sexual, pelo parceiro alguma vez na vida.

Questiona-se a respeito dos motivos pelos quais as mulheres agredidas sexualmente continuam na vida matrimonial com o seu próprio agressor. A referida pesquisa também abordou o tema em suas entrevistas, concluindo que o perdão ao marido (31% na Zona da Mata e 32% na cidade de São Paulo) é o motivo mais justificado pelas vítimas; em seguida a necessidade de permanecerem com as crianças (29% na Zona da Mata e 25% em São Paulo), é o segundo motivo mais justificado; e, por fim, o amor ao parceiro (23 % em São Paulo e 24% na Zona da Mata) foi a alegação para permanecer com o parceiro.

Aumentando a complexidade do problema exposto, verificam-se ainda duas causas agravantes: a dependência econômica e a falta de alternativas. Estas, somadas aos motivos elencados anteriormente, resultam no exercício do direito subjetivo que é conferido às vítimas. Cabe a estas, exercerem ou não, o direito em questão. Elas possuem *a facultas agendi*, entretanto, ao preponderar os elementos que norteiam sua consciência, geralmente, optam pela omissão.

Como prova de tal afirmação, em dados colhidos em pesquisa de campo na cidade de Natal, a Dra. Stênia Lins, da Maternidade Januário Cicco informou que, no período de novembro de 2001 a dezembro de 2003, foram atendidas 170 mulheres vítimas de estupro. Alarmante é comparar estes dados com os registrados na Delegacia Especializada em Defesa da Mulher (DEAM) da mesma cidade: foram registrados 18 inquéritos policiais nos anos de 2002 e 2003. Configura-se, portanto, uma disparidade de informações que nos provam a tendência de apenas 10% das vítimas denunciarem o agressor. Há de salientar, que em casos de marido agressor, o índice de omissão é ainda maior, fazendo com que os registros decaiam significativamente.

Decerto, que a denúncia é um ato personalíssimo inerente à vítima, conseqüentemente, sua omissão dificulta a atuação do Estado e a existência de dados concretos e reais acerca do tema.

7 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS SOB A ÉGIDE CONSTITUCIONAL

Partindo do pressuposto de dinâmica social, observa-se uma evolução na defesa dos direitos da mulher e por conseqüência, uma maior conscientização em todos os segmentos da sociedade, refletindo assim, na edificação de uma doutrina de cunho mais humanista. Esta pode ser caracterizada por uma postura desprendida de preconceitos - convenções machistas – reconhecendo a mulher como cidadã e construtora de sua própria sorte.

A violência sexual marital é uma violência à condição humana. Nega os valores matrimoniais e constitucionais, na medida em que submete a mulher a uma degradação moral e física.

Dessa forma, negar a admissibilidade do estupro conjugal é uma brutalidade para com o princípio da dignidade humana, da liberdade e da igualdade entre os sexos. Não se pode negligenciá-los. Renegá-los seria destruir uma conquista árdua materializada em nossa Carta Magna de 1988. Além disso, seria favorecer a impunidade.

Corroborando com tal afirmação, pontifica Gomes (2004): “Ninguém pode ser forçado a um ato sexual sem consentimento. Ninguém é obrigado a se envolver num ato sexual contra sua liberdade”. Inclusive o art. 213 C.P., como em outrora citado, protege a liberdade sexual da mulher. Não cabe a ninguém questionar os motivos pelos quais a mulher se recusa ao coito. Muito menos, o instituto do casamento não confere ao marido o título de dono da sua consorte.

De posse disso, não pode o marido tomar a força a sua cônjuge, como se fosse uma mera propriedade sua. Não podendo o mesmo fazer uso do débito conjugal como justificativa para a prática de tal barbárie. Deve-se discernir “exercício de direito” de “abuso de direito”. A desembargadora do TJ/RS Maria Berenice Dias, pronuncia-se acerca desse assunto:

Essa injustificada tentativa de inserir na lei civil obrigação indenizatória por dano moral decorrente da “ausência de contato físico de natureza sexual”, se vingar, terá conseqüências funestas. Algumas, até imprevisíveis. Poderá dar ensejo a um verdadeiro terrorismo sexual. Até mesmo chegar a absurdos como – quem sabe? – desqualificar o estupro nas relações familiares, pelo reconhecimento do direito do estuprador ao exercício da sexualidade (DIAS, 2002⁶).

⁶ 09 de maio de 2005, documento recuperado na Internet. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto226.htm>>.

O abuso de direito torna a cópula ilícita por uso do constrangimento, enquanto o exercício de direito é apenas o coito normal inerente à vida conjugal. Delmanto (2000, p. 413) brilhantemente disserta sobre o tema:

Quanto à possibilidade de o marido ser agente de crime de estupro praticado contra a esposa, a doutrina tradicional entende que não pode sê-lo, porquanto seria penalmente lícito constranger a mulher à conjunção carnal, sendo que esta, por si só, 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 (CP, art. 23, II, 2 parte), 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.

É inconcebível, portanto, a idéia da inadmissibilidade do sujeito ativo do crime de estupro ser o próprio varão, isto porque a violência empregada consiste num fato e como tal não pode ser apagado, na medida em que acarreta para o cônjuge virago conseqüências morais e físicas. O mestre Damásio de Jesus acentua:

Assim, segundo alguns autores, não haveria crime caso o marido constrangesse a mulher à conjunção carnal, em razão do direito daquele de exigir desta a satisfação sexual. Outros autores [...] caso a negativa da mulher se apóie em motivo justo, haverá crime. Entendemos que o marido pode ser sujeito ativo do crime de estupro contra a própria esposa. Embora com o casamento surja o direito de manter relacionamento sexual, tal direito não autoriza o marido a forçar a mulher ao ato sexual. (JESUS, 1998, p. 95)

É assegurado aos cônjuges pelo art. 1566, V, C.C. “respeito e consideração mútuos”. Esta foi a inovação trazida pelo novo código, pois o Código de 1916 em seu art.231, II, dava margem a interpretações absurdas do dever sexual, ficando a mulher em uma categoria de subjugação ao ter de se prestar sexualmente. A este respeito Nucci (2002, p. 655) se mostra condescendente: “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”. Felizmente, os acórdãos também vêm apresentando o mesmo direcionamento:

Admissibilidade da prática do crime pelo marido – TJRS 174/157: Não há falar em relação sexual admitida, com base em alegação de congressos carnais anteriores, pois até o marido pode ser agente ativo desta espécie de delito (MIRABETE, 1999, p. 1246, grifo do autor).

Há de se observar ainda a opinião de Luiza Nagib: “Trato o estupro marital, repetindo minha total discordância de qualquer entendimento que justifique a violência marital seja para qual for a modalidade de relacionamento sexual

dentro do casamento” (ELUF, 1999, p.22-23).

Como já explicitado, há autores como Noronha, que defendiam o estupro marital apenas na hipótese do varão estar portando moléstia venérea, suscitando um posicionamento ainda retrógrado. Mirabete (2001, p.1245-1246) de forma contrária se posiciona:

Traz a divergência na doutrina, mencionando que ‘embora se tenha negado essa possibilidade, quando não há justa causa para a recusa da mulher, entendemos que há crime na conjunção carnal forçada do marido contra a esposa por ser ato incompatível com a dignidade da mulher. A recusa imotivada da mulher pode, entretanto, dar causa a separação judicial’.

Como bem mencionou o mestre Mirabete (2001), a conjunção carnal obtida por meio de violência ou grave ameaça, viola a dignidade da mulher. Evocando os arts. 1º, II e III; art. 5º, *caput*, I, II, III, XXXV e XLIII, temos o amparo constitucional para não admitir, em hipótese alguma, a violência sexual por parte do marido.

Nos artigos supracitados são assegurados a qualquer cidadão: a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade de direitos e obrigações, a segurança – inclusive dentro do lar, e ainda: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 2003, p. 17-24).

A nossa Carta Magna é bastante clara ao abordar os preceitos aos quais a conduta humana deve ser disciplinada. Constranger a esposa, valendo-se de qualquer meio ilícito a fim de conseguir um coito repudiado, viola além do artigo 213 CP, todos os fundamentos constitucionais. O jurista luso Pedro Vaz Patto acentua:

O respeito da dignidade da pessoa humana exprime-se de modo particularmente relevante no âmbito da conduta sexual. Tal respeito implica a consideração de outro não como objeto de prazer e de gozo hedonístico, mas como destinatário de um amor desinteressado (PATTO, 2001, p. 134).

Cidadania implica liberdade de escolha, dignidade humana, proteção estatal, igualdade de direitos e obrigações. Devido a isso, qualquer conduta de caráter machista e discriminatório que renegue a condição de cidadã de uma mulher, no caso em apreço as casadas, deve ser altamente repudiada, principalmente, com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002

que equiparou homem e mulher na relação matrimonial.

O Estado, por sua vez, tem o dever de resguardar todos os direitos acima elencados, sob pena de comprometer o Estado Democrático de Direito. Logo, todas as autoridades competentes não podem ignorar a violência sexual marital por uma questão de segurança jurídica e paz social.

Apesar da inadvertência do Estado, uma substancial iniciativa foi tomada no tocante ao combate à violência doméstica contra a mulher. Trata-se de um anteprojeto de lei, que está em fase de tramitação, o qual visa regulamentar, parcialmente, o §8º do art. 226 da Constituição Federal Brasileira, o qual dispõe: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 2003, p.131).

Porquanto, o referido anteprojeto abarca a prevenção, a conceituação dos tipos de violência, medidas protetivas, direitos da mulher, bem como a infraestrutura necessária para o pronto atendimento às vítimas. Nos casos de agressão à mulher, o supracitado projeto dispõe ainda da atuação do Ministério Público, Defensoria Pública, ações cíveis e penais cabíveis, polícia, ou seja, de todas as autoridades competentes.

Em se tratando dos tipos de violência, o anteprojeto de lei em seu art.4º define as diversas formas de violência contra mulher no âmbito das relações domésticas e familiares. Especifica-se como tal, as agressões física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Deter-se-á no presente estudo, a modalidade do abuso sexual. O art.4, III do anteprojeto de lei reza que qualquer conduta que constranja a mulher a presenciar, manter ou participar da relação sexual com uso da força, chantagem, suborno, manipulação, ameaça direta ou indireta ou qualquer outro meio que anule ou limite sua vontade pessoal.

Notadamente, o anteprojeto em questão representa um avanço no que diz respeito à violência doméstica sexual. Apesar de não tratar especificamente do estupro marital, fazendo-se uso da hermenêutica jurídica, pode-se depreender que o mesmo seria o elemento normativo substancial para a admissibilidade do estupro conjugal, uma vez que o seu texto é mais específico que o tipo penal do art. 213 do CPB, outrora mencionado.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na realidade social brasileira, constatou-se a ocultação da ocorrência do delito, em virtude de diversos fatores sociais: falta de conscientização da população, preconceito, pudor, dependência econômica e mesmo emocional da vítima para com o marido agressor. Estes, somados à omissão no momento da denúncia, dificultam a obtenção de dados verídicos acerca da questão.

Percebe-se no amparo histórico que tal conduta sempre foi repudiada pelo meio social, sendo punida das mais diversas formas, inclusive com a pena de morte. No Brasil, considera-se as antigas Ordenações Filipinas como marco histórico na punibilidade do estupro. Não obstante, até a atualidade, não possuímos, em nosso ordenamento jurídico, lei específica que venha tipificar o estupro marital, como ocorre na legislação porto-riquenha.

Partiu-se da evolução conceitual a fim de compreender o objeto da dialética doutrinária: a admissibilidade do estupro conjugal. Como forma de elucidação da polêmica, invocaram-se os princípios constitucionais, os quais serão violados caso admita-se a inexistência do estupro marital. Não se pode compactuar com o argumento de que a prestação sexual obtida através da força configure-se num exercício regular de direito.

A *Lex Legum* é dotada de uma carga principiológica baseada nos direitos humanos, estes estão positivados no art.5º como direitos fundamentais, constituindo-se *cláusula pétrea*. De posse disso, pode-se aferir que todos os bens morais e jurídicos inerentes à cidadania estão resguardados no referido artigo. O princípio da liberdade faculta à mulher o direito de escolha para qualquer congresso carnal; tal idéia é reforçada, na medida em que o princípio da igualdade equipara marido e mulher no exercício de suas vontades e ações na relação matrimonial, não sujeitando, portanto, a mulher ao bel prazer do marido. O princípio da dignidade humana protege a consorte de qualquer situação degradante ou desumana. Consoante o princípio da legalidade, ela não é obrigada a se prestar sexualmente ao parceiro sem a sua volição, uma vez que nenhum dispositivo legal assim outorga, ainda que o mesmo existisse, questionar-se-ia a sua constitucionalidade.

É notório que somente através do exercício do direito possibilitar-se-á a construção da sociedade almejada, estando esta alicerçada nos princípios essenciais a uma evolução pacífica e justa. Faz-se mister o reconhecimento do estupro conjugal; a adoção e o exercício de uma política eficiente, trabalhando pró-mulher nos momentos pré e pós-delito é mais que necessário, constitui-se em

condition sine qua non à reafirmação do direito enquanto dispositivo de segurança.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Decisões criminais comentadas**. Rio de Janeiro: Lber-juris, 1976.

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 8 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

BRASIL. **Vade mecum**: acadêmico de direito. Organização Anne Joyce Angher. 2 ed. São Paulo: Rideel, 2005.

CARDOSO, Nara. Mulheres em relacionamentos violentos: Fatores de permanência. **Revista Veritas**, Porto Alegre, v.39, p. 211-229, 1994.

DANTAS, Fagner Cordeiro. Débito conjugal: o corpo como dote. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 7, n.68, set/2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4303>> Acesso em: 17jun.2004.

DELMANTO, Celso et. al. **Código penal comentado**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DEUTERONÔMIO. In: **A Bíblia anotada**. São Paulo: Mundo cristão, 1994. Cap. 22, 28 e 29.

DIAS, Maria Berenice. **Casamento ou terrorismo sexual**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto226.htm>> Acesso em: 09 mai. 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v.5.

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

ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Gazeta Jurídica, 1954.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 6.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **Marido pode cometer estupro contra a mulher**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto525.doc>>. Acesso em: 16jun.2004.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v.8.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRABETE, Júlio Falbrini. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999.

MIRABETE, Júlio Falbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2001. v.2.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15.ed. São Paulo, Atlas, 2001.

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

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

PATTO, Pedro Vaz. Direito penal e ética sexual. In: **Direito e justiça**, Lisboa, v 15, Tomo 2. Lisboa: Universidade Católica, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

Abstract

CONJUGAL RAPE: reflections under the constitutional aegis

This paper aims to exploit a theme forcibly hidden among the mists of prejudice: the conjugal rape. The comprehension of the subject's context comes from historical support and Comparative Jurisprudence. If we study it critically, we reflect on the admissibility of the marital sexual violence, highlighting the adverse positionings. Constitutional Principles are invoked with the analysis of social reality, evidencing the existence of the polemic delict. Therefore, the Law needs to insert in its normative system this domestic crime, restraining it.

Key words: Conjugal Rape. Domestic Violence. Women's Right. Carnal Conjunction.