

ASPECTOS LEGAIS DO ESTUPRO PRATICADO POR MULHER

Nadiely Neri Pereira¹
Francisco José Vilas Bôas Neto²

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo debater sobre as várias consequências jurídicas que o crime de estupro praticado por mulher pode causar. Analisaremos tais consequências nas searas cível e criminal, aprofundando nosso estudo com relação a ocorrência de uma gravidez.

Atualmente a sociedade tem se desenvolvido de tal forma que o Direito não consegue acompanhar. As mudanças de comportamento dos indivíduos ao longo dos tempos tem feito com que o Direito se torne cada vez mais ultrapassado, não conseguindo regular as relações interpessoais e coletivas.

Com a finalidade de atualizar um pouco o Direito de acordo com os anseios sociais, o legislador alterou a redação do crime de estupro, podendo agora, figurar como agente ativo a mulher.

Com este trabalho estudaremos as consequências penais decorrentes da alteração legislativa trazida pela Lei nº 12.015/09, passando antes por uma evolução histórica do crime de estupro e entendendo por que o Estado, atendendo aos anseios da sociedade, reprimiu de forma tão veemente o crime de estupro ao longo da história.

Estudaremos mais profundamente as consequências cíveis e penais do crime de estupro quando a mulher, sujeito ativo, vem a engravidar em decorrência da prática do ato. Como atuaria o Direito diante desse caso?

Veremos que, os princípios tem um grande papel nessa análise, visto que, na ausência ou no choque de normas devemos nos valer, não só dos princípios constitucionais, mas também dos princípios que regulam o Direito das Famílias e o Direito da Criança e do Adolescente.

Abordaremos também o aspecto da responsabilidade civil dos sujeitos do crime pela ocorrência do resultado gravidez e se desse resultado caberá a mulher/autora/mãe pleitear algum direito em relação ao homem/vítima/pai.

Um capítulo importante a ser abordado se refere aos direitos da Criança, fruto do crime de estupro. Poderá a mulher/mãe utilizar-se do aborto humanitário? A criança, claro, não pode sofrer as consequências penais do crime praticado pela mulher, sendo o Princípio da Intranscendência, aplicado a este caso.

Outro tema a ser abordado se refere ao Direito das Famílias e ao Direito das Sucessões que a criança, poderá vir a ter ou não, em relação ao pai, que foi vítima do crime de estupro. Ora, ainda que figure como vítima, deverá o homem/pai reconhecer a paternidade? Tema controverso que merece uma análise mais profunda considerando que o Princípio do Melhor Interesse do Menor deve prevalecer diante de cada caso concreto.

2 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ESTUPRO

¹ Graduada em Direito pela Faculdade de Pará de Minas

² Mestre em filosofia pela FAJE/MG; Especialista em Direito pela UCAM/RJ; Graduado em direito pela PUC Minas; Professor de Processo Penal II, Direito Penal IV e Hermenêutica.

Os crimes sexuais tinham previsões legais desde os tempos mais remotos das codificações, pois já eram repudiados pela sociedade. A “Lei de Moisés” tratava severamente o crime de estupro, assim como no Código de Hamurab que, em seu artigo 130, previa que “se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto e a mulher irá livre” (HAMURAB, séc. XVIII a.C).

Mais tarde, com o direito canônico, as penas passaram a ser mais cruéis e em público, com o objetivo apenas de vingança social. Neste contexto, para se configurar o crime de estupro, a mulher deveria ser virgem e era necessário o emprego de força física, seja ela de qualquer espécie.

Quem cometesse tal delito estava sujeito a pena capital, com a decapitação em praça pública. Esta foi a forma de tratamento do crime de estupro durante muitas décadas em toda a Europa Ocidental.

Já nas Ordenações Filipinas de Portugal, a pena para o crime de estupro era diferenciada do substrato da Europa. Aquele que praticasse o estupro voluntário, ou seja, sem violência contra a vítima, era obrigado a casar-se com a donzela, e, se fosse impossível tal casamento, deveria o estuproador pagar um dote para a vítima. Não possuindo bens para arcar com o dote, o autor era flagelado e humilhado. Porém, esta última pena não aconteceria se o estuproador fosse pessoa de alto nível social. Posteriormente foi inserido nas Ordenações Filipinas o delito de estupro violento, assim, quem o praticasse, seria condenado à pena de morte.

No Brasil Império, o Código Criminal tratava o crime de estupro diferenciando-se a vítima. Se a vítima fosse mulher donzela ou casada, mas honesta (honesto naquela época significava virgem) a pena era de três a doze anos e ainda um dote para a vítima. Se o crime fosse cometido contra mulher prostituta, a pena era de um mês a dois anos e esta não receberia nenhum dote.

Nota-se que desde as épocas remotas, a mulher que se prostituía era estigmatizada pela sociedade. Com as evoluções sociais, o legislador, no Código Penal de 1940, adequou o artigo 213 transcrevendo apenas a palavra “mulher”, deixando de lado a diferenciação entre mulher honesta e prostituta, merecendo, qualquer mulher, a proteção do Direito Penal.

Contudo, o direito deve adequar-se sempre às mudanças sociais e às mudanças de valores da sociedade. Por isso, nossos legisladores resolveram alterar alguns dispositivos do antigo Título IV, que tratava Dos Crimes contra os Costumes.

É o que estudaremos a seguir.

3 ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS E A NOVA REDAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO

A Lei nº 12.015 alterou de forma significativa o título que cuidava dos crimes contra os costumes, agora denominado crimes contra a dignidade sexual. O novo vocábulo que designa o título é mais adequado ao texto constitucional e a nova realidade social, afinal, é de se entender que a dignidade sexual integra a dignidade humana. A nova lei, além de alterar diversos artigos do mencionado título da parte especial do Código Penal, modificou significativamente o artigo 213 que será objeto do nosso estudo.

Com o advento da Lei nº 12.015/09, revogou-se o artigo 214 que tratava do crime de atentado violento ao pudor, encaixando-o juntamente com o crime de estupro, tratando-se agora este último como um crime com duas condutas típicas, quais sejam, a conjunção carnal e o atentado violento ao pudor, caracterizado por atos libidinosos.

Outra mudança relevante no tipo trata-se do sujeito ativo e sujeito passivo. Anteriormente apenas a mulher poderia ser vítima do crime de estupro, agora o legislador resolveu optar por usar o vocábulo “alguém”, no sentido de tanto homem quanto mulher poderem ser sujeito ativo ou passivo do delito em estudo.

Pois bem, vamos analisar agora uma situação hipotética: se o homem for sujeito passivo do crime de estupro mediante conjunção carnal e a mulher, ora sujeito ativo, engravidar, será autorizado o aborto humanitário? Poderá ser aplicada à mulher a causa de aumento de pena por resultar gravidez? O homem é obrigado a reconhecer a paternidade? Terá a criança direito a alimentos e terá direitos sucessórios em relação ao pai? Poderá a autora do estupro alegar culpa exclusiva da vítima?

Situações estas passam a ser analisadas com esse estudo.

4 ESTUPRO PRATICADO POR MULHER E O ABORTO HUMANITÁRIO

A corrida imperialista entre os grandes países da Europa em busca de novas áreas, o surgimento de invenções tecnológicas e a ambição humana acarretaram nas duas grandes Guerras Mundiais. As invasões de um país em outro ou outros, fez com que os soldados que adentraram outros territórios cometessem crimes de estupro como forma de vingança. Explica Aníbal Bruno:

No curso das duas grandes guerras, os inúmeros atos de violência sexual praticados por soldados inimigos nos países invadidos, com a consequência de numerosas concepções ilegítimas, deram ao problema uma dimensão particular, fazendo-o sair do domínio do interesse privado para o do interesse público, político, suscitando, sobretudo depois da primeira guerra, ardorosos debates. Foi então legitimada a intervenção abortiva nos casos de concepção resultante de violência. (BRUNO, 1984, p. 173).

A partir daí passou-se a discutir a possibilidade de intervenção abortiva nos casos de estupro. Atualmente o nosso Código Penal trata do assunto em seu artigo 128, incisos I (aborto terapêutico ou necessário) e inciso II (aborto humanitário), *in verbis*:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

- se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940).

Trata-se o artigo 128, inciso II, do Código Penal, da possibilidade de o médico praticar o aborto na mulher vítima de estupro. Segundo Fernando Capez:

Trata-se de aborto realizado pelos médicos nos casos em que a gravidez decorreu de um crime de estupro. O Estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho que é fruto de um coito vaginico violento, dados os danos maiores, em especial, psicológicos, que isso lhe pode acarretar. (CAPEZ, 2004, p. 124).

Como bem se pode perceber, o artigo 128, inciso II, aplica-se a mulher vítima de estupro, portanto, fazendo-se uma interpretação literal do artigo apenas a mulher, quando vítima, pode beneficiar-se do aborto humanitário.

No caso em estudo, a mulher, sendo o sujeito ativo do delito, não poderia se beneficiar do aborto humanitário porque deve-se prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana do feto em formação, que é garantia de qualquer ser humano desde a concepção. É o que esclarece Cleber Masson:

É com a fecundação que se inicia a gravidez. A partir de então já existe uma nova vida em desenvolvimento, merecedora da tutela do Direito Penal. Há aborto qualquer que seja o momento da evolução fetal. (MASSON, 2013, p. 68).

Fazendo-se uma análise hipotética, quando a mulher é violentada e desta violência surge uma gravidez, o Estado autoriza a interrupção da gravidez. Porém, quando se altera o sujeito ativo, poderia o sujeito passivo ser obrigado a aceitar o desenvolvimento de tal gravidez?

Aplicando-se o Princípio da Proporcionalidade e Isonomia em Direito Penal, não seria correto aplicar-se o artigo 128, inciso II, ao caso, uma vez que não haveria equivalência entre a interrupção da gravidez e a violência sofrida pelo homem, pois este não teria o dissabor de gerar em seu ventre o fruto de um ato violento, como ocorre quando a mulher é a vítima.

Em relação ao Princípio da Proporcionalidade, este possui dois vieses importantíssimos na análise de sua aplicação, a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente. Rogério Greco, tratando-se da proibição da punição excessiva, assevera que:

Por meio do raciocínio da proibição do excesso, dirigido tanto ao legislador quanto ao julgador, procura-se proteger o direito de liberdade dos cidadãos, evitando a punição desnecessária de comportamentos que são penalmente relevantes, mas que foram excessivamente valorados, fazendo com que o legislador cominasse, em abstrato, pena desproporcional à conduta praticada, lesiva a determinado bem jurídico. (GRECO, 2012, p. 77).

Por outro lado, explica ainda o doutrinador:

A outra vertente do princípio da proporcionalidade diz respeito à proibição de proteção deficiente. Quer isso dizer que, se por um lado, não se admite excesso, por outro não se admite que um direito fundamental seja deficientemente protegido, seja mediante a eliminação de figuras típicas, seja pela cominação de penas que ficam aquém da importância exigida pelo bem que se quer proteger, seja pela aplicação de institutos que beneficiam indevidamente o agente etc. Conforme nos esclarece André Estefam, “a proibição deficiente consiste em não se permitir uma deficiência na prestação legislativa, de modo a desproteger bens jurídicos fundamentais.” (GRECO, 2012, p. 77-78).

Portanto, não há proporção entre a aplicação do artigo 128, inciso II, e a proteção do bem jurídico vida, ou seja, entre o aborto humanitário e a ceifação da vida do feto, devendo-se prevalecer o bem jurídico vida.

É imperioso ressaltar que, em decorrência do princípio da Isonomia, também consagrado na nossa Magna Carta, homens e mulheres são iguais perante a lei, devendo-se destoar apenas para igualar as diferenças. É o que aduz Marcelo Novelino:

O dispositivo que consagra a igualdade de direitos entre homens e mulheres (art. 5º, I) deve ser interpretado no sentido de que a lei infraconstitucional não pode estabelecer diferenciações, salvo se for com a finalidade de *atenuar os desníveis*, pois nesse caso estar-se-á em busca de uma igualdade material. (NOVELINO, 2008, p. 296).

E em consonância com esse princípio chegamos a errônea conclusão de que o homem poderá requerer que a mulher/autora faça o aborto. Não devemos levar adiante essa conclusão, pois, ainda que a Constituição Federal iguale homens e mulheres, no caso em estudo devemos considerar a existência de uma nova vida, que é o feto, fruto do delito de estupro, não aplicando-se este princípio tampouco o aborto humanitário.

5 ESTUPRO E CAUSA DE AUMENTO DE PENA POR RESULTAR GRAVIDEZ

Com as mudanças legislativas trazidas pela Lei nº 12.015/09, alterando-se os crimes sexuais, foi acrescentado pelo legislador o inciso III no artigo 234-A, que traz uma causa de aumento de pena de metade se do estupro resultar gravidez.

Como explica Cleber Masson:

O fundamento do tratamento penal mais severo reside no aborto eventualmente realizado pela vítima, com os vultosos prejuízos físicos e mentais que lhe são proporcionados. E, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “a gravidez da vítima não pode ser considerada fato inerente ao crime de estupro”. (MASSON, 2013, p. 145).

Tal causa de aumento de pena tem como objetivo impedir que de um crime de estupro resulte gravidez, o que acarretaria numa dupla sanção quando a mulher fosse o sujeito passivo. Ou seja, além dos enormes prejuízos causados à vítima, a mesma poderia se socorrer ao artigo 128, inciso II e praticar o aborto humanitário. É o que explica Guilherme de Souza Nucci:

Preocupa-se o legislador, neste caso, com o delito de estupro, passível de gerar a concepção. A elevação da sanção penal tem por fim desestimular a ejaculação sem preservativo, com o risco de gravidez e, a partir disso, ocorrer um eventual aborto (art. 128, II, CP).” (NUCCI, 2013, p. 1032).

No caso em estudo, a mulher poderia ser punida por ter como resultado do crime de estupro uma concepção? Entendemos que sim, pois tanto o homem quanto a mulher concorreram para a ocorrência da gravidez uma vez que para a formação do zigoto, o homem contribui com o espermatozoide e a mulher com o óvulo. Portanto, a mulher deverá sim ser punida, uma vez que há meios anticoncepcionais posteriores ao coito que poderiam impedir o resultado gravidez e a mesma não os utilizou, deixando com que o resultado ocorresse.

Porém, devemos ter em mente que, se, durante o ato sexual algum dos sujeitos usava preservativo e por um fato alheio às suas vontades o mesmo se rompeu sem que se fosse percebido, não deverá incidir a causa de aumento de pena. É o que corrobora Rogério Greco:

Devemos ressaltar, no entanto, que se o agente, durante a prática do ato sexual, fazia a utilização de preservativo, que se rompeu durante o coito sem que o agente pudesse perceber, tal fato impedirá a aplicação da

referida causa especial de aumento de pena, pois, caso contrário, estaríamos responsabilizando-o objetivamente, o que violaria frontalmente o disposto no art. 19 do Código Penal, que tem por finalidade afastar a chamada responsabilidade penal objetiva (sem culpa ou pelo resultado). (GRECO, 2014, p. 704).

Consagrando-se o Princípio da Proporcionalidade, a aplicação da causa de aumento de pena ao sujeito ativo mulher é plenamente possível, visto que, há harmonia entre a conduta típica praticada e a causa de aumento de pena do artigo 234-A, inciso III.

6 ESTURPO, RESPONSABILIDADE CIVIL E CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA

Os primeiros indícios da responsabilidade civil foram encontrados no Código de Hamurab, por volta de 1.700 a.C. na Babilônia, quando a Lei de Talião afirmava que deveria existir uma relação recíproca entre o crime e a pena, dando origem a expressão “olho por olho, dente por dente” caracterizando a reponsabilidade corporal pelos danos causados a outrem, permanecendo assim até o ano de 326 a.C. Com o advento da *Lex Poetelia Papiria* a reponsabilidade deixou de ser corporal e passou a ser patrimonial, se estendendo aos bens do agente.

A *lex Poetelia Papiria* então afastou a carga da pessoa do devedor, transferindo-a aos seus bens, passando ao Estado o exercício da jurisdição, substituindo-se o direito da força pela força do Direito. O agente causador do ilícito passou, então, a responder com seu patrimônio pelo dano causado a outrem. Porém, é de se entender que surgiram também na doutrina várias causas de exclusão desta responsabilidade.

Correlacionando as várias vertentes que um único ilícito pode gerar, podemos analisar agora se o sujeito passivo poderá reclamar uma futura indenização da mulher, autora do crime.

Quando há a violação de um dever jurídico, surge para o agente o dever de reparar o dano. É o que assevera Sérgio Cavallieri Filho:

Quem infringe dever jurídico *lato sensu*, já vimos, de que resulte dano a outrem fica obrigado a indenizar. Esse dever, passível de violação, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de contrato, ou, por outro lado, pode ter por causa geradora uma obrigação imposta por preceito geral de Direito, ou pela própria lei. (CAVALLIERI FILHO, 2012, p. 16).

A responsabilidade civil tem como pressupostos a conduta lesiva do agente, o dano sofrido e o nexo causal entre a conduta e o dano. Para se responder por uma indenização, a vítima deverá comprovar em juízo todos esses pressupostos. Porém, nem sempre é possível comprovar a culpa *latu senso* do agente. Ensina Sérgio Cavallieri Filho que:

Por essa concepção clássica, todavia, a vítima só obterá reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional, geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa. (CAVALLIERI FILHO, 2012, p. 18).

Ninguém pode responder por um fato que não tenha dado causa. Surge então a teoria da culpa exclusiva da vítima, sendo uma causa de exclusão da responsabilidade civil. A culpa exclusiva da vítima é causa de exclusão do próprio nexos causal, porque o agente, aparente causador direto do dano, é o mero instrumento do acidente. Explica ainda o nobre doutrinador:

Se ninguém pode responder por um resultado a que não tenha dado causa, ganham especial relevo as causas de exclusão do nexos causal, também chamadas de exclusão da responsabilidade. É que, não raro, pessoas que estavam jungidas a determinados deveres jurídicos são chamadas a responder a eventos a que apenas aparentemente deram causa, pois, quando examinadas tecnicamente a relação de causalidade, constata-se que o dano decorreu efetivamente de outra causa ou circunstância que as impedia de cumprir a obrigação a que estavam vinculadas. E, como diziam os antigos, *ad impossibilia nemo tenetur*. Se o comportamento devido, no caso concreto, não foi possível, não se pode dizer que o dever foi violado. (CAVALLIERI FILHO, 2012, p. 68).

Analisando-se agora estas teorias de acordo com o caso em estudo, a vítima do crime de estupro, o homem, poderá requerer em juízo a reparação dos danos sofridos com crime, se do mesmo vier o resultado gravidez, pois um dos efeitos secundários da pena é tornar certa a obrigação de reparar o dano.

Todavia, poderá a autora alegar a culpa exclusiva da vítima, o que, a nosso ver, não deverá ser acolhido, uma vez que, de acordo com a medicina, o órgão genital masculino, depois de estimulado, poderá vir a ejacular independentemente da vontade do homem, o que não caracterizaria a culpa da vítima.

Devemos lembrar que a jurisdição é una e indivisível, podendo em um mesmo processo analisar tanto a seara criminal quanto a seara cível. É o que esclarece Silvio de Salvo Venosa:

A administração da justiça e a jurisdição do Estado entre nós são unhas, decorrentes da soberania e exercício do poder. Como regra, a administração da justiça deve zelar para que não coexistam decisões contraditórias ou antagônicas. Nada impediria, em tese, que, no mesmo processo, o juiz aferisse a culpa do réu, condenando-o às penas privativas de liberdade e outras admitidas pelo sistema penal, e ao mesmo tempo, estabelecesse o valor da reparação de danos. Esse sistema não é desconhecido no direito comparado. (VENOSA, 2013, p. 202).

Como não há precedentes em nossa jurisprudência, deverá o magistrado analisar se, no caso concreto, caberá a reparação de danos.

7 ESTUPRO, DIREITO DAS FAMÍLIAS E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

A família, *cellula mater* da sociedade, tem proteção jurídica desde os primórdios das codificações, sendo de extrema importância para a formação dos grandes núcleos sociais.

O Direito das Famílias vem se alterando conforme as mudanças comportamentais dos indivíduos na sociedade. A família hoje deixou de ser clássica e passou a ter uma formação moderna, onde há dois pais ou duas mães, famílias recompostas, homoafetivas, entre outras. O Direito deve estar em consonância com

as mudanças sociais, devendo sempre colocar a salvo o Direito das Crianças e Adolescentes.

A Constituição Federal assegura, dentre tantos outros direitos, a proteção integral da criança e adolescente. Neste diapasão, Maria Berenice Dias esclarece que:

A consagração dos direitos de crianças, adolescentes e jovens como direitos fundamentais (CF 227), incorporando a doutrina da proteção integral e vedando referências discriminatórias entre os filhos (CF 226 parágrafo 6º), alterou profundamente os vínculos de filiação. Como afirma Paulo Lobo, o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado. A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os fez destinatários de um tratamento especial. Daí a consagração do princípio de prioridade absoluta, de repercussão imediata sobre o comportamento da administração pública, na entrega, em condições de uso, às crianças, adolescentes e jovens dos direitos fundamentais específicos, que lhes são consagrados constitucionalmente. (DIAS, 2010, p. 68).

O Princípio do Melhor Interesse da Criança surge para reafirmar a proteção do menor. Além de ser protegido pelo super princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a nossa Constituição quis reforçar a ideia de que, havendo litígio envolvendo um menor, deverá o julgador optar pelo que for melhor ao interesse do mesmo. Explica Tânia da Silva Pereira:

Com *status* de princípio constitucional afirma-se o caráter normativo do “melhor interesse da criança” e a necessidade de sua ponderação frente a outros princípios constitucionais. Tornou-se, portanto, uma das bases do Direito da Criança e do Adolescente, indicando a sua inclusão neste capítulo. (PEREIRA, 2008, p. 42).

Salienta ainda Kátia Regina Ferreira Andrade Lobo Maciel:

Trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras.

Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do melhor interesse, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. (MACIEL, 2006, p. 31).

Porém, não poderá o julgador se utilizar deste princípio para afastar demais princípios constitucionais. É o que explica a doutrinadora:

Importante frisar que não se está diante de um salvo-conduto para, com fundamento no *best interest* ignorar a lei. O julgador não está autorizado, por exemplo, a afastar princípios como o do contraditório ou do devido processo legal, justificando seu agir no melhor interesse. (MACIEL, 2006, p. 31).

Analisando-se agora o crime de estupro praticado por mulher com resultado gravidez, o magistrado deverá ter como fundamento de sua decisão o Princípio do Melhor Interesse do Menor e da Proteção Integral do mesmo, pairando ainda sobre

este princípio o super princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ambos consagrados na nossa Magna Carta.

Sabe-se que, em consonância com os princípios constitucionais e os princípios constantes no Estatuto da Criança e Adolescente, é direito da criança saber quem é o pai, a sua origem genética.

A teoria da culpa exclusiva da vítima, outrora citada, não pode servir como motivo suficiente para que o homem/vítima não reconheça a paternidade. Aliás, não reconhecer tal paternidade seria uma afronta ao Princípio do Melhor Interesse do Menor.

8 ESTUPRO, DIREITO DAS SUCESSÕES E LEI DE ALIMENTOS

O Direito Sucessório surgiu na antiguidade com o ensinamento de que deveriam se prostrar no tempo a religião e os costumes da família, dando uma ideia de continuidade a estas instituições.

O nosso atual ordenamento jurídico traz o Direito das Sucessões como forma de regulamentar a transferência de bens de uma pessoa a outra, que pode se dar por vontade das partes (sucessão *inter vivos*) ou em razão da morte (sucessão *causa mortis*).

Os Direitos Sucessórios apenas se transmitem em razão da morte do autor da herança, por isso chamada *causa mortis*. Com a morte, ocorre o que chamamos de abertura da sucessão, ou seja, cessa a capacidade jurídica de uma pessoa e começa a de outrem, em relação aos seus bens.

O Código Civil traz em seu artigo 1.829 o rol dos herdeiros legítimos e em seu artigo 1.845 o rol dos herdeiros necessários, senão vejamos:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. (BRASIL, 2002).

Em ambos os artigos consta a presença do descendente, podendo ser filhos, netos, bisnetos e assim sucessiva e infinitamente. A limitação é dada pela própria natureza, uma vez que não convivem entre si mais de três ou quatro gerações.

A preferência é a dos descendentes de grau mais próximo, no caso, os filhos afastam os netos e os netos afastam os bisnetos. Todos os que se encontram no mesmo grau de parentesco com o *de cujos* recebem partes iguais, ou seja, herdaram por cabeça.

No caso em estudo, ocorrendo a concepção decorrente do crime de estupro, terá a criança Direitos Sucessórios em relação ao pai?

Rogério Greco, tratando do assunto, assevera que:

(...) a criança, que se tornou herdeira, não pode sofrer as consequências dos atos criminosos praticados pela sua mãe, devendo Estado não somente protegê-la como também assegurar-lhe todos os seus direitos, incluído aqui,

o de participar na sucessão hereditária de seu genitor, mesmo que tenha sido vítima de um crime de estupro. (GRECO, 2014, p. 728).

Adentrando um pouco mais nos princípios que regem o Direito Sucessório, devemos atentarmos ao Princípio da Vontade Procriacional Inequivoca. Tal princípio informa que, o ascendente apenas terá responsabilidade em relação a prole se, no momento do ato sexual havia vontade de realizar tal ato, de maneira expressa, inequívoca ou presumida.

Não obstante o posicionamento do professor Rogério Greco, a meu ver, em se tratando do crime de estupro praticado por mulher, o homem-vítima não terá qualquer obrigação civil em relação ao descendente, pois não era de sua vontade praticar nenhum ato sexual.

Analisando-se a Lei nº 5.478/68, Lei de Alimentos, esta teve como escopo regulamentar as ações alimentares, não só entre ascendentes e descendentes, mas também, enaltecendo o Princípio da Solidariedade, de que aquele que tem condições tem o dever de prestar alimentos àquele ente que necessite, entre pessoas com grau mínimo de parentesco.

Em se tratando da prestação alimentar do homem-vítima para com o filho fruto do crime de estupro, o raciocínio é o mesmo dos Direitos Sucessórios. O ascendente não terá qualquer responsabilidade em relação à prole, visto que foi vítima de um crime sexual, não havendo tal vontade inequívoca de procriar.

Porém, faz-se mister lembrar que o homem-vítima não está impedido de criar vínculo com a criança fruto do crime de estupro, podendo responsabilizar-se legalmente como pai e exercer todos os direitos e obrigações decorrentes de tal vínculo.

9 CONCLUSÃO

Com este trabalho percebe-se que a sociedade está em constante evolução, e que o Direito nem sempre consegue acompanhar as transformações e se adequar à realidade social.

A nova redação do crime de estupro alterou nossa percepção em relação a alguns institutos do Direito Penal e também do Direito Civil.

Pensa-se que o estupro apenas é praticado por homens, porém, com a nova redação relativa a este crime, introduzida pela Lei nº 12.015/09, vê-se que a mulher também pode ser o sujeito ativo de tal crime. Ora, para nossa sociedade ainda é impensável uma mulher, física e naturalmente mais vulnerável que o homem, poder coagir um ser que, naturalmente é mais forte e imponente.

O legislador, ao alterar a redação do crime de estupro, trouxe para nós operadores do Direito uma questão a ser pensada e estudada. A mulher, sendo vulnerável em relação ao homem, poderá, em tese, usar de outros meios para a prática do crime, não se tornando, ao ver do legislador, algo tão impensável como é para a sociedade de hoje.

Porém, o legislador, não pensou nas consequências que tal crime, quando praticado por mulher, pode causar, não só na seara criminal, mas também na seara cível, visto que a mulher, quando estuprar um homem, poderá engravidar.

Para resolver os problemas decorrentes desta alteração legislativa devemos nos socorrer aos Tribunais Superiores, uma vez que, contamos em nosso Ordenamento Jurídico com uma vasta leva de Princípios que podem ser aplicados a um mesmo caso concreto, podendo, inclusive ocorrer um choque na aplicação dos mesmos.

Cabe a nós, operadores do Direito, bem como aos nobres julgadores dos Tribunais Superiores, fazermos uma análise minuciosa do caso concreto e estabelecer uma ponderação de princípios para chegar a uma solução plausível e satisfatória, tanto para as partes envolvidas, como para nós que buscamos entender um pouco mais a aplicação do Direito.

Com este trabalho, claro, não buscamos solucionar todos os problemas decorrentes da alteração da redação do crime de estupro, mas buscamos, em uma parte mínima, estabelecer uma relação entre normas e princípios para solucionar um possível e futuro problema que é a gravidez decorrente do crime de estupro praticado por mulher.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência ainda estão se adaptando a nova redação, visto que, após pesquisas, não encontramos nenhum caso concreto, mas que, por previsão do legislador, acontecerá em breve. Portanto, ao tratarmos desta inovação, devemos ter em mente que, o Direito, sendo uma ciência social, tem como objetivo regular a vida em sociedade e para isso, faz-se mister analisarmos casuisticamente a aplicação da norma, sempre com a observância dos princípios previstos, principalmente, na nossa Carta Magna.

Os Princípios da Isonomia, Dignidade da Pessoa Humana, Vontade Procriacional Inequívoca, Solidariedade e Melhor Interesse do Menor, aparentemente se chocam na análise deste caso. Entretanto, deve-se ponderar a aplicação dos mesmos, uma vez que deve prevalecer, no caso concreto, a dignidade das pessoas envolvidas bem como o melhor interesse do menor envolvido, no caso, a criança fruto do crime de estupro.

Concluimos, portanto, que a mulher não terá direito a realizar o aborto humanitário, prevalecendo-se a vida do feto, mas incidirá sobre ela a causa de aumento de pena por resultar gravidez, uma vez que a mesma deixou que o resultado gravidez ocorresse.

O homem/vítima deverá ser indenizado pelos danos sofridos em decorrência do crime, porém não se aplica a ele a culpa exclusiva da vítima visto que ambos concorreram para o resultado gravidez.

Deverá também o homem, a nosso ver, reconhecer a paternidade em função da aplicação do Princípio do Melhor Interesse do Menor, contudo o filho não terá direito a participar da sucessão em razão do Princípio da Vontade Procriacional Inequívoca.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 30 de jan. de 2015.

_____. **Código Penal**. Brasília: Senado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 30 de jan. de 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 30 de jan. de 2015.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília: Senado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 30 de jan. de 2015.

_____. **Lei 12.015**, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 15 de jan. de 2015.

_____. **Lei 5.478**, de 25 de julho de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm>. Acesso em: 05 de fev. de 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, parte geral**. Vol.1. 9. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de Direito Penal, parte especial**. vol. 2. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 10 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

CÓDIGO DE HAMURAB, século XVIII a.C. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>>. Acesso em 05 de fev. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual das Sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 7: direito das sucessões**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, parte especial**. 14. ed. ver., ampl. e atual. vol. 1. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

_____. **Código Penal Comentado**. 8. ed. ver., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

HISTÓRIA, Direito e violência sexual: a Idade Média e os Estados Modernos.

Disponível em: <

http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=alunos&id=11#_ftn2. Acesso em fev 2015.

JESUS, Damásio Evangelista de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; SOUZA, Luiz Antônio de; KÜMPPEL, Vitor Frederico; OLIVEIRA, Flávio Cardoso de; LIMA, André Estefam Araújo. **O aborto sentimental e a interrupção da gravidez da autora do crime de estupro**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9088>. Acesso em: 05 de fev. 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org); AMIN, Adréia Rodrigues; SANTOS, Ângela Maria Silveira *et al.* **Curso de Direito da Criança e do Adolescente, aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado, parte geral**. vol. 1. 7. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.

_____. **Direito Penal Esquematizado, parte especial**. vol. 2. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente, uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, Responsabilidade Civil**. 13 ed. v. 4. São Paulo: Atlas, 2013.

VILAS BÔAS NETO, Francisco. Ética Geral e Profissional: o que é dignidade humana? In: LIMA, Leonardo Tibo Barbosa (org); DINIZ, Ana Paula Santos; ALMEIDA, André Moreira dos Santos *et al.* **Temas Relevantes do Ensino Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.