

DIREITO

V.8 • N.2 • 2020 - Fluxo Contínuo

ISSN Digital: 2316-381X

ISSN Impresso: 2316-3321

DOI: 10.17564/2316-381X.2020v8n2p296-310



ESTUPRO MARITAL: DA PROTEÇÃO NORMATIVA PENAL E DO POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

MARITAL RAPE: NORMATIVE CRIMINAL PROTECTION AND
POSITIONING OF THE SANTA CATARINA COURT OF JUSTICE

VIOLACIÓN CONYUGAL: PROTECCIÓN PENAL NORMATIVA Y
POSICIONAMIENTO DE LA CORTE DE JUSTICIA DE SANTA CATARINA

Christiane Heloisa Kalb¹
Giulia Peron Koerich²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar em que medida ainda existem divergências doutrinárias sobre a (im)possibilidade de ocorrência de estupro dentro do relacionamento amoroso e como vem se posicionando o Tribunal de Justiça de Santa Catarina quanto a essa temática. Nesse sentido, buscamos além de realizar um retrocesso histórico-normativo sobre o delito de estupro, também analisar como essa violência vem sendo trabalhada após a entrada em vigor da Lei Maria da Penha. A metodologia abordada foi de revisão bibliográfica, buscando por divergências doutrinárias ainda existentes e julgados pós-Lei Maria da Penha, sobre o tema junto ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça catarinense.

PALAVRAS-CHAVE

Estupro Marital. Crimes contra a Dignidade Sexual. Lei Maria da Penha. Direito Penal.

ABSTRACT

This article aims to analyze the extent to which doctrinal divergences still exist on the (im) possibility of rape occurring within the romantic relationship and how the Santa Catarina Court of Justice has been positioning itself on this topic. In this sense, we seek not only to make a historical-normative setback on the crime of rape, but also to analyze how this violence has been worked after the entry into force of the Maria da Penha Law. The methodology used was a bibliographic review, looking for doctrinal divergences that still exist and judged after the Maria da Penha Law, on the topic at the Santa Catarina Court of Justice website.

KEYWORDS

Marital Rape. Crimes Against Sexual Dignity. Maria Da Penha Law. Criminal Law.

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo analizar en qué medida aún existen divergencias doctrinales sobre la (im) posibilidad de violación dentro de la relación romántica y cómo el Tribunal de Justicia de Santa Catarina se ha estado posicionando sobre este tema. En este sentido, buscamos no solo llevar a cabo un retroceso histórico-normativo sobre el delito de violación, sino también analizar cómo se ha trabajado esta violencia después de la entrada en vigor de la Ley Maria da Penha. La metodología utilizada fue una revisión bibliográfica, en busca de divergencias doctrinales que todavía existen y fueron juzgadas según la Ley Maria da Penha, sobre el tema en el sitio web del Tribunal de Justicia de Santa Catarina.

PALABRAS CLAVE

violación conyugal. Delitos contra la dignidad sexual. Ley Maria da Penha. Derecho penal.

1 INTRODUÇÃO

Diante de muitas transformações já sofridas pela sociedade brasileira ao longo dos anos, vemos que o estupro marital é invisível em diversas relações conjugais. Portanto, no que se refere à dignidade da pessoa humana, em especial, por decorrência desta, a dignidade sexual pode ser considerada violada com a manifestação de tal violência sexual cometida pelo marido contra a sua própria esposa.

Mediante constrangimento ou grave ameaça, o cônjuge submete sua esposa contra a sua vontade a ter relações sexuais, com intuito apenas de satisfazer o seu desejo, aproveitando o matrimônio para justificar o ato cometido. A liberdade e dignidade são direitos garantidos por lei a todo ser humano e, sendo assim, a mulher não poderá ser obrigada a fazer ou deixar de fazer qualquer ato que esteja contra sua vontade.

O cônjuge pode ser considerado sujeito ativo do delito de estupro na constância da relação conjugal, de acordo com o Código Penal Brasileiro e a Lei Maria da Penha, quando prevê como um tipo de violência, em seu art. 7º, a violência sexual. No entanto, o medo, a insegurança e, muitas vezes, a ausência de informação de que o homem casado pode ser sujeito ativo do crime de estupro, tendo como vítima sua esposa, faz com que inúmeras mulheres permaneçam inertes e submetidas a violência sexual constante em sua relação conjugal.

A necessidade de ponderar a questão do crime de estupro, vindo a ocorrer em uma relação heteroafetiva², ou seja, uma violência sexual versada contra a mulher na vigência da relação conjugal ou da união estável, exercida pelo próprio cônjuge é um tema contemporâneo, o qual demonstra uma grande importância e relevância para o meio social, uma vez que tal delito, ainda continua impregnado e insistindo a permanecer em alguns resquícios do sistema patriarcal, em que a mulher era vislumbrada como um objeto e, sobretudo deveria proporcionar prazer ao marido.

Apesar de todas as profundas transformações sociais já vivenciadas ao longo de toda a história, o crime de estupro é uma constante na base da sociedade moderna, na realidade de muitas famílias, não fazendo distinção de cor, raça, idade, religião e nem de classes sociais, independentemente do mesmo não encontrar nenhum respaldo no círculo social para se manifestar.

Portanto, o objetivo deste artigo é analisar em que medida ainda existem divergências doutrinárias sobre a (im)possibilidade de ocorrência de estupro dentro do relacionamento amoroso e como vem se posicionando o Tribunal de Justiça de Santa Catarina quanto a essa temática. A metodologia abordada foi de revisão bibliográfica, buscando por antigas divergências doutrinárias e jurisprudências pós-Lei Maria da Penha, sobre o tema.

2 DA DIGNIDADE SEXUAL E SUAS NORMAS PROTETIVAS PENAIS

O estupro marital constitui um delito que acontece na constância de uma relação conjugal, na qual as mulheres são vítimas de uma violência específica, perpetrada por seus esposos/maridos/companheiros.

² foi escolhido como enfoque, por questões metodológicas que será considerado para este estudo apenas as relações heterossexuais, ou seja, entre homens e mulheres, apesar de que há violência sexual também perpetrada nos relacionamentos homoafetivos.

De acordo com Masson (2014, p. 310), em 1940 com a entrada em vigor do Decreto-lei nº 2.848, que estabeleceu o Código Republicano ou Contemporâneo, representou um grande avanço por destacar dois crimes sexuais empreendidos com o emprego de violência ou grave ameaça, sendo o crime de estupro, no qual o dolo deduz na pretensão livre de constranger a vítima à conjunção carnal e o atentado violento ao pudor, sendo que a intenção do indivíduo é a prática de ato libidinoso.

Para Fayet (2011, p. 36), ato libidinoso é “qualquer ato que extravase o apetite desenfreado de luxúria do agente, excetuada a relação vagínica. Poderá tratar-se do coito anal ou do oral, masturbação, da apalpação de órgãos genitais, da cópula entre os seios ou axilas etc.” Tais aspectos eram reforçados nos artigos 213 e 214 do Decreto/ Lei nº 2.848/40, vigentes até 2009, pela Lei n. 12.015.

Art. 213. Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.

Pena: reclusão de três a oito anos.

Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Pena: reclusão de dois a sete anos. (BRASIL, 1940, p. 54).

Entretanto, as penas distintas para esses dois crimes – estupro e o atentado violento ao pudor –, segundo Fayet (2011 p. 37), “perduraram até a edição da Lei nº 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos, na qual passou a se considerar como hediondos ambos os crimes, impôs a combinação dos mesmos com o artigo 223 caput e parágrafo único do CP”. Portanto, os artigos 213 e 214 do Código Penal ficaram expressos com uma nova escrita imposta pela Lei nº 8.072/90, sendo posteriormente confirmada pela Lei n. 8.930/94, conferindo nova redação ao artigo 1º Segundo Dayane de Oliveira Ramos Silva (2011, p. 37):

Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.
Pena: reclusão de 06 (seis) a 10 (dez) anos.

Art. 214. Constranger alguém mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Pena: reclusão de 06 (seis) a 10 (dez).

Para Fayet (2011 p. 38), em agosto de 2009 foram introduzidas algumas modificações trazidas pela Lei nº 12.015, que transformou o Título VI do Código Penal (CP), anteriormente retratado como “dos crimes contra os costumes” para “dos crimes contra a dignidade sexual”, unificando assim os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, revogando o artigo 214 do CP. Nucci (2009, p. 15) descreve que o legislador:

[...] foi além, unificando os crimes similares estupro e atentado violento ao pudor sob uma única denominação e com descrição da conduta típica em único artigo. Denomina-se estupro toda forma de violência sexual para qualquer fim libidinoso, incluindo, por óbvio, a conjunção carnal.

Segundo Capez (2012, p. 33-34) antes da nova Lei nº 12.015/09 o artigo 213 abordava apenas como conjunção carnal a cópula vagínica e os outros atos lascivos encontravam respaldo no art. 214.

Entretanto, com a nova redação inserida e a unificação dos artigos em questão, o delito de estupro passou a ter uma nova redação, na qual pode ser considerado como tal crime qualquer atitude com conteúdo sexual que possui como intuito a satisfação da libido.

Capez (2012, p. 33-34) sustenta que:

[...] conjunção carnal: é a cópula vagínica, ou seja, a penetração efetiva do membro viril na vagina. A antiga redação do art. 213 do CP somente esse ato sexual, sendo as demais práticas lascivas abrangidas pelo art. 214 do CP, atualmente revogado pela Lei n. 12.015, de sete de agosto de 2009. Ato libidinoso: compreende outras formas de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal. São os coitos anormais (por exemplo, a cópula oral e anal), os quais constituíam o crime autônomo de atentado violento ao pudor (CP, antigo art. 214). Pode-se afirmar que ato libidinoso é aquele destinado a satisfazer a lascívia, o apetite sexual.

Todavia, Fayet (2011, p. 38), ressalta que a legislação anterior concedia particularmente “proteção jurídica à liberdade sexual da mulher”. No entanto, com o ingresso dessas novas alterações trazidas pela Lei nº 12.015/2009, apoiadas no princípio da isonomia consagrado na Constituição Federal de 1988, abriu-se espaço para proteção de qualquer indivíduo seja homem ou mulher, consolidando assim, a liberdade de escolha sexual.

Segundo as palavras de Masson (2014, p. 82) a “liberdade sexual é o direito de dispor do próprio corpo. Cada pessoa tem o direito de escolher seu parceiro sexual, e com ele praticar o ato desejado no momento que reputar adequados” e conseqüentemente, ambos os sexos feminino ou masculino podem fazer parte do polo ativo do crime de estupro. Desse modo, nos dizeres de Bittencourt (2012, p. 2.328):

[...] homem e mulher têm o direito de negarem-se a submeter-se à prática de atos lascivos ou voluptuosos, sexuais ou eróticos, que não queiram realizar, opondo-se a qualquer possível constrangimento contra quem quer que seja, inclusive contra o próprio cônjuge, namorado (a) ou companheiro (a) (união estável); no exercício dessa liberdade podem, inclusive, escolher o momento, a parceria, o lugar, ou seja, onde, quando, como e com quem lhes interesse compartilhar seus desejos e necessidades sexuais. Em síntese, protege-se, acima de tudo, a dignidade sexual individual, de homem e mulher, indistintamente, consubstanciada na liberdade sexual e direito de escolha.

Nesse sentido, a nova redação inserida pela Lei nº 12.015/09 no artigo 213 do CP, se conceitua o crime de estupro como ato de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos” (BRASIL, 1940, p. 54).

Deste modo, para o doutrinador Capez (2012, p. 34) o crime de estupro “passou a abranger a prática de qualquer ato libidinoso, conjunção carnal ou não, ampliando a sua tutela legal para abarcar não só a liberdade sexual da mulher, mas também a do homem”.

Referida alteração de nomenclatura indica, desde logo, que a preocupação do legislador não se limita ao sentimento de repulsa social a esse tipo de conduta, como aconteceu nas décadas anteriores, mas sim à efetiva lesão ao bem jurídico em questão, ou seja, à dignidade sexual de quem é vítima deste tipo de infração. (NUCCI, 2014, p. 120).

Não há dúvidas que, independentemente se a mulher (ou o homem, no entanto, aqui nossa preocupação nesse artigo, por ora, é a análise da situação das mulheres) seja casada, solteira, virgem, ou ainda se prostitua, tais características são irrelevantes, por possuírem a liberdade de dispor do seu corpo para prática de atividades sexuais com quem consentir, não sendo admitida qualquer humilhação as quais foram submetidas quando forçadas a situação, sendo agravada quando esta ocorre em seu lar, que em tese seria um lugar seguro. Nesse sentido ensina Nucci (2014, p. 132).

Ainda no tocante ao sujeito passivo, são irrelevantes, para a incidência do artigo 213, os aspectos envolvendo a moralidade da vítima, podendo esta ser uma prostituta ou, também, um garoto de programa. Destarte, é irrelevante à existência do estupro o estado ou qualidade da vítima: solteira, casada, virgem ou não, honesta, devassa ou prostituta, porque, em qualquer caso, tem a mulher direito à tutela da lei, visto que a proteção se dirige ao direito de livre disposição do próprio corpo. Não importa seja a vítima solteira, casada ou viúva, uma vestal inatacável ou uma meretriz de baixa formação moral. Em qualquer hipótese é ela senhora de seu corpo e só se entregará livremente, como, quando, onde e a quem for de seu agrado.

Conforme o doutrinador expôs, a lei não deve fazer distinção do indivíduo em questão, sendo visto que o mesmo está tipificado nos moldes do Código Penal Brasileiro, tendo ocorrido a lesão do bem jurídico que deve ser protegido pelo Estado em sua totalidade, não podendo ser considerada uma excludente de ilicitude da conduta praticada no âmbito matrimonial. A ideia de que o marido/companheiro/namorado está executando seu exercício regular de direito é nada mais do que retrógrado, visto que a promulgação da Constituição Federal de 1988 destacou tratamento isonômico entre homens e mulheres. Nesse contexto (NUCCI, 2016, p. 269) se posiciona:

Não é mais tempo para se aceitar tal entendimento, tendo em vista que os direitos dos cônjuges na relação matrimonial são iguais (art. 226, § 5.º, CF) e a mulher dificilmente atingiria o mesmo objetivo agindo com violência contra seu marido, inclusive porque não existe precedente cultural para essa atitude.

Nesse sentido, além do CP prever a conduta criminosa do estupro, a Lei nº 11.340/2006 “Lei Maria da Penha”, que será melhor explorada mais à frente, também foi um grande avanço no que se refere aos casos de violência sexual, considerada uma modalidade de violência doméstica.

Portanto, o crime de estupro marital será sempre configurado quando houver grave ameaça ou violência para que haja relações sexuais no âmbito matrimonial, ressaltando-se que tal delito não viola somente a integridade física e moral da mulher, mas também fere diretamente sua dignidade humana juntamente com sua dignidade sexual, asseguradas constitucionalmente.

3 DEBATE DOUTRINÁRIO SUPERADO FRENTE À LMP

A violência sexual já compôs ensejo de grandes polêmicas no meio doutrinário no passado. Doutrinadores mais tradicionais como Nelson Hungria e Magalhães de Noronha, acolhiam e entendiam que o consorte (marido) não poderia ser acusado pelo crime de estupro em relação a sua própria esposa, pois a conjunção carnal é uma obrigação do casamento. Essa corrente tradicional entendia pela inexistência do crime de estupro do cônjuge como autor, mesmo diante de violência, forçando a vítima à prestação sexual, pois acreditavam ser direito do marido ter relações sexuais com sua companheira por conta da existência do débito conjugal (SILVA, 2011, p. 24).

Entretanto, esse posicionamento doutrinário, que se manteve por bastante tempo também nos julgados brasileiros, hoje não tem mais vez. Diversos doutrinadores³ já se manifestaram no sentido de que, atualmente, não há mais o débito conjugal e que a liberdade de escolha entre um casal, independentemente de que tipo de casal estamos analisando, é absoluta. Além do que, após todos os avanços legislativos trazidos pela Lei Maria da Penha, não há como manter o discurso de que há obrigação entre os casais em manter relações sexuais entre si, ainda que forçadas por um deles, em nome dos deveres do matrimônio (ou da união estável, se for o caso).

A Lei nº 11.340/2006 teve a finalidade de complementar o Código Penal no que tange à violência sexual contra a mulher no seio familiar, pois conforme afirmam Osório e Fontoura (2014, p. 3), tendo por base pesquisas realizadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), por meio do instrumento Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS) a população ainda tem majoritariamente a visão de família patriarcal, ainda que sob uma versão contemporânea, atualizada. O homem ainda é percebido como o chefe da família, seus direitos sobre a mulher não são irrestritos e excluem as formas mais abertas e extremas de violência.

A violência doméstica, violência intrafamiliar, violência contra a mulher e violência de gênero são termos que podem ser referidos a perspectivas de análise diferentes, no que tange ao termo violência e ao predicado que a acompanha. Veja-se o que algumas autoras explicam sobre essa questão, detendo-se primeiramente na expressão violência doméstica:

Violência doméstica é a que ocorre dentro de casa, nas relações entre as pessoas da família, entre homens e mulheres, pais/mães e filhos, entre jovens e pessoas idosas. Podemos afirmar que, independentemente da faixa etária das pessoas que sofrem espancamentos, humilhações e ofensas nas relações descritas, as mulheres são o alvo principal. (TELLES; MELO, 2003, p. 19).

De acordo com as citadas autoras, é importante destacar a diferença de origem dos conceitos de violência intrafamiliar e doméstica. Esta última é oriunda dos movimentos feministas, que denunciam o quanto o lar é perigoso para a mulher, pois é a mais atingida pela violência no espaço privado: “De qualquer forma, as ideias de ambas se entrelaçam, pois a violência doméstica ocorre no espaço familiar e a violência intrafamiliar se dá com frequência no espaço doméstico” (TELLES; MELO, 2003, p. 20).

Em continuidade à busca de entendimento sobre a expressão violência contra a mulher, encontrou-se nas mesmas autoras a explicação de que:

A própria expressão “violência contra a mulher” foi assim concebida por ser praticada contra pessoa do sexo feminino, apenas e simplesmente pela sua condição de mulher. Essa expressão significa a intimidação da mulher pelo homem, que desempenha o papel de seu agressor, seu dominador e seu disciplinador. (TELLES; MELO, 2003, p. 19).

A violência de gênero também pode ser entendida como violência contra a mulher, uma vez que:

O conceito de violência de gênero deve ser entendido como uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher. Ele demonstra que os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre os sexos e indica que a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim do processo de socialização das pessoas. Ou seja, não é a natureza a responsável pelos padrões e limites sociais que determinam comportamentos agressivos aos homens e dóceis e submissos às mulheres. (TELLES; MELO, 2003, p. 18).

Após muitos debates com o Legislativo, o Executivo e a sociedade, o Projeto de Lei nº 4.559/2004 da Câmara dos Deputados chegou ao Senado Federal (Projeto de Lei de Câmara nº 37/2006) foi aprovado por unanimidade em ambas as Casas. A Lei nº 11.340/2006, chamada de Lei Maria da Penha, foi promulgada em 7 de agosto de 2006 e batizada com este nome pelo então presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, em homenagem a uma vítima da violência e ícone da luta contra a violência doméstica no Brasil, a biofarmacêutica Maria da Penha Maia.

Essa lei foi embasada no parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal, na Convenção sobre a eliminação de todas as formas de violência contra a mulher, na Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e em outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil, com o objetivo de criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme refere o art. 1º da citada lei.

Silva (2011, p. i) destaca que o artigo 7º, inciso III, da Lei Maria da Penha, (11.340/2006), enfatiza a questão da violência sexual, tema-foco deste artigo, como sendo uma forma de violência doméstica:

Art. 7º - São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: [...] III- a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça coação, ou uso da força; que comercializar ou utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que force ao matrimônio, a gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos. (BRASIL, 2006, p. 3).

Nesse sentido, após a análise do contexto histórico-normativo e doutrinário no que tange o delito de violência sexual contra mulheres dentro do seio doméstico, agora é o momento de tratarmos sobre como o Tribunal de Santa Catarina vem se posicionando frente ao tema.

4 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Trataremos nesta última parte do artigo sobre dois julgados referentes ao estupro marital e como é tratada sua aplicabilidade nas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. A pesquisa foi realizada junto ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), onde na pesquisa de jurisprudência foi buscado nos “resultados” de palavras / expressões: estupro marital, estupro intramarital, estupro matrimonial, estupro intramatrimonial, estupro conjugal – tudo no período determinado de 2006 a 2020.

Nos resultados foram encontrados apenas 4 julgados, dois a seguir analisados. Os outros 2 se tratavam de questões que não contem relação com a temática aqui pesquisada, pois se referia a um crime de denunciação caluniosa, onde uma mãe denunciou falsamente o marido por ter estuprado a filha do casal em que se provou ser mentira e no outro caso, o casal, esposa e marido estupraram em conjunto de esforços sua sobrinha.

Pelo parco resultado encontrado na busca jurisprudencial, junto ao website do TJSC, realizamos uma segunda tentativa de buscas, agora procurando nos “resultados” a expressão – estupro (sem a palavra – vulnerável) – determinado a busca de 2006 a 2020, conforme acima também realizado. No entanto, apesar de encontramos 815 resultados de julgados – junto a seleção rápida – Direito Criminal – apenas os mesmos dois casos acima encontrados e abaixo analisados é que mencionam a relação conjugal entre as partes, sendo todos os demais vinculando partes sem nenhuma relação de afetividade, ou parentesco, ou se existe, não é de vínculo matrimonial.

Primeiro caso Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Apelação criminal. Crime contra a liberdade sexual. Estupro em continuidade delitiva cometido mediante violência presumida (CP, art. 213 c/c art. 224, a e art. 71, caput) suposta conduta praticada na vigência do art. 107, viii, do CP revogação pela lei n. 11.106/2005 comprovação da união estável da vítima com terceiro - relação equiparada ao casamento (CF, art. 226, § 3º) delito cometido sem violência real ou grave ameaça ausência de requerimento da vítima para o prosseguimento da ação penal. ultratividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, xl) aplicabilidade ao caso concreto extinção de punibilidade decretada. Por força do art. 5º, XL, da Constituição Federal, é inadmissível a retroatividade de norma penal, salvo para beneficiar o réu, donde se conclui por via oblíqua, que a lei revogatória de causa extintiva de punibilidade é inaplicável aos crimes cometidos anteriormente a sua vigência, por se tratar de lex gravior, resultando na eficácia ultrativa da norma penal mais benéfica existente quando da conduta ilícita. Assim, a revogação do inciso VIII do art. 107 do Código Penal, que trata da extinção de punibilidade para os agentes acusados

da prática de crimes contra os costumes “pelo casamento da vítima com terceiro, [...] se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração”, pela Lei n. 11.106/2005, não tem o condão de prejudicar aqueles a quem se imputou essa espécie de delito anteriormente à vigência desta, porquanto se deve aplicar aquele preceptivo de forma ultrativa. II A Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º, reconhece a união estável como entidade familiar para fins de proteção do Estado, tornando-a equiparada ao casamento, razão pela qual, malgrado o inciso VIII do art. 107 do CP faça alusão expressa apenas à segunda espécie de relação conjugal, é de se reconhecer a extinção da punibilidade do agente quando provado que a vítima convive sob o primeiro regime com terceiro e, além disso, tenha o delito sido cometido sem emprego de violência real ou grave ameaça e inexistir manifestação da vítima no sentido requerer prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias do início da união estável. (TJ-SC - ACR: 288821 SC 2009.028882-1, Relator: Salete Silva Sommariva, Data de Julgamento: 24/08/2010, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal).

Neste caso acima, a pré-adolescente com o intuito de trabalhar para ter o seu próprio dinheiro e comprar suas roupas, mesmo contra a vontade da mãe e do padrasto foi a procura de um emprego, contratada para serviços domésticos, passado algum tempo sua empregadora começou a usá-la para prostituição, sob ameaças, a vítima sem entender o que estava acontecendo e com receio de perder o emprego, perdeu sua virgindade aos doze anos de idade.

Após a vítima ser usada pela empregadora algumas vezes, a mãe da vítima percebeu o que estava acontecendo e então pediu a demissão da filha, porém a mesma manteve um relacionamento amoroso com um dos abusadores, mesmo após ter saído da convivência com a ex-patroa, que usou o casamento como subterfúgio para dar continuidade aos atos delitivos, a vítima por não conhecer o crime de estupro marital viveu nessa situação durante anos até entrar com um processo criminal contra sua ex-empregadora e contra outros três homens que a abusaram enquanto permaneceu “trabalhando” na casa, ainda contra o seu ex-esposo que cometia constantemente estupro marital contra ela. Nesse caso, está bem demonstrado como o matrimônio é utilizado muitas vezes para que atos delitivos aconteçam.

Abaixo está relatada a decisão do Juiz de primeiro grau: “Conclusos os autos o Magistrado Arivaldo Rogério Ribeiro da Silva prolatou sentença julgando extinta a punibilidade do acusado, com fundamento no art. 107, VIII, do CP, com base em extra-atividade de lei penal benigna.” O juiz se utilizou do posterior casamento da vítima com um dos agressores, para extinguir a punibilidade do Réu (ainda na lei antiga em que era possível a extinção da punibilidade em nome do casamento da vítima com terceiro, revogado pela Lei 11.106/2005), porém este cometeu o crime de estupro contra a vítima antes e durante o casamento, devendo ter respondido pelo crime sem que o casamento excluísse o ato ilícito praticado, se não fosse aplicado o princípio processual da extra-atividade da lei penal. Mesmo a vítima entrando com recurso de Apelação junto ao Tribunal de Justiça esta não obteve provimento, mantendo a sentença de primeiro grau em que extinguiu a punibilidade do agente.

É nítido que faltam muitos avanços em nosso sistema judicial, são casos como este, publicados em 2010, em que se chegou até o Tribunal de Justiça que percebemos o descaso com a vítima, além

de todo o sofrimento antes e durante o casamento, em que o abusador continuará sem nenhuma punição pelo crime cometido. E ainda interessante averiguar que a relatora dessa decisão, desembargadora Salete Silva Sommariva, é atualmente uma das magistradas mais atuantes no combate à violência doméstica em Santa Catarina.

No segundo caso, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina proferiu decisão totalmente diferente do caso acima mencionado, vez que este, além da palavra da vítima ter sido considerada, a palavra do filho do casal, que na época dos fatos tinha treze anos de idade, também foi levada em conta no momento da condenação.

O réu após chegar em casa embriagado obrigou a vítima, sua esposa, mediante violência e grave ameaça com faca, a manter relações sexuais com ele, o que inclusive, foi presenciado por seu filho, que foi igualmente ameaçado pelo próprio pai a morte caso falasse alguma coisa, ameaçou os dois caso recebesse alguma intimação judicial. O réu fazia uso de drogas e bebidas, ficando totalmente agressivo, além de subtrair objetos da família para trocar por entorpecentes. O filho do casal relatou em Juízo que não dormia há dias por conta da agressividade do pai com a família, que o mesmo xingava sua mãe constantemente e ameaçava com faca. Abaixo a decisão:

Estupro, violência sexual cometida contra cônjuge varoa (CP, art. 213). Palavras da vítima, insuspeitas, aliadas às do filho adolescente, que presenciou a agressão e à índole belicosa do réu que não deixam dúvida quanto à prática do delito. Absolvição inviável. Condenação mantida.

[...]

Reporta o processado que, na madrugada do dia 30.4.2008, o réu, após chegar em casa embriagado, obrigou sua esposa, mediante ameaça com faca, a manter relações sexuais, o que, inclusive, foi presenciado por seu filho de 13 anos. A materialidade, em que pese o delito não ter deixado vestígios físicos, pode ser comprovada pelo Boletim de Ocorrência n. 00088-2008-01787 e pelo Pedido de Medidas Protetivas de Urgência no Procedimento Policial (fls. 3/4 e 6/7). A certeza da autoria pode ser extraída das palavras da vítima e de seu filho menor, que presenciou a agressão sexual. [...] Contou que, foi forçada por ele, mediante ameaça com uso de faca, a manter relações sexuais, o que ocorreu diante de seu filho de 13 anos, que, igualmente, foi ameaçado de morte pelo réu, “caso falasse alguma coisa”. Relatou que o marido “deixou claro não se importar em retornar para a cadeia”, pois lá “só como e dorme”, mas ressaltou que “irá matá-la, caso recebesse alguma intimação. [...] Nesse ponto, urge ressaltar que as relações sexuais entre parceiros, ainda que na constância do casamento, são, antes de mais nada, fruto do desejo da ambas as partes, e devem ser realizadas, voluntariamente, indo longe o tempo em que a recusa uxória era tida como desrespeito às “obrigações conjugais”. (TJ-SC - APR: 747841 SC 2008.074784-1, Relator: Irineu João da Silva, Data de Julgamento: 01/04/2009, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal (Réu Preso) de Joinville).

O relator do acórdão se utilizou de argumentos como a autonomia na disponibilidade do próprio corpo para que haja uma relação consensual, dentro do casamento e foi constatado que o acusado agiu com dolo, possuindo personalidade de conduta violenta para o crime e que ficam mais aflorados ainda quando está embriagado e drogado. Portanto, nesse caso, o réu foi condenado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Jamais uma mulher deve se sentir compelida a ter relações sexuais com seu parceiro por obrigação do casamento, pois o matrimônio deve ser visto como a vontade de duas pessoas em compartilhar suas vidas, a união, parceria, cuidado um com o outro e principalmente, respeito, que é o pilar principal de qualquer relação. Porém, vivemos em uma sociedade ainda muito machista, em que ainda vê o corpo feminino como objeto sexual, visão essa que vem mudando gradativamente ao passar dos anos.

Diariamente, assistimos nos noticiários casos em que o marido/companheiro não aceita que sua esposa/companheira tenha terminado com o relacionamento, levando então a cometer crimes em nome de vingança, retaliação, não aceitação do rompimentos, torturam mães e filhos para que essas não deixem o matrimônio, as matam, ou as estupram. É um cenário deplorável, que aos poucos vem enfrentando mudanças, tanto normativas, com a Lei Maria da Penha, sendo um dos grandes exemplos, mas também que vem se refletindo nos tribunais país a fora.

No tribunal pesquisado percebemos que há um percurso voltado à proteção da mulher, no entanto tendo em vista leis antigas que beneficiavam o suposto réu (especialmente antes de 2006), existe a possibilidade de tais condutas terem a punibilidade extinta, caso a vítima esteja convivendo com um terceiro, ou seja, na perspectiva da época, não deixando a honra daquela mulher manchada.

Concluimos, que ainda dependemos de muitos avanços tanto sociais quanto jurisprudenciais para que o crime de estupro marital seja efetivamente reconhecido e que a vítima tenha seus direitos de defesa concomitantemente com a punição do agressor reconhecidos, para que a justiça seja feita de forma equilibrada e equânime, sem que a vítima se omita ou fique receosa de denunciá-lo por medo de perder a própria vida, ou pela demora na concessão de uma medida protetiva de urgência ou prisão preventiva de seu agressor.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei no 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 3 mar. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 3 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.072**, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 3 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.340**, de 7 de Agosto de 2006. “Lei Maria da Penha” Disponível em: <http://www.>

planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GRECCO, Rogerio. **Código penal comentado**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal, parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

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

OSORIO, Rafael Guerreiro; FONTOURA, Natalia. **Tolerância social à violência contra as mulheres**. Sistema de Indicadores da Percepção Social. 2. ed., 2014. Acesso em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres_antigo.pdf. Acesso em: 30 maio 2020.

SILVA, Dayane de Oliveira Ramos. Aplicabilidade da Lei Maria da Penha: um olhar na vertente do gênero feminino. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8892. Acesso em: 1 nov. 2019.

TELES, Maria Amelia; MELO, Monica. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2003. (Coleção Primeiros Passos).

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. TJ - SC - ACR: 747841 SC 2008.074784-1, Relator: Irineu João da Silva data de Julgamento: 01/04/2009, Segunda Câmara Criminal, Apelação Criminal (Réu Preso) de Joinville. Disponível em: <http://tjsc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7781089/apelacao-criminal-reu-presos-acr-747841-sc-2008074784-1>. Acesso em: 10 mar. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. TJ - SC. ACR: 288821 SC 2009.028882-1, Relator: Salete Silva Sommariva, Data de Julgamento: 24/08/2010, Segunda Câmara Criminal, Apelação Criminal. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18296380/apelacao-criminal-acr-288821-sc-2009028882-1/inteiro-teor-18296382?ref=juris-tabs>. Acesso em: 6 jun. 2020.

Recebido em: 19 de março de 2020

Avaliado em: 23 de Julho de 2020

Aceito em: 23 de Julho de 2020



A autenticidade desse artigo pode ser conferida no site <https://periodicos.set.edu.br>

1 Doutora e Pós-Doutora e em Ciências Humanas, PPGI-CH, UFSC (2018/2017); Mestre em Patrimônio Cultural e Sociedade, pela Univille - Joinville (2012); Professora da Faculdade CESUSC mantida pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina no Curso de Direito – Florianópolis; Advogada; Coordenadora do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Público e Teoria Social - Virtù, Núcleo de Acesso à cidadania e justiça e do Núcleo de Atividades do Tribunal do Júri, todos da Faculdade CESUSC; Membro da Associação de Advogados Criminalistas de Santa Catarina. E-mail: christianekalb@hotmail.com

2 Acadêmica em Direito, Faculdade CESUSC, mantida pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina; Estagiou na 1ª vara criminal da comarca de Florianópolis, na Secretaria de Estado da casa civil, na Celesc junto setor jurídico e atualmente, faz estágio no setor jurídica da Eletrobras, todos em Florianópolis. E-mail:



Este artigo é licenciado na modalidade acesso abertosob a Atribuição-Compartilha Igual CC BY-SA

