

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LARISSA FERRASSI GARCIA

**A MULHER COMO SUJEITO ATIVO DO CRIME DE
ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A TUTELA CÍVEL E PENAL DA
VÍTIMA NA OCORRÊNCIA DE GRAVIDEZ INDESEJADA.**

VITÓRIA
2017

LARISSA FERRASSI GARCIA

**A MULHER COMO SUJEITO ATIVO DO CRIME DE
ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A TUTELA CÍVEL E PENAL DA
VÍTIMA NA OCORRÊNCIA DE GRAVIDEZ INDESEJADA.**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória-FDV, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do professor Mestre Israel Domingos Jório.

VITÓRIA

2017

LARISSA FERRASSI GARCIA

**A MULHER COMO SUJEITO ATIVO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL:
A TUTELA CÍVEL E PENAL DA VÍTIMA NA OCORRÊNCIA DE GRAVIDEZ
INDESEJADA.**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória-FDV,
como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2017.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profº Mestre Israel Domingos Jório
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Profº
Faculdade de Direito de Vitória

RESUMO

O presente estudo teve como objetivo discutir o tipo penal de estupro de vulnerável (art. 217-A, CP) com redação dada pela lei 12.015/2009, sob o ponto de vista histórico da evolução dos crimes que atentam contra a dignidade sexual, tendo como enfoque a mulher como sujeito ativo da infração, e os aspectos controversos e relevantes sobre essa conjectura. Acerca dessa temática, faz-se necessário discutir também pontos que refletem da conduta principal do crime, como por exemplo a aplicabilidade da causa de aumento de pena do art. 234-A, III, CP à mulher autora do crime que engravida em razão da própria conduta criminosa, e os aspectos da Súmula 593 recentemente aprovada pelo STJ, que estabelece sobre o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente do delito. Ademais, apesar do legislador ter buscado respeitar o princípio da isonomia no momento de construir o texto legal da lei 12.015/2009, ainda restam lacunas jurídicas que evidenciam o tratamento diferenciado em razão do gênero do sujeito ativo nos crimes contra a dignidade sexual. Nesse ínterim, em análise, constata-se que a tutela do homem vítima de estupro de vulnerável resultante em gravidez ainda é aspecto a ser explorado no nosso ordenamento jurídico. Sendo assim, o presente trabalho fora desenvolvido, por meio de pesquisa bibliográfica, em busca de uma solução para tal problemática, se propondo a investigar a (im)possibilidade da mulher infratora optar pelo aborto legal, e os desdobramentos do delito na esfera civil.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável. Lei 12.015/09. Mulher como sujeito ativo. Gravidez indesejada. Tutela da vítima.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1 A REFORMA CRIMINAL DE 2009 E SEUS PRINCÍPAIS IMPACTOS NOS CRIMES SEXUAIS COMETIDOS CONTRA INCAPAZES	07
2 A MULHER COMO SUJEITO ATIVO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	11
2.1 A GRAVIDEZ COMO CAUSA DE AUMENTO DE PENA E A HIPÓTESE DE SUA APLICAÇÃO À INFRATORA	14
2.2 SÚMULA 593 DO STJ: DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DOS MENORES DE 14 ANOS, CONSENTIMENTO E RELACIONAMENTO AMOROSO	16
3 A PATERNIDADE INDESEJADA DERIVADA DE ESTUPRO E SUAS CONSEQUÊNCIAS	20
3.1 A TUTELA DO HOMEM VÍTIMA NO CAMPO PENAL: O PLEITO PELO ABORTO	22
3.2 A TUTELA DO HOMEM VÍTIMA NA ESFERA CÍVEL: A NEGATIVA DE PATERNIDADE	25
4 AÇÃO CIVIL <i>EX DELICTO</i>: UMA SOLUÇÃO INTERMEDIÁRIA	30
CONSIDERAÇÕES FINAIS	33
REFERÊNCIAS	35

INTRODUÇÃO

Com a nova redação dada pela Lei 12.015/09¹, o Título IV da Parte Especial do Código Penal² sofreu grandes modificações. Uma das principais mudanças foi a inserção do art. 217-A, referente ao estupro de vulnerável, o qual abarca num único dispositivo o atentado violento ao pudor e o estupro de vulneráveis.

O art. 217-A fala expressamente das hipóteses em que o sujeito passivo detém vulnerabilidade sexual, também acrescentando ao dispositivo que, além da prática de conjunção carnal, outros atos libidinosos contra vulneráveis também serão punidos mediante a pena do dispositivo.

A Lei 12.015/09 também apresenta ao Código Penal mudança no dispositivo legal do estupro, qual seja, o art. 213. Sendo assim, passa-se a definir o crime como o fato 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. Assim, o legislador passa a admitir indivíduos de ambos os sexos como sujeitos ativos e passivos do delito, da mesma forma, o art. 217-A também não define o sexo dos sujeitos do crime, sendo passível que se entenda que o delito pode ser cometido tanto por homens como por mulheres, sendo este o ponto de partida dos questionamentos deste trabalho.

Logo de antemão, faz-se essencial destacar que a vulnerabilidade descrita pelo dispositivo do Estupro de Vulnerável é a vulnerabilidade sexual absoluta, sendo entendimento pacífico diante dos tribunais superiores. Partindo desse preceito, é sabido que o menor de 14 anos, embora possua dignidade sexual, não dispõe de liberdade sexual.

Acrescenta-se que, para o Código Penal, aquele que é portador de enfermidade ou deficiência mental, não possuindo discernimento necessário em relação às práticas sexuais, se tornando sujeito a abusos e exploração sexual, e, aquele que por qualquer

¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009. **Crimes contra a dignidade sexual**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 26 abril 2017.

² 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: 26 abril 2017.

outra causa não puder oferecer resistência, também são caracterizados como vulneráveis diante do dispositivo legal do art. 217-A.

Ademais, não é elemento essencial para criminalização da conduta que tenha havido violência ou grave ameaça, considerando que, mesmo se não houvesse, ainda resta configurado o crime em razão da vulnerabilidade do sujeito passivo. Sob essas circunstâncias, admite-se que uma mulher estupe um homem, ou melhor, na hipótese a ser discutida, um menor vulnerável.

Nesta pesquisa, busca-se, também, tratar sobre a causa de aumento de pena na hipótese de o crime resultar em gravidez, nos termos do Art. 234-A, III, e a sua aplicabilidade quando o sujeito ativo do crime se trata da mulher.

Sendo assim, propõe-se discutir aqui a possibilidade ou não da mulher sujeito ativo e/ou o sujeito passivo optarem pelo aborto sentimental em razão de gravidez resultante de estupro de vulnerável, conforme encontra-se expresso no art. 128, inciso II do CP.

Nesse íterim, a proposta deste trabalho é promover uma análise prática da tutela do homem vítima de estupro de vulnerável na hipótese da gravidez indesejada, em busca de descobrir se, afinal, há a possibilidade de ocorrer negativa de paternidade de criança nascida proveniente de estupro ou a hipótese de permissão à genitora de aborto sentimental, em razão da gravidez indesejada ser proveniente dessas mesmas condições. Logo, cabe o questionamento: Como tutelar os direitos da vítima nessas circunstâncias?

Sem embargos, esta se trata de uma problemática extremamente complexa, envolvendo diversos princípios conflitantes, estando inserta em um grande círculo de debate que abrange não só o Direito Penal, mas também o Direito Constitucional, Direito de Família e Sucessões e o Direito da Criança e do Adolescente. Assim, é imprescindível se atentar ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade ao promover uma análise sobre o conjunto de questões.

Por conseguinte, almeja-se, combinadamente, verificar se a mulher como sujeito ativo no crime de estupro de vulnerável possui tratamento jurídico diferenciado do homem como sujeito ativo do mesmo delito, e para tanto, a presente pesquisa busca compreender as formas de se cometer a infração e os devidos elementos necessários para que ocorra essa caracterização. Por fim, compara-se aqui a aplicabilidade da lei no momento de tutelar os direitos das vítimas de estupro de vulnerável quando estas são de sexos distintos, e até que ponto é possível interferir no livre arbítrio do sujeito ativo, a mulher. Para tanto, cabe averiguar as diferentes posições acerca desse assunto.

2 A REFORMA CRIMINAL DE 2009 E SEUS PRINCÍPAIS IMPACTOS NOS CRIMES SEXUAIS COMETIDOS CONTRA INCAPAZES

De início, denota-se a relevância em estudar a reforma criminal de 2009, especificamente do Título IV da parte especial do Código Penal, de forma que se analise as evidentes lacunas geradas no ordenamento jurídico, em razão da não observação do legislador às hipóteses de tutela da vítima de estupro de vulnerável.

A nova Lei 12.015/2009 trouxe modificações no título dos “crimes contra os costumes”, que após a reforma passou a se chamar “crimes contra a dignidade sexual”, que, de acordo com Nucci³, é modificação que dá relevo à dignidade sexual, corolário natural da dignidade da pessoa humana, bem jurídico tutelado no art. 1º, III, da Constituição Federal.

Não obstante, o legislador, ao promover essa mudança, demonstra se preocupar não só com o sentimento de repulsa social a esse tipo de conduta, mas, também, com a efetiva lesão da dignidade sexual da vítima do crime, ou seja, se preocupa primariamente com a ofensa ao bem jurídico⁴. Logo, observa-se um esforço em

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: Parte Especial:** Arts. 213 a 361 do Código Penal. V. 3. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2017. p. 3

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/2009.** Guilherme Nucci. 2014. Disponível em: < <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509>>. Acesso em: 23 out 2017.

combater os diversos gêneros de violência sexual que não foram efetivamente regulados na legislação anterior à reforma.

Ademais, a se compreender a realidade do mundo moderno, a reforma do Código Penal foi extremamente necessária, isto porque os conceitos de moralidade e ética são mutáveis e devem acompanhar a evolução social. Assim, dada a atual conjuntura da sociedade atual, onde há nítida liberação saudável da sexualidade, não poderia o legislador se abster e optar por se destituir do mundo real⁵.

Posto isso, a antiga titulação “crimes contra os costumes” se tornou defasada, visto que o próprio vocábulo “costumes”, conforme assevera Nelson Hungria⁶, diz respeito a “hábitos da vida sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais”. Nesse ínterim, a lei penal anterior a reforma se propunha a tutelar o interesse jurídico pertinente a preservar o mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais⁷.

Nesse sentido, bem argumenta Vanessa Wildner Martins:

Desde o Código Criminal do Império a dignidade sexual vinha sendo confundida com a honra, vez que era tratada ao lado de crimes como calúnia e injúria. A antiga denominação “costumes” referia-se aos hábitos, aos “bons costumes”, principalmente na seara sexual⁸.

Cumprindo ainda asseverar que, anteriormente à reforma criminal de 2009, a mulher era sempre vista como objeto, e nunca como a portadora de desejos e interesses. O gênero feminino era, juridicamente e socialmente, mantido alheio à vida sexual. À época, havia também uma superestimação da virgindade da mulher, que pode ser demonstrada, por exemplo, no revogado “crime de sedução” do art. 217 do CP, que subestimava a inteligência do sexo feminino⁹. Logo, é possível aferir que,

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: Parte Especial: Arts. 213 a 361 do Código Penal**. V. 3. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2017. p. 5

⁶ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1959. v. 3, p. 103-104

⁷ Ibidem

⁸ MARTINS, Vanessa Wildner. **A tutela penal da liberdade sexual e as inovações da lei 12.015**. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1116/Vanessa%20Widner%20Martins.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 out 2017.

⁹ Ibidem

anteriormente à reforma, era inconcebível o estupro do homem pela mulher, que é circunstância plenamente passível de ocorrer, tanto que se trata de hipótese tipificada em outros ordenamentos jurídicos¹⁰.

Em 2005, surge a Lei 11.106, responsável por dar início às modificações no rol dos crimes sexuais, no entanto, por ter realizado uma reforma “tímida”, foi somente com o advento da lei 12.015/09 que insurgiram as mudanças mais significativas. A nova legislação criminal não se conteve a alterar dispositivos legais já existentes, mas, também, incorporou novos tipos penais e revogou outros.

Posto isso, com a nova capitulação e inovações que a Reforma Criminal trouxe ao Título VI do Código Penal, destacam-se aquelas condizentes às figuras do estupro (art. 213, CP) e do estupro de vulnerável (art. 217-A, CP).

Diz-se isso pois, nos artigos supracitados, as alterações foram expressivas, tendo o legislador agrupado as figuras de atentado violento ao pudor e estupro em um único crime, que passou a só ser chamado de estupro. Uma vez unificados esses tipos penais, também foi criada a modalidade criminal alcunhada de “estupro de vulnerável”, que tem como sujeito passivo, exclusivamente, indivíduos menores de 14 anos e aqueles que, por alguma condição específica, não possam oferecer resistência¹¹.

Com o surgimento da Lei 12.015, o crime de estupro passa a ser descrito da seguinte maneira:

Art. 213 - 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.
§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

¹⁰ FERNANDES, Antonio Scarance; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Estupro: enfoque vitimológico**. Justitia, São Paulo, v. 53, n. 154, p. 79-94, abr./jun. 1991. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/23376/estupro_enfoque_vitimologico.pdf>. Acesso em: 23 out 2017.

¹¹ MARTINS, Vanessa Wildner. **A tutela penal da liberdade sexual e as inovações da lei 12.015**. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1116/Vanessa%20Widner%20Martins.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 27 out 2017.

§ 2º Se da conduta resulta morte: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.¹²

Logo, por meio de uma breve leitura, ao se analisar as predileções do legislador na construção do novo texto legal, e os termos que optou por incluir, é certo que a conduta do sujeito ativo do art. 213 abrange não só a conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça, mas, também, a prática de ato libidinoso, em iguais circunstâncias. Assim como também se destaca a inserção do termo “alguém”, que demonstra, basicamente, ser possível que qualquer indivíduo, seja homem ou mulher, possa figurar como sujeito passivo ou ativo.

Superado esse ponto, a nova figura do estupro de vulnerável insurge no ordenamento jurídico sob a seguinte caracterização:

Art. 217-A - Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (Vetado.)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos¹³.

Tem-se, portanto, um tipo penal que busca resguardar os menores de 14 anos das práticas sexuais, não importando, neste caso, a configuração, ou não, de consensualidade, em razão da natureza da sua vulnerabilidade – aspecto que será aprofundado mais adiante, especificadamente no tópico 2.2 do presente trabalho.

Nada obstante, a criação da figura do estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), coloca fim à discussão que ocorria sobre a natureza absoluta ou relativa da presunção de violência quando o estupro fosse praticado contra vítima menor de 14 anos¹⁴. No

¹² BRASIL. Decreto-Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009. **Crimes contra a dignidade sexual**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 26 abril 2017

¹³ Ibidem

¹⁴ MARTINS, Vanessa Wildner. **A tutela penal da liberdade sexual e as inovações da lei 12.015**. Disponível em: < <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1116/Vanessa%20Widner%20Martins.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 27 out 2017.

entanto, com o advento do art. 217-A, CP, a premissa da presunção apenas deixa de incidir sobre a violência, e passa a tratar da fixação de critérios legais sobre elementos do tipo, como por exemplo a vulnerabilidade. Sendo assim, a nova figura prevista no artigo 217-A, CP, apenas retirou a incidência da violência, independentemente de presumida ou ficta, respondendo o agente em concurso material quando de sua caracterização.

No mais, de acordo com o entendimento de Cezar Roberto Bittencourt¹⁵, “o legislador contemporâneo usa a mesma presunção de violência, porém, disfarçadamente, na ineficaz pretensão de ludibriar o intérprete e o aplicador da lei”.

Por fim, é mister, assim, que se examine os tipos penais após a reforma para fixar o alcance desses dispositivos, e elucidar sobre as suas consequências além do mundo jurídico. Com isso, uma vez que, adiante da aplicação da norma penal, vê-se também a necessidade de discussão dos princípios que regem essa relação, para que se faça uma análise abrangente do conflito tese, é indispensável uma apreciação da reforma por um viés não só constitucional, mas, igualmente, civilista.

2 A MULHER COMO SUJEITO ATIVO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Não é recente a hipótese apresentada pela doutrina quanto à possibilidade da mulher constranger o homem a praticar conjunção carnal ou ato libidinoso. Rogério Greco¹⁶ assevera que o próprio art. 213 do Código Penal já nos apresenta claramente a conjectura de estupro nessas circunstâncias, uma vez que este tipo penal admite a conjunção carnal ser levada a efeito por um homem ou por uma mulher, desde que se trate de uma relação heterossexual.

O estupro do homem faz parte da nova realidade jurídica apresentada pela Lei 12.015/2009, que se adequa ao Princípio Constitucional da Isonomia, na

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 76.

¹⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. V. III. 12ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015. p. 487

medida em que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. De fato, no mundo contemporâneo, era inconcebível que só a mulher tivesse sua liberdade sexual protegida no delito de estupro, com isso, o legislador buscou tutelar a liberdade sexual tanto da mulher como do homem.¹⁷

Os ilustríssimos doutrinadores Mirabete e Fabbrini, corroboram com esse entendimento especificamente nas circunstâncias do crime do art. 217-A quando dizem que:

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável, tanto o homem quanto a mulher. Pratica, assim, o crime em estudo a mulher que tem conjunção canal com menor de 14 anos do sexo masculino. Nessa forma de conduta, somente não pode ser autor pessoa do mesmo sexo do menor, porque nesse caso não pode haver coito normal. Na prática de outro ato libidinoso, não há impedimento de que autor e vítima sejam do mesmo sexo¹⁸.

Segundo Plínio Gentil e Ana Paula Jorge¹⁹, o enunciado lacônico do art. 217-A diz de maneira implícita que é irrelevante nas circunstâncias de estupro de vulnerável o consentimento do ofendido quando à prática do ato libidinoso, ocorrendo o crime mesmo que o sujeito passivo consinta ou não, visto que menor vulnerável não dispõe de liberdade sexual. Entretanto, faz-se necessário, por exemplo, que o sujeito ativo tenha conhecimento ou seja capaz de perceber que o sujeito passivo é menor de 14 anos, ou seja, que as circunstâncias fáticas não o levem a presumir o contrário.

Assim como no estupro simples, o elemento subjetivo é o dolo, sendo também exigida a vontade e a consciência, porém, aqui, exige-se que o sujeito ativo tenha conhecimento da condição de vulnerabilidade da vítima. Caso haja desconhecimento do agente quanto à condição do sujeito passivo, a conduta será considerada atípica, excluindo o crime, conforme art. 20, do CP.²⁰

Sendo o dolo uma elementar para a caracterização do delito, na hipótese do agente não ter conhecimento real da condição da vítima mas, no entanto, ter cometido o ato com o emprego de violência ou grave ameaça, deverá ocorrer, neste caso, a

¹⁷ DELGADO, Yordan Moreira. **Comentários à Lei nº12.015/09**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2289, 7 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13629>>. Acesso em: 2 nov 2017.

¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. V. 2. 33ª ed. São Paulo, SP: Atlas, 2016. p. 429

¹⁹ GENTIL, Plínio Antônio Britto, JORGE, Ana Paula. **O Novo Estatuto Legal dos Crimes Sexuais: Do Estupro do Homem ao Fim das Virgens...**, Revista Bonijuris, Curitiba. Ano XXI. V. 552. p. 09. Nov., 2009.

²⁰ CAMPOS, Pedro Franco de; BECHARA, Fábio Ramazzini; THEODORO, Luis Marcelo Mileo; ESTEFAM, André. **Reforma Penal: Comentários às Leis n. 11.923, 12.012 e 12.015 de 2009**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 50.

desclassificação do crime para estupro em sua forma simples, não sendo possível atribuir condição de atipicidade nessa conjuntura²¹.

Nesse seguimento, também colabora o ilustríssimo doutrinador Cezar Roberto Bitencourt da seguinte maneira:

No crime de estupro de vulnerável, o bem jurídico tutelado é a dignidade do menor de quatorze anos e do enfermo ou deficiente mental, que não tem o necessário discernimento para a prática do ato. Porém, aqui, não se pode falar em liberdade sexual como bem jurídico, pois não há plena disponibilidade do exercício dessa liberdade. Na verdade, tenta se proteger a evolução normal e o desenvolvimento da personalidade do menor, para que no futuro, quando ele for adulto, não tenha nenhum tipo de trauma, podendo ter assim uma vida sexual normal.²²

Diante desse cenário, cabe ressaltar que meninos iniciam a puberdade entre 9 e 14 anos, tendo uma idade média de 12²³, havendo a hipótese de gravidez derivada do estupro, a depender das condições biológicas do sujeito passivo.

Assim, tendo em vista que é viável que a mulher seja sujeito ativo deste tipo penal, já que o crime de estupro de vulnerável se consubstancia crime comum, não será possível que ela engravide somente quanto se encontrar na posição de vítima desta relação jurídica. Nesse seguimento, Cabette²⁴ entende que, perante dessas circunstâncias, a própria criminosa que constrange o vulnerável à prática de conjunção carnal pode vir a engravidar em razão da conduta ilícita que ela mesma cometeu.

²¹ GRECO, Rogério. Lei nº 12.015/2009: Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual. Rio de Janeiro, Niterói: Editora Impetus, 2009, p.66-67.

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 74.

²³ SILVA JUNIOR, Ivan Moreira da. **Puberdade.** Disponível em: <<http://endocrinologiapiracicaba.com.br/endocrinologia/puberdade>>. Acesso em: 26 abril 2017.

²⁴ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A mulher como sujeito ativo do crime de estupro.** Consultor Jurídico. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-26/mulher-sujeito-ativo-crime-estupro-consequencias?pagina=2>>. Acesso em: 26 maio 2017.

2.1 A GRAVIDEZ COMO CAUSA DE AUMENTO DE PENA E A HIPÓTESE DE SUA APLICAÇÃO À INFRATORA

Diante de toda essa perspectiva, o Art. 234-A, III do Código Penal apresenta a causa de aumento de metade da pena quando do crime resulta a gravidez. Embora não reste dúvidas quanto à aplicação deste dispositivo ao sujeito ativo homem quando a gestante é a vítima do crime, surgem questões a se discutir quanto à aplicação desta causa de aumento quando a autora do crime é a própria gestante.

Para que se tenha uma solução dessa problemática, deve o “desvalor do resultado” ser aferido não com relação às consequências oriundas da gravidez da mulher estupradora, mas sim com referência ao homem vitimado pela conduta delitiva²⁵.

A gravidez derivada de estupro de vulnerável cometido pela mulher pode trazer grandes perturbações à vida da vítima, que sofrerá prejuízos no aspecto financeiro-patrimonial (pensão alimentícia, sucessão hereditária, alimentos gravídicos, despesas com a criação da criança), assim como terá dever afetivo-emocional para com um infante que nunca desejou, sendo obrigado a manter relações contínuas com a própria pessoa que o violentou sexualmente em razão da paternidade que compartilham. Os efeitos do nascimento dessa criança não são menos graves para o homem que aqueles quando a gestante é a vítima²⁶.

Além da própria vítima do estupro de vulnerável, a criança nascida proveniente dessa relação de violência também sofrerá danos psicológicos ao tomar conhecimento da circunstância que desencadeou seu nascimento.

Todos os fatores supracitados devem ser considerados no momento de se avaliar a necessidade de aplicação da causa de aumento do art. 234-A, III, na hipótese da autora do crime engravidar no momento da prática do ato ilícito.

²⁵ COSTA, Anderson Pinheiro da. **A mulher como sujeito ativo do crime de estupro e as consequências na esfera cível e penal**. Conteúdo Jurídico. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49995&seo=1>>. Acesso em: 26 maio 2017.

²⁶ ALMEIDA, Tarcísio Logrado de. **A tutela jurídica cível e penal do homem vítima de estupro diante da gravidez indesejada**. Conteúdo Jurídico. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3096/2229>>. Acesso em: 25 out 2017.

Assim pois, é de se considerar que a isenção de aplicação da causa de aumento autora do crime, é subestimar a ofensividade do delito cometido pela criminosa e da gestação indesejada²⁷, visto que se compele o ofendido à submissão de todos os efeitos da paternidade independentemente das circunstâncias fáticas.

Sem embaraços, cabe asseverar que a situação particularizada está inserida numa redoma de sensíveis repercussões negativas. Posto isso, sustentam Renato Marcão e Plínio Gentil da seguinte forma:

O percentual de aumento é adequado e proporcional à ofensa ao bem jurídico tutelado e às consequências do crime, não sendo demais salientar que também a pessoa que nascer do estupro carregará consigo, e com profundo sofrimento, as razões e circunstâncias de sua concepção e nascimento, o que, sem sombra de dúvida, constitui fardo consideravelmente pesado²⁸.

No entanto, em oposição, encontra-se Bitencourt, que acredita que a causa de aumento supracitada somente deverá ser aplicada quando a mulher for a vítima do crime sexual, justificando seu posicionamento sob o fundamento de que a norma penal em questão não permite interpretação extensiva à mulher autora da infração, pois não passaria de uma forma de autolesão, que não representa maior desvalor do resultado para a vítima²⁹. Não obstante, este entendimento é desacertado.

Sem dúvidas, o ofendido temerá as consequências jurídicas desta gestação com a chegada do fruto do crime. De certo, o homem vitimado não terá que realizar um aborto, mas o desvalor do resultado maior não estará ausente, quando o homem for a vítima do crime e futuro progenitor³⁰.

No mais, o legislador instituiu uma circunstância objetiva como majorante, não optando por fazer qualquer distinção quanto à sua aplicação. Assim, não é papel do

²⁷ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A mulher como sujeito ativo do crime de estupro**. Consultor Jurídico. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-26/mulher-sujeito-ativo-crime-estupro-consequencias?pagina=2>>. Acesso em: 26 maio 2017.

²⁸ MARCÃO, Renato. **Crimes contra a dignidade sexual**: Comentários ao título VI do Código Penal. Renato Marcão, Plínio Gentil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 447

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte especial: Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013b. v. 4. p. 217.

³⁰ ALMEIDA, Tarcísio Logrado de. **A tutela jurídica cível e penal do homem vítima de estupro diante da gravidez indesejada**. Conteúdo Jurídico. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3096/2229>>. Acesso em: 25 out 2017.

intérprete restringir o alcance da norma se não foi essa a opção feita pelo legislador. Nesse ínterim, não resta adjetivado no dispositivo legal do art. 234-A, III do CP a quem deve ser aplicada a respectiva norma, não cabendo ao intérprete fazê-lo³¹.

Deve-se salientar que, mesmo que a gravidez constitua em algo não desejado pela autora do delito, isso não irá eximir sua responsabilidade pela conduta delitativa e seus resultados na medida em que atingem mais intensamente a vítima, a qual deverá arcar com o ônus paternal.³²

Portanto, partindo da premissa de que a reforma legislativa de 2009 tenha sido feita aspirando erradicar as desigualdades de gênero que existiam na lei penal, seria retrocesso por parte do intérprete designar tratamento diferenciado a indivíduos em situações semelhantes.

Em vista disso, a norma supracitada não pode ser aplicada ao homem, autor do crime, e não ser aplicada à mulher, quando for autora da infração. Por conseguinte, é preciso se atentar ao princípio da isonomia, e, independentemente do gênero do sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável, a causa de aumento prevista no art. 234-A, III do CP, deve incidir sem qualquer distinção quanto ao sexo.

2.2 SÚMULA 593 DO STJ: DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DOS MENORES DE 14 ANOS, CONSENTIMENTO E RELACIONAMENTO AMOROSO.

Na quarta feira do dia 25 de outubro de 2017, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, embasando-se em diversos precedentes da Corte, aprovou a Súmula 593, com anotação em processo de elaboração, que estabelece que:

O crime de estupro de vulnerável configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual

³¹ Ibidem.

³² FERREIRA, André Girão. **O delito de estupro (art.213 do código penal): Aspectos relativos à mulher como sujeito ativo.** Disponível em: <<https://www.faculdadescearenses.edu.br/biblioteca/monografias/graduacao/3-direito/730-o-delito-de-estupro-art-213-do-codigo-penal-aspectos-relativos-a-mulher-como-sujeito-ativo>>. Acesso em: 24 out 2017.

consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.³³

Pois bem. Com a nova tipificação dada em razão da Lei 12.015/09, revoga-se o art. 224 do CP e, assim, deixa-se de lado a regra da presunção de violência, que, antes da consolidação da Reforma Criminal, era extensamente debatida quanto a sua natureza – relativa ou absoluta.

Tinha-se, portanto, a corrente que se amparava no argumento da necessidade de se averiguar a fundo a incapacidade do menor para dar consentimento ao ato sexual, enquanto, em contrapartida, havia a que defendia a presunção absoluta da ocorrência de violência com menores de 14 anos meramente pelo aspecto biológico da idade.

Com a Lei. 12.015/09, inclui-se ao Código Penal o art. 217-A, que estabeleceu o crime de estupro de vulnerável em diversas hipóteses, incluindo aquela que se dá em razão da vítima se tratar de indivíduo menor de 14 anos, não mencionando qualquer tipo de presunção no seu texto.

Sendo assim, é possível aferir que é transparente a intenção do legislador de não abrir espaço para a discussão sobre presunção de qualquer natureza, fixando apenas o critério da idade como linha divisória entre a incapacidade do sujeito passivo para decidir livremente sobre sexo e o pleno discernimento para assumir a liberdade sexual do seu corpo. Logo, não cabe ao intérprete da lei questionar a maturidade, ou não, da vítima menor de 14 anos nas aferidas circunstâncias do crime do art. 217-A, CP.

Sob esse prisma, assevera Rogério Sanches Cunha da seguinte forma:

Leciona a maioria da doutrina não haver espaço para discussão a respeito da presunção de vulnerabilidade, pois a lei nada presume. Sua redação é clara e inequívoca: proíbe-se a relação sexual com menor de quatorze anos. Foi este o manifesto propósito do legislador com a revogação do art. 224 – este sim expresso sobre a presunção de violência. Fosse para se perpetuar o debate, seria evidentemente desnecessária qualquer alteração.³⁴

³³ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula n. 593**. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/decisoes-em-evidencia/26-10-2017-2013-sumula-593-do-stj>>. Acesso em: 31 out 2017.

³⁴ CUNHA, Rogério Sanches. **Súmula 593 do STJ: Estupro de vulnerável, consentimento, experiência sexual e relacionamento amoroso**. Disponível em:

Nesse mesmo sentido, é imperioso destacar trecho do próprio texto-justificativa do projeto que viabilizou o surgimento da Lei 12.015/2009:

Esse artigo, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.³⁵

Todavia, embora seja cristalino o intuito do axiomático texto legal do art. 217-A, ainda assim, não foi bastante para cessar a discussão quanto ao caráter relativo da estrutura da presunção, nesta ocasião, de vulnerabilidade.

Entretanto, é pertinente tecer consideração esboçada por Stéfani Bataioli Kemmerich³⁶, no sentido mesmo de que, além da alteração legislativa não ter sido capaz de sustar a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, também acarretou no surgimento de novas posições defensoras do caráter *iures et iure*.

Posto isso, o caráter *iures et iure* se trata daquele que não admite prova em contrário, que, no caso, se trataria da presunção absoluta de vulnerabilidade. Sem embargos, sobre o assunto, assenta Jorge de Figueiredo Dias³⁷ que se faz desacertado esse posicionamento, visto que, havendo capacidade de discernimento da vítima para a prática do ato sexual, não se sucederia à violação da dignidade sexual da vítima, devendo o crime ser categorizado como de perigo abstrato.

<<http://meusitejuridico.com.br/2017/10/25/sumula-593-stj-estupro-de-vulneravel-consentimento-experiencia-sexual-e-relacionamento-amoroso/>>. Acesso em: 29 out 2017.

³⁵ BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de lei do senado nº 253, de 2004 - Justificação. **Diário do Senado Federal**. Brasília, DF, p. 29240, 14 set 2004.

³⁶ KEMMERICH, Stéfani Bataioli. **Da (im)possibilidade de relativização do conceito de vulnerabilidade sexual previsto no artigo 217-A, caput, do Código Penal**. 2016. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2016/09/stefani_kemmerich_2016_1.pdf>. Acesso em: 31 out 2017

³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Comentário Conimbricense do Código Penal**: Parte Especial: Artigos 131.º a 201.º. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 1999. p. 542-543.

Por derradeiro, pertinente é o raciocínio concebido por Israel Domingos Jório, in verbis:

Se há consentimento, e se ele é válido, desfaz-se por completo a noção de ofensa à dignidade sexual. Passamos a tratar de conduta *formalmente típica* (prevista no art. 217-A do CP), mas *materialmente atípica* (isto é, que não produz ofensa real ao bem jurídico tutelado). Punir uma conduta materialmente atípica é admitir o uso do Direito Penal desvinculado da sua função legitimadora. Se não há lesão efetiva a um bem jurídico, o uso do Direito Penal não é mais que violência gratuita.³⁸

Assim sendo, contrariamente a esses ensinamentos, a Súmula 593 STJ vem em defesa da tese doutrinária que defende a presunção de vulnerabilidade absoluta dos menores de 14 anos, independentemente do sujeito passivo já possuir experiência sexual ou se estiver em um relacionamento amoroso com o agente. Logo, a aprovação do novo entendimento sumular se coaduna ao preceito constitucional de proteção às crianças e adolescentes, disposto no §4º, do art. 227 sob o texto de que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.³⁹

Ademais, o parâmetro etário fixado pelo legislador ao art. 217-A, CP, condiz com a média apurada pela UNICEF. Assim, frente ao documento público “Legal minimum ages and the realization of adolescents’ rights”, tem-se como desacetado o consentimento oferecido abaixo dos 13 anos de idade, sendo a média de faixa etária adequada para consentir entre os 14 e 16 anos.⁴⁰

Por conseguinte,

por mais que haja a evolução moral dos costumes sociais e uma maior aceitabilidade acerca da modernidade quanto ao sexo entre adolescentes-adultos, é preciso destacar que há uma faixa etária a ser blindada, mesmo com um avançado desenvolvimento complecional. Isso porque o debate sobre sexo e suas repercussões está longe de abandonar o status de tabu, merecendo proteger objetivamente as crianças para que vivam a plenitude de sua desenvoltura fisis-psíquica-moral sem influências danosas ou

³⁸ JORIO, Israel Domingos. **Vulnerabilidade relativa, sim!**. Boletim IBCCRIM, v. 236, p. 8-9, 2012.

³⁹ BARROCA, Natália. **O que mudará com relação ao estupro de vulnerável com a Súmula 593 do STJ?**. Análise Jurídica, 2017. Disponível em: <<https://analisejuridica.com.br/o-que-mudara-com-relacao-ao-estupro-de-vulneravel-com-sumula-593-do-stj/>>. Acesso em: 31 out 2017

⁴⁰ UNICEF. Legal minimum ages and the realization of adolescents’ rights. Disponível em: <https://www.unicef.org/lac/2._20160308_UNICEF_LACRO_min_age_of_sexual_consent.pdf>. Acesso em: 31 out 2017.

prejudiciais, especialmente por falha/falta educacional, não apenas em relação a elas, mas à toda a sociedade.⁴¹

Nesse caminho, antes mesmo da formalização do verbete sumular 593, já havia concebido o STJ a tese de que:

No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar.⁴²

3 A PATERNIDADE INDESEJADA DERIVADA DE ESTUPRO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Após concluir pela real possibilidade de a mulher figurar como sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável e, em razão da sua própria conduta criminosa, engravidar de sua vítima, fundamental será analisar as consequências dessa gestação tanto no mundo real, quanto no mundo jurídico.

Assim sendo, o ato ilícito cometido pela mulher, ocasionará infimos danos, tanto para o menor, que figura como vítima do delito do art. 217-A, CP, quanto para a criança provinda dessa relação. Pode-se citar, por exemplo, entre os diversos prejuízos trazidos ao sujeito ativo do crime, o desenvolvimento de transtornos psicológicos de difícil superação, principalmente ao levar em conta que a vítima menor de 14 anos ainda se encontra no processo de reconhecimento e construção da sua identidade, o que aumenta a proporção do dano causado.

⁴¹ BARROCA, Natália. **O que mudará com relação ao estupro de vulnerável com a Súmula 593 do STJ?**. Análise Jurídica, 2017. Disponível em: <<https://analisejuridica.com.br/o-que-mudara-com-relacao-ao-estupro-de-vulneravel-com-sumula-593-do-stj/>>. Acesso em: 31 out 2017

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.660.559/AC**. Relator: Min. Maria Thereza De Assis Moura. Brasília, 22 abril 2017. Diário da Justiça, Brasília, 26 abril 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/451830671/recurso-especial-esp-1660559-ac-2017-0058326-8/decisao-monocratica-451830791?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 31 out 2017.

Ademais, além da figura da vítima, a violência sexual que gera o vínculo entre os sujeitos da infração interferirá diretamente no desenvolvimento da criança que tomar conhecimento de que é fruto de um delito de sua mãe, causando, inclusive, danos irreparáveis à relação do infante com o seu genitor, se é que ela venha a existir.

Demonstrados os danos psicológicos, é certo que a paternidade indesejada e proveniente de estupro também implica em uma sequência de obrigações de ordem moral, jurídica e financeira.

Nesse sentido, há doutrinadores que compreendem que, caso a autora do estupro de vulnerável venha a engravidar e ter o filho de sua vítima, esta criança, de forma legítima, fará jus à concessão de alimentos e direitos sucessórios hereditários de seu genitor. Nada obstante, essa é, por exemplo, a tese sustentada por Rogério Greco, que preleciona da seguinte forma:

(...) a criança, que se tornou herdeira, não pode sofrer as consequências dos atos criminosos praticados pela mãe, devendo o Estado não somente protegê-la, como também assegurar-lhe todos os seus direitos⁴³

Sem embargos, afere-se que este é o posicionamento atualmente adotado como regra na hipótese do crime de estupro de vulnerável, conforme foi extensivamente abordado no presente trabalho. No entanto, é necessário destacar o ônus desproporcional atribuído ao homem-vítima do delito do art. 217-A, CP, na hipótese da gravidez indesejada.

Assim, o presente trabalho se compromete a promover, nos tópicos a seguir, questionamentos sobre as normas e princípios que interferem na hipótese exemplo, e buscar, por meio de analogia, preencher as lacunas jurídicas encontradas com opções plausíveis de sanar as violações que estas promovem.

43 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial** (arts. 155 a 249 do CP). v 3. 8ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 499-500.

3.1 A TUTELA DO HOMEM VÍTIMA NO CAMPO PENAL: O PLEITO PELO ABORTO

Com a promulgação da Lei 12.015/09, põe-se fim às distinções de gênero que existiam no texto dos dispositivos legais do Título VI do Código Penal, anteriormente intitulado de “crimes contra os costumes”, passando a admitir a mulher como autora de crimes contra a dignidade sexual.

Com a reforma, além da modificação do crime de estupro, insere-se no ordenamento jurídico o estupro de vulnerável, sendo ambos crimes comuns, característica tal que abarca tanto o homem quanto a mulher como sujeitos passivos do delito.

Nesse sentido, com a superveniência dessa remodelação, insurge a possibilidade da mulher autora do crime vir a engravidar da vítima, como consequência da ação. Posto isso, insurgem dúvidas quanto a hipótese de permissão do aborto humanitário à estupradora, a se considerar que pode interessar ao sujeito passivo que assim ocorra, para evitar os incontáveis inconvenientes que irromperão como fruto da relação.

Preceitua-se que o delito de aborto está disposto entre os arts. 124 e 127 do Código Penal, os quais têm como bem jurídico a vida do ser humano em formação, logo, a vida intrauterina, que, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, deve ser protegida.

No entanto, a legislação penal brasileira também descreve ocasiões onde o aborto é legal, a exemplo da gravidez que resulta de estupro. Esse tipo de aborto, assegurado pelo art. 128, II, CP, pode ser chamado de sentimental ou humanitário, sendo exemplo de exceção para a garantia de proteção da vida intrauterina, sem embargos, é preciso que haja o devido consentimento da gestante.

Nesse diapasão, em se tratando do direito à vida, Fábio Conder Comparato⁴⁴ entende que por razões de preservação de um valor humano superior, a supressão do feto

⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 306-308.

deixa de ser uma conduta moralmente reprovável quando se fizer necessária, não devendo ser tomada como um ato ilícito.

Embora seja certo que o dispositivo legal do aborto humanitário reconheça o direito da gestante de abortar quando esta tiver sido vítima de violência sexual, ainda não se discute a possibilidade da autora do crime ser beneficiada pela exceção do art. 128, II, CP, quando em razão da sua própria conduta criminosa vir a engravidar.

Nada obstante, o supracitado dispositivo legal em qualquer momento restringe a sua aplicação à hipótese onde a mulher figura como sujeito passivo, posto isso, é imperioso enfatizar que a norma excludente da ilicitude é anterior à Lei 12.015/09, não tendo sofrido reforma no sentido de limitar a sua aplicação normativa⁴⁵.

Por conseguinte, disserta Anderson Pinheiro da Costa sobre essa premissa:

O Código Penal é da década de 40 e, até o ano de 2009, a vontade do legislador era que apenas a mulher vítima do crime de estupro pudesse praticar o aborto humanitário, pois apenas ela poderia ser sujeito passivo de tal crime. Nessa época, o homem poderia ser apenas sujeito ativo do delito. Por lógica, se, antes da promulgação da Lei 12.015/2009, apenas “elas” poderiam ser vítimas do crime de estupro, apenas “elas” poderiam praticar o abortamento, acobertadas pela excludente de ilicitude. Mas se a lei mudou, tornando o estupro um crime comum e o homem possível vítima, resta claro que a vontade do legislador atual não é mais a mesma do legislador da década de 40. A tão invocada mens legis mudou e as consequências para o tipo penal do estupro também mudaram. Portanto, numa interpretação teleológica da norma é possível que a estupradora, caso queira e a vítima também, possa praticar o abortamento ético.⁴⁶

Diante do que fora exposto, salientam Eduardo Luis Santos Cabette e Aline Marques Marino:

A resposta dessa controvérsia depende do tipo de interpretação dada ao dispositivo legal, isto é, se aplicarmos o método interpretativo literal, podemos chegar à conclusão de que o art. 128, II, do Código Penal abrange a situação

45 MARINO, Aline Marques; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A mulher como sujeito ativo do crime de estupro: Aspectos doutrinários, possíveis hipóteses médico-legais e consequências nas esferas civil e penal.** Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. v. 2. 2012. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/viewFile/51/32>. Acesso em: 04 nov 2017.

46 COSTA, Anderson Pinheiro da. **A mulher como sujeito ativo do crime de estupro e as consequências na esfera cível e penal.** Conteúdo Jurídico. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49995&seo=1>>. Acesso em: 05 nov 2017.

da criminosa que constrange o homem à conjunção carnal ou outro ato libidinoso e engravida em decorrência da própria conduta ilícita. Isso porque o dispositivo legal simplesmente utiliza a expressão gravidez que “resulta de estupro”, não especificando se a conduta delitativa foi executada por homem ou mulher. Em contrapartida, caso a interpretação seja axiológica, podemos concluir que essa hipótese de exclusão da ilicitude é restrita aos casos em que o homem é sujeito ativo, com fundamento nos princípios da legalidade, da humanidade das penas e da intranscendência.⁴⁷

Ao contrário da tese que aqui se sustenta, Rogério Greco assinala que não entende como possível a permissão do aborto humanitário à mulher sujeito ativo, sob risco de se invertermem os valores que guiaram a construção da regra permissiva⁴⁸. Contudo, este posicionamento é desacertado.

Pontua Cezar Roberto Bitencourt que não cabe ao intérprete da norma jurídica restringi-la quando o legislador assim não o fez. Nesse ínterim, o doutrinador assenta que aquele que legislou tem conhecimento dos tipos de violência que compõem o crime ora discutido, e, por não haverem limitações excludentes à presença dele, não é viável que se presuma de qualquer forma diferente⁴⁹.

Assim, pode interessar à vítima que seja dada à agressora a permissibilidade para realizar o aborto, já que em momento nenhum desejou tal gestação, tendo meramente sido fruto de um delito. Destaca-se que o homem vitimado também sofrerá danos psicológicos e patrimoniais, só que, no entanto, ao contrário da mulher quando vítima da mesma violência, este não possui a opção de abortar, quiçá, qualquer opção de se ver livre de resquícios da violação sofrida.

Nesse seguimento, assim dispõe Anderson Pinheiro da Costa quanto a minimização dos efeitos da conduta delituosa:

Conceder à estupradora, também, essa escolha é minimizar os efeitos de sua conduta delituosa. Ela não estará se beneficiando da própria torpeza, pelo

47 MARINO, Aline Marques; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A mulher como sujeito ativo do crime de estupro: Aspectos doutrinários, possíveis hipóteses médico-legais e consequências nas esferas civil e penal.** Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. v. 2. 2012. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/viewFile/51/32>. Acesso em: 05 nov 2017.

48 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial (arts. 155 a 249 do CP).** v 3. 8ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 499

49 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Especial.** v. 2. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013a.

contrário, o maior beneficiado será o homem, pois, com o abortamento por ela praticado espontaneamente, não terá ele que conviver com o fruto do crime, nem terá, porventura, seu patrimônio dilapidado para prestar alimentos ao novo ser. Se por política criminal, foi dada à mulher, vítima, a opção do abortamento, pela mesma razão, em benefício do homem vitimado, deve ser concedida a estupradora tal *benesse*. Assim, o interesse do homem violado em sua liberdade sexual sobrepõe-se ao do feto.

(...)

Se o homem vitimado não quiser, não poderá a autora gestante abortar, pois do contrário, aí sim, ela se beneficiaria da própria torpeza.⁵⁰

Apesar disso, frisa-se que a hipótese em comento não permite que a autora do delito seja obrigada a realizar o aborto, visto que a própria Constituição Federal veda a atribuição de penas cruéis, assim como a Convenção Americana de Direitos Humanos⁵¹ dispõe que toda pessoa tem direito a ser respeitada em sua integridade física, psíquica e moral, não podendo ser submetida a tratos cruéis, desumanos ou degradantes, se devendo o respeito ao direito de inviolabilidade da integridade corporal da gestante

Sendo assim, tem-se que deve ser permitida a possibilidade do pleito pela prática do aborto quando houver um duplo consentimento da gestante e do homem-vítima do delito, a fim de que se respeite a pretensão inicial do legislador, que é a de primariamente proteger a vítima do estupro.

3.2 A TUTELA DO HOMEM VÍTIMA NA ESFERA CÍVEL: A NEGATIVA DE PATERNIDADE

Ante a impossibilidade de o homem-vítima exigir o exercício do aborto quanto a gestante se opuser, indaga-se pela existência de algum outro recurso jurídico adequado a tutelar os direitos da vítima neste caso.

50 COSTA, Anderson Pinheiro da. **A mulher como sujeito ativo do crime de estupro e as consequências na esfera cível e penal**. Conteúdo Jurídico. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49995&seo=1>>. Acesso em: 05 nov 2017.

51 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos**. São José, Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2017.

Posto isso, diante da obrigação civil de reconhecimento de paternidade e de prestar alimentos, além dos direitos sucessórios da prole, que são em regra devidos, questiona-se quanto a obrigação do menor vulnerável em suprir com esses requisitos diante do cenário que se construiu. Logo, faz-se necessário ponderar os bens jurídicos, devendo ser analisado o direito à vida do feto em oposição ao direito a integridade psíquica e física do vitimado.

Pois bem. De início, faz-se ideal explicitar que, embora alguns autores entendam pelo direito da criança, proveniente dessa relação de estupro ora exemplificada, de ter acesso a alimentos e direitos sucessórios, o presente estudo apresenta tese fundada na primazia do princípio da vontade procriacional inequívoca.

Por sua vez, Rogério Greco assevera que:

A criança, que se tornou herdeira, não pode sofrer as consequências dos atos criminosos praticados pela mãe, devendo o Estado não somente protegê-la, como também assegurar-lhe todos os seus direitos⁵².

Coadunando com esse posicionamento estão Aline Marques Marino e Eduardo Luiz Santos Cabette, *in verbis*:

A prestação alimentícia é essencial porque objetiva o sustento e, conseqüentemente, garante a vida, direito preponderante, em detrimento da integridade física e psíquica do homem-vítima, pois, o direito aos alimentos advém da filiação (art.1.696 do Código Civil)⁵³.

No entanto, essa linha de raciocínio não deve prosperar, não devendo o homem estuproado ser responsabilizado pela criança que nascer deste crime. No caso, o interesse da vítima deve se sobrepôr ao da criança gerada, no entanto, isso não significa que o infante deva ficar desamparado. Sendo assim, o presente estudo apresentará, logo mais adiante, opções alternativas menos prejudiciais.

⁵² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial** (arts. 155 a 249 do CP). v 3. 8ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 499-500.

⁵³ MARINO, Aline Marques; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A mulher como sujeito ativo do crime de estupro: Aspectos doutrinários, possíveis hipóteses médico-legais e consequências nas esferas civil e penal.** Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. v. 2. 2012. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/viewFile/51/32>. Acesso em: 04 nov 2017.

Nesse íterim, conforme ensinamentos de Paulo Lôbo, não é possível ignorar a premissa de que “a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas”⁵⁴.

No caso em tela, por não haver qualquer vontade procracional, não deverá também haver presunção de afetividade que implique em obrigações para o ascendente genético. Assim, para que o ascendente seja responsável pela prole, gerando efeitos cíveis, é indispensável a presença da vontade expressa, inequívoca ou de maneira presumida, conforme dispõe André Estefam⁵⁵.

Diante desse fato específico, André Girão Ferreira⁵⁶ entende sob a mesma linha de raciocínio, discorrendo no sentido de que deverá haver uma relativização do direito à paternidade, eximindo a responsabilidade do pai-vítima para com aquela determinada criança, por ter ocorrido indução à relação sexual, em que o menor, que não dispõe de liberdade sexual, foi persuadido à prática do sexo, não podendo em momento algum manifestar vontade procriacional, a se considerar sua vulnerabilidade.

Por conseguinte, denota-se, também, que o indivíduo menor de 14 anos sequer pode trabalhar, ou mesmo ser menor aprendiz, conforme dispõe a CLT. Como poderá um menor de 14 anos que sequer provê a sua própria subsistência garantir a de outrem? Logo, quem acabará arcando com os custos provenientes da gravidez, serão os pais ou o responsável daquele que foi atingido em sua dignidade sexual. Dito isso, as consequências do delito se estenderão além da própria pessoa da vítima.

Já é desproporcional atribuir tamanha carga prejudicial ao homem-vítima de estupro, agravando-se a cena quando estamos diante de um menor vulnerável. Por exemplo,

⁵⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 228.

⁵⁵ ESTEFAM, André. **Crimes sexuais**: comentários à lei 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 36.

⁵⁶ FERREIRA, André Girão. **O delito de estupro (art.213 do código penal): Aspectos relativos à mulher como sujeito ativo.** Disponível em: <<https://www.faculdadescearenses.edu.br/biblioteca/monografias/graduacao/3-direito/730-o-delito-de-estupro-art-213-do-codigo-penal-aspectos-relativos-a-mulher-como-sujeito-ativo>>. Acesso em: 24 out 2017.

ocorrem hipóteses onde a própria autora do crime do art. 217-A, CP, o comete para se aproveitar financeiramente da vítima, que, no caso, pode ser filho de pais com extenso patrimônio financeiro. Logo, por meio de violência à dignidade sexual do adolescente/criança, a criminosa consegue atingir terceiros, não podendo passar impune e se aproveitar dessa lacuna do ordenamento jurídico para benefício próprio, para se aproveitar da maternidade de um herdeiro “rico”.

Sendo assim, cabe colacionar a colaboração de Anderson Pinheiro da Costa a este raciocínio:

Não são menosprezados aqui os interesses da criança, entretanto uma relação afetiva de paternidade, extremamente forçada, não traz benefícios a nenhum dos envolvidos, pois o vínculo entre pai e filho diz respeito, principalmente, ao amor. O Direito não busca os chamados “santos e heróis”, ou seja, aqueles seres humanos que agem de modo supremo, com magnânima bondade e superioridade, pois o parâmetro a ser considerado é o do “homem médio” que, provavelmente, não desenvolverá com dedicação e generosidade uma paternidade da qual não participou propositadamente⁵⁷.

Ademais, se por política criminal é permitido o aborto da mulher vítima de estupro, também deve ser ao homem facultado opções, principalmente ao se considerar que maternidade ou paternidade não necessariamente devem ser definidos por meio de vínculo genético.

No entanto, embora aqui se defenda não ser devido o pagamento de alimentos, ainda sim o presente estudo entende pela necessidade da prole ser registrada pela vítima do delito, a fim de que se garanta o conhecimento de sua origem genética, porém, sem que gere efeitos patrimoniais e sucessórios.

Por derradeiro, novamente, é pertinente o seguinte raciocínio concebido por Costa, *in verbis*:

A criança, fruto do crime de estupro, terá direito a conhecer sua origem genética, pois é um direito personalíssimo seu, mas daí não se extrairá, como consequência, nenhum efeito patrimonial. Para evitar que lhe seja atribuída algum tipo de responsabilidade sobre o ser gerado a partir do delito em comento, a vítima deverá demandar judicialmente, peticionando para que seja afastado tais efeitos, mas o juiz não deve aceitar pedido no sentido de

⁵⁷ COSTA, Anderson Pinheiro da. **A mulher como sujeito ativo do crime de estupro e as consequências na esfera cível e penal**. Conteúdo Jurídico. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49995&seo=1>>. Acesso em: 26 maio 2017.

não constar o nome do genitor no registro de nascimento da criança, pois, biologicamente, é o pai. O magistrado deve, apenas, negar efeitos civis a tal registro, assegurando à vítima do crime de estupro, pelas razões já expostas, que ele não terá seu patrimônio afetado para satisfazer interesses do menor. Assim, assegura-se o direito de personalidade do menor de conhecer sua origem genética, bem como o interesse da vítima de não ter qualquer dever para com o menor⁵⁸.

Sob esse prisma, o direito à identidade genética não deve importar em constituir relação de parentesco nem efeitos patrimoniais, se restringindo apenas a possibilitar que a criança identifique seus ascendentes genéticos e possa adotar medidas preventivas para a preservação da saúde e da vida⁵⁹.

No que tange à tutela dos direitos do descendente do vitimado, é imprescindível destacar que, conforme contemplado por Maria Berenice Dias, “[...] em se tratando de crianças e de adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação”⁶⁰. Sendo assim, não restará desamparado o filho da infratora, visto que, conforme asseverado, existem outras maneiras de se tutelar seus interesses no ordenamento jurídico brasileiro.

À vista disso, o menor poderá pedir alimentos a outros parentes maternos, visto que, em concordância com o que afirma Caio Mário da Silva Pereira, a obrigação alimentícia também deve se estender “[...] aos parentes do necessitado, ou pessoa a ele ligada por elo civil, o dever de proporcionar-lhe as condições mínimas de sobrevivência, não como favor ou generosidade, mas como obrigação judicialmente exigível”⁶¹.

Quando ausente suficiente situação econômica dos parentes maternos para prover com o sustento do menor, deve ser reconhecida a obrigação do Estado em arcar com a subsistência dessa criança, a qual tem merecimento ao recebimento de alguma

⁵⁸ Ibidem

⁵⁹ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813>>. Acesso em: 05 nov 2017.

⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 66-67.

⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família.** 16. ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 495-515.

quantia em dinheiro a título de benefício social, não devendo ser lesionado o patrimônio da vítima do crime.

Posto isso, conforme analogia apresentada por Maria Berenice Dias, onde compara o Estatuto do Idoso ao Estatuto da Criança e do Adolescente:

[...] flagrada a absoluta ausência de condições, não só dos pais, mas dos parentes que têm a obrigação de garantir sua manutenção, em decorrência dos vínculos familiares, crianças e adolescentes têm direito de buscar alimentos do Poder Público.⁶²

Ademais, se em situações consensuais, a exemplo da inseminação artificial heteróloga, é assegurando à prole o direito da personalidade, entretanto, sem qualquer efeito patrimonial e de parentesco, assim também deveria ocorrer no caso em tela, onde vislumbra-se uma conjuntura mais grave, não devendo ser atribuído à vítima os ônus deste crime.

Dito isso, entende-se por inadequado que os interesses do filho da autora da crime se sobressaíam ao da vítima, que teve sua liberdade sexual violada, sob risco de lesão à sua integridade corporal e psíquica. Todavia, se assim ainda não for possível entender, compreende-se por haver uma terceira saída, a qual seria o ajuizamento de Ação Civil *ex delicto*.

4 AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*: UMA SOLUÇÃO INTERMEDIÁRIA

Em razão dos diversos resultados desfavoráveis que se desdobram do crime em tela, sugere-se uma forma diversa de tutelar os direitos da vítima em questão. Nada obstante, essa via intermediária insurge como um instrumento processual passível de conter de forma satisfatória a lacuna jurídica que vem sendo exaustivamente abordada ao longo deste trabalho.

⁶² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 547-548.

Posto isso, tem-se a ação civil *ex delicto*. De antemão, faz-se por oportuno trazer à tona o seu conceito, segundo Edilson Mougnot Bonfim:

Ação civil *ex delicto* é aquela “proposta no juízo cível pelo ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros para obter a reparação do dano provocado pela infração penal. Abrange tanto o ressarcimento do dano patrimonial (dano emergente e lucro cessante) como a reparação do dano moral.⁶³

Nesse diapasão, mesmo que as esferas da ilicitude civil e penal sejam distintas, ocorrem situações onde uma mesma ação ou omissão gera efeitos em ambos os campos. Assim, na Ação Civil *ex delicto* almeja-se promover impacto civil da sentença penal condenatória.

Nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002⁶⁴, muitos casos geram pretensão de natureza indenizatória, isso porque determinados fatos são igualmente atos ilícitos perante a legislação penal e civil, assim como também existem fatos que não geram efeitos no campo civil, mas, tão somente, no penal, como por exemplo os crimes contra a paz pública, que não possuem vítima determinada⁶⁵.

Além do art. 186 do CC/02, a reparação pretendida pela Ação Civil *ex delicto* também possui fundamento legal no art. 927 do CC, art. 515, VI do CPC/15, art. 91, I do CP e no art. 63 do CPP, o que legitima a vítima ou seu representante a ingressar com a Ação Civil *ex delicto* ou Processo de Conhecimento no cível para fins de indenização pela violência e danos sofridos em decorrência desta⁶⁶.

Da existência de sentença condenatória criminal transitada em julgado, tem-se, concomitantemente, título executivo judicial certo e exigível, devendo, no entanto, ser submetido ao processo de liquidação para que se estabeleça o valor a ser fixado a

⁶³ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 200

⁶⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 out 2017

⁶⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 233.

⁶⁶ MARINO, Aline Marques; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A mulher como sujeito ativo do crime de estupro: Aspectos doutrinários, possíveis hipóteses médico-legais e consequências nas esferas civil e penal**. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. v. 2. 2012. Disponível em: <
http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/viewFile/51/32>. Acesso em: 04 nov 2017.

título de indenização. Cabe ainda asseverar que, nessa hipótese, não há espaço para rediscussão de mérito da indenização⁶⁷.

Nada obstante, de acordo com os ensinamentos de Aury Lopes Jr., mesmo que ainda não exista título executivo, o interessado poderá ajuizar antes ou até mesmo durante o processo penal, com Ação de Conhecimento na esfera cível, podendo postular a antecipação de tutela, nos termos do art. 64 do CPP⁶⁸.

Na hipótese, a depender das especificidades do caso, o juiz poderá, inclusive, suspender o feito até que ocorra o julgamento criminal definitivo. No entanto, como regra, a suspensão do processo cível não poderá exceder o prazo de 1 ano, conforme art. 313, §4 do CPC/15⁶⁹.

Compreendido isso, é imperioso dizer que a responsabilidade civil é independente da criminal, mesmo não sendo passível a rediscussão da existência do fato ou autoria do crime quando estas restarem decididas, sendo esta a própria redação do art. 935 do CC/02, *in verbis*:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Por fim, tendo-se como efeito da condenação a atribuição de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, conforme se depreende do art. 91, I, CP. Logo, dada a possibilidade de se tutelar os direitos da vítima de estupro de vulnerável por meio da Ação Civil *Ex Delicto*, atinge-se um ponto intermediário que, embora não solucione a problemática na sua totalidade, serve como instrumento de reparação dos danos subsequentes da infração, além de que, evita o sentimento de desamparo que pode surgir para o indivíduo que se vê vítima dessa situação.

⁶⁷ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 199.

⁶⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 235.

⁶⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 235.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a gravidez indesejada proveniente de relação de abuso sexual, o homem vítima do crime do art. 217-A do Código Penal, embora não desejasse esse resultado, ainda assim, em regra, deverá honrar com obrigações paternas, tendo seu patrimônio atingido independentemente de não poder dispor da sua liberdade sexual.

Conforme se demonstrou, a hipótese aqui apresentada demonstra ser extremamente complexa, isso porque existem diversos entendimentos que divergem entre si, não sendo possível um discurso que convença a todos sobre a forma de solucionar a problemática base.

Nesse ínterim, após análise dos aspectos históricos do tipo penal do estupro de vulnerável, restando elucidadas as suas consequências dentro, e fora, do mundo jurídico, e, restando comprovada a possibilidade de a autora do crime vir a engravidar em razão da sua própria conduta criminosa, o presente estudo entendeu como devida a aplicação da causa de aumento do art. 234-A, III, do Código Penal à infratora, sendo respeitado o princípio da isonomia.

Por conseguinte, em razão da Súmula 593, recentemente aprovada pelo STJ, é reconhecido que menores de 14 anos são, de forma absoluta, vulneráveis, sendo legítima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto.

Logo, em razão da hipótese aventada da gravidez indesejada nessas circunstâncias, fora suscitado no presente estudo que deve ser permitida a possibilidade do pleito pela prática do aborto quando houver um duplo consentimento da gestante e do homem-vítima do delito. No entanto, no caso da autora do crime não optar pelo aborto, ainda assim faz-se inadequado que os interesses da criança gerada se sobressaiam aos da vítima.

Nessa celeuma, deve ocorrer uma relativização do direito à paternidade, sendo o genitor eximindo de responsabilidade para com a criança gerada, visto que não dispõe

de liberdade sexual, não sendo possível que tenha consentido ou manifestado vontade procriacional. Além do mais, a criança não restará desamparada, visto que poderá pleitear alimentos em face de seus parentes maternos.

Sem embargos, além das sugestões aventadas, ainda é dada a possibilidade de tutela dos direitos da vítima de estupro de vulnerável por meio da Ação Civil *Ex Delicto*. Recomenda-se, portanto, que o legislador se atente a essas premissas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tarcísio Logrado de. **A tutela jurídica cível e penal do homem vítima de estupro diante da gravidez indesejada**. Conteúdo Jurídico. 2014. Disponível em: < <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3096/2229>>. Acesso em: 25 out 2017.

BARROCA, Natália. **O que mudará com relação ao estupro de vulnerável com a Súmula 593 do STJ?**. Análise Jurídica, 2017. Disponível em: <<https://analisejuridica.com.br/o-que-mudara-com-relacao-ao-estupro-de-vulneravel-com-sumula-593-do-stj/>>. Acesso em: 31 out 2017

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de lei do senado nº 253, de 2004 - Justificação. **Diário do Senado Federal**. Brasília, DF, p. 29240, 14 set 2004.

_____. 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: 26 abril 2017.

_____. Decreto-Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 abril 2017

_____. Decreto-Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009. **Crimes contra a dignidade sexual**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 26 abril 2017.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.660.559/AC**. Relator: Min. Maria Thereza De Assis Moura. Brasília, 22 abril 2017. Diário da Justiça, Brasília, 26 abril 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/451830671/recurso-especial-resp-1660559-ac-2017-0058326-8/decisao-monocratica-451830791?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 31 out 2017.

_____. _____. **Súmula n. 593**. Disponível em: < <https://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/decisoes-em-evidencia/26-10-2017-2013-sumula-593-do-stj>>. Acesso em: 31 out 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. **Tratado de direito penal: Parte Especial**. v. 2. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013a.

_____. **Tratado de direito penal: Parte especial: Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013b. v. 4.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 4. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2009

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A mulher como sujeito ativo do crime de estupro**. Consultor Jurídico. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-26/mulher-sujeito-ativo-crime-estupro-consequencias?pagina=2>>. Acesso em: 26 maio 2017.

CAMPOS, Pedro Franco de; BECHARA, Fábio Ramazzini; THEODORO, Luis Marcelo Mileo; ESTEFAM, André. **Reforma Penal: Comentários às Leis n. 11.923, 12.012 e 12.015 de 2009**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

COSTA, Anderson Pinheiro da. **A mulher como sujeito ativo do crime de estupro e as consequências na esfera cível e penal**. Conteúdo Jurídico. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49995&seo=1>>. Acesso em: 26 maio 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. **Súmula 593 do STJ: Estupro de vulnerável, consentimento, experiência sexual e relacionamento amoroso**. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2017/10/25/sumula-593-stj-estupro-de-vulneravel-consentimento-experiencia-sexual-e-relacionamento-amoroso/>>. Acesso em: 29 out 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial: Artigos 131.º a 201.º**. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 1999.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DELGADO, Yordan Moreira. **Comentários à Lei nº12.015/09**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2289, 7 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13629>>. Acesso em: 2 nov 2017.

FERREIRA, André Girão. **O delito de estupro (art.213 do código penal): Aspectos relativos à mulher como sujeito ativo**. Disponível em: <<https://www.faculdadescearenses.edu.br/biblioteca/monografias/graduacao/3-direito/730-o-delito-de-estupro-art-213-do-codigo-penal-aspectos-relativos-a-mulher-como-sujeito-ativo>>. Acesso em: 24 out 2017.

FERNANDES, Antonio Scarance; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Estupro: enfoque vitimológico**. Justitia, São Paulo, v. 53, n. 154, p. 79-94, abr./jun. 1991. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/23376/estupro_enfoque_vitimologico.pdf>. Acesso em: 23 out 2017.

GENTIL, Plínio Antônio Britto, JORGE, Ana Paula. **O Novo Estatuto Legal dos Crimes Sexuais: Do Estupro do Homem ao Fim das Virgens...**, Revista Bonijuris, Curitiba. Ano XXI. V. 552. p. 09. Nov., 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. V. III. 12ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

_____. **Curso de Direito Penal: Parte Especial (arts. 155 a 249 do CP)**. V 3. 8ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

_____. **Lei nº 12.015/2009: Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual**. Rio de Janeiro, Niterói: Editora Impetus, 2009.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1959. v. 3.

JORIO, Israel Domingos. **Vulnerabilidade relativa, sim!**. Boletim IBCCRIM , v. 236, p. 8-9, 2012.

KEMMERICH, Stéfani Bataioli. **Da (im)possibilidade de relativização do conceito de vulnerabilidade sexual previsto no artigo 217-A, caput, do Código Penal**. 2016. Disponível em: < http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2016/09/stefani_kemmerich_2016_1.pdf >. Acesso em: 31 out 2017

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813>>. Acesso em: 05 nov 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCÃO, Renato. **Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao título VI do Código Penal**. Renato Marcão, Plínio Gentil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARINO, Aline Marques; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A mulher como sujeito ativo do crime de estupro: Aspectos doutrinários, possíveis hipóteses médico-legais e consequências nas esferas civil e penal**. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. v. 2. 2012. Disponível em: < http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/viewFile/51/32 >. Acesso em: 04 nov 2017.

MARTINS, Vanessa Wildner. **A tutela penal da liberdade sexual e as inovações da lei 12.015**. Disponível em: < <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1116/Vanessa%20Wildner%20Martins.pdf?sequence=1> >. Acesso em: 27 out 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. V. 2. 33ª ed. São Paulo, SP: Atlas, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**: Arts. 213 a 361 do Código Penal. V. 3. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2017.

_____. **O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/2009**. Guilherme Nucci. 2014. Disponível em: < <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509>>. Acesso em: 23 out 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos**. São José, Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 16. ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2007

SILVA JUNIOR, Ivan Moreira da. **Puberdade**. Disponível em: <<http://endocrinologiapiracicaba.com.br/endocrinologia/puberdade>>. Acesso em: 26 abril 2017.

UNICEF. **Legal minimum ages and the realization of adolescents' rights**.

Disponível em:

<https://www.unicef.org/lac/2._20160308_UNICEF_LACRO_min_age_of_sexual_consent.pdf>. Acesso em: 31 out 2017.