

## A possibilidade de efetividade do aborto no caso de gravidez resultante de estupro marital.

Valquíria Santos Araújo<sup>1\*</sup>, Teófilo Lourenço de Lima<sup>2</sup>

1. Acadêmica do Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná (UniSL), Ji-Paraná/RO, Brasil.

2. Professor Orientador, Esp. em Administração e Planejamento para Docentes, Docente no Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná (UniSL), Ji-Paraná/RO, Brasil. E-mail: teofilolourencodelima@gmail.com.

\***Autor correspondente:** Valquíria Santos Araújo, Graduanda do 10º período de Direito do Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná (UniSL), Ji-Paraná, RO, Brasil. Rua Seis de Maio, 2360, Dom Bosco, Ji-Paraná/RO - Brasil - Tel.: + 51 (69) 98413-7854. E-mail: val.cm.araujo@gmail.com.

**Recebido:** 13/03/2021; **Aceito:** 05/05/2021.

### Resumo

O casamento é considerado uma das instituições mais importantes da sociedade há tempos. Entretanto, ainda hoje se verifica, em muitas relações conjugais, que existe a ideia de que a mulher possui obrigações sexuais para com seu marido. Ocorre que relação sexual sem consentimento dentro do casamento é tipificada como crime, denominado pela doutrina como estupro marital. Quando este ato de violência acarreta em gravidez indesejada, a legislação permite a realização do aborto. Objetivou-se, assim, analisar a efetividade da possibilidade legal do aborto nos casos de estupro marital a partir de revisões bibliográficas sobre a temática. Identificou-se que muitas vítimas desconhecem essa possibilidade e muitas tem receio de interromper a gravidez por motivos religiosos ou medo de julgamentos da sociedade. Além disso, observou-se que a religião exerce grande influência na política e que ainda vigora na sociedade a cultura patriarcal e machista. Neste ínterim, faz-se necessário, como medidas de curto prazo, que haja maior divulgação de informações a respeito do crime de estupro marital e da possibilidade do aborto quando a gravidez é oriunda de violência sexual. Por fim, é essencial que haja melhoramento da estrutura e capacitação dos profissionais que atuam nas unidades de saúde e delegacias de polícia para atenderem as vítimas.

**Palavras-chave:** Abortamento. Débito conjugal. Gravidez indesejada. Violência sexual.

### Abstract

Marriage is regarded as one of the most important institutions in human society since long ago. However, up to this day it is noticeable how the idea that women must keep a sexual duty for their husbands in many marital relationships persists. Nonetheless, the intercourse of sex without consent is classed as crime even if carried out in the bosom of marriage. This is what the legal writings call a marital rape. In cases which such a violent act entails an unwanted pregnancy, the law grants the performance of an abortion. Thus, this paper had the aim to analyze the effectiveness of a possible legal abortion in cases of marital rape by reviewing bibliography on the topic. It was observed that many victims do not know this possibility, and that many are afraid of interrupting their pregnancy for religious reasons or for resenting being judged by society. Besides, religion is clear to exert great influence in politics, and patriarchy and sexism still prevails in our culture. Meanwhile, as a short-term measure, it is necessary that there be spread more information concerning the crime of marital rape and the possibility of abortion when pregnancy spawns from sexual violence. At last, it is essential that the structure of health centers and police stations be improved, as well as the training of their professionals so they can better tend to the victims.

**Keywords:** Abortion. Marital Duty. Unwanted Pregnancy. Sexual Violence.

## 1. Introdução

A instituição do casamento teve grandes modificações ao longo do tempo, passando de mera união de interesses econômicos e transmissão de bens para englobar aspectos socioafetivos. Contudo, apesar das mudanças, alguns hábitos conjugais da sociedade patriarcal ainda permanecem na sociedade contemporânea, os quais se vê a prevalência de gênero masculino, tendo o homem a percepção de superioridade e conseqüentemente seu direito

de dispor da mulher de modo a atender seus desejos.

O ordenamento jurídico brasileiro atual garante formalmente a liberdade dos indivíduos e a repressão de atitudes machistas e patriarcais, reconhecendo que ninguém é obrigado a manter relações sexuais, inclusive com cônjuge, sem consentimento. Ocorre que, inúmeras mulheres são estupradas diariamente pelos seus companheiros sexuais, notório reflexo da cultura patriarcal.

Os motivos que tornam as mulheres submissas aos caprichos de seus maridos dentro do casamento são inúmeros, mas, geralmente decorrem da dependência financeira, obediência às crenças religiosas, medo de julgamentos da sociedade ou mesmo por não reconhecerem que se trata de um crime, além da submissão à força física.

O texto legal estabelece que se torna criminoso todo aquele que constranger outrem a manter conjunção carnal ou praticar e/ou permitir que se pratique ato libidinoso, mesmo que a vítima seja casada com o infrator. Neste caso, o crime é denominado pela doutrina como estupro marital.

O ato do estupro repercute negativamente na vida da vítima, fazendo com que ela tenha que lidar com o trauma físico e psicológico e, muitas vezes, com uma possível gravidez indesejada. Sabe-se que a legislação brasileira permite que, em casos de violência sexual, a grávida realize o aborto. Entretanto, inúmeras são as dificuldades das mulheres casadas em conseguir provar o nexos causal entre o ato criminoso e a gravidez.

Desta forma, com o presente artigo busca-se analisar a possibilidade legal de se realizar o aborto nos casos de estupro marital, adentrando aos efeitos legais e sociais que a vítima e o infrator estão submetidos. Sua realização pautou-se em um

estudo bibliográfico, onde o texto jurídico e a posição de doutrinadores trouxeram embasamento à sua realização, de modo a dispor orientações claras a partir de uma reflexão da evolução social e do texto jurídico sobre esta questão, tão antiga, mas presente ainda na sociedade brasileira.

## **2. O contrato social do casamento e sua evolução no tempo**

Conceitualmente, o casamento pode ser definido como a união entre duas pessoas mediante livre manifestação de vontade do casal e reconhecido pelo Estado, firmado em um contrato em consonância com a Lei com o intuito de manter relações sexuais, constituir família e manterem vínculo de assistência mútua de caráter afetivo e/ou patrimonial.

No que tange a sua finalidade, o casamento possui distinções a depender do ordenamento que o institui. No direito canônico, por exemplo, o casamento tinha como fim prioritário a procriação e a criação da prole e, secundário, a mútua assistência e satisfação sexual. Por sua vez, o direito brasileiro adotou a procriação como segunda opção no casamento, tratando como obrigação a mútua assistência, a satisfação sexual e a criação da prole (COSTA e DIÓGENES, 2004). Mas para que se chegasse aos atuais entendimentos sobre o casamento, é importante a compreensão da dinâmica evolutiva do ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira Constituição do Brasil (Constituição Política do Império do Brasil de 1824), preocupou-se basicamente com a proteção da Família Imperial, cujas regras eram influenciadas fortemente pelo direito canônico exercido, no qual o casamento era considerado como um ato sacramental cristão. (BRASIL, 1824)

Com o advento da República, editou-se o Decreto-Lei n. 181, de 24 de janeiro de 1890 a fim de criar o casamento civil e separá-lo do casamento religioso, tendo aquele se consolidado com o Código Civil de 1916 e sendo, posteriormente, recepcionado pela Constituição Brasileira de 1937. A partir da Constituição Brasileira de 1946, Estado e Igreja se reaproximaram por força do art. 163, tendo, em 1988, a Constituição Cidadã reconhecido a união estável. Com a promulgação do Código Civil de 2002, os vínculos afetivos ganharam destaque, propiciando uniões homoafetivas.

Entretanto, cabe ressaltar que o casamento não deve ser visto apenas sob o aspecto formal de sua constituição ou reconhecimento, mas sobretudo da forma como a legislação brasileira disciplinava a relação dos cônjuges, principalmente, a figura da mulher dentro matrimônio. Nessa linha, esclarece Santos Júnior e Araújo (2019, p. 5):

O Código Civil de 1916 trazia a figura da mulher em condição vulnerável com relação ao homem, sendo considerada incapaz de exercer direitos e realizar atos civis, tendo inclusive a necessidade de supervisão do marido para realização de alguns desses atos. O marido como a figura dominante do casamento e a mulher como subordinada, tendo que obedecer e servir, inclusive no sexo. Tal realidade foi mudada com a Lei nº 4.121, promulgada em 27 de agosto de 1962, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, onde cessa o poder absoluto do marido no casamento, confirmando a capacidade da esposa para realização de atos civis sem a supervisão do marido, bem como direitos antes negados, como a divisão do poder familiar de forma igualitária. No Código Civil Brasileiro de 2002 os artigos 1.511 a 1.590 tratam do casamento, trazendo no caput do artigo 1.511, a igualdade entre marido e esposa [...]. Vale aqui mencionar o artigo 1.566 do Código Civil de 2002, que trata sobre os deveres de ambos os cônjuges, no inciso V cita como dever mútuo o respeito e a consideração.

Observa-se, pois, que no Código Civil de 1916 que vigorou até 2002, a figura masculina era considerada o centro da família, sendo que a mulher não poderia praticar atos da vida civil sem a autorização do seu marido. E, embora tenha sido promulgada legislação em 1962 reconhecendo a capacidade civil das mulheres sem supervisão dos seus cônjuges, ainda é comum presenciar a supremacia do homem perante a mulher em algumas famílias.

Corroborando com o exposto, Santos Júnior e Araújo (2019) acrescenta que apesar de hoje o homem não possuir mais o poder absoluto no casamento, a ideia de que a mulher tem obrigações conjugais de cunho sexual para com o marido, independentemente de sua vontade, ainda repercute na sociedade atual que aceita atitudes patriarcais e machistas.

## **2.1 Obrigações conjugais e a função da mulher no casamento**

Em algumas sociedades, um dos requisitos essenciais para configurar o matrimônio é o débito conjugal, o qual pode ser entendido como um direito-dever que os cônjuges têm de manter relações carnis. O atual Código Civil do Brasil dispõe de forma sutil a respeito da coabitação, cuja origem embrionária remonta da antiguidade.

Segundo Rosa (2019), no Código de Hamurabi e na Lei das XII Tábuas, a mulher era tratada como propriedade privada do homem, motivo pelo qual a mulher poderia ser punida caso cometesse adultério e, ainda, era objeto de compra e venda e desejo sexual de seus maridos. Para os povos assírios, entretanto, por considerarem a função de procriação dos filhos, a vontade das mulheres quanto a conjunção carnal era respeitada.

Já o direito canônico, que exerceu grande influência nas leis do Brasil, entendia que a negação da mulher em manter relações sexuais com seu marido era motivo de dissolução do casamento. Por sua vez, o advento do Código de Napoleão, além de ter separado as instituições Estado e Igreja, trouxe como crime o adultério, prevendo, inclusive, que os homens poderiam matar suas mulheres caso esta fosse infiel (ROSA, 2019).

Observa-se, pois, que a figura feminina era alvo de repressão pela sociedade, especialmente, dentro das relações conjugais, cujas relações sexuais sem consentimento eram consideradas normais.

Esse sistema patriarcal se perpetuou na legislação brasileira durante muito tempo, tanto que o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) ao mesmo tempo que consagrava os deveres de ambos os cônjuges (art. 231), afirmava categoricamente que o marido era o líder da família (art. 233) e que a mulher não poderia praticar diversos atos da vida civil, tais como exercer profissão, sem ser autorizada pelo homem (art. 242).

Após inúmeras lutas, as mulheres tiveram o reconhecimento normativo constitucional da igualdade de gênero. Isso porque a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu em seu art. 5º que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações perante a Lei. Tal igualdade também ficou reconhecida pelo Código Civil de 2002 (CC/02) ao disciplinar a instituição do casamento e estabelecer que os cônjuges são iguais em direitos e deveres.

Nesse sentido, o Novo Código Civil (NCC) estabelece que “pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família” (art. 1.565) e que “a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo

marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos” (art. 1.567). Denota-se claramente, a partir da leitura de tais artigos, a igualdade formal da mulher e do homem dentro do casamento. (BRASIL, 2002)

Ainda, hoje o casamento é celebrado com o compromisso de respeitar uma série de “normas afetivas” dispostas no art. 1566 do CC/02. De acordo com Rosa (2019), o inciso II do art. 1566 do CC/02, ao tratar como dever “a vida em comum em domicílio conjugal”, deixa subtendido o compromisso do débito conjugal, cuja recusa da prática sexual por qualquer um dos cônjuges estava sendo considerada, pela jurisprudência mais antiga, como fundamento passível de anulação do casamento. Tal posicionamento, porém, não tem sido mais usual.

Veja-se recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em que manteve a decisão de primeiro grau ao dispor que a negação de manter relações sexuais com parceiro(a) não afeta a higidez do casamento.

ANULAÇÃO DE CASAMENTO. PEDIDO CONJUNTO. SENTENÇA E IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. Anulação de casamento. Insurgência contra sentença de imprudência. Virago que se nega a manter relações sexuais com o marido desde o casamento. Hipóteses não previstas no rol taxativo do art. 1550 do CC. Inocorrência de erro quanto à pessoa do outro vício de vontade. Também não se deve falar em violação do dever conjugal. **O debitum conjugale é expressão própria do direito canônico e não deve servir como regulamentação para o casamento civil. Ausência de relação sexual não afeta a higidez do casamento. Recurso desprovido.** (SÃO PAULO, 2018) [Grifo nosso]

Ocorre que, não obstante a evolução normativa e jurisprudencial, Rosane Tavares (2020, p. 12), menciona que ainda hoje “[...] identifica-se no comportamento familiar a estruturação da figura masculina como líder no âmbito de tomada de decisões”. Diante disso, também não é incomum a prática

sexual forçada dentro do casamento, principalmente contra a mulher, por ser o elo mais vulnerável das relações heterossexuais.

### 3. O crime de estupro

A Constituição Federal de 1988 adotou como princípio basilar dos direitos individuais a dignidade da pessoa humana. Positivado no art. 1º, III, da Carta Magna, o referido princípio visa tutelar a integridade física e moral dos indivíduos, cuja violação ou ameaça de transgressão pode alcançar a esfera penal.

De acordo com Fernando Capez (2019, p. 71),

A evolução da sociedade, portanto, passou a exigir, em consonância com a Constituição Federal de 1988, a formulação de uma nova concepção do objeto jurídico do crime, de forma que assuma especial importância não os padrões ético-sociais, os bons costumes, mas a dignidade do indivíduo que é colocada em risco.

A violência sexual é entendida como uma forma de violação da dignidade da pessoa humana, uma vez que o ato sexual não consentido ofende a liberdade sexual da vítima, atingindo negativamente sua vida e honra. Isso porque cabe a cada pessoa decidir se deseja dispor do seu próprio corpo, de escolher o seu parceiro sexual e de praticar os atos que entender adequado.

Sabe-se, pois, que a violência sexual sempre existiu na humanidade, cuja prática é considerada pelo agressor como sinônimo de imposição de poder e comando sobre a vítima, notório reflexo da cultura patriarcal.

O crime de estupro foi tipificado, inicialmente, pelo Código Penal de 1940 (art. 213) como aquele em que o infrator tem claro objetivo de constranger a vítima à conjunção carnal e como o ato atentado

violento ao pudor (art. 214), isto é, a prática de atos libidinosos (MASSON, 2014).

Conforme Renato Marcão (2015), entendia-se que para configuração do estupro deveria haver conjunção carnal violenta e desde que fosse cometida pelo homem contra a mulher. Entretanto, o vocábulo ‘estupro’ advém do latim *stuprum* que, no Direito Romano, significava qualquer ato sexual contra outrem, inclusive os atos libidinosos.

Somente com o advento da Lei n. 12.015/2009 que se passou a entender, também como estupro, o cometimento de atos libidinosos (art. 213), revogando-se o crime de atentado violento ao pudor (BRASIL, 1940).

Para Capez (2019), a conjunção carnal é entendida como o ato de penetração do membro viril na vagina. Por sua vez, ato libidinoso pode ser compreendido como atos físicos destinados a satisfazer a lascívia e o apetite sexual do infrator, logo, o mero escrito com conteúdo erótico não pode configurar estupro.

Veja-se, ainda, que a utilização do pronome ‘alguém’ na nova redação do artigo, tornou o crime de estupro aplicável a qualquer ser humano que porventura viole a liberdade sexual de outra pessoa. Desta forma, homens e mulheres ou quaisquer outros sexos identificados podem ser sujeitos passivos de uma ação penal. Nesta acepção entende-se que cônjuges também podem se tornar partes de um processo criminal.

#### 3.1 O estupro marital no contexto social

O estupro marital é a violação sexual que ocorre na constância de uma relação conjugal, seja está formada mediante casamento ou união estável. Geralmente, o crime acontece em relações heterossexuais, em que as mulheres são as principais vítimas,

entretanto, a violência também pode ocorrer em uniões homoafetivas.

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. (KALB e KOERICH, 2020, p. 301)

O enfoque dado às mulheres nos casos de violência sexual deve-se à sua vulnerabilidade perante o sexo oposto. Nos dizeres de Rosostolato (2017, p. 73), “[...] pensar nas violências que as mulheres sofrem é compreender a violência transferida ao gênero feminino, que não é a mesma vivida pelo gênero masculino”.

Nesse sentido, Costa e Diógenes (2004) menciona que com a criação das Delegacias de Defesa dos Direitos da Mulher em 1985, passou-se a perceber que a violência contra as mulheres ocorria no próprio seio da família. Nos casos de estupro ocorridos no contexto do matrimônio, verificou-se que raramente as mulheres denunciavam seus maridos, visto que entendiam ser o sexo um encargo do casamento, logo, uma obrigação incontestável.

De acordo com Kalb e Koerich (2020), a violência sexual já foi tema de grandes debates e polêmicas doutrinárias. Isso porque doutrinadores tradicionais como Nelson Hungria e Magalhães de Noronha defendiam a tese de que o marido não poderia ser acusado de estupro contra sua própria esposa, haja vista que a conjunção carnal seria uma obrigação do casamento e direito do marido ter relações sexuais com sua companheira. (SILVA, 2011)

Entretanto, tal posicionamento resta ultrapassado, uma vez que doutrinadores mais contemporâneos defendem a liberdade sexual dos indivíduos e a ausência de débito conjugal. Essa segunda corrente liderada por Damásio E. de Jesus, Celso Delmanto e Julio Fabrini Mirabete entendem, ainda, que constituirá estupro sempre que houver mero constrangimento. Ademais, o desrespeito a esse dever pode gerar, na esfera cível, a decretação do divórcio. (COSTA e DIÓGENES, 2004)

O próprio art. 213 do Código Penal, ao tipificar o crime de estupro, não excluiu o marido do polo ativo, ao contrário, dispôs que qualquer pessoa que violar a integridade sexual de outrem poderá responder penalmente pelo ato. Além disso, insta mencionar a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) que, complementando o Código Penal, contemplou a violência sexual como forma de violência doméstica em seu art. 7º, III, (BRASIL, 2006).

Nesse viés, o judiciário brasileiro tem reconhecido o estupro praticado por parceiro sexual no âmbito do casamento e/ou união estável. Esse foi o posicionamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal ao julgar os embargos infringentes e de nulidade a seguir apresentado:

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. ESTUPRO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PRÁTICA SEXUAL SEM O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. PAVOR EM SOFRER NOVAS AGRESSÕES. CONFIGURADO. CAUSA DE AUMENTO. ART. 226, II, CP. PRESENÇA. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. [...]. No caso, restou configurado o crime de estupro, pois a vítima foi agredida pelo réu durante toda a noite e parte da madrugada, o que determinou que se submetesse a manter relação sexual com ele ao amanhecer do dia, em razão do extremo pavor de apanhar novamente e

por entender que esta era sua obrigação como esposa. IV- O pensamento que determina deveres femininos, muitas vezes é decisivo para o acontecimento do denominado “estupro conjugal” de maneira que é preciso identificar e desmistificar estereótipos que retiram a prática de alguns papéis rígidos que fazem parte de uma cultura permissiva e, ao mesmo tempo, reprodutora de violências. V- Considerando que o relacionamento conjugal entre o réu e a vítima foi expressamente mencionado na denúncia e devidamente comprovado durante a instrução, escoreita a incidência da causa de aumento de pena do art. 226, II, do CP. VI- Recurso conhecido e desprovido. (DISTRITO FEDERAL, 2019)

Logo, diante de todos os avanços legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, a tese de que há obrigação entre os casais em manter relações sexuais entre si sob o argumento de um suposto débito conjugal independente da vontade e consentimento do(a) cônjuge torna-se cada vez mais infundada.

Entretanto, fazer com que o crime de estupro marital seja devidamente punido não é tarefa fácil, pois há inúmeras barreiras a serem observadas. Inicialmente, insta salientar que a maioria dos delitos sequer são denunciados, haja vista que o infrator é o próprio cônjuge da vítima, alguém que esta confia e possui sentimentos, o que por si só dificulta a denúncia, por conseguinte, nem sempre o estupro deixa vestígios, fazendo com que haja certo receio de aceitação pela autoridade policial quando as provas decorrem somente do depoimento da vítima.

Em segundo plano, quando há a denúncia, o problema reside na comprovação do crime. Quando o ato sexual é consumado, é possível realizar prova pericial a partir do exame do corpo de delito, conforme o art. 158 do Código de Processo Penal (CPP), o que acaba gerando certo constrangimento para a vítima. Por sua vez, quando é inviável produzir prova pericial, aceita-se a prova testemunhal (art. 167 do CPP), entretanto,

pelo fato do crime ser cometido no silêncio do lar familiar, geralmente, não há testemunhas (BRASIL, 1941).

A dificuldade probatória do estupro marital pode ser vislumbrada em diversas jurisprudências. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, optou por julgar improcedente um Recurso de Apelação em favor da vítima em decorrência de insuficiência probatória e não convencimento do juízo, sustentando o fundamento principiológico do *in dubio pro réu*.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO PRATICADO MEDIANTE VIOLÊNCIA REAL E GRAVE AMEAÇA. INCONFORMIDADE MINISTERIAL. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. POSSIBILIDADE TEÓRICA DE QUE O COMPANHEIRO POSSA FIGURAR COMO SUJEITO ATIVO DO CRIME DE ESTUPRO SOFRIDO PELA COMPANHEIRA. A tese de que o marido, assim como o companheiro, não pode ser acusado de violentar sexualmente a própria esposa, por possuir ela o dever de sempre assentir com a relação sexual, encontra-se há tempos superada, vinculando-se a um patriarcal pensamento de que a mulher poderia ser propriedade do seu marido. **INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. Malgrado se tornar evidente que o acusado constantemente ameaçava a ofendida, não há evidência segura de que essas ameaças se davam para efeito de consumir o crime de estupro.** Relação conjugal iniciada na pendência do casamento anterior do acusado, circunstância conhecida da ofendida, que passou a residir com este, o que se manteve por pelo menos cinco anos, sem qualquer sinal ou registro de que as relações sexuais ocorriam com emprego de violência ou de grave ameaça. Mesmo que a jurisprudência, pacificada no seio das Cortes Superiores e deste órgão fracionário, outorgue especial relevância à palavra das vítimas, **o depoimento da ofendida não se revelou detalhado, coerente e firme para a condenação, não constituindo prova idônea para alicerçar a conclusão condenatória.** Dúvida substancial quanto ao dissenso da vítima que determina a manutenção da sentença absolutória. RECURSO IMPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2018). [Grifo nosso].

E mais, cabe dizer que os processos criminais são demasiadamente longos e exaustivos, fazendo com que a vítima tenha que prestar declarações em várias audiências, submetendo-a a situações constrangedoras a fim de provar a veracidade dos fatos. Além disso, em diversas ocasiões, a vítima acaba sofrendo discriminações e julgamentos da sociedade.

Todas essas situações mencionadas anteriormente, e outras, tendem a desencorajar as vítimas a denunciarem seus agressores, bem como a desestimularem-nas a prosseguirem com o processo judicial, trazendo impunidade aos crimes.

#### **4. A problematização do aborto decorrente de gravidez gerada do estupro marital**

O aborto é definido pelo Ministério da Saúde como “[...] o produto da concepção eliminado no abortamento”, sendo este entendido como “[...] a interrupção da gravidez até a 20<sup>a</sup>-22<sup>a</sup> semana e com produto da concepção pesando menos de 500g”, seja decorrente de causa natural ou por decisão pessoal da mulher (BRASIL, 2005, p. 22).

Segundo pesquisas, em aproximadamente 10% das gestações há ocorrência de aborto espontâneo, considerado como a interrupção involuntária da gravidez. No entanto, ao utilizar a quantidade de casos de abortamento, estima-se que a grande maioria decorre do aborto induzido ou provocado, isto é, quando é realizado algum procedimento para interromper a gravidez. (BRASIL, 2005)

Ocorre que discussões relacionadas à possibilidade do aborto por opção da grávida, ainda que decorrente de estupro, são significativamente extensas, antigas e polêmicas, reunindo ideais controversos entre aqueles indivíduos que defendem o direito da

mulher de abortar e, noutro giro, ideologias daqueles que são totalmente contra essa prática.

Por um lado, atores políticos conservadores, em geral vinculados a organizações religiosas, fizeram do combate ao “assassinato de bebês” um dos temas centrais de seus discursos. Por outro, o movimento feminista priorizou a luta pela descriminalização do aborto, entendida como uma das condições para que as mulheres tenham plena autonomia sobre seus próprios corpos. Em mobilizações de rua, nas discussões nas novas mídias digitais e, em menor medida, na imprensa, o direito ao aborto tornou-se, da redemocratização para cá, um item importante da agenda. (MIGUEL et al., 2017, p. 230)

De acordo com Machado (2017), a partir da década de 1960 e 1970, manifestações feministas denominadas de segunda onda do feminismo, alcançaram êxito na legalização do aborto em vários países europeus e norte-americanos, entretanto, no cenário do Brasil e de diversos países latino-americanos, observa-se uma crescente dificuldade nas movimentações pela legalização do aborto na segunda década do século XXI.

Narrativas fundamentalistas contrárias à legalização do aborto cresceram no Brasil a partir de 2005, ocasião em que o Poder Executivo apresentou projeto de Lei ao Poder Legislativo a favor do aborto. Este projeto visava autorizar o aborto até 12 semanas de gestação, ampliar o prazo da interrupção da gravidez para 20 semanas em casos de estupro e não criar limites de tempo para o abortamento nos casos de grave risco à saúde da mulher e de anencefalia. Mas, como dito alhures, o referido projeto não foi aprovado (MACHADO, 2017).

No entanto, dados de atendimentos hospitalares, ao longo dos anos, para realização de curetagens e aspirações de limpeza do útero após um aborto incompleto, isto é, de abortos mal sucedidos geralmente



provocados, mostram a magnitude do problema da criminalização do aborto no âmbito da saúde pública.

Segundo Acayaba e Figueireido (2020), de janeiro a junho de 2020, o Sistema Único de Saúde (SUS) fez 1.024 abortos legais no país e 80.948 curetagens e aspirações, menor número identificado desde 2017, possivelmente, por conta da pandemia do Covid-19, cujos gastos do SUS com procedimentos pós-abortos incompletos foram 30 vezes maiores do que com abortos legais. Vale dizer, porém, que tais números contemplam casos de abortos espontâneos, clandestinos e complicações pós-parto. Entretanto, considerando que em 2016 metade das mulheres brasileiras que fizeram aborto clandestino precisaram ser internadas para finalizá-lo, é possível que grande parte das curetagens e aspirações realizadas em 2020 sejam decorrentes de aborto ilegal.

Diante do exposto, observa-se que a criminalização do aborto restringe a autonomia da mulher sobre seu corpo e sua mente e compromete o acesso aos serviços públicos de saúde para realizar o ato, o que torna um problema de saúde pública. Além disso, rompe com o princípio da laicidade do Estado, já que a recusa de tornar o aborto um direito da mulher deve-se, em sua maioria, às crenças religiosas fortemente representadas pela bancada religiosa no Congresso Nacional.

#### **4.1 Hipóteses legais do aborto no Brasil**

A proibição do aborto remonta desde a época do Brasil Império, quando a prática foi criminalizada pela primeira vez no Código Criminal de 1830. Por sua vez, o Código Penal de 1940, ainda vigente, manteve a tipificação do aborto como um crime, uma vez que, nesta época, a sociedade era predominantemente machista, não

havendo sequer plena igualdade formal entre os gêneros ou autonomia da mulher sobre sua vida e sexualidade. Ocorre que a sociedade não é imutável, razão pela qual as legislações devem modificar-se.

Vale dizer, porém, que os debates sobre aborto no poder Legislativo assumiram um caráter conservador a partir dos anos 2000, fazendo com que a legislação pouco se modificasse. Nos dizeres de Miguel (et. al., 2017, p. 232), isto se deve:

[...] tanto a uma atuação crescente dos grupos religiosos contrários ao aborto, que vêm dando maior prioridade ao tema nas suas campanhas e na sua atuação dentro do Congresso, quanto ao recuo das posições mais abertamente favoráveis à legalização.

Devido a isso, o Brasil possui, hoje, uma das legislações mais restritivas do mundo ocidental em relação ao aborto, cujo ato é considerado crime pelo Código Penal Brasileiro, tipificado nos artigos 124 a 128 da Lei n. 2.848/1940, salvo exceções. Entretanto, a prática abortiva não é criminalizada em duas situações (art. 128 do Código Penal): nos casos em que a gravidez resulte em risco de vida para a gestante ou quando for resultante de estupro, independentemente da idade da mulher.

Perpassada a análise legislativa, em 2012, por decisão do STF (Superior Tribunal Federal) a partir da ADPF (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/2004, estabeleceu-se a permissão para a interrupção da gestação em casos de anencefalia fetal.

Em se tratando, especificamente, de aborto resultante de estupro, Cleber Masson (2011) denomina-o como aborto humanitário, sentimental, moral, ético ou piedoso que deve ser realizado por médico mediante consentimento da gestante ou de seu responsável legal, caso a vítima seja incapaz, e ter como causa o estupro.

Quando grávida, a mulher ou adolescente vítima de violência sexual deve ser informada sobre a possibilidade de interromper a gravidez sem que haja necessidade de apresentar documentos comprobatórios do estupro, tais como Boletim de Ocorrência Policial e/ou laudo do Exame de Corpo de Delito, ou, ainda, de decisão judicial que permita o abortamento, visto que não há menção dessa exigência na legislação. (ROMAGNOLI, 2019)

Diante disso, o Ministério da Saúde editou a Portaria n. 2.561, de 23 de setembro de 2020, que revogou e atualizou outras portarias, a fim de tratar dos procedimentos de justificação e autorização da interrupção da gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do SUS (Sistema Único de Saúde).

Os procedimentos foram dispostos em quatro fases que deverão ser registrados no formato de termos confidenciais e arquivados ao prontuário médico. Além disso, a normativa contemplou a obrigatoriedade dos profissionais de saúde em comunicar a autoridade policial casos de indícios ou confirmação do crime de estupro. (BRASIL, 2020)

Insta dizer ainda que “diante da perspectiva da saúde, o prazo máximo para a interrupção é de 20 (vinte) semanas, enquanto que no âmbito jurídico não existe prazo estabelecido”. Sendo assim, a gravidez pode ser interrompida a qualquer momento, cujo método a ser aplicado variará conforme a idade gestacional. (ROMAGNOLI, 2019, p. 13)

Ademais, considerando que a violência sexual é, infelizmente, frequente no Brasil, é inegável a importância da possibilidade de se realizar aborto nos casos de estupro, entretanto, a situação se torna mais complexa quando a violência sexual é causada pelo companheiro da vítima.

## **4.2 Gravidez resultante de estupro marital e o aborto como alternativa solucionadora**

Conforme outrora elucidado, não é incomum a ocorrência de estupro durante o matrimônio e de gravidez indesejada resultante deste ato. Ocorre que se já é complicado para a mulher denunciar seu cônjuge pelo crime de estupro, mais difícil é solicitar a interrupção da gravidez sob o fundamento legal do art. 128, II do Código Penal.

Como regra, a mulher vítima de estupro não é obrigada a gerar um filho sabendo que foi resultante de um ato de violência, pois seria desumano fazê-la conviver diariamente com o trauma físico e psicológico que sofreu. Além disso, é possível que a criança sofra com a rejeição da família, o que tenderia a repercutir negativamente em seu convívio social e em sua formação à vida adulta.

Porém, no âmbito do casamento, parcela da doutrina, doravante arcaica, entende não ser possível que o marido seja condenado por estupro, logo, não haveria que se falar na possibilidade da prática do aborto. Mas, considerando que a doutrina majoritária atual entende ser cabível a configuração de estupro marital, assim também é o aborto.

Para aquela parcela da doutrina que considera sendo crime de estupro a exigência sexual por parte do marido, sem o consentimento de sua esposa, o aborto é mero desdobramento lógico. Porém, para aquela parcela da doutrina que não considera possível o crime ser praticado pelo marido, não há que se falar em possibilidade da prática do aborto. Para eles não é estupro, se não é estupro, não pode ocorrer o aborto. (MOTTA, 2009, p. 73).

Além disso, cabe salientar que, em momento algum, a legislação penal brasileira excluiu os cônjuges do polo passivo do crime de estupro e, muito menos, desconsiderou a

possibilidade da mulher grávida de realizar o aborto legal previsto no inciso II do art. 128 do CP quando o genitor do feto seja o companheiro da mulher.

Podemos entender que uma gestação advinda de um estupro na constância do casamento também pode ser interrompida, uma vez que a lei não faz qualquer menção ao referido assunto, sendo considerado estupro qualquer relação que empregue violência ou grave ameaça, sem o consentimento da mulher, não importando se o sujeito do crime é terceiro ou seu próprio marido. Sendo assim, se da relação sexual forçada por parte do marido, a esposa decidir pela prática do aborto sentimental, esta será devidamente amparada pelo artigo 128, inciso II do Código Penal. (BEATRIZ, 2018, s.p.)

Sendo assim, a grávida, vítima do estupro conjugal, deve se dirigir a uma unidade pública de saúde e declarar que deseja realizar o procedimento abortivo. A vítima assinará um Termo de Relato Circunstanciado e um Termo de Responsabilidade, este que servirá como subsídio de amparo médico legal do profissional que realizou o procedimento e de criminalização da mulher por falsidade ideológica e aborto, caso se descubra, posteriormente, que as informações prestadas por ela tenham sido inverídicas. (BRASIL, 2020)

No entanto, a situação não é tão simples. Primeiro porque muitas mulheres não reconhecem que são vítimas de estupro de seus maridos, tampouco de que podem interromper uma gravidez advinda deste ato. Segundo porque a maioria das vítimas ainda sentem medo de denunciar seus companheiros e muitas tem receio de praticar o aborto por motivos religiosos e de rechaçamento da sociedade. E, por fim, há de se ressaltar que o constrangimento que as vítimas tendem a enfrentar nas unidades de saúde e no transcurso do processo criminal

por estupro desestimulam-nas a procurar ajuda estatal.

Neste ínterim, diante do cenário de criminalização atual do aborto como regra, observa-se que há uma grande necessidade de divulgação das hipóteses em que a prática do aborto é permitida, enfatizando a decorrente de estupro marital. Além disso, é preciso que as unidades públicas de saúde e delegacias da mulher estejam melhor preparadas para atender as vítimas de estupro, tornando o processo abortivo e criminal menos constrangedor. Por conseguinte, como medidas de longo prazo, é essencial que a laicidade do Estado seja plenamente exercida e que a cultura machista e arcaica seja superada pela sociedade.

## 5. Conclusão

É inegável que a instituição do casamento foi modificada formalmente ao longo do tempo, sendo considerada, atualmente, como a união entre duas pessoas independentemente do gênero, garantindo aos indivíduos plena liberdade sexual, ainda que diante do matrimônio. Entretanto, as alterações legislativas nem sempre refletem mudanças de hábitos, pois ainda se observa, em muitas relações conjugais, a ideia de que a mulher possui uma espécie de débito conjugal de cunho sexual para com o marido.

Sabe-se, porém, que o ato sexual não consentido viola a dignidade da pessoa humana e ofende a liberdade sexual da vítima, acarretando na tipificação penal do crime de estupro, cuja prática dentro do casamento é denominada pelos doutrinadores como estupro marital.

Ocorre que a maioria dos delitos sequer são denunciados por motivos como: a vítima possuir sentimentos pelo infrator ou por não identificar que o ato se trata de um crime, pela dificuldade probatória da

violência sexual e, ainda, pelo possível constrangimento social e sensação de medo e impunidade.

A situação se torna mais complexa quando a vítima engravida indesejavelmente. Nestes casos, a legislação permite a realização do aborto quando a gravidez é resultante de violência sexual, mesmo que o genitor do feto seja o marido da vítima.

Embora haja entendimento doutrinário minoritário no sentido de não ser possível a condenação do marido da vítima por crime de estupro e que, por isso, não haveria que se falar na possibilidade da prática do aborto, verificou-se que tal tese se encontra ultrapassada.

Apesar disso, muitas mulheres ainda desconhecem a possibilidade de se realizar o aborto quando estupradas pelo próprio cônjuge e muitas tem receio de interromper a

gravidez por motivos religiosos e de rechaçamento da sociedade.

Diante disso, sugeriu-se como medidas imediatas que o poder público e privado divulgue através das mídias digitais e outros meios de comunicação, as hipóteses legais da prática de aborto, enfatizando a decorrente de estupro marital, a fim de encorajar as vítimas a denunciarem os infratores e darem-lhes oportunidades de não conviverem com os traumas psicológicos da violência. Além disso, verificou-se a necessidade de se preparar melhor as unidades de saúde e delegacias para receberem essas vítimas.

Por fim, foi identificado que, apesar do Estado brasileiro ser laico, a religião exerce grande influência na política e que a cultura arcaica patriarcal e machista encontra-se presente na sociedade.

familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, 2006.

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Casa Civil, 1916.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Atenção humanizada ao abortamento:** norma técnica. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. 36 p.

BRASIL. **Portaria n. 2.561, de 23 de setembro de 2020.** Dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS. Diário Oficial da União, Ministério da Saúde, Brasília, 24 set. 2020, Edição 184, Seção 1, p. 89.

## Referências

ACAYABA, Cíntia; FIGUEIREDO, Patrícia. SUS fez 80,9 mil procedimentos após abortos malsucedidos e 1.024 interrupções de gravidez previstas em lei no 1º semestre de 2020. **G1 SP**, São Paulo, 20 ago. 2020.

BEATRIZ, Victoria. A possibilidade de aborto no caso de estupro marital. Revista **JusBrasil**, 2018.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824.** Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil, 1824.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 1.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília: Casa Civil, 1940.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Casa Civil, 1941.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Brasília: Casa Civil, 2002.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial – arts. 213 a 359-H.** 17. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 3. v.

COSTA, Tailson Pires; DIÓGENES, Thais. A possibilidade jurídica de estupro na união estável. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 1, n. 1, p. 382-401, 2004.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (Câmara Criminal). **Embargos Infringentes n. 0000279-81.2018.8.07.0002.** Embargos infringentes e de nulidade. Estupro. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Materialidade e autoria comprovadas. Prática sexual sem o consentimento da vítima. Pavor em sofrer novas agressões. Configurado. Causa de aumento. Art. 226, II, CP. Presença. Afastamento. Impossibilidade. Relator: Des. João Timóteo de Oliveira, 02 de setembro de 2019.

KALB, Christiane Heloisa; KOERICH, Giulia Peron. Estupro marital: da proteção normativa penal e do posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Interfaces Científicas**, Aracaju, v. 8, n. 2, p. 296-310, 2020.

MACHADO, Lia Zanotta. O aborto como direito e o aborto como crime: o retrocesso neoconservador. **Cadernos Pagu**, n. 50, jul. 2017.

MARCÃO, Renato. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal.** 2. ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2015.

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

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte especial.** 3. ed., Rio de Janeiro: Método, 2011. 2. v.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia; MARIANO, Rayani. O direito ao aborto no debate legislativo brasileiro: a ofensiva conservadora na Câmara dos Deputados. **Opinião Pública**, Campinas, v. 23, n. 1, jan./abr., 2017.

MOTTA, Mônica. **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro no casamento.** 2009. 79 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (8. Câmara Criminal). **Apelação n. 70053483368.** Apelação criminal. Crime contra a dignidade sexual. Estupro praticado mediante violência real e grave ameaça. Inconformidade ministerial. Absolvição mantida. Possibilidade teórica de que o companheiro possa figurar como sujeito ativo do crime de estupro sofrido pela companheira. Relator: Des. Sandro Luz Portal, 28 de março de 2018.

ROMAGNOLI, Jhenifer. Aborto no caso de gravidez resultante de estupro: o prazo de escolha para a vítima. **Revista Científica Doctum: Direito**, Caratinga, v. 1, n. 3, 2019.

ROSA, Luana Mesquita da. **A configuração do crime de estupro marital nas violências sexuais em relações conjugais.** 2019. 66 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Araranguá, 2019.

ROSOSTOLATO, Breno. Reflexões acadêmicas sobre o estupro marital através da historicidade da violência sexual e de gênero. **Revista Brasileira de Sexualidade Humana**, v. 28, n. 1, p. 69-76, 2017.

SANTOS JUNIOR, Jacintho Jairo Granado; ARAÚJO, Ariane de Nazaré Cunha Amoras de. Estupro marital: a violação da dignidade sexual da mulher no casamento. **Revista de Direito Fibra Lex**, ano 4, n. 6, 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (10. Câmara de Direito Privado). **Apelação n. 1002780-74.2016.8.26.0408.** Anulação de casamento. Pedido conjunto. Sentença e improcedência. Recurso desprovido. Relator: Des. J. B. Paula Lima, 31 de julho de 2018.

SILVA, Dayane de Oliveira Ramos. Aplicabilidade da Lei Maria da Penha: um olhar na vertente do gênero feminino. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 84, jan. 2011.

TAVARES, Rosane Gomes. **Estupro marital: a violência que se oculta no amor.** 2020. 26 f. Artigo científico (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020.