



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

O ABORTO LEGAL NOS CASOS ENVOLVENDO *STEALTHING*

POR

MARIA LUISA LEITE MELGAÇO

Orientador(a): Rogério José Bento Soares do Nascimento

2023.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO
RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900
RIO DE JANEIRO – BRASIL

O ABORTO LEGAL NOS CASOS ENVOLVENDO *STEALTHING*

POR

MARIA LUISA LEITE MELGAÇO

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Rogério José Bento
Soares do Nascimento

2023.1

Resumo

O presente trabalho de conclusão de curso possui como tema o crime intitulado como *stealthing* e a possibilidade da obtenção do direito ao aborto para suas vítimas. O *stealthing* é a conduta de retirada do preservativo pelo agente durante a relação sexual sem o consentimento da vítima, que condicionou a realização do ato mediante o uso da proteção. Além disso, o estudo trata da necessidade da previsão legal do delito diante do número de casos que, até o momento, não se tem estimativa. O método de abordagem adotado no presente estudo será o hipotético-dedutivo, já que o problema objeto de estudo no projeto deverá ter uma hipótese de solução. Para isso serão utilizadas pesquisas documentais, bibliográficas, interpretação de artigos do nosso Código Penal e doutrinas relacionadas ao tema. A resposta da problemática do presente trabalho de conclusão de curso concentra-se na negligência por parte dos doutrinadores e legisladores diante da prática desse crime. A possibilidade da obtenção do aborto legal deve ser considerada por conta da previsão legal de sua concessão para gestações provenientes de estupro. Sendo a única diferença entre as condutas o uso de violência ou grave ameaça. No entanto, ambas as condutas são consideradas violência sexual.

Palavras-chaves: *Stealthing*. Violência Sexual. Consentimento. Preservativo. Aborto. Tipificação.

Sumário

1. Introdução	4
2. A Violência Contra a Mulher no Âmbito da Violência de Gênero...8	8
3. O Direito ao Aborto Humanitário no Brasil.....17	17
4. O <i>Stealth</i> e seu Tratamento Penal no Direito Brasileiro	35
5. Conclusão	46
6. Referências Bibliográficas	50

1. Introdução

O presente estudo irá tratar da conduta de retirada do preservativo pelo agente sem o consentimento da vítima, que havia consentido na relação condicionando com o uso da proteção. Essa prática é intitulada como *stealthing*, e é fruto de uma sociedade machista, onde homens estão em posição de superioridade, bem como da cultura do estupro, onde o prazer do homem é colocado acima dos direitos das mulheres. Guilherme Nucci, ao tratar do crime de estupro, define o que seria a cultura de estupro:

“A cultura do estupro constitui um complexo de crenças e opiniões que encorajam agressões sexuais masculinas e sustenta a violência contra as mulheres. Cuida-se de uma sociedade onde a violência é vista como sexy e a sexualidade é violenta. Numa cultura do estupro, as mulheres captam um estado duradouro de ameaça que alcança desde observações sexuais até atingir o estupro. A cultura do estupro tolera o terrorismo físico e emocional contra as mulheres e apresenta isto como uma regra. Na cultura do estupro, homens e mulheres aceitam que a violência sexual é um fato da vida, tão inevitável como a morte ou os tributos”¹

O Código Penal Brasileiro prevê, em seu artigo 215, o crime de violação sexual mediante fraude, tipificando a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso que impeça ou dificulte a manifestação de vontade da vítima por meio de fraude. Nesse contexto, a prática de retirar o preservativo durante a relação sexual sem o consentimento do outro indivíduo, intitulado com *stealthing*, que não está previsto expressamente no direito penal brasileiro, pode ser enquadrado nesse tipo penal, mas esse enquadramento não retira a necessidade de uma tipificação literal da conduta.

No *stealthing*, o consentimento está presente, mas apenas no início da realização do ato sexual. No decorrer da prática, esse consentimento é comprometido completamente a partir da retirada do preservativo sem a ciência da vítima. A liberdade de decidir sobre a relação sexual é viciada pela má-fé do parceiro que fez acreditar que usaria o preservativo.

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Tratado de Crimes Sexuais**. Rio de Janeiro: Editora GEN, 2022. P. 36.

O *stealth* pode ocorrer em relações tendo como enganados tanto homens quanto mulheres, sendo que em ambas há o risco de a vítima contrair doenças sexualmente transmissíveis. O indivíduo é livre para manter relações sexuais sem o uso do preservativo, assumindo o risco de futuros danos físicos que isso possa a vir lhe causar, mas é fundamental que haja o seu consentimento para que tal ato ocorra.

O estudo dessa prática condenável pode contribuir para se compreender novas formas de comportamento que constituem violações da dignidade sexual, permitindo que o direito penal acompanhe as mudanças sociais, além do mais, esse tipo de crime também tem reflexos na disseminação de doenças sexualmente transmissíveis. Estudos do Ministério da Saúde revelam que no Brasil cerca de 1 milhão de pessoas relatam diagnóstico de DST.²

O referido delito recebeu a devida atenção tarde demais, quando sua prática já havia sido normalizada. As vítimas não imaginavam que estavam diante de um ato que poderia ser configurado como crime. Os agentes, por sua vez, apesar de agirem de má-fé, é possível supor que em sua maior parte não tem conhecimento da gravidade da atitude.

A necessidade de tipificação em nosso ordenamento se dá com o objetivo de amparar as vítimas que até o momento estão sem o suporte legal, dependendo de uma interpretação favorável dos julgadores para que, finalmente, sejam protegidas e defendidas.

Por se tratar de uma violação da liberdade individual, com naturais reflexos na autoestima e alto risco para a saúde das vítimas, o *stealth* mostra-se um problema relevante que merece uma abordagem transversal,

² BRASIL. Ministério da Saúde. **Cerca de 1 milhão de pessoas contraíram infecções sexualmente transmissíveis no Brasil em 2019**. Disponível em <<https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2021-1/maio/cerca-de-1-milhao-de-pessoas-contrairam-infeccoes-sexualmente-transmissiveis-no-brasil-em-2019#:~:text=M%C3%B3dulos%20da%20Pesquisa%20Nacional%20de,anos%20de%20idade%20ou%20mais>>. Acesso em 17/04/2023.

possuindo grande relevância e importância dentro da sociedade, e de gênero. As consequências de tal violência na vida das mulheres devem ter a devida atenção, visto que vivemos em um país marcado culturalmente pelos reflexos de uma estrutura patriarcal.

Essa perspectiva deve ser incorporada no meio jurídico e vários são os desafios para que isso ocorra. Caso não seja considerada nas políticas públicas haverá consequências para a efetiva concretização da agenda constitucional e importará no descumprimento de compromissos assumidos pelo Estado em convenções internacionais.

Emília Ulhôa em seu artigo “Desafios da Incorporação transversal da Perspectiva de Gênero e étnico-racial numa escola do sistema de justiça”³ estabeleceu que a construção de diagnósticos para subsidiar processos de identificação e a análise de barreiras à igualdade e à não discriminação seria o primeiro desafio para a incorporação da perspectiva ética de gênero e de raça no plano institucional.

Para isso, é importante identificar as políticas, práticas e normas das instituições que podem afetar a igualdade e a não discriminação com base em gênero e raça, além de reconhecer as barreiras estruturais e sistêmicas que podem estar impedindo a incorporação da perspectiva ética de gênero e raça das instituições. Com isso, é possível desenvolver um plano de ação para abordar as barreiras identificadas e promover a igualdade e a não discriminação com base em gênero e raça.

A Escola Superior do Ministério Público da União, diante da repercussão social, criou um plano de ação⁴ para transversalizar a perspectiva de gênero e étnico-racial em seu âmbito. Esse plano tem como objetivo a

³ ULHÔA, Emília. **Desafios da incorporação transversal da perspectiva de gênero e étnico-racial numa escola do sistema de justiça**. In: CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; et al. (coord.) *Perspectivas de Gênero e o Sistema de Justiça Brasileiro*. Brasília: ESMPU, 2019. Pp. 51-78.

⁴ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer **Plano para Transversalizar a Perspectiva de Gênero e Étnico-racial na Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília: ESMPU, 2018.

superação do patriarcado e o racismo que estruturam as desigualdades no país.

O objetivo desse trabalho de conclusão de curso é relacionar o *stealthing*, uma violência sexual cada vez mais presente na sociedade, com o Direito Penal, bem como associar a sua prática à possibilidade da realização de uma analogia para a autorização do aborto, decorrente dessa violação, nos casos em que ocorre uma gestação indesejada.

O método de abordagem adotado no presente estudo será o hipotético-dedutivo, já que o problema objeto de estudo no projeto deverá ter uma hipótese de solução. Para isso serão utilizadas pesquisas documentais, bibliográficas, interpretação de artigos do nosso Código Penal e doutrinas relacionadas ao tema.

No desenvolvimento do tema será apresentado, primeiro, o contexto da violência contra a mulher no âmbito da violência de gênero, que deve ser compreendida para balizar propostas de interpretação relativamente a como tratar a gravidez resultante de *stealthing* no direito brasileiro.

Na sequência será dedicado um capítulo para expor sobre o reconhecimento do direito ao aborto humanitário no nosso sistema penal e as hipóteses em que esse procedimento já é permitido.

Por fim, um novo e derradeiro capítulo fará a análise do enquadramento penal do *stealthing* no nosso ordenamento jurídico, apresentando um panorama a respeito dos crimes que foram usados como analogia nos casos envolvendo *stealthing* e a necessidade imediata da sua tipificação nos crimes contra a dignidade sexual.

2. A Violência Contra a Mulher no Âmbito da Violência de Gênero

Inicialmente, cumpre estabelecer a diferença entre sexo e gênero. Sexo é o rótulo que recebemos ao nascer e tem relação com nossos cromossomos, genitálias e hormônios, ou seja, sexo tem relação direta com os aspectos biológicos de cada ser humano. Já o gênero diz respeito ao papel social que se atribui ao homem ou a mulher.

Nesse sentido, enquanto o sexo é uma categoria biológica, o gênero é uma categoria sociológica. Nesse sentido, Joan Scott estabelece seu ponto de vista a respeito do surgimento do termo “gênero” em nossa sociedade:

“O “gênero” parece ter aparecido primeiro entre as feministas americanas que queriam insistir na qualidade fundamentalmente social das distinções baseadas no sexo. A palavra indicava uma rejeição ao determinismo biológico implícito no uso de termos como “sexo” ou “diferença sexual”.⁵

Além disso, utiliza-se o termo violência para casos em que há abuso psicológico e sexual, não sendo apenas utilizado em casos de uso de força física. A palavra violência é definida no artigo 5º da Lei Maria da Penha:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial⁶

Com isso, interpreta-se que a violência não precisa ter impacto físico para ser igualmente prejudicial à saúde do indivíduo. É o exemplo da violação dos direitos estabelecidos no artigo 5º da Constituição Federal. No referido artigo, a Constituição Federal garante a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, a igualdade perante a lei sem distinção de qualquer natureza. Essa proteção está disposta em seu artigo 5º, caput:

⁵ SCHOTT, Joan. **Gênero: Uma Categoria Útil para a Análise Histórica**. Disponível em <<https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/categoriautilanalisehistorica.pdf>>. Acesso em 13/06/2023.

⁶ BRASIL. Lei Maria da penha. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 05/10/2023.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:⁷

Em seguida, logo no seu primeiro inciso, a Constituição faz questão de mencionar que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações: “I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”⁸

É importante ressaltar que, apesar de existir essa norma estabelecendo igualdade perante a lei, homens e mulheres por questões fisiológicas, genéticas, psicológicas são diferentes. A igualdade é diferente da isonomia, esta é uma definição clássica que defende que se deve tratar igualmente apenas quem for igual e quem for desigual terá que ser tratado desigualmente.

Importante fazer a distinção da igualdade formal e material. A igualdade formal, nada mais é, do que aquela estabelecida na lei. Já a material é a concretização da igualdade formal, ou seja, a sua prática. A igualdade de Gênero está entre os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável propostos pela ONU até 2030.⁹ Além disso, o Brasil é o único país do mundo, até o momento, que incluiu os referidos objetivos como metas do seu poder judiciário.

A violência de gênero consiste em qualquer tipo de agressão física, psicológica, sexual ou simbólica contra uma pessoa que possui certa vulnerabilidade em razão de seu gênero.¹⁰

Em contrapartida, as nações unidas definem a violência contra a mulher como:

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 07/06/2023.

⁸ Ibid.

⁹ PACTO GLOBAL. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em <<https://www.pactoglobal.org.br/ods>>. Acesso em 30/05/2023.

¹⁰ **O que é a violência de gênero e como se manifesta?** Portal Politize. Disponível em <<https://www.politize.com.br/violencia-de-genero-2/>>. Acesso em 05/06/2023.

"qualquer ato de violência de gênero que resulte ou possa resultar em danos ou sofrimentos físicos, sexuais ou mentais para as mulheres, inclusive ameaças de tais atos, coação ou privação arbitrária de liberdade, seja em vida pública ou privada".¹¹

A violência contra a mulher é um problema extremamente grave e presente em nossa sociedade. A Organização mundial da Saúde apresentou uma estimativa afirmando que uma em cada três mulheres da América sofreram violência física e/ou sexual por parte do parceiro íntimo ou violência sexual por um homem não parceiro. A violência por parceiro íntimo é a forma mais comum de violência contra a mulher, dados afirmam que até 38% dos assassinatos de mulheres são cometidos por um parceiro íntimo do sexo masculino.¹²

A violência contra a mulher atinge em sua grande maioria a mulher negra de baixa renda. Durante a pandemia do coronavírus, a cada 8 minutos uma mulher sofreu violência, sendo mais da metade mulheres negras.¹³

Entende-se, portanto, que violência de gênero é a violência onde o sexo masculino impõe submissão, em qualquer ramo ou esfera, sobre o sexo feminino. Essa predominância em que mulheres são submetidas por homens, não é apenas física, podendo ser patrimonial, comportamental, psicológica, entre outras.

Simone de Beauvoir¹⁴ destaca que, em contrapartida ao pensamento determinante de inferiorização biológica do sexo feminino ao masculino, tudo é proveniente do papel social condicionado a mulher ao longo dos tempos.

¹¹ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE (OPAS). **Violência contra as Mulheres**. Disponível em <<https://www.paho.org/pt/topics/violence-against-women>>. Acesso em 01/06/2023.

¹² ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE (OPAS). **Violência contra as Mulheres**. Disponível em <<https://www.paho.org/pt/topics/violence-against-women>>. Acesso em 01/06/2023.

¹³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Mulheres negras são maioria das vítimas de feminicídio e as que mais sofrem com desigualdade social**. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/noticias/832964-mulheres-negras-sao-maioria-das-vitimas-de-feminicidio-e-as-que-mais-sofrem-com-desigualdade-social/>>. Acesso em 28/05/2023.

¹⁴ BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

A Organização dos Estados Americanos (OEA) foi a primeira a estabelecer normas com o objetivo de acabar com a violência contra a mulher, em 1994. A violência contra a mulher é uma das formas da violência de gênero e é definida pela Convenção Interamericana que ficou conhecida no Brasil como Convenção de Belém do Pará, como sendo:

“qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada” (Capítulo I, Artigo 1º).¹⁵

Analba Brazão e Guacira Cesar de Oliveira tratam a respeito do marco histórico onde o combate contra a violência contra a mulher se iniciou:

O final da década de setenta e início da década de oitenta foi significativo para a luta das mulheres contra a violência. Datam desse período as mobilizações de rua contra a violência machista e as primeiras organizações feministas para receber as denúncias e acolher as mulheres.¹⁶

A Lei 11.340/2006¹⁷, mais conhecida como Lei Maria da Penha, foi publicada com o objetivo de proteger as vítimas e tratar a respeito dessa violência de gênero, uma questão tão problemática e enraizada em nossa sociedade.

A referida lei foi criada com o nome de uma mulher, Maria da Penha, que foi vítima de violência física por parte de seu marido que a fez ficar paraplégica. Maria da Penha foi casada por 23 anos e durante esse período foi vítima de violências físicas, verbais e psicológicas por parte do seu marido, que tentou matá-la duas vezes, além de ter eletrocutado a vítima.

O caso foi bastante noticiado e o Brasil foi condenado pela Organização dos Estados Americanos (OEA) por negligência e omissão em relação a violência doméstica. Além disso, foi feita uma recomendação para

¹⁵ BRASIL. Senado Federal. **A Violência contra a Mulher**. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/hp/acervo/outras-referencias/copy2_of_entenda-a-violencia/a-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em 05/06/2023.

¹⁶ BRAZÃO, Analba; OLIVEIRA, Guacira Cesar de. **Violência Contra As Mulheres**. 1ª edição. Brasília: Editora CFEMEA: MDG3 Fund, 2010. P. 19

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 09/05/2023.

que o Estado Brasileiro pagasse uma indenização para a vítima e exigido que o Brasil agisse de forma rápida e eficiente os procedimentos criminais em relação ao caso.¹⁸

Diante de toda a repercussão e comoção da sociedade, e graças aos movimentos feministas que alertavam a população e denunciavam as diversas formas de violências que as mulheres sofriam, a Lei Maria da Penha foi criada. A referida lei não tem como finalidade o punitivismo e sim versar a respeito de políticas públicas de prevenção, com o intuito de diminuir os casos de violência contra mulheres no Brasil.

Além disso, é importante ressaltar que a lei não trouxe crimes novos, apenas protege a vítima de forma processual, ou seja, é uma série de medidas para proteger a mulher. Apesar de representar um grande avanço, a Lei Maria da Penha apresenta lacunas para oferecer um maior acesso e uma melhor aplicação.

A Lei 11.340/2006¹⁹ em seu artigo 5º faz questão de especificar que abrange qualquer tipo de violência independentemente de orientação sexual, seja ela física, psicológica, sexual etc. Sendo assim, a lei não protege apenas mulheres em relações heterossexuais.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - No âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - No âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

¹⁸ ATHIAS, Gabriela. **OEA Condena Brasil por Violência Doméstica**. Portal Folha de São Paulo. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0605200109.htm>>. Acesso em 02/06/2023.

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 09/05/2023.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.²⁰

A referida lei também garante as medidas protetivas de urgência como, por exemplo, afastamento do lar, proibição de contato e aproximação da vítima entre outras medidas. A proibição de contato é em relação a qualquer espécie de contato, podendo inclusive ser virtual. Essas medidas estão estabelecidas no artigo 22 da lei:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - Suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - Restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - Prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

VI – Comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e

VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.²¹

Diante de todo o contexto histórico do machismo estrutural e da violência de gênero no Brasil, não é inacreditável mulheres ainda não estarem completamente protegidas nem mesmo com uma série de leis com esse objetivo, inclusive a lei anteriormente discutida. Maria Bandeira e Tânia Almeida comprovam a importância das diferenças da condição de gênero no seguinte trecho:

“A Declaração dos Direitos Humanos de 1948 reafirmou que os direitos humanos são inalienáveis, universais e que não reconhecem qualquer diferença da condição de gênero. Embora tais tratados explicitem a não discriminação – sob qualquer

²⁰ Ibid.

²¹ BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 09/05/2023.

dimensão – que deva existir entre homens e mulheres, a história planetária tem evidenciado a sua violação sistemática.”²²

Conforme mencionado, a Declaração dos Direitos Humanos ocorrida em 1948, estabelece que não deve haver qualquer diferença entre homem e mulher, sendo obrigatório o tratamento igualitário para ambos os sexos.

Incluindo no contexto da violência contra a mulher, as mulheres que vão em busca da proteção oferecida pela Lei Maria da Penha merecem e devem ser tratadas com dignidade e respeito e o Estado é o responsável por garantir que isso aconteça. Em muitos casos, a referida lei não é aplicada de maneira efetiva ou o Estado não oferece o tratamento adequado. Sobre o tema, Sonia Maria Rabello Doxsey, estabelece que:

O Governo Brasileiro e as Nações Unidas firmaram em 25 de novembro de 1998, o Pacto Comunitário contra a violência intrafamiliar com o compromisso de "capacitar os policiais civis e militares para o atendimento adequado em situações de violência contra a mulher, incluídas as situações de violência doméstica".²³

A respeito do tema, o Conselho Nacional de Justiça publicou o manual de rotinas e estruturação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. O manual propõe procedimentos para o funcionamento dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, servindo de orientação para magistrados e servidores que atuam tanto na unidade especializada como em Varas de competência comum que cumulam a competência para processar e julgar os feitos afetos à Lei Maria da Penha.²⁴

Esse manual foi criado com o objetivo de oferecer uma estrutura adequada para a mulher que resolve denunciar seu agressor, porém na realidade isso não acontece e talvez esteja longe de acontecer. A vítima que

²² BANDEIRA, Lourdes Maria; ALMEIDA, Tâni Mara Campos de. **Vinte Anos Da Convenção Debelém do Pará e a Lei Maria da Penha**. 2015, p. 02. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/38872/29351>>. Acesso em 13/06/2023.

²³ DOXSEY, Sonia Maria Rabello. **Cidadania Precária na Família: A Violência Familiar, suas causas e efeitos**. P. 06. Disponível em <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/175.pdf>>. Acesso em 13/06/2023.

²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Rotinas e Estruturação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. P. 14. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/b3f18ac2f32a661bd02ca82c1afbe3bb.pdf>>. Acesso em 13/06/2023.

sofre violência doméstica na maioria das vezes não tem ciência dos empecilhos que terá que enfrentar após fazer a denúncia.

A denúncia é realizada em uma delegacia especializada de atendimento à mulher que, apesar de ter sido criada para amparar a mulher, muitas vezes é completamente formada por policiais homens. Indivíduos que na maioria das vezes tem o mesmo sexo que a pessoa que ocasionou sua ida à delegacia.

A humilhação e o constrangimento sofridos pela vítima quando busca uma prestação jurisdicional, que lhe é garantida por direito, torna o processo ainda pior. No relatório “O poder judiciário. No enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres” publicado também pelo Conselho Nacional de Justiça, há uma série de relatos de mulheres se sentem desamparadas pelo órgão que deveria protegê-las:

“Em várias audiências, as mulheres pareciam retraídas naquele ambiente e falavam baixo. Diante dessa situação, um dos juízes observados costumava dizer em tom de voz alto: “Você é a vítima informante. Fale em alto e bom tom”. Outros, no entanto, desprendiam maior atenção às partes. Em uma das unidades, o juiz sempre iniciava as audiências de instrução oferecendo água e café para os depoentes. Em outra, o juiz se mostrava compreensivo e solidário com as mulheres vítimas de violência que relatavam haver retomado o relacionamento com seus agressores.”²⁵

Simone de Beauvoir, escritora mencionada anteriormente, foi uma figura extremamente importante para o feminismo e tem como uma das suas frases mais famosas “não se nasce mulher, torna-se mulher”. A escritora ao afirmar isso faz menção a construção que todo indivíduo passa em uma sociedade para desempenhar qualquer um dos gêneros.

O *stealthing*, objeto principal desse estudo, é a reprodução involuntária dos papéis sociais encarregados para as mulheres que foram criados pelo homem. Além disso, a prática é uma das diversas formas de

²⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **O Poder Judiciário no Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres**. P. 65. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/7b7cb6d9ac9042c8d3e40700b80bf207.pdf>>. Acesso em 13/06/2023.

violência contra a mulher e conseqüentemente, um exemplo de violência de gênero.

A retirada do preservativo sem a anuência da mulher invalida seu consentimento em favor do objetivo e vontade do agente. Além disso, essa conduta coloca a vítima diretamente em risco, podendo contrair doenças ou até mesmo engravidar. A superioridade da vontade do homem nessa situação reflete o papel dominador deste e o papel de submissão da mulher.

A necessidade de uma tipificação literal da conduta é fruto de uma interpretação do contexto histórico em que a sociedade está inserida que requer a criação de determinada norma.

Apesar de estar comprovado a existência de todos os elementos presentes em uma violência de gênero, o *stealthing* muitas vezes é interpretado como um desvio de caráter, tornando sua presença em nosso ordenamento mais importante, para que vítimas tenham conhecimento da gravidade do fato.

3. O Direito ao Aborto Humanitário no Brasil

A Constituição aponta a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, organizada como Estado Democrático de Direito, garantindo a inviolabilidade do direito à vida de brasileiros e estrangeiros no País, em igualdade, sem distinção de qualquer natureza. Estabelecer o que se considera pessoa humana e vida inviolável envolve concepções de ordem moral e religiosa.

O ser humano é reconhecido como o sujeito das relações jurídicas, por conta disso, tem sua personalidade reconhecida. A personalidade é o poder de ter direitos ou contrair deveres.²⁶ A duração da personalidade é a vida do indivíduo e seu início é a partir do momento de seu nascimento.

Entende-se, portanto, que antes do nascimento não há personalidade, pois ela só surge quando o indivíduo nasce. No entanto, apesar de não possuir personalidade de fato, o ordenamento jurídico protege e resguarda os interesses e direitos do nascituro.

Sobre o assunto, Castro Neves afirma que, nos casos dos nascituros, a lei admite personalidade fictícia, ou seja, o ordenamento concede a uma situação de fato uma proteção jurídica embora não desfrute de personalidade. O autor afirma:

“O nascituro, enquanto no ventre de sua mãe, recebe proteção jurídica, como se seus direitos estivessem em potência, aguardando um fato futuro – o nascimento – para que eles possam valer”.²⁷

O artigo 2º do Código Civil estabelece que a personalidade tem início com o nascimento com vida, mas determina que a lei protege os direitos do nascituro desde a sua concepção:

²⁶ CASTRO NEVES, José Roberto. **Uma Introdução Ao Direito Civil**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora GZ Editora, 2019, p. 48

²⁷ Ibid.

Art. 2º: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro

A proteção dos direitos do nascituro não está somente na lei, como também nas jurisprudências dos tribunais superiores. É o caso do Recurso Especial nº 1.415.727 – SC (2013/0360491-3):

“EMENTA DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA.

1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento –, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei.

2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro – embora não nascida – é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" – tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658).

3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional – fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.

4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for

garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.

5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina.

6. Recurso especial provido.”²⁸

Na referida ementa, o relator, Ministro Luis Felipe Salomão cita as teorias da concepção, informando ainda que as teorias natalista e da personalidade condicional não se sustentam atualmente pois versam sob o contexto dos direitos patrimoniais.

Sobre o assunto, é importante tratar a respeito das referidas teorias, que abordam a suposta existência dos direitos durante o período conceutivo.

A teoria natalista estabelece que o nascituro ainda não é oficialmente uma pessoa logo não deve possuir qualquer direito. Ou seja, para essa teoria a personalidade jurídica tem início com o nascimento, é o que está estabelecido no artigo mencionado anteriormente. Flavio Tartuce²⁹ estabelece que essa teoria prevalecia entre autores modernos e clássicos do direito brasileiro, que eram adeptos a uma interpretação literal da lei.

A segunda teoria é a chamada teoria da personalidade condicional, ela estabelece que os direitos do nascituro possuem condição suspensiva, ou seja, o nascituro é o titular de um eventual direito que ele possa vir a adquirir caso ele nasça. Tartuce³⁰, ainda, afirma que a condição suspensiva é o elemento accidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.415.727/SC** (2013/0360491-3). Relator Ministro Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento 15/10/2014.

²⁹ TARTUCE, Flávio. **A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro**. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. (coord.) *Questões controversas do Código Civil. Parte Geral*. Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves. São Paulo: Método, 2007.

³⁰ Ibid.

futuro e incerto. Nesse caso, a condição nada mais é do que o nascimento do nascituro.

A terceira e última teoria é a teoria concepcionista, que afirma que os direitos do nascituro surgem a partir da sua concepção. Sendo assim, os direitos absolutos inerentes à personalidade (direito à vida, direito à integridade física ou à saúde) não dependem do nascimento com vida.³¹

De todo modo, o ordenamento jurídico concede direitos ao nascituro apesar de afirmar que a personalidade jurídica só se inicia com o nascimento com vida. É importante destacar que isso se aplica até para os recém-nascidos que faleceram minutos após o nascimento. As decisões do Superior Tribunal de Justiça, como o exemplo do Recurso Especial nº 1.415-727 – SC (2013/0360491-3), citado anteriormente reconhecendo os direitos dos nascituros, demonstram uma afinidade do tribunal superior com a teoria concepcionista.

A temática envolvendo a legalização do aborto tem relação com a análise do direito como um todo a partir de uma perspectiva que considere o gênero como marcador social influente. A discussão sobre qual deve ser o grau de proteção jurídica da vida antes do nascimento passa pela discussão dos direitos e proteção da mulher gestante. O nascituro possui a mesma proteção dada às pessoas por nosso ordenamento jurídico, apesar do artigo 2º do Código Civil negar a sua personalidade jurídica.

Diante desse cenário, é evidente que a questão do aborto é bastante polêmica. Seja através de argumentos religiosos, emocionais ou até mesmo éticos, a interrupção provocada da gravidez causa debate e reações fortes na sociedade, mesmo entre aqueles que nem sequer possuem relação com a gestante ou com o feto.

³¹ ZAINAGHI, Maria Cristina. **Os meios de defesa dos direitos do nascituro**. São Paulo: LTR, 2007.

Pesquisas de opinião dão conta de que a maioria da população brasileira é favorável à criminalização do aborto.³² Porém, mesmo com esse impedimento a prática nunca deixou ou deixará de ocorrer. Aborto é uma questão de saúde pública, os dados são a prova disso. Outro ponto fundamental a ser lembrado é o perfil das mulheres que mais morrem praticando clandestinamente a interrupção da gravidez: mulheres negras e pobres.³³

A ideia de que sua legalização aumenta o número de procedimentos é completamente equivocada. Nos países que legalizaram a interrupção da gravidez, não se constatou qualquer aumento significativo no número de abortos realizados.³⁴

O Código Penal não define expressamente o que é o aborto apenas usa o termo “provocar aborto”, não especificando suas características e os elementos necessários para a sua configuração. Sobre o assunto, Aníbal Bruno destaca:

"Segundo se admite geralmente, provocar aborto é interromper o processo fisiológico da gestação, com a consequente morte do feto. Tem-se admitido muitas vezes o aborto ou como a expulsão prematura do feto, ou como a interrupção do processo de gestação. Mas nem um nem outro desses fatos bastará isoladamente para caracterizá-lo."³⁵

Apesar de não descrever o que seria aborto, nosso ordenamento jurídico não permitiu fazer seu procedimento, inclusive sua proibição está presente em nosso Código Penal. Nele, estão expressas as impedições tanto do autoaborto, como no aborto consentido. Esses impedimentos estão previstos no artigo 124 e 126, respectivamente, do Código Penal:

³² **Pesquisa Datafolha: 59% dos brasileiros são contrários a mudanças na atual lei sobre o aborto.** Portal G1. Disponível em <<https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2018/08/22/pesquisa-datafolha-59-dos-brasileiros-sao-contrarios-a-mudancas-na-atual-lei-sobre-o-aborto.ghtml>>. Acesso em 01/06/2023.

³³ Ibid.

³⁴ SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição.** Portal Mundo Jurídico. P. 02. Disponível em <http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982_342_aborto_sarmentodaniel.pdf>. Acesso em 13/06/2023.

³⁵ BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a Pessoa.** 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. P.160

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:
Pena - detenção, de um a três anos.³⁶

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:
Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.³⁷

Apesar de não ser possível realizar esse procedimento unicamente por vontade própria, nosso ordenamento permite a realização desta intervenção nos casos presentes no artigo 128 do Código Penal, ou seja, quando a vida da gestante está em risco ou quando a gravidez for fruto de estupro. Nesses casos, como o aborto é concedido e autorizado pelo Estado, não há que se falar em punibilidade da gestante tampouco do médico que realiza o procedimento.

O aborto, ato para a interrupção da gravidez, realizado nos casos em que a saúde da mulher está em risco é chamado de aborto necessário, e como o próprio nome já diz, ele é fundamental para que a vida da mulher seja preservada. Nesse caso, a concordância da gestante é dispensável e o procedimento pode ser realizada até mesmo sem a sua anuência, para que sua vida seja protegida. Essa prática está tipificada no artigo 128 do Código Penal que determina:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
Aborto necessário
I - Se não há outro meio de salvar a vida da gestante

O referido artigo também permitia o procedimento nos casos de feto anencéfalo, porém foi alterado pela ADPF 54 que estabeleceu que seria inconstitucional afirmar que o procedimento realizado nesses casos seria o aborto, entendo que nesses casos há uma causa de excludente de ilicitude já que esse tipo de gestação traz perigo à saúde a gestante. O ministro Marco

³⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 06/06/2023.

³⁷ Ibid.

Aurélio, ao julgar essa arguição de descumprimento de preceito fundamental afirmou:

“Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Hão de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que preferam interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento.”

Em relação a esse ponto, é fundamental destacar que qualquer ato que venha a afetar o recém-nascido após seu nascimento, não é considerado aborto, já que a partir do nascimento o indivíduo já possui personalidade jurídica. Se, por exemplo, o feto vier a falecer dias após o seu nascimento por conta de lesões provocadas no útero da gestante durante a gravidez com a finalidade de interromper a gestação, como o resultado da prática ocorreu após o nascimento, será considerado homicídio.

O Supremo Tribunal Federal ampliou as hipóteses em que o aborto pode ser considerado lícito. Nessas situações, ocorre a exclusão de ilicitude por conta da causa de estado de necessidade, ou seja, não é considerado crime, ou seja, exclui-se a culpabilidade do agente. As causas de exclusão da ilicitude estão estabelecidas no artigo 23 do Código Penal:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - Em estado de necessidade;

II - Em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Excesso punível

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.³⁸

A primeira hipótese é o julgamento da ADF 54 de 2012 que trata dos casos em que não há viabilidade de vida extrauterina. Já a segunda, é a interrupção da gravidez realizado por uma pessoa não habilitada (afinal, caso seja realizada por um médico se estará diante do artigo 128, I do Código

³⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 06/06/2023.

Penal). Por conta do perigo de vida da gestante ou da inviabilidade de vida extrauterina do nascituro, estará em um contexto de estado de necessidade.

O estado de necessidade está disciplinado no artigo 24 do Código Penal:

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.³⁹

Rogério Greco afirma que o estado de necessidade é diferente da legítima defesa, onde o agente atua defendendo-se de uma agressão injusta. Nesse caso, todos os bens em conflito estão amparados pelo ordenamento jurídico. O conflito levará a prevalência de um bem sobre o outro.⁴⁰

Juan Carlos Ferré, Miguel Ángel Nuñez Pax, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito também tratam do Estado de Necessidade, especificando os elementos que devem estar presentes para a sua configuração:

“Através do estado de necessidade autoriza-se que um sujeito, ameaçado por uma situação de perigo, pratica *licitamente* uma conduta tipificada como delito. Enquanto na legítima defesa o pressuposto é a agressão proveniente de um ser humano – uma ação típica e ilícita – e o delito conseqüente atinge os bens do mesmo sujeito agressor, no estado de necessidade as circunstâncias mudam. Em primeiro lugar, a situação arriscada pode ter origens muito diversas (um fenômeno da natureza, a atuação perigosa de um animal, uma enfermidade ou inclusive a intervenção de um ser humano, que não pressuponha uma ação típica e ilícita). Em segundo lugar, a resposta delitiva pode ser dirigida contra um terceiro não relacionado com a situação.”⁴¹

Nessa hipótese, ambos os bens, seja a vida da gestante ou do feto, são protegidos pelo ordenamento jurídico, mas um deverá perecer para que o outro sobreviva. Sendo assim, nosso ordenamento escolheu proteger a vida da gestante.

³⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 06/06/2023.

⁴⁰ GRECO, Rogério. **Direito Penal – Parte Geral**. 21ª edição. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2019

⁴¹ FERRÉ, Juan Carlos; PAX, Miguel Ángel Nuñez; OLIVEIRA, William Terra de; Alexis Couto de Brito. **Direito Penal Brasileiro – Parte Geral – Princípios Fundamentais e Sistema**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. P. 403

O segundo caso, aquele que realmente interessa no presente trabalho, envolve a violação sexual. Nesse caso, o aborto é chamado de humanitário. Antes de aprofundar neste assunto, é fundamental tratar do modo como o legislador pune os crimes contra a dignidade sexual, estabelecidos no título VI do Código Penal. A redação anterior do título era “crimes contra os costumes”. Rogério Greco afirma que a mudança se deu pois o foco da proteção não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente, mas sim a tutela da sua dignidade sexual.⁴²

Diante disso, nosso Código Penal dedicou um capítulo exclusivamente para os crimes contra a liberdade sexual e outro para os crimes sexuais contra vulneráveis e define os crimes de estupro e estupro de vulnerável nos artigos 213 e 217-A, respectivamente, que estabelecem:

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.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.⁴³

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) anos.

⁴² GRECO, Rogério. **Direito Penal – Parte Especial**. Volume 3. 16ª Edição. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2019. P. 01.

⁴³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 06/06/2023.

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.⁴⁴

O termo “ato libidinoso” é interpretado como qualquer ato de natureza sexual que tenha como finalidade satisfazer a libido do agente. Rogério Greco estabelece a diferença entre a conjunção carnal e o ato libidinoso:

“O constrangimento empregado pelo agente, portanto, pode ser dirigido a duas finalidades diversas. Na primeira delas, o agente obriga a própria vítima a praticar um ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Sua conduta, portanto, é ativa, podendo atuar sobre seu próprio corpo, com atos de masturbação, por exemplo; no corpo do agente que a constrange, praticando, v.g., sexo oral; ou, ainda, em terceira pessoa, sendo assistida pelo agente. O segundo comportamento é passivo. Nesse caso, a vítima permite que com ela seja praticado o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, seja pelo próprio agente que a constrange, seja por um terceiro, a mando daquele. Dessa forma, o papel da vítima pode ser ativo, passivo ou, ainda, simultaneamente, ativo e passivo”⁴⁵

Na jurisprudência, a quinta turma do Superior Tribunal de Justiça definiu o que é considerado ato libidinoso no AgRG no REsp n. 1995.795/SC. O Tribunal Superior estabeleceu que ato libidinoso não seria apenas coito anal ou sexo oral, podendo ser caracterizado mediante toques, beijo lascivo, contatos voluptuosos dentre outros.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RECONHECIMENTO DO DELITO NA FORMA TENTADA PELO EG. TRIBUNAL A QUO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. RECONHECIMENTO DA FORMA CONSUMADA. PRECEDENTES. REVALORAÇÃO DOS ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS DELINEADO NOS AUTOS. NÃO INCIDÊNCIA DO ÓBICE PREVISTO NA SÚMULA 7/STJ.

I – O ato libidinoso, atualmente descrito nos arts. 213 e 217-A do Código Penal, não é só o coito anal ou o sexo oral, mas podem ser caracterizados mediante toques, beijo lascivo, contatos voluptuosos, contemplação lasciva, dentre outros. Isto porque, o legislador, com a alteração trazida pela Lei n. 12.015/2009, optou por consagrar que no delito de estupro a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso, não havendo rol taxativo ou exemplificativo acerca de quais atos seria considerados libidinosos.

II – A reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido, quando suficientes para a solução da quaestio, não implica o vedado reexame do material de conhecimento. Os elementos probatórios

⁴⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 06/06/2023.

⁴⁵ GRECO, Rogério. **Direito Penal – Parte Especial**. Volume 3. 16ª Edição. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2019. Pp. 13-14.

delineados no v. acórdão increpado são suficientes à análise do pedido, exigindo, tão somente, a reavaliação da situação descrita, o que, ao contrário, admite-se na via extraordinária.

III – Na hipótese, examinadas as provas delineadas no v. acórdão recorrido e, atribuindo-lhe a devida importância, está comprovada a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal contra a menor, evidenciando a configuração do crime de estupro de vulnerável na forma consumada. Agravo regimental desprovido.⁴⁶

A Lei 12.015/2009⁴⁷ unificou os tipos penais do artigo 213, na sua redação original e do hoje revogado artigo 214, ambos do Código Penal, em um só tipo penal, o atual artigo 213. Essa alteração foi realizada para evitar controvérsias relativas a esses tipos penais já que antes havia uma insegurança a partir das jurisprudências dos tribunais, principalmente os superiores a respeito da possibilidade de continuidade delitiva.⁴⁸

Essa unificação tornou o artigo um tipo misto alternativo mais amplo. Além disso, a redação do art. 1º, V e VI da Lei. 8.072/90 foi revogada pela Lei 12.015/2009. A antiga lei tornava hediondo os crimes de estupro e atentado ao pudor (que hoje é incorporado ao crime de estupro) apenas se houvesse a combinação com o artigo 223 do Código Penal que trata de lesão corporal de natureza grave. Isto é, a antiga lei apenas considerava os referidos crimes hediondos se os mesmos fossem considerados qualificados de acordo com o resultado. A nova lei estabelece que tanto o estupro simples, o estupro qualificado e o estupro de vulnerável são crimes hediondos.

Em um estupro com conjunção carnal, a vítima pode estar diante de diversas consequências, sejam elas físicas, psicológicas e até mesmo sociais. Em relação a saúde física, a vítima pode sofrer lesões físicas como cortes, hematomas, doenças sexualmente transmissíveis (DSTs) e até mesmo gravidez indesejada. Os danos psicológicos são inevitáveis e inquestionáveis.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.995.795/SC**. Relator Desembargador Convocado Jesuíno Rissato. Quinta Turma. Julgado em 23/08/2022, DJe de 26/08/2022.

⁴⁷ BRASIL. **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em 02/06/2023.

⁴⁸ GRECO, Rogério. **Direito Penal – Parte Especial**. Volume 3. 16ª Edição. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2019. P. 11.

A vítima pode sofrer de ansiedade, depressão, transtornos de estresse pós-traumático (TEPT), etc.⁴⁹

Os danos psicológicos afetam conseqüentemente a vida social da vítima, que também desenvolve uma baixa na autoestima, gerando uma certa dificuldade de confiança em outras pessoas. As conseqüências sociais muitas vezes não possuem a atenção necessária, apesar de serem igualmente sérias. A vítima pode ter dificuldade em manter relacionamentos pessoais e profissionais, bem como sentir-se isolada e excluída da sociedade.

O Código Penal também previu outros crimes contra a liberdade sexual além do estupro: a violação sexual mediante fraude, no artigo 215, a importunação sexual, no artigo 215-A, e o assédio sexual no artigo 216-A, bem como o crime de exposição da intimidade sexual, no artigo 216-B. Entre os crimes sexuais contra vulneráveis incluiu corrupção de menores, a satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente, favorecimento da prostituição ou outras formas de exploração de vulnerável e divulgação de cenas de estupro ou cena de estupro de vulnerável, respectivamente nos artigos 218, 218-A, 218-B e 218-C.

Diante desse cenário, é preciso entender sobre a violência sexual mediante fraude. O artigo 215 do Código Penal estabelece que:

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.⁵⁰

É considerado fraude tudo aquilo que dificulte ou impeça a livre manifestação da vítima. A fraude torna viciado o consentimento da vítima,

⁴⁹ SOUZA, Flavia Bello Costa de; DREZETT, Jefferson; et al. **Aspectos psicológicos de mulheres que sofrem violência sexual**. Disponível em <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S141320871300006X>>. Acesso em 15/05/2023.

⁵⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 06/06/2023.

pois se a mesma soubesse da atitude do agente, não continuaria o ato.

Destaca-se a definição de fraude para Néelson Hungria:

“Fraude é a maliciosa provocação ou aproveitamento do erro ou engano de outrem, para consecução de um fim ilícito. Nem toda fraude, porém, constitui material da entidade criminal em questão. Não bastam, assim, as meras sugestões verbais: é preciso o emprego de artifícios, de estratagemas (*mise em aevvre* de coisas ou pessoas) que torne insuperável o erro. Não é de confundir-se o engano obtido pela sedução com o engano a que, na espécie, é induzida a vítima. A *blanda verba*, os *allectamenta*, as *dolosae promissiones* nada têm a ver com a fraus necessária à configuração do crime de que ora se trata, pois não ofendem, sequer indiretamente, a liberdade sexual.”⁵¹

Na violação sexual mediante fraude não há violência ou grave ameaça como no caso do Estupro, estabelecido no artigo 213 do Código Penal. Aqui a vítima não consegue expressar sua vontade por conta de uma conduta dolosa praticada pelo agente. A fraude é utilizada pelo agente para alcançar seu objetivo de ter conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso.

Caso a fraude viole completamente a capacidade de resistência da vítima, estará diante do crime de estupro de vulnerável. Rogério Sanches Cunha trata do assunto:

“A fraude utilizada na execução do crime não pode anular a capacidade de resistência da vítima, caso em que estará configurado o delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP). Assim, não pratica o estelionato sexual (art. 215 do CP), mas estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), o agente que usa psicotrópicos para vencer a resistência da vítima e com ela manter a conjunção carnal.”⁵²

Retornando para os casos em que o aborto é permitido por nossa legislação, o segundo caso é, como foi dito anteriormente, justamente nos casos de violência sexual. Nesse caso, o aborto é chamado de humanitário. Esse tipo de aborto também pode ser conhecido como ético, piedoso ou até mesmo sentimental. Néelson Hungria ao tratar do assunto, destaca:

“Nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio

⁵¹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, Volume 8**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959. 4ª edição. P. 149

⁵² CUNHA, Rogério Sanches. **Comentários à Reforma Criminal de 2009 e à Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 43

da violência sofrida. Segundo Binding, seria profundamente iníqua a terrível exigência do direito de que a mulher suporte o fruto de sua involuntária desonra.”⁵³

No aborto humanitário, como a gravidez não afeta a saúde da gestante, a mulher deve concordar e nos casos em que a gestante for incapaz, deve haver a concordância de seu representante legal. Sem esse consentimento, seja da gestante ou do seu representante legal nos casos em que a mulher é menor de idade, não haverá a exclusão da ilicitude. Nos casos em que há divergência de opiniões entre a gestante que é incapaz e seu representante legal, Rogério Greco estabelece que deve prevalecer o raciocínio pela vida do feto:

“Entendemos que, havendo divergência de posições, deve prevalecer o raciocínio pela vida do feto, não importando a incapacidade da gestante. O suprimento de seu consentimento pelo de seu representante legal só deve ser entendido no sentido de corroborar a sua decisão na eliminação do produto da concepção. Caso contrário, se deseja levar a gravidez a termo, sua vontade deverá ser atendida.”⁵⁴

Durante anos a doutrina e a jurisprudência entenderam que nos casos do aborto humanitário não seria necessária uma autorização judicial para que tal interrupção de gravidez fosse realizada. Sobre o tema, Pierangeli afirma em seu livro “Manual de Direito Penal Brasileiro: parte especial”:

“É momento de lembrar que o médico, para realizar o aborto sentimental, não necessita da comprovação de uma sentença condenatória contra o autor do crime de estupro, nem mesmo se exige autorização judicial. Submete-se o facultativo apenas e tão somente ao Código de Ética Médica, mas ele deve, por cautela, se cercar de certidões e cópias de boletins de ocorrência policial, declarações, atestados etc. Atente-se que, se o médico for induzido a erro pela gestante ou terceiro, e se o aborto estiver justificado pelas circunstâncias que o levaram ao erro, haverá erro de tipo. Tratando-se de estupro de menor de 14 anos, quando a violência se presume, basta, para satisfazer a cautela, a prova da menoridade”.⁵⁵

Essa autorização judicial é considerada uma figura completamente alheia aos requisitos da tipicidade especial presentes no artigo 128, I e II do Código Penal. Segundo essa prática, a vítima do crime ou seu representante

⁵³ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, Volume 8**. 4 edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1959. P. 304

⁵⁴ GRECO, Rogério. **Direito Penal – Parte Especial**. Volume 2. 16ª Edição. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2019. P. 154.

⁵⁵ PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pp. 121-122

legal, quando incapaz, postulariam a referida autorização judicial, o magistrado ouviria o Ministério Público e decidiria a seguir a respeito da autorização em relação a realização do procedimento.

Geraldo Batista Siqueira em seu artigo “Aborto Humanitário: Autorização judicial” sustenta que nesses casos, como há absoluta ausência de respaldo legal, o Promotor de Justiça, quando intimado, deve recusar a se manifestar e impugnar a competência do juiz devido a incompatibilidade de atuação jurisdicional do Estado.⁵⁶

O fato é que até a Portaria nº 2.561 de 23 de setembro de 2020 a autorização legal não era necessária. A referida portaria trouxe a exigência da autorização judicial para que o procedimento fosse realizado, e a mesma só seria concedida após a realização de quatro fases.⁵⁷

A primeira fase seria a realização do termo circunstanciado relatando o evento que deveria ser realizado pela gestante (ou representante legal quando a gestante for incapaz) e dois profissionais de saúde. O relato deveria conter o local, dia e hora do fato, a forma de violência, a descrição dos agentes da conduta e, quando possível, a identificação de supostas testemunhas.

A segunda fase seria composta pela intervenção do médico responsável que deveria emitir um parecer técnico após analisar diversos exames. Segundo a portaria, seria necessário que no mínimo três integrantes da equipe de saúde subscrevessem o termo de aprovação do procedimento a ser realizado, não sendo possível haver desconformidade com a conclusão do parecer técnico elaborado pelo médico.

⁵⁶ SIQUEIRA, Geraldo Batista. **Aborto Humanitário: Autorização Judicial**. Revista dos Tribunais. Volume 675/1992. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/23480/aborto_humanitario_autorizacao_judicial.pdf>. Acesso em 14/06/2023.

⁵⁷ BRASIL. **Portaria nº 2.561, de 23 de setembro de 2020**. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.561-de-23-de-setembro-de-2020-279185796>>. Acesso em 07/06/2023.

A terceira fase seria composta pela assinatura da gestante ou de seu representante legal no Termo de Responsabilidade. O termo deveria conter a advertência expressa a respeito dos crimes de falsidade ideológica (prevista no artigo 299 do Código Penal) e de aborto (previsto no artigo 124 do Código Penal).

Mesmo após essas três fases completamente desgastantes mentalmente e fisicamente para a gestante, ela ainda teria que realizar uma quarta fase para, enfim, obter seu direito legal. Nessa fase, a gestante deveria esclarecer os riscos e desconfortos da gestação. Em outras palavras, ela deveria justificar e explicar os motivos, que deveriam parecer óbvios, para não querer continuar gerando o feto fruto de uma das maiores tragédias de sua vida.

Além de todo o processo a ser realizado, a referida Portaria tornou obrigatória a comunicação à autoridade policial que deveria ser feita pelo médico sempre que uma vítima chegasse ao hospital relatando a violência sexual e solicitando seu direito. Diante de tantas fases e da demora da justiça brasileira, a gestação da vítima avançava e, com isso, ameaçava seu interesse principal. Mesmo nos casos previstos em lei, o procedimento só pode ser realizado até a vigésima semana, antes de o feto atingir sua viabilidade (podendo ser estendida até a vigésima segunda semana desde que o feto tenha menos de 500 gramas).

Em 2023, finalmente a saúde mental da mulher, vítima de violência sexual, foi priorizada e a portaria foi revogada pela Ministra da Saúde. Com isso, a Portaria GM/MS Nº 13 de 13 de janeiro de 2023 revogou a Portaria citada anteriormente.⁵⁸

⁵⁸ BRASIL. Portaria GM/MS nº 13, de 13 de janeiro de 2023. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-gm/ms-n-13-de-13-de-janeiro-de-2023-457959944>>. Acesso em 24/05/2023.

Atualmente não é mais necessário que a autoridade policial seja informada, isso porque o aborto humanitário não necessita de autorização judicial para que seja comprovado a sua licitude. Tornando a situação, que já é extremamente delicada para a mulher, menos humilhante e fazendo com que o procedimento seja muito mais rápido. Cumpre ressaltar que a referida exigência fazia com que muitas mulheres gerassem seus filhos, mesmo não possuindo a menor vontade e preparo para tanto, apenas para evitar exposição e ainda mais desgaste emocional.

O aborto humanitário apesar de não necessitar de autorização judicial, deve ser analisado pelo médico. Ele deve comprovar que, de fato, houve violação sexual. Essa confirmação poderá ser dada seja por meio da verificação da veracidade das informações narradas ou através de meios à disposição do médico para que haja a sua comprovação.

O termo humanitário é usado justamente porque nesses casos, deve-se priorizar o bem-estar da vítima que já foi emocionalmente e, na maioria das vezes, fisicamente agredida. Não podendo atribuir a mesma, a obrigação de realizar qualquer outro processo que prejudique ainda mais sua saúde mental, seja por meio de uma denúncia para a polícia ou até mesmo através de exames vexatórios que a deixem ainda mais vulnerável.

O legislador diante do confronto entre a proteção da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, ambos direitos fundamentais estabelecidos em nossa Constituição federal, optou por proteger, nos casos em que o procedimento é permitido, a dignidade da gestante. Isso porque a permissão só é concedida em situações em que a vida da gestante está em risco ou quando a mesma foi vítima de um estupro. Com isso, a mulher tem a possibilidade de interromper a gestação, se caso assim preferir.

Aníbal Bruno trata dessa preferência de proteção do ordenamento jurídico às gestantes nos casos de gravidez resultante de estupro ao disciplinar:

“Em verdade, a questão aí está muito aquém do caso em que se trata de preservar a vida da mulher. Dificilmente se poderia reduzir a hipótese a um estado de necessidade. Mas razões de ordem ética ou emocional que o legislador considerou extremamente ponderáveis têm introduzido essa discriminante em algumas legislações, atitude incentivada por episódios graves que realmente reclamavam medidas de exceção.”⁵⁹

A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental citado anteriormente, afirma que todas as pessoas devem ser tratadas com respeito independente das suas diferenças individuais. Esse princípio muitas vezes é usado como argumento pelos que condenam a prática do aborto, mas, ironicamente, é esquecido completamente quando cogitam submeter uma mulher vítima de violência sexual a gerar o feto, esquecendo as circunstâncias que levaram a mesma a engravidar.

⁵⁹ BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a Pessoa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. P. 173.

4. O *Stealth* e seu Tratamento Penal no Direito Brasileiro

No presente estudo, *stealth* será traduzido como dissimulação. O *stealth* é, como foi falado, a retirada da camisinha pelo agente sem que a vítima saiba. Nesse caso, a vítima concorda em ter a relação sexual, mas coloca como condição o uso do preservativo. No meio do ato, o agente retira o instrumento, que tinha sido colocado como exigência para que a relação ocorresse, e a vítima na maioria das vezes não nota. O sujeito então realiza uma fraude para que a vítima tenha sua vontade impedida.

O *stealth* torna a relação sexual que se inicia consentida em não consentida, a partir da retirada do preservativo. Durante o ato, conforme dito, é raro a vítima conseguir perceber a conduta realizada pelo agente e nos casos em que a vítima percebe, muitas vezes ela é forçada mediante violência ou grave ameaça a finalizar a relação sexual. Nesse último caso, não resta dúvidas que se estará diante de um estupro.

A liberdade sexual é um direito essencial diante de uma sociedade, o sujeito tem o direito de escolher livremente a forma, com quem e se a relação sexual irá ocorrer. Francisco Muñoz trata do assunto quando afirma:

“A liberdade sexual, entendida como aquela parte da liberdade referida ao exercício da própria sexualidade e, de certo modo, a disposição do próprio corpo, aparece como bem jurídico merecedor de uma proteção específica, não sendo suficiente para abranger toda sua dimensão a proteção genérica concedida à liberdade geral.”⁶⁰

A prática do *stealth* viola diretamente o direito à liberdade e o direito a dignidade sexual pois o agente retira o preservativo sem o consentimento da vítima. Além disso, o ato também fere princípio da dignidade da pessoa humana que está estabelecido no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal:

⁶⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal: Parte Especial**. 15. Ed. Valencia: Editora Tirant Lo Blanch, 2004, p. 206

Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;⁶¹

Ao longo dos anos essa prática aumentou drasticamente, principalmente entre os jovens. Essa violência ocorre principalmente com mulheres, mas há relatos de homens que também foram vítimas.⁶² Além da possibilidade de transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, seja qual for o gênero da vítima, nas mulheres essa prática pode provocar uma gravidez indesejada.

Alexandra Brodsky publicou um artigo afirmando que existem grupos e comunidades na rede mundial de computadores onde pessoas que praticam esse crime se reúnem e compartilham informações acerca da violação realizada.⁶³ O artigo teve grande repercussão nas redes sociais e diversas vítimas se manifestaram compartilhando suas experiências e muitas vítimas, que sequer tinham ciência que tal ato era considerado abuso, tomaram conhecimento.

É exatamente pela falta de conhecimento e discussão sobre o assunto e, por sequer existir um crime tipificado em nosso ordenamento jurídico, que não se pode a menos saber o número de vítimas que passaram por essa situação no Brasil, muito menos as consequências que essas vítimas tiveram em suas vidas.

⁶¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 07/06/2023.

⁶² **A perigosa (e criminosa) prática sexual do “stealthng”**. Portal Veja. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/saude/nova-pratica-sexual-coloca-saude-em-risco/>>. Acesso em 01/06/2023.

⁶³ BRODSKY, Alexandra. *Rape-Adjacent: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal*. Columbia Journal of Gender and Law, Vol. 32, No. 2, 2017. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2954726>>. Acesso em 14/06/2023.

Diante da falta de tipificação, no âmbito jurídico brasileiro atualmente não existem consequências para o autor da violência, apesar de sua prática ser visivelmente considerada crime contra a dignidade sexual. Todos os requisitos para a configuração do crime estão presentes.

Apesar do preenchimento dos requisitos, muitas pessoas afirmam que o consentimento dado pela mulher para realizar o ato sexual, mesmo com o desconhecimento da futura atitude do agente, impede que o fato seja enquadrado como crime. Ou seja, alega-se que a “simples” retirada da camisinha pelo agente, mesmo que o sujeito não tenha sequer avisado a vítima, em nada influencia no seu consentimento para relação sexual. Muito menos a ponto de ser configurada como crime. Esse tipo de pensamento é fruto do machismo estrutural presente na sociedade.

O machismo estrutural é uma forma de opressão que está profundamente enraizada em nossa sociedade. Ela se manifesta de diversas formas, mas sua essência principal é a ideia de que homens são superiores às mulheres. Esse pensamento advém de um conjunto de crenças e valores que têm sido transmitidos ao longo de gerações e que se refletem em nossas instituições, leis e normas sociais.

A violência contra a mulher é apenas uma das diversas formas que o machismo estrutural se manifesta. Ele se torna evidente de diversas outras formas, como na desigualdade salarial, na baixa participação das mulheres na política, na cultura do estupro ou na objetificação do corpo feminino. Todas essas formas de opressão por parte desse machismo, que está enraizado em nossa sociedade, coloca a mulher em uma posição desigual ao homem.

O sexo feminino é tratado como inferior ao sexo masculino, as vontades e pensamentos das mulheres eram, até pouco tempo atrás, ignorados. Por conta disso, o *stealth* nunca teve a devida atenção e problematização, sendo necessária o enorme número de casos para que

tomássemos conhecimento da gravidade do assunto e tentássemos combater esse tipo de violência.

No âmbito jurídico internacional, já houve uma condenação pela prática do *stealthing* na Suíça e o autor do crime foi condenado a 12 (doze) anos de prisão por estupro, a decisão foi fundamentada a partir da condicionalidade do consentimento. Entendeu-se que a vítima só deu seu consentimento caso a relação sexual fosse com a utilização do preservativo. A partir do momento que o agente retirou o preservativo sem informar a vítima, provocou um vício no consentimento anteriormente dado.

Além disso, o estado norte-americano da Califórnia disciplinou no âmbito da esfera cível o *stealthing* como ato ilegal de agressão sexual sujeito a condenação em indenização para a vítima, sendo o primeiro estado norte-americano a tipificar essa prática.⁶⁴ Com isso, a prática se tornou um delito civil de agressão sexual com pena de indenização.

Como a prática do *stealthing* ainda não está tipificada em nosso ordenamento jurídico, não há muitos julgados ou denúncias nesse sentido. Uma causa para isso pode ser pelo fato de as vítimas acreditarem que, por conta da falta de tipificação, não há como penalizar o agente que realizou o ato.

Apesar disso, a Lei 11.340 de 2006⁶⁵, popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha” estabelece em seu artigo 7º as formas de violência doméstica e famílias contra a mulher. O inciso III desse artigo pode ser interpretado de forma que se considere *stealthing* como forma de violência doméstica:

⁶⁴ *California is the 1st state to ban ‘stealthing nonconsensual condom removal*. Portal NPR. Disponível em <<https://www.npr.org/2021/10/07/1040160313/california-stealthing-nonconsensual-condom-removal>>. Acesso em 01/06/2023.

⁶⁵ BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 09/05/2023.

“Art. 7º, III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;”⁶⁶

A referida lei condena a prática de negar o uso de preservativo, e pode ser utilizada em analogia a prática de *stealthing*, estabelecendo que se trata de uma forma de violência de gênero com pena de prisão de até 3 (três) anos. O *stealthing* pode ser enquadrado na lei em tela pois nesse ato a retirada do preservativo é feita sem o consentimento da mulher, claramente negando seu direito de uso do contraceptivo.

Em março de 2023, um estudo publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) estabeleceu que o número estimado de casos de estupro no Brasil é de 822 mil, o equivalente a dois estupros por minuto no país. O estudo também calculou, com base nesse dado, a taxa de estupros que não são notificados pela polícia e a conclusão é que dos 822 mil casos por ano, apenas 8,5% chegam ao conhecimento da polícia e 4,2% são identificados pelo sistema de saúde.⁶⁷

A possibilidade do enquadramento do *stealthing* como uma modalidade de estupro é uma discussão muito importante. Apesar da condenação nesse sentido na Suíça, no Brasil é um cenário extremamente difícil de ocorrer. Isso porque esse crime, que está tipificado no artigo 213 do Código Penal, possui como condição fundamental a violação da liberdade mediante grave ameaça ou violência.

Nesse sentido, o crime de estupro pressupõe que a vítima seja coagida, obrigada a realizar o ato sexual mediante violência ou grave ameaça. A

⁶⁶ BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/lei/111340.htm>. Acesso em 09/05/2023.

⁶⁷ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Brasil tem cerca de 822 mil casos de estupro a cada ano, dois por minuto**. Disponível em <<https://www.ipea.gov.br/portal/categorias/45-todas-as-noticias/noticias/13541-brasil-tem-cerca-de-822-mil-casos-de-estupro-a-cada-ano-dois-por-minuto>>. Acesso em 20/05/2023.

premissa do crime, portanto, é o dissenso da vítima, ou seja, que o ato seja realizado contra a sua vontade.⁶⁸

O estupro consiste na violação sexual, através de um meio violento seja fisicamente ou psicologicamente, constrangendo alguém com o objetivo de praticar ato libidinoso contra a sua vontade. O referido crime, tem como pena a reclusão de seis a dez anos.

“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.”⁶⁹

Uma exceção a essa impossibilidade seria nos casos em que a vítima percebe que o agente retirou o preservativo durante a relação sexual e ele, diante de uma insistência negativa e séria da mulher, continua o ato mediante violência ou grave ameaça. Nesse cenário, está clara a existência de todos os elementos para a configuração do crime de estupro.

Nos demais casos, em que a vítima não nota a atitude do agente, apesar de continuar sendo um caso que viola a liberdade da vítima, não há como se falar em grave ameaça ou violência. Apesar do *stealth* dificilmente ser enquadrado como uma modalidade de estupro por algum legislador por conta da inexistência da violência ou grave ameaça, Guilherme Nucci afirma que a análise de ambos os elementos deve ser feita da seguinte forma:

“A análise da violência ou grave ameaça precisa ser feita por dois ângulos: objetivo e subjetivo. Objetivamente, torna-se desejável verificar se a coação física foi intensa o suficiente para dobrar a resistência da vítima, podendo-se dizer o mesmo acerca da grave ameaça. Subjetivamente, é fundamental conferir se aquela pessoa ofendida, por ser mais frágil ou sensível, cedeu à violência não tão intensa ou a uma ameaça que somente foi grave para ela - e poderia não ter atingido do mesmo modo outra pessoa.”⁷⁰

⁶⁸ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 521

⁶⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 06/06/2023.

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Tratado de Crimes Sexuais**. Rio de Janeiro: Editora GEN, 2022. P. 60

Em 2020 no Brasil, uma mulher entrou com uma ação com o objetivo de realizar o procedimento do aborto após ser vítima do *stealthing*. A vítima informou que a relação sexual foi iniciada com o uso de preservativo, porém durante o ato o agente retirou o instrumento sem o seu consentimento. O juiz, no entanto, negou o seu pedido argumentando que o início da relação havia sido consentido então não se tratava de uma violência sexual. A autora recorreu da sentença, que posteriormente foi alterada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal entendeu que o *stealthing*

“pode caracterizar o crime de violação sexual mediante fraude, descrito no artigo 215 do Código Penal. O ato pune a conduta de ter relação íntima com alguém por meio de engano ou ato que dificulte a manifestação da vontade da vítima. O ato pune a conduta de ter relação íntima com alguém, por meio de engano ou ato que dificulte a manifestação de vontade da vítima”⁷¹

Além disso, os desembargadores reforçaram a obrigação do Estado em prestar assistência integral à mulher grávida vítima de violência sexual.

O referido crime de violação sexual mediante fraude possui o elemento subjetivo do dolo direto, ou seja, o agente, além de possuir consciência e desejo em relação à prática da conduta, busca o resultado e age para alcançá-lo. A consumação ocorre mediante a prática do ato sexual ou libidinoso após o sujeito se valer do meio da fraude para alcançar o objetivo. A tentativa é admitida para os casos em que o agente possui o dolo para cometer o delito, mas por circunstâncias alheias à sua vontade, ele não ocorre. Esse crime afeta o bem jurídico da liberdade sexual, constituindo crime de dano.

Guilherme de Souza Nucci estabelece um exemplo entre o crime de violação sexual mediante fraude e estupro de vulnerável, presente no artigo 217-A do Código Penal:

⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). *Stealthing*. Disponível em <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/educacao-semanal/stealthing>>. Acesso em 12/06/2023

“Para se mencionar uma ilustração, pode-se utilizar o uso de álcool pela vítima. Se ela estiver parcialmente embriagada e estiver confusa quanto a ter ou não um ato sexual com o agente, deve este se abster de continuar; caso o faça poderá responder por violação mediante fraude. Se a pessoa ofendida estiver completamente embriagada, sem nenhum discernimento sobre o que se passam insistindo o agente, poderá responder por estupro de vulnerável.”⁷²

Além disso, o referido autor, usando o mesmo exemplo do álcool, também trata da importância da verificação do caso concreto para a configuração do delito, pois muitas vezes não estará diante de uma violação sexual mediante fraude:

“Outro ponto a ser levado em consideração é o grau de intimidade entre as partes, pois muitos casais se valem de álcool e outras drogas [para um incentivo à relação sexual. Na maior parte das vezes, ambos bebem, para alegrar-se, já sabendo que vão ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso. A questão é mais complexa se o casal se encontra pela primeira vez, os dois bebem juntos e terminam na cama, tendo conjunção carnal ou ato libidinoso. Somente o caso concreto poderá determinar se houve um crime sexual.”⁷³

No *stealthing*, o agente usa a fraude para ter relação sexual com a vítima, utilizando o desconhecimento da vítima para praticar o ato sem o uso do preservativo. Dessa forma, o sujeito buscando o referido resultado, age retirando o preservativo sem que a vítima note. Sendo assim, viola-se, mediante ocultação da retirada do preservativo, o consentimento da mulher que condicionou a realização do ato sexual ao uso da proteção.

Ocorre que, como foi visto acima, o legislador ao tratar do aborto humanitário fez referência apenas a estupro, deixando de mencionar outros crimes contra a dignidade sexual, portanto, sem prever a violação mediante fraude. Cabe discutir se regra autorizadora do aborto pode ser interpretada de modo ampliado com recurso a analogia.

O uso da analogia pode ser um meio de oferecer às vítimas a possibilidade de realizar o aborto humanitário. Importante destacar o conceito de analogia segundo Pacelli e Callegari:

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. **Tratado de Crimes Sexuais**. Rio de Janeiro: Editora GEN, 2022. Pp. 140-141.

⁷³ *Ibid.*, p. 141

“A analogia é o exemplo por excelência da autointegração. Por meio dela, uma situação da vida não regulada, isto é, não prevista em nenhuma das normas do ordenamento, será resolvida com base em outra, instituída para situação diversa. Obviamente, para que se possa recorrer à analogia, e como a própria expressão indica, é preciso que haja uma grande proximidade entre a situação regulada e a outra, carente de norma específica. A aplicação da analogia não pode ser arbitrária; impõe-se uma identidade ou uma semelhança relevante entre os fundamentos da norma existente a ser aplicada e a necessidade de regulação. Ou, na fórmula latina: *6 (onde a mesma razão, o mesmo direito).*”⁷⁴

A analogia é aplicada em nosso ordenamento jurídico em situações que não há regulamentação legal e os casos são similares entre si. O colegiado da 7ª turma cível do TJDFT entendeu por unanimidade, em decisão recente, que como o consentimento do preservativo é quebrado com a retirada do preservativo e se força a relação sexual, está diante de um abuso sexual. Conforme dito anteriormente, o referido tribunal julgou procedente o pedido da autora para a concessão do aborto seguro.

REMESSA NECESSÁRIA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. VIOLÊNCIA SEXUAL. GRAVIDEZ. REALIZAÇÃO DE ABORTO HUMANITÁRIO NA REDE PÚBLICA DE SAÚDE. CP, ART. 128, II. POSSIBILIDADE. DIREITO À SAÚDE. DEVER ESTATAL.SENTENÇA MANTIDA. 1. Cabe ao Estado prestar assistência integral à mulher em situação de gravidez decorrente de violência sexual, por meio de um atendimento emergencial, integral e multidisciplinar em todos os hospitais integrantes da rede o Sistema Único de Saúde- SUS, visando o controle e ao tratamento de agravos físicos e psíquicos decorrentes da violência, além do encaminhamento aos serviços de assistência social, compreendendo a profilaxia as gravidezes nas hipóteses legais (CRFB, arts. 196 e 197; LODF, arts. 204 e 207, XV; Lei n. 12.845/13). 2. A situação descrita configura o fato típico previsto pelo art. 213 do Código Penal, haja vista que, embora o ato sexual tenha sido inicialmente consentido com o uso de método contraceptivo, deixou de sê-lo no momento em que o agressor retirou o preservativo (*stealthing*), obrigando a vítima a continuar a relação sexual, sendo legítima a postulação para realização do aborto humanitário, com fulcro no art. 128, II, do Código Penal, não podendo o Estado se furtar desse direito. 3. Remessa necessária desprovida.⁷⁵

Conforme dito, a analogia do *stealthing* como uma modalidade do estupro, apesar de já ter sido usada, não é adequada por conta da falta de violência ou grave ameaça durante ou antes do ato, elemento essencial para a configuração desse delito. A violência nesse caso, pode ser considerada subjetiva, pois apesar de não ser utilizado qualquer força, a simples retirada

⁷⁴ PACELLI, Eugênio. **Manual de direito penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 127.

⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). **Processo nº 07603209-11.2019.8.07.0016 – Segredo de Justiça 0760320-91.2019.8.07.0016**. Relator: Leila Arlanch, Data de Julgamento: 28/10/2020. 7ª Turma Cível. Data de Publicação: 20/11/2020.

do preservativo sem que a vítima saiba já é uma violência ao seu poder de escolha.

No entanto, essa interpretação varia de caso a caso. Dessa forma, a vítima de *stealthing* não possui a garantia de que a violência sofrida seria configurada como estupro e, conseqüentemente, seu aborto seria permitido.

A classificação da conduta no crime previsto no artigo 215 do Código Penal tem se tornado frequente na maioria dos casos. O referido crime possui pena de reclusão de dois a seis anos.

No entanto, em 2022 foi apresentado o projeto de lei 965/22 que tipifica no Código Penal o *stealthing*. No projeto, o crime está descrito como “ato de remover propositalmente o preservativo durante o ato sexual, ou deixar de colocá-lo sem o consentimento do parceiro ou da parceira” com pena de reclusão de um a quatro anos.⁷⁶ A ementa desse projeto determina quais são as mudanças causadas por este:

“EMENTA

Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, acrescentando o artigo 215-B, a fim de tipificar o ato de remoção proposital de preservativo, sem o consentimento do parceiro ou da parceira, "stealthing", e dá outras providências.”⁷⁷

Além disso, caso o projeto de lei seja aprovado, a pena aplicada aos agentes que praticam o *stealthing* será menor do que a pena anteriormente imposta com o uso da analogia, pois esse projeto prevê uma pena de reclusão de um a quatro anos enquanto a pena do crime de violação mediante fraude é de dois a seis anos, ou seja, caso o *stealthing* seja tipificado sua pena acabará beneficiando o réu. Com a aprovação do projeto, o novo artigo estabelecerá:

Art. 215-B Remover propositalmente o preservativo, durante o ato sexual, ou deixar de colocá-lo, sem o consentimento do parceiro ou da parceira.

⁷⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 965/2022**. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2320085>>. Acesso em 03/06/2023.

⁷⁷ Ibid.

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, se o ato não constitui crime mais grave.⁷⁸

Em paralelo a isso, em 2023 um outro projeto de lei que trata do *stealth* foi apresentado. O projeto de lei 57/23 tem a finalidade de aumentar a pena em 1/3 para os crimes contra a dignidade sexual nos casos em que há a retirada de preservativo sem o consentimento da vítima.

Com esse segundo projeto de lei, o artigo 234 dentro do capítulo de crimes contra a dignidade sexual, que engloba todos os crimes citados durante esse estudo, receberá um novo inciso:

“Art. 234-A.....
V - Até 1/3 (um terço) se o agente remove, ou deixa de colocar o preservativo sem a ciência e o consentimento da vítima.”⁷⁹

A deputada Renata Abreu do partido político podemos ao apresentou o referido projeto de lei justificando sua aprovação relatando o *stealth* e os danos que sua prática pode gerar para a vítima:

O Objetivo deste Projeto de Lei é punir o agente que, de forma sorrateira, remova preservativo sexual antes ou durante a prática do ato sexual, sem que isso seja de conhecimento ou consentimento da vítima. Sabe-se que em uma relação sexual consentida, em geral, o casal firma um acordo de que a prática será realizada com o uso de preservativo, como forma de evitar a transmissão de doenças e de evitar a gravidez indesejada.

Ocorre que há ocasiões em que um dos parceiros remove o preservativo, e isso ocasiona, eventualmente, danos irreparáveis para a vítima. Por essa razão, de modo a coibir esse comportamento, defendemos que seja causa de aumento de pena de até 1/3 a prática desse ato.⁸⁰

Apesar de ser correta a decisão do TJDFT de enquadrar essa conduta no tipo penal de violação sexual mediante fraude, é desejável a tipificação específica desse crime em nosso ordenamento jurídico, isso porque deve-se analisar o contexto e todas as particularidades desse ato e principalmente a proporção do crime que cada vez alcança mais vítimas com o passar do tempo.

⁷⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 965/2022**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2159319>. Acesso em 30/05/2023.

⁷⁹ Id. **Projeto de Lei nº 57/2023**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2231093&filename=PL%2057/2023>. Acesso em 23/05/2023.

⁸⁰ Ibid.

5. Conclusão

Conforme exposto, o *stealth* é a retirada intencional do preservativo pelo agente sem que o consentimento da vítima. A conduta pode estar presente em qualquer tipo de relação, não sendo obrigatório para a configuração do delito que ocorra em relação heterossexual. No entanto, como o objetivo do presente estudo é estabelecer uma forma de garantir aborto legal para as vítimas, tratou-se de vítimas mulheres.

A quebra do consentimento da vítima se dá a partir da retirada do preservativo e não pode ser considerado presumível, visto que o agente não informa a vítima sua atitude. Com isso, a vítima não consegue exteriorizar sua vontade, sendo impedida de se manifestar uma vez que não tem conhecimento do fato.

O referido delito até o presente momento não detém a atenção que merece isso porque sua problematização só veio muito tempo depois que o seu início na sociedade. Mesmo assim, o tema é pouco abordado. A maioria das vítimas interpretam a atitude do agente apenas como falta de caráter, não tendo noção que está diante de uma violação de sua intimidade, intimidade está que é assegurada por lei.

No primeiro capítulo foi abordado a relação da violência contra a mulher no âmbito da violência de gênero, presente fortemente na sociedade. Esse tipo de violência tem como característica a subordinação do gênero feminino em relação ao masculino. Essa violência se dá em virtude da desigualdade de gênero que ainda perpetua na sociedade, seja na política, na vida social ou até mesmo na vida sexual.

O *stealth* é uma forma de violência contra a mulher que está inserida no âmbito da violência de gênero, ferindo a liberdade sexual da vítima, e tem todos os elementos presentes para ser classificado como crime contra a dignidade sexual.

A violência de gênero pode ser interpretada como uma forma de dominação do sexo feminino em detrimento do masculino. Dentro desse contexto, surge a lei Maria da Penha. A referida lei foi criada com o objetivo de punir os agentes responsáveis por violências contra a mulher, e estabelece em seu artigo 7º todos os tipos de violência contra a mulher e em seu inciso III destaca a violência de gênero.

Nesse sentido, entende-se como violência sexual contra a mulher todas as formas de violência, até mesmo o impedimento da mulher em usar algum método contraceptivo ou qualquer ato que dificulte a mulher a exercer seus direitos sexuais. As consequências desse tipo de violência são extremamente danosas a vítima: ela pode contrair doenças sexualmente transmissíveis ou o ato pode ocasionar uma gestação indesejada.

Apesar de ser um delito tão sério e cada vez mais frequente, ainda não há tipificação para a conduta em nosso ordenamento. Nos casos em que a prática do delito gera uma gravidez indesejada, a falta de tipificação dificulta a concessão do direito de interromper a gestação para a vítima.

O legislador permite o procedimento abortivo de forma legal em alguns casos com o objetivo de preservar a dignidade da mulher que tem o direito de decidir a respeito dos atos que envolvem seu próprio corpo. Com isso, há a possibilidade de interromper a gestação em dois casos, sendo o primeiro quando a gravidez colocar em risco a vida da mulher.

A outra exceção que o legislador estabeleceu diante da proibição da realização do aborto é o chamado aborto humanitário, que está previsto no artigo 128, inciso II do Código Penal. Ele é concedido apenas nos casos em que a gravidez é resultante de estupro e precisa da autorização da gestante ou de seu representante legal caso se trate de uma mulher incapaz.

Nesse contexto, a analogia do delito para o crime de estupro se mostra inadequada, uma vez que não há violência ou grave ameaça durante o ato.

No *stealthing* a conjunção carnal foi consentida, mas esse consentimento posteriormente foi viciado pela atitude do parceiro que retira o preservativo sem a vítima perceber ou percebendo depois. Com isso, estão ausentes os requisitos para a configuração do delito contido no artigo 213 do Código Penal e conseqüentemente não poderá ser utilizado analogia para tanto.

De fato, pode ser considerado violência a retirada do preservativo sem o consentimento da vítima e apesar de já existirem julgados que concederam a realização do aborto usando uma analogia ao crime de estupro, depender dessa interpretação acaba não garantindo com total eficácia a autorização do aborto para todas as vítimas, pois essa compreensão é subjetiva, podendo variar de pessoa para pessoa.

A analogia para o crime presente no artigo 215 do Código Penal (violação mediante fraude) já foi utilizada em diversos julgados, inclusive concedendo o direito ao aborto em alguns casos. No entanto, o uso da analogia em alguns casos não garante que todas as vítimas tenham o direito ao procedimento do aborto.

Nos casos de estupro, escolheu-se preservar a integridade física e psicológica da mulher vítima da violência sexual, adotando esse tipo de violência como qualquer ato sexual onde ocorreu a inexistência do consentimento da mulher para a sua realização. É o caso do *stealthing*, já que, como visto, o consentimento da vítima foi viciado a partir da retirada do preservativo pelo agente sem que a mulher soubesse e concordasse.

Conforme visto no quarto capítulo, o projeto de lei 965/22 com o objetivo de tipificar o *stealthing* foi apresentado perante a câmara dos deputados, mas com uma pena muito menor do que a utilizada nos casos em que se usa analogia ao crime de violação sexual mediante fraude. A pena aplicada, caso seja aprovado, seria de um a quatro anos de reclusão.

Com isso, a tipificação do crime diminuiria a pena dos agentes que atualmente recebem pena de reclusão de 2 a 6 anos, enquadrando o caso no artigo 215 do Código Penal. Não se mostra muito justo com as vítimas que a tipificação do crime, que deveria agravar a situação do agente, diminuir a pena do delito, tornando-a menor do que a anteriormente imposta sem a tipificação.

O segundo projeto, o projeto de lei 57/2023, aumenta a pena dos crimes contra a dignidade sexual, previstos no título VI do Código Penal, sempre que o agente realizar a retirada de preservativo sem o consentimento da vítima.

Com isso, mostra-se mais adequado e correto a aprovação do projeto de lei 57/2023 uma vez que engloba todos os crimes contra a dignidade sexual aumentando suas penas.

Dessa forma, a tipificação da conduta assume seu papel de importância, agravando a situação do agente. Além disso, a analogia ao crime previsto no artigo 213 do Código Penal, que seria atingido pela tipificação uma vez que se encontra no capítulo mencionado, para a concessão do aborto poderia ser feita de forma mais acessível.

6. Referências Bibliográficas

ATHIAS, Gabriela. **OEA Condena Brasil por Violência Doméstica**. Portal Folha de São Paulo. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0605200109.htm>>. Acesso em 02/06/2023.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Mulheres negras são maioria das vítimas de feminicídio e as que mais sofrem com desigualdade social**. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/noticias/832964-mulheres-negras-sao-maioria-das-vitimas-de-femicidio-e-as-que-mais-sofrem-com-desigualdade-social/>>. Acesso em 28/05/2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 57/2023**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2231093&filename=PL%2057/2023>. Acesso em 23/05/2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 965/2022**. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2320085>>. Acesso em 03/06/2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 07/06/2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 06/06/2023.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Brasil tem cerca de 822 mil casos de estupro a cada ano, dois por minuto**. Disponível em <<https://www.ipea.gov.br/portal/categorias/45-todas-as-noticias/noticias/13541-brasil-tem-cerca-de-822-mil-casos-de-estupro-a-cada-ano-dois-por-minuto>>. Acesso em 20/05/2023.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 09/05/2023.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em 02/06/2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Cerca de 1 milhão de pessoas contraíram infecções sexualmente transmissíveis no Brasil em 2019**. Disponível em <<https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2021-1/maio/cerca-de-1-milhao-de-pessoas-contrairam-infeccoes-sexualmente-transmissiveis-no-brasil-em-2019>>. Acesso em 31/05/2023.

BRASIL. **Portaria GM/MS nº 13, de 13 de janeiro de 2023**. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-gm/ms-n-13-de-13-de-janeiro-de-2023-457959944>>. Acesso em 24/05/2023.

BRASIL. **Portaria nº 2.561, de 23 de setembro de 2020**. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.561-de-23-de-setembro-de-2020-279185796>>. Acesso em 07/06/2023.

BRASIL. Senado Federal. **A Violência contra a Mulher**. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/hp/acervo/outras-referencias/copy2_of_entenda-a-violencia/a-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em 05/06/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.995.795/SC**. Relator Desembargador Convocado Jesuíno Rissato. Quinta Turma. Julgado em 23/08/2022, DJe de 26/08/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.415.727/SC (2013/0360491-3)**. Relator Ministro Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento 15/10/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). **Processo nº 07603209-11.2019.8.07.0016 – Segredo de Justiça 0760320-91.2019.8.07.0016**. Relator: Leila Arlanch, Data de Julgamento: 28/10/2020. 7ª Turma Cível. Data de Publicação: 20/11/2020.

BRAZÃO, Analba; OLIVEIRA, Guacira Cesar de. **Violência Contra As Mulheres**. 1ª edição. Brasília: Editora CFEMEA: MDG3 Fund, 2010. P. 19

BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a Pessoa**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. P. 173.

California is the 1st state to ban 'stealth' nonconsensual condom removal. Portal NPR. Disponível em <<https://www.npr.org/2021/10/07/1040160313/california-stealth-nonconsensual-condom-removal>>.

Acesso em 01/06/2023.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer **Plano para Transversalizar a Perspectiva de Gênero e Étnico-racial na Escola Superior do Ministério Público da União.** Brasília: ESMPU, 2018.

CASTRO NEVES, José Roberto. **Uma Introdução Ao Direito Civil.** 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora GZ Editora, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Comentários à Reforma Criminal de 2009 e à Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRÉ, Juan Carlos; PAX, Miguel Ángel Nuñez; OLIVEIRA, William Terra de; Alexis Couto de Brito. **Direito Penal Brasileiro – Parte Geral – Princípios Fundamentais e Sistema.** São Paulo: Editora Saraiva, 2017

GRECO, Rogério. **Direito Penal – Parte Especial.** Volume 3. 16ª Edição. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2019.

GRECO, Rogério. **Direito Penal – Parte Geral.** 21ª edição. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2019.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, Volume 8.** Rio de Janeiro, Editora Forense, 1959.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal: Parte Especial.** 15. Ed. Valencia: Editora Tirant Lo Blanch, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tratado de Crimes Sexuais.** Rio de Janeiro: Editora GEN, 2022.

O que é a violência de gênero e como se manifesta? Portal Politize. Disponível em <<https://www.politize.com.br/violencia-de-genero-2/>>. Acesso em 05/06/2023.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE (OPAS). **Violência contra as Mulheres.** Disponível em <<https://www.paho.org/pt/topics/violence-against-women>>. Acesso em 01/06/2023.

PACTO GLOBAL. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em <<https://www.pactoglobal.org.br/ods>>. Acesso em 30/05/2023.

Pesquisa Datafolha: 59% dos brasileiros são contrários a mudanças na atual lei sobre o aborto. Portal G1. Disponível em <<https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2018/08/22/pesquisa-datafolha-59-dos-brasileiros-sao-contrarios-a-mudancas-na-atual-lei-sobre-o-aborto.ghtml>>. Acesso em 01/06/2023.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Portal Mundo Jurídico. P. 02. Disponível em <http://www.clam.org.br/biblioteca_digital/uploads/publicacoes/982_342_aborto_sarmentodaniel.pdf>. Acesso em 13/06/2023.

SOUZA, Flavia Bello Costa de; DREZETT, Jefferson; et al. **Aspectos psicológicos de mulheres que sofrem violência sexual**. Disponível em <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S141320871300006X>>. Acesso em 15/05/2023.

ULHÔA, Emilia. **Desafios da incorporação transversal da perspectiva de gênero e étnico-racial numa escola do sistema de justiça**. In: CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; et al. *Perspectivas de Gênero e o Sistema de Justiça Brasileiro*. Brasília: ESMPU, 2019. Pp. 51-78.