



## **INEXISTÊNCIA JURÍDICA FACE A IGUALDADE CONSTITUCIONAL ENTRE HOMENS E MULHERES**

### **LEGAL INEXISTENCE IN CONSTITUTIONAL EQUALITY BETWEEN MEN AND WOMEN**

**Alexandre Marcos Mendes Gomes**

[alexandre.adv.civil@gmail.com](mailto:alexandre.adv.civil@gmail.com)

Especialista em Gestão Governamental e em Direito Público

FTC, Salvador, Bahia, Brasil

<http://lattes.cnpq.br/4316943393515828>

#### **Resumo:**

Este artigo analisa o rompimento do paradigma que está dogmatizado no nosso sistema jurídico e refletindo na nossa sociedade sob a perspectiva de que somente as mulheres são vítimas passivas do crime de estupro. O estudo, nesse trabalho, é ponderado no ponto de vista de que as mulheres podem ser também autora (literalmente falando do polo ativo) do crime de estupro e o homem a vítima passiva; repercutindo assim, obrigações no mundo jurídico e financeiro ao genitor violentado. Entende-se que essa situação ao qual leva a pessoa do sexo masculino a ser a vítima de estupro envolve uma questão de tratamento isonômico à vítima feminina que repercute nos ramos do direito constitucional, humanos, civil, penal, econômico-financeiro e a qual não corresponde a nenhuma tipificação ainda existente nas então vigentes legislações brasileira. Aqui traremos um texto rico em debates da nossa autoria e comentários de renomados autores doutrinários da esfera jurídica conforme descritos em referências.

**Palavras-Chaves:** Estupro; Homem; Mulher; Igualdade; Direitos.

#### **Abstract:**

This article analyzes the breakdown of the paradigm that is dogmatized in our legal system and reflecting in our society from the perspective that only women are passive victims of the crime of rape. The study, in this work, is weighted in the view that women may also be author (literally speaking of the active pole) of the crime of rape and man the passive victim; Thus affecting obligations in the legal and financial world to the violated parent. It is understood that this situation which leads the male person to be the victim of rape involves a question of isonomic treatment to the female victim that affects the branches of constitutional law, human, civil, criminal, economic and financial, and which does not Corresponds to any typification still existing in the then current Brazilian legislations. Here we will bring a text rich in debates of our authorship and comments from renowned legal doctrinal authors as described in references.

**Key words:** Rape; Man; Woman; Equality; Rights.

## 1 BREVE HISTÓRICO

Apenas uma rápida passagem no tempo, onde para lembrarmos de que antes do século XX as mulheres não eram consideradas cidadãs de fato, pois eram consideradas coisas e/ou propriedades dos seus pais ou maridos, como até certo ponto os escravos também dessa época. Inclusive o nosso Código Civil de 1916 era totalmente patriarcal, onde caso o homem descobrisse que a mulher não era mais virgem era caso de anulação do casamento e era devolvida à casa dos pais totalmente desonrada, sem direito se quer a alguma reparação moral, pois a mesma já tinha sido deflorada por outro homem e não apenas pelo marido.

O chamado *ius corrigendi* era o “direito”, se é que assim pode-se dizer que as mulheres tinham, onde o pai ou marido e até mesmo o irmão detinha a faculdade de bater, castigar sua filha, esposa ou irmã no intuito de corrigir os seus modos, direito inerente ao varão do lar. A mulher era totalmente submissa ao homem nesta época, a ponto de pedir permissão para adquirir herança e para poder trabalhar.

Contudo a modernidade dos tempos mudou muita coisa, muitos direitos foram adquiridos, hoje a mulher luta em “pé de igualdade” com o homem, apesar de ainda existir (pré) conceitos, mas há muitas vitórias femininas. Tudo começou com o direito aos estudos em escolas públicas, depois em 1962 o Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio em 1977, a própria Constituição<sup>1</sup> Brasileira de 1988, o novo Código Civil de 2002; onde, dentre outras mudanças não mais trazia a idéia equivocada da “mulher honesta”; o surgimento da Lei Maria da Penha de 2006 e tantas outras leis às quais resguardam os direitos femininos, nada mais do que justo.

Sendo o estupro masculino algo muito antigo e pouco divulgado, pois é visto ainda como um tabu e contém uma conotação heterossexual e/ou homossexual. Essa prática de violência é usada como arma de guerra em situações bélicas. A ação delituosa do estupro

---

<sup>1</sup> “Juridicamente, porém, Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres do cidadão.” MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional. Pág.2.

masculino tem sido fortemente estigmatizado. De acordo com a psicóloga Dr<sup>a</sup>. Sarah Crome, menos de um em cada dez estupros homem com homem são trazidos a público. Como um grupo, as vítimas de estupro do sexo masculino relataram a falta de serviços e suporte e os sistemas jurídicos são muitas vezes mal equipados para lidar com este tipo de crime.

Tem-se consciência de que o crime de estupro masculino na prisão, é comum e não é notificado até com mais frequência do que o estupro na população em geral.

## 2 SOBRE A IGUALDADE

22

O real sentido da igualdade constitucional é não aceitar que sob o pretexto de desigualdades psicológicas e até as fisiológicas dentre outras se esconda uma verdadeira diferenciação de dignidade jurídica, social, moral<sup>2</sup> entre os sexos, ferindo até mesmo a dignidade da pessoa humana. Conforme a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu artigo 7º, elenca que essa igualdade é para que seja usada na medida de proteção e sem qualquer distinção, complementando vem o artigo 12 em que relata a não intromissão à vida privada, onde ressalta a dignidade da pessoa humana na qual se preserva a honra e reputação das pessoas. Para tanto se faz necessário trazer uma passagem do ilustre Celso Ribeiro Bastos na sua obra Curso de Direito Constitucional:

“A nossa Constituição diz no inciso I do art. 5º, que ‘homem e mulher são iguais em direitos e obrigações nos termos desta Constituição’. Só esta, portanto, pode estabelecer desigualdades entre homem e mulher. As demais normas não o podem fazer sob pena de inconstitucionalidade por lesão ao princípio da isonomia. Portanto, o destinatário desse comando constitucional é o próprio legislador que deverá abster-se de editar leis com desigualdades fundadas nesses critérios.”

A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948, imposta pela ONU – Organização das Nações Unidas em seu texto, primordialmente no artigo 1º informa que “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.” Ou seja, face a nossa Constituição, podemos aceitar e entender que Todos os homens são titulares de direitos fundamentais. Portanto, fica explícito que todos os ‘homens’ são considerados gênero da

---

<sup>2</sup> “Sob nenhum ponto de vista a moral em sentido estrito pode ser considerada um bem jurídico. A ‘moral pública’ é um sentimento de pudor, que se supõe ter o direito de tê-la, e que é bom que a população a tenha, mas se alguém carece de tal sentimento, não se pode obrigar a que o tenha, nem que se comporte como se o tivesse, na medida em que não lesionem o sentimento daqueles que o têm”. Zaffaroni. Manual de Direito Penal Brasileiro. Pág. 442.

espécie homens sabiens, sendo assim, pela ONU em sua Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão, ratificada pela nossa Carta Magna, constante no seu artigo 5º caput e inciso I, o qual ressalta “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição”, e entendido que os direitos e a dignidade humana é imposta a todos os humanos do planeta, que são considerados seres nascidos de liberdade e igualdade.

Observa-se hodiernamente que o Estado não vem garantindo esse princípio fundamental, haja vista por não conseguir o mínimo constitucional e até mesmo pela falta de conhecimento da população quanto aos seus direitos de exercê-los, resultando assim numa falta de aplicabilidade da vontade do nosso legislador constitucional.

Os direitos fundamentais representam em sua totalidade a tradicional tutela das liberdades; a econômica/financeira, política e pessoal. Formam uma proteção contra a intervenção do Estado. Ao contrário, os direitos sociais estão intimamente ligados aos direitos de participação no poder político e na distribuição da riqueza social produzida. A forma do Estado oscila entre a liberdade e a participação.

Além disso, enquanto os direitos fundamentais representam a garantia do status quo, os direitos sociais representam a priori, imprevisíveis, mas hão de ser sempre atendidos, pois, emergem do contexto social. Daí que a integração entre Estado de Direito e Estado Social não possa dar-se a nível constitucional, mas só a nível legislativo e administrativo. Se os direitos fundamentais são a garantia de uma sociedade separada do Estado, os direitos sociais, pelo contrário, representam a via por onde a sociedade entra no Estado, modificando-lhe a estrutura formal.

Com o advento da avaliação de tecnologia<sup>3</sup> política do Estado Democrático de Direito pela nossa Constituição Federal, a idéia principal do princípio da igualdade trazida no inciso I do artigo 5º assumiu um novo significado político para nortear o desempenho do Estado no intuito de trazer a igualdade material ou substancial considerando que a Lei irá analisar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na proporção de suas desigualdades. Portanto, o próprio texto constitucional, ao reconhecer a diversidade natural existente entre pessoas, estabelece determinados tratamentos individualizados como ocorre em relação ao

---

<sup>3</sup> A **Avaliação de tecnologia** é um [conceito](#) que integra diferentes formas de análise da relação entre [ciência](#) e [tecnologia](#) por um lado, e entre a política, a sociedade e os indivíduos por outro. Inclui tipicamente abordagens de análise política como a prospectiva, a análise econômica, a análise de sistemas, a análise estratégica, etc. A **Avaliação de Tecnologia** também pode ser definida como um processo científico, interactivo e comunicacional, que tem por objectivo contribuir para a formação da opinião pública e política sobre os aspectos sociais da ciência e da tecnologia. Fonte: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Avaliação\\_de\\_tecnologia](https://pt.wikipedia.org/wiki/Avaliação_de_tecnologia) - acessado em 17/04/2020.

sexo, como por exemplo, a licença paterna e a materna, os requisitos para adquirir a aposentadoria e o serviço militar obrigatório, dentre outras.

A igualdade constitucional, em relação à pessoa, envolve: a igualdade perante a legislação penalista, a igualdade perante a Justiça, a equidade concernente à tributação, a igualdade perante a orientação sexual, origem, raça, cor, idade, religião, crença religiosa e convicção filosófica.

No nosso ordenamento jurídico, a vida, o bem maior e o mais protegido, é resguardada a partir do ato da concepção, sendo excludente de proibição a retirada do feto ainda em desenvolvimento quando resultante de estupro em favor de uma incapacidade nossa - seres humanos - em suportar, ou até mesmo tentar entender, o porquê da brutalidade do ato sexual não consentido como uma questão permanentemente psíquico-mental e física na qual resulta em possíveis traumas morais e psicológicos complexos de ser admitido; que é o fato de ser violentado, agredido, invadido e ainda em alguns casos deflorados. Portanto, se a vítima da conduta delituosa tipificada como estupro for um homem, seja ele heterossexual ou homossexual, sendo para este último mais traumático ainda, pode acontecer o fato dele não querer e não aceitar que a agente delituosa gere e até mesmo lhe dê um (a) herdeiro (a). Mesmo não sendo no corpo dele a mutação trazida pelo estado gravídico, como fortes dores nas pernas, dilatação dos mamilos, alteração na pressão arterial e inchaço nos pés, a situação de ser pai e o temor de ser o genitor; não por ter querido e desejado, mas por ter sido violentado; no âmbito jurídico acarretará várias obrigações impostas não só pela sociedade, mas e principalmente pela codificação civil, pelo Estatuto da Criança e Adolescente, pela relação sócio-afetiva e até mesmo pela relação econômico-financeira, as quais ele não escolheu muito menos correu o risco de assumir, mas sim lhes foram impostas por prática delituosa de outrem.

Ainda perante a nossa Carta Magna, há o artigo 3º inciso IV no qual protege como objetivo fundamental o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, por conseguinte há a preocupação constitucional de manter a igualdade formal e material perante todos, humanizando assim o tratamento, conservando a dignidade da pessoa humana elencada no seu artigo 1º como fundamento.

Uma das características que encontramos no nosso arcabouço normativo-material do qual é parte integrante da dogmática constitucional, e que se garante ser fundamentalmente abalizada da composição normativo-material das normas meramente legais, incide na seguinte idéia: enquanto as leis resolvem, com certa veracidade e exatidão, o embasamento e a

“arrumação”, tidos também designados como os meios da prevenção jurídica, as normas advindas da Constituição não têm uma precaução hermenêutica jurídica por subsídios reais e concretos. Norteiam a revelar juízo crítico ou princípios gerais de relevante significação legal, que apenas podem se concretizar logo depois de elucidados e consolidados pelo legislador e até mesmo e porque não o próprio aplicador do direito.

Os chamados princípios gerais do direito são nada menos que regulamentos de comportamento que orientam o magistrado no entendimento das normas, aplicando no caso concreto a hermenêutica jurídica do negócio ou ato jurídico. Os princípios gerais de direito não estão no nosso ordenamento jurídico positivado, não se acham nas codificações existentes. Estes princípios são ainda cláusulas abstratas que necessitam de consolidação. Eles têm como papel fundamental e até essencial de auxiliar os meritíssimos magistrados na compreensão das “brechas” jurídicas deixadas pelas omissões das Leis.

Não provocar dano a outrem é tido como dogma dos princípios gerais do direito privado, daí advém o famoso pensamento romano que é dar ao imperador “César o que é de César”. No momento em que se utiliza e aceita certo princípio geral, o direito positivo deixa de ser apenas um mero princípio geral, ou seja, deixa de ser norma de interpretação para passar a ser aceita como cláusula geral. Assim sendo, os muitos questionamentos que os doutrinadores têm explorado nessa árdua questão de diferenciar os princípios não positivados dos princípios positivados atravessam situações tortuosas até chegarem a uma solução no qual dizem que o princípio positivado, ou norma princípio para alguns, não é mera regra de interpretação, mas sim uma norma jurídica, e sendo assim com força de Lei, ou seja, as regras de interpretações viram cláusulas gerais com um conteúdo normativo e são os embasamentos para a constituição dos direitos e das obrigações.

A concretização legal da justiça provoca ao induzimento da igualdade para todos. Aristóteles, filósofo grego, já dizia que a justiça deve tratar de modo igual os iguais e desigualmente os desiguais, de modo proporcional à sua desigualdade. A igualdade molda-se, deste modo, como uma importância jurídica consecutiva, o que vale dizer que essa igualdade está perfeitamente vinculada à concretização da probidade, da segurança e do bem estar social e da própria justiça como um todo.

A justiça é um valor, sentimento correspondente ao justo, e justo é o que se considera bom, certo, correto e dentro dos costumes. A justiça então possui em tese duas faces, a primeira positiva, que equivale dizer a fazer o bem, o correto; e a segunda face, que é o lado

de se evitar o errado, não aceito pela sociedade. Com isso se processa a construção da moral social, sendo que o Direito e a Moral possuem a mesma matéria, pois os dois são processos sociais que objetivam as relações de poder.

O poder social não é uma coisa ou a sua posse, mas sim uma relação entre pessoas. Embora a solução justa pouco tem a ver com o sentimento de injustiça, este é totalmente desprezível como veículo mediante o qual as pessoas se aproximam do conceito de justiça. Contudo, as dificuldades em definir a justiça, ou em agir com justiça, não significam que inexistam o justo e o valor correspondente.

O objetivo do Direito é a institucionalização e materialização de relações de poder segundo a justiça, e não a mera reprodução de relações naturais, econômicas e sociais de poder. Em qualquer sociedade firmam-se consensos até mesmo sobre questões de gosto e preferência, e seria estranho que não os houvesse também a respeito da justiça: sentimento do justo e injusto está à base de qualquer critério sobre o que é permitido ou proibido. Se inexistissem noções objetivas sobre o que é justo ou injusto, seria impossível admitir que o advogado postule em juízo contra literal disposição da lei, arguindo sua injustiça. E de que valeria à defesa levantar-se contra a lei injusta, se o juiz escapasse o poder de afastá-la? Não há Direito que não verse sobre a justiça, e não há operador jurídico cuja tarefa não consista na realização da justiça.

O juízo ou conceito da igualdade envolve o sentimento de equidade no que diz respeito à dignidade de todos, associada com a disparidade de suas capacidades e desempenhos. A demanda da desigualdade implica outra vertente, que é a da heterogeneidade de faculdades em uma comunidade, sociedade igualitária, pois os tratamentos de dependência hierárquica são relações de poder, como as que se observam entre pais e filhos, professor e alunado. A igualdade revela não só na equidade formal das pessoas, mas também na equidade material presentes nas oportunidades da vida, pois uma afirmação formal de igualdade procede a uma utopia jurídica quando os agentes legitimamente iguais necessitam de elementos para praticarem os direitos associados a essa declaração de igualdade.

A reparação nada mais é do que uma contrapartida que se realiza em face da aflição, da agonia, do sentimento de carência, da humilhação sentida, do vexame, da desonra provenientes de situações utópicas prolatadas, da oscilação da indiferença que certos fatos trazem às vítimas fragilizadas. Não há um mínimo patrimonial aferido, mas sim a percepção desagradável, sofrida, crítica, decepcionante, a dor da carência, a perda da credibilidade, e

outros sentimentos afins que se busca não afastar, nem trocar, e sim colocar ao lado deles, em favor de quem convive com essa sensação e experiência, para que se rompa a condição surgida ou se encontre uma outra motivação em sua vida, e, assim retorne a normalidade dentro do possível.

O costume de não se levar adiante a prática do poder punitivo se fundamenta na concepção de que os bens jurídicos são constituídos por meros objetos sem valoração jurídica como por outros ramos do nosso atual ordenamento jurídico. Uma possível “rixa” com esses ramos do direito se solidifica na específica particularidade da pena, ao apoderar-se do conflito da vítima, todavia isso, fluentemente, não embaraça o aproveitamento de sanções pelos demais ramos do direito imposto ao mesmo fato. A comprovação de que o crime tem implicações civis gera a idéia de incorporá-las em um novo ramo do direito que poderia ser tipificado como civil criminal. E já temos uma exceção para tal fato, quando a sanção civil é transformada em pena, como acontece com o não cumprimento do pagamento da pensão alimentícia. Fato que no civil uma sanção gera uma pena imposta ao não cumprimento da obrigação de fazer.

Já o nosso ordenamento jurídico social é conceituado por procedimentos e anexos de normas, princípios, regras trazidos pelos legisladores sempre almejando uniformizar os comportamentos individuais das pessoas que o constituem, em um método contínuo de socialização. É na verdade uma maneira peculiar de se fazer o controle em massa, partindo do pressuposto da padronização das formas de agir de cada pessoa voltada para o benefício de toda uma comunidade, de um grupo populacional. A socialização passa a ser conceituada e feita como uma forma de ajustamento, termo de conduta que cada indivíduo tem que ter dentro do grupo.

O comportamento coletivo é a consequência de técnicas de regulamentos que estipulam os moldes de costumes e maneiras a serem adotados por todos os componentes da coletividade. Ele é, por conseguinte um vetor do atual ordenamento social. Portanto quando o comportamento coletivo acompanha uma mesma direção delineada, alcança então um completo ordenamento social com todos os indivíduos envolvidos operando da mesma forma. No entanto, em uma coletividade isso é raro de acontecer como um padrão de atitudes contínuas. É ampla a probabilidade de acontecerem fatos de pessoas que não se adaptam a qualquer esquema de padronização de condutas sociais, enfim de socialização humana. Esses seres cujas condutas ajuízam exatamente a intenção de não exercitarem o comportamento socialmente esperado, mas sim o antissocial, o qual está indo de encontro às expectativas da coletividade.

É nesses casos de desobediência ao ordenamento social que o mesmo se faz contundente e decisivo, desempenhando através das normas, um vasto e ordenado controle social. Agindo para compor o equilíbrio e a paz da coletividade mediante as normas codificadas pelos princípios. As normas são reproduções, concepções das condutas humanas.

### 3 NA ESFERA JURÍDICA

No âmbito da legislação civil, provada a existência do dano, cabe a ação de reparação. Pois tem o direito de pedir reparação toda pessoa que demonstre ter tido um prejuízo e sofrido uma injustiça. A reparação pode ser feita de duas formas: uma é a reparação com a imputação de uma quantia em dinheiro suficiente para que compense o prejuízo ou a injustiça sofrido, e este ressarcimento não cabe para o nosso plano de estudo, já a outra solução é a de que consiste na restituição ao sujeito lesionado do estado anterior do dano, coaduna com este entendimento o autor Arnaldo Rizzardo, ao escrever em seu livro Responsabilidade Civil:

“Revelando caráter pecuniário, se expressa na prestação, ao prejudicado, de uma soma, em dinheiro, adequada para originar um estado de coisas equivalente ao anterior. Para Serpa Lopes, ao prejudicado assiste o direito de exigir uma importância destinada a reequilibrar a sua posição jurídica, ‘de modo a tanto quanto possível retornar ao estado em que se encontraria, se o devedor houvesse realizado a prestação no tempo e forma devidas’<sup>4</sup>. O citado autor, reproduzindo a doutrina moderna, da mesma forma que De Cupis, ressalta que duas são as modalidades da reparação: a específica (reintegração em forma específica), e a apurada mediante a estimação das perdas e danos, realizando-se a composição em dinheiro.”

Muitos atos ilícitos que resultam em certos tipos de danos tornam impossível a reparação específica que é a restituição anterior à lesão, fixando-se assim uma indenização em dinheiro. Quando se trata de danos produzidos nas pessoas, como o caso em estudo, em seu estado psíquico e moral, ou mesmo nas coisas e nos bens, pois o sujeito vítima ficará com o patrimônio reduzido devido aos encargos da futura paternidade não desejada; com a sua destruição ou desaparecimento em virtude do fato danoso, e nas oportunidades de perdas de oportunidades, de ganhos previstos; a reparação resolve-se igualmente em perdas e danos, solução não muito equitativa na perspectiva e ótica dos lucro cessantes. Cuida-se de uma

---

<sup>4</sup> Apud: curso de direito civil, vol. II, p. 423 – Arnaldo Rizzardo, Responsabilidade Civil, p.51

impossibilidade objetiva, e não meramente subjetiva da vítima, provocado pela conduta criminosa da agente causadora do dano; tendo como exemplos reais o estupro de homem contra homem e contra criança/adolescente masculino e o da mulher contra o homem, este último o tratado com mais especificamente aqui.

O ato ilícito tipificado na codificação civilista e tratado aqui neste artigo reporta-se a reparação dos danos que resultar na vítima, pela imposição total da responsabilidade subjetiva civil e penal da agente, tendo as mesmas condições necessárias para que surja e nasça a obrigação de indenizar, o ato propriamente dito; o dano e o nexo de causalidade entre o ato e o dano; o dolo ou a culpa da agente causadora do dano à vítima masculina. Para isso, o autor Francisco Amaral em sua obra *Direito Civil Introdução* nos traz o seguinte pensamento:

“A doutrina considera ainda uma outra distinção, conforme se dê relevo ou não à culpa do agente. É a responsabilidade subjetiva e a objetiva. A primeira, que é a clássica, e que pressupõe a existência de culpa, consagrou-se no Código Civil francês, donde se irradiou para o direito moderno. Adota-a o Código Civil Brasileiro no art. 186, que estabelece a ato ilícito como fonte da obrigação de indenizar. Denomina-se também responsabilidade delitual.”

A imputação do dano moral afeta a pessoa, vítima masculina do estupro feminino na sua essência de ser humano; necessariamente nos valores incorpóreos ou morais, como a religião, a paz interior e exterior, a honra, tanto a subjetiva como a objetiva, envolvendo a sua reputação e o livre-arbítrio da expressão corporal e inclusive a própria liberdade sexual.

O dano moral proveniente de uma paternidade não desejada e realizada de forma abrupta e sem o seu consentimento gera para o homem que não concebe dentro de si a possibilidade de ser pai, situações de conflitos que atinge o conceito de pessoa humana, levantando contra ele suspeitas posteriores de ter sido ele o agente do mal causado ao futuro infante, a sua honestidade, o respeito, a divulgação de situações pejorativas, desmerecendo até mesmo o seu status no meio da sociedade; ocasionando assim em uma grande humilhação.

#### **4 A DESIGUALDADE CONSTITUCIONAL ENTRE HOMENS E MULHERES**

Já a “faculdade” e o direito que as mulheres têm quando vítimas de estupro, o homem não tem! Não é garantida no nosso ordenamento jurídico e em nenhuma legislação tipificada ou princípio norteador de uma possível exclusão de paternidade imposta ao homem. Reconhece-se a paternidade pelo DNA, ou esta será presumida pela simples negação do suposto pai em juízo, porém quando o ato é resultante de um estupro feminino a legislação se omite, sendo assim, a solução mais equitativa e humana a ser aplicada é pela via da analogia, trazer para o homem, vítima de estupro, os mesmos direitos impostos e já garantidos legalmente às mulheres vítimas do mesmo crime. E caso se tenha um entendimento de que não cabe a analogia, pode-se recorrer às vias dos direitos e garantias fundamentais, invocando um dos remédios da nossa Constituição Federal, que é o mandado de injunção<sup>5</sup>, conforme artigo 5º inciso LXXI. Onde; face o próprio Supremo Tribunal Federal, é uma demanda constitucional aceita em um caso concreto, coletivamente ou até mesmo individualmente, sendo posto aqui no trabalho, com o objetivo de que o nosso Poder Judiciário dê ciência ao Legislativo sobre a total ausência de norma que regulamente a situação aqui debatida, e que torna inexecutável a atuação dos direitos e garantias constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e principalmente a cidadania. Contudo, em junho de 2016, o então Vice Presidente da República, sancionou a lei de nº 13.300/2016<sup>6</sup>, que disciplina o processo e julgamento do respectivo remédio constitucional. Acelerando o trâmite processual, onde a regularização face a ausência de regras questionadas terá dez dias na primeira instância e mais dez dias para que o Ministério Público se manifeste, para os autos ficarem conclusos. Para tanto é necessário a mudança de pensamento e a quebra de paradigmas a cerca do tema tratado. Em concordância a esse parágrafo trazemos o pensamento do escritor Sérgio Cunha, a deixar registrado em seu livro tais linhas abaixo:

“ Se não existem tabus e todas as questões são abertas ao debate, isso implica a circularidade da linguagem e do debate, em que a própria forma de constituição da sociedade se inclui como objeto de discussão; ou seja, mesmo a Constituição, o liberalismo, a democracia não representam dogmas (o que si mesmo, não atenta contra a existência da Constituição, do liberalismo e da democracia, antes reafirma a profundidade do compromisso

---

<sup>5</sup> “O mandado de injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal.” MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional. Pág. 152.

<sup>6</sup> [LEI Nº 13.300, DE 23 DE JUNHO DE 2016](#). Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. **O VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, no exercício do cargo de **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**. Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei: Art. 1º Esta Lei disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo, nos termos do [inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal](#).

com esses conceitos). Assim, imediatamente após o acordo fundamental (a respeito dos valores básicos e das finalidades da cooperação), vem um acordo procedimental: é a própria Constituição que, mediante a fixação de procedimentos, responde às questões postas pouco acima. A Constituição deve ser cumprida, mas isso não impede que possa ser alterada (reformada ou revista), segundo os termos que ela própria estabelece. Os processos de liberação asseguram a participação de todos os interessados e se desenrolam segundo formas e prazos, de modo a não obstar ou dificultar a tomada de decisões.” CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Uma Deusa Chamada Justiça*. Págs. 147 e 148.

Portanto, tendo como uma segunda possível solução jurídica, nos moldes da atual legislação vigente, têm-se a ideia de que para ser possível a reparação do dano causado pelo ato, conduta ilícita pela agente causadora do estupro, terá que se unir os ilícitos, civil e penal, tendo como possível solução a seguinte: No âmbito do ilícito civil, a genitora ficará com a sentença da perda do poder familiar em relação à criança, prevalecendo assim o princípio do melhor interesse da criança, que deve ser observado em quaisquer circunstâncias, inclusive em relação familiar e nos casos de filiação, e com fundamento nos artigo 129 incisos VIII e X<sup>7</sup> do ECA e artigo 1.638 inciso III do Código Civil<sup>8</sup>, pondo o infante para a adoção, haja vista que o genitor, sendo a vítima de estupro, não comportará o ônus do registro, herança, educação e alimentação do (a) herdeiro (a) que veio por meios adversos à sua vontade e por meios exclusivos aos bons costumes e moral, ou seja, advindo de um crime de estupro, mais a possível sanção por danos morais. Com isso, consegue-se a reparação do “status quo” face o crime na esfera cível. Já na esfera do ilícito penal, a agente cumprirá a pena imposta ao crime de estupro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que tanto a tipificação dos ilícitos penais ocorridos no direito privado quanto a descoberta da sujeição da vítima do homem por estupro e a consequente tentativa de mitigação dessa situação não devem ser tratadas e até mesmo confundidas com a atuação do

<sup>7</sup> Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

VIII - perda da guarda;

X - suspensão ou destituição do (pátrio poder) poder familiar. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência.

<sup>8</sup> Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

poder punitivo penal como mera ação de vingança. Sem dúvida alguma, esta última situação gera uma grande irracionalidade, ao propor uma nova paginação do direito da vítima à reparação do fato ocorrido, porém é relevante considerar que a mesma se caracteriza nitidamente do exercício do poder punitivo, pois a sanção reparadora no âmbito do direito civil é completamente diferente da penal, pois esta, além de ser seletiva e obsoleta não pacifica a questão discutida aqui e muito menos dá uma resolução humana, social e equitativa.

O envolvimento da vítima e as possíveis soluções plausíveis, como alternativas para o atual modelo penal, são coerentes e não devem ser entendidas como prolongamentos legitimados do exercício do poder punitivo, sob pena de passar-se da ultrapassada ressocialização do agente condenado à reparação do vitimado.

Na esfera do direito privado se exacerba o empobrecimento da responsabilidade civil subjetiva e do repúdio da culpa, como fundamento da culpabilidade objetiva, com ineficiência de disposições de desobrigação ou restrição. Não obstante, ressalva-se o acolhimento das subdivisões de pena privada ou de dano punitivo, integradas a um pensamento de total prudência, quando o ressarcimento do dano é avaliado como insuficiente. Isto significa que, por pretensão dos envolvidos ou por mandado legal, sem observar e sem considerar os princípios penais, comportamentos são reprovados mediante obrigação de pagamento uma quantia em dinheiro em favor da vítima, do Estado ou de terceiro. Pondera-se que tal solução é amoldada quando pleitear-se uma evolução econômica ilícita, advinda pelo ato desonesto e também injusto, ou quando sua extensão social é maior que o dano subjetivo causado. Portanto, trata-se de uma disposição contrária à pena, porque parte da reparação para se obter prevenção!

O presente artigo não trata de um texto sem nexo, sem fundamentos reais ou até mesmo com o objetivo de criar uma exclusão de paternidade por parte do homem, mas sim equalizar os sentimentos de dor e revolta e direitos de ambos os sexos por serem violentados; se não vejamos: Quando a vítima do crime de estupro é a mulher, esta tem a faculdade legal de gerar ou não a criança, e gerando, ao nascer, tem também a faculdade de dar para a adoção ou de ficar e criar o (a) herdeiro (a) proveniente de uma relação forçosa e até mesmo estúpida aos olhos da dignidade humana. E ao realizar este ato de amor, fica a criança com a documentação sem o sobrenome paterno, principalmente quando não se souber mesmo quem foi a pessoa que conseguiu realizar tal fato. São raras as situações que se encontra o agente causador do sofrimento e por teste de DNA faz-se o reconhecimento de paternidade.

A conduta tipificada como ilícito civil é o não cumprimento de uma obrigação legal estabelecida por leis e princípios do Direito Privado, gerando lesões cuja reparação se fica compelido, esta conduta ilegítima distingue-se pelo descumprimento de uma obrigação provocada voluntariamente. Já a conduta também tipificada na esfera criminal como ilícito penal é um crime. É a inobservância de uma obrigação legal atribuída por codificações do Direito Público, sujeitando o agente a uma pena, se abalizando pelo descumprimento de uma obrigação necessária e legal.

É inadmissível um Direito Penal, construído e aplicado pelos magistrados e operadores do direito que não tenham por consideração o que realmente acontece nas relações sociais da sua sociedade. Resulta em uma construção de um sistema punitivo que não se leva em consideração o real comportamento das pessoas, suas interações sociais, suas motivações, gerando assim um direito penal desprovido de dados e comportamentos sociais. O penalismo resulta por criar uma sociologia desastrosa e falsa, com uma realidade social utópica paralela inclusive à experiência rotineira e vivida nas ruas, uma sociedade que aparentemente funciona e pessoas que se comportam como não deveriam e nem poderiam. O direito penal não está sendo atualizado conforme o progresso que a sociedade vem passando, a mutação diária não está sendo envolvida na modernização penal.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Direito Civil Introdução. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. Reparação Civil por Danos Morais. 1 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1993.

BRASIL. Código Civil. Vade Mecum Acadêmico de Direito, Organização Anne Joyce Angher, 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

\_\_\_\_\_. Código Penal. Vade Mecum Acadêmico de Direito, Organização Anne Joyce Angher, 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Vade Mecum Acadêmico de Direito, Organização Anne Joyce Angher, 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

\_\_\_\_\_. Declaração Universal dos Direitos Humanos – Celebrada pela Resolução no 217, durante a 3ª Assembleia Geral da ONU, em Paris, França, em 10- 12-1948. Vade Mecum Acadêmico de Direito, Organização Anne Joyce Angher, 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

\_\_\_\_\_. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei no 8.069/90. Vade Mecum Acadêmico de Direito, Organização Anne Joyce Angher, 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

\_\_\_\_\_. Lei no 3.071, de 1o – 1 – 1916. Código Civil de 1916. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Uma Deusa Chamada Justiça. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

[https://pt.wikipedia.org/wiki/Avaliação\\_de\\_tecnologia](https://pt.wikipedia.org/wiki/Avaliação_de_tecnologia) - acessado em 17/04/2020.

Male rape victims left to suffer in silence. abc.net.au. February 9, 2001. Consultado em 2 de fevereiro de 2015

MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de, Código Civil Comentado. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_, Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SECCO, Orlando de Almeida. Introdução ao Estudo do Direito. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Wilson Melo da. O Dano Moral e Sua Reparação. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro – I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

\_\_\_\_\_; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.