

1. INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema “a prática do *stealth* e a possibilidade da aplicação de analogia para autorização do aborto legal”, partindo do conceito que *stealth* é a prática da retirada do preservativo durante a relação sexual sem o consentimento do outro, cingindo-se a problemática em verificar a possibilidade da aplicação da analogia à prática do *stealth* caracterizando o ato como estupro para autorização do aborto legal

Assim o objetivo geral teve como escopo verificar a possibilidade da aplicação de analogia para autorização do aborto legal na prática do *stealth* no Brasil, enquanto os objetivos específicos têm como foco estudar a prática do *stealth*, investigar a prática do *stealth* e sua relação com estupro determinando a possibilidade da aplicação de analogia para a autorização do aborto legal na prática de *stealth*.

Considerando o *stealth* uma prática recente e ainda pouco estudada, justifica-se o estudo pelo fato de ser uma prática nova, ainda com poucas pesquisas sobre o assunto, estimulando a curiosidade e vontade de se aprofundar no tema, e está presente nas discussões jurídicas, trazendo um viés concernente ao estupro e ao aborto. Tema este relevante, pois se trata de uma prática crescente no Brasil, até o momento não há julgados nesse sentido, todavia tem se debatido internacionalmente e circulado nos principais noticiários, sendo alvo de pesquisas no Brasil também sobre a prática do *stealth*, qual seria o tratamento penal, dentre outras peculiaridades.

Ao tratar do princípio da dignidade da pessoa humana se aplicada ao *stealth* percebe-se o contexto social do problema e a importância da pesquisa neste sentido, haja vista que as causas para o aborto legal no Brasil é limitado, e as fartas jurisprudências e doutrinas sobre o tema estão cada vez mais polêmicas.

Além das justificativas anteriores, por se tratar de um tema com poucas pesquisas, o trabalho monográfico estimulará novas investigações sobre prática do *stealth* e a possibilidade da aplicação de analogia para autorização do aborto legal.

A metodologia utilizada foi a dedutiva, a técnica de pesquisa e compilação de dados bibliográficos, estes partiram da ótica de investigação científica para captarem o entendimento de doutrinadores e juristas que entendem sobre o tema para corroborar com as ideias defendidas neste trabalho.

A técnica de pesquisa também abrangeu documentação indireta, consistente nas pesquisas documentais e bibliográficas, bem como a leitura e interpretação do Código Penal e doutrinas concernentes ao estupro ao aborto, jurisprudências recentes quanto aos temas, com base nos requisitos que caracterizam tais delitos e a tipificação dada a cada um deles, realizando a relação com os atos advindo da prática do *stealth*, e analisando se os requisitos encontrados nesta prática são os mesmos encontrados na prática do estupro que caracteriza o aborto legal, chegando a conclusão por meio da legislação vigente a possibilidade da analogia ao estupro e conseqüentemente autorização do aborto legal.

Como foco principal para a elaboração deste trabalho, se utilizará do estudo da lei penal vigente e doutrinas que tratam do estudo em questão, o qual trata da prática do *stealth*, o que torna bem interessante o estudo, em que pese ser a primeira doutrina e até o momento o único que trata sobre o tema.

2. DO ESTADO

Segundo os relatos históricos os primeiros indícios de primeiro Estado foi há aproximadamente 5.000 anos, por volta de 3.100 A.C., exatamente quando os agricultores no Egito, Vale do Rio Nilo, começavam em seu entorno uma organização no sentido de criar comunidades, sendo considerado o primeiro reino dos homens sobre a terra. (PESSOA, 2019).

A palavra Cidade-Estado é uma referência contemporânea, na verdade essa nomenclatura é apenas didática, onde através de uma época explicamos outra época, ou seja dentro da história viajamos até o conceito de Estado.

Partimos do conceito simples de que Estado é o que se deriva da palavra status do latim que significa: modo de estar, situação ou condição, ou ainda se analisado da visão do Século XIII se refere a qualquer País soberano.

No século XVI com a obra “O Príncipe de Maquiavel” surgiu verdadeiramente a a palavra Estado, ou melhor entrou na moda essa palavra, no livro que foi feito especialmente para seu amigo Lorenzo, este governador de Florença, naquela época Itália era um local com várias Repúblicas e principados.

Caiu na graça dos estudiosos e assim se tornou fruto de estudos principalmente quando se fala de Estado, governança e ciência política, em que pese para Maquiavel um Estado sólido devia ter boas leis e bons exércitos.

Mas não obstante temos conceitos advindos de autores renomados, para Hegel o Estado é o formador da sociedade Civil, enquanto que para Karl Max pelo contrário, a sociedade civil é que forma o Estado.

De forma sucinta no que se refere ao Estado, adentramos na separação dos poderes no próximo subtópico.

2.1 DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A separação dos poderes se encontra fundamentada na atual Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 2º, no qual são previstos os três poderes: o Executivo, o Legislativo, e o Judiciário. Idealizado por Montesquieu o sistema hoje aplicado no Brasil, onde se encontra a separação das funções estatais em três esferas, os quais já foram citados.

No texto da CRFB de 1988, claramente em seu texto expressa a independência e separação dos três poderes, no artigo 2º da CRFB, traz que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Segundo GUEDES, em sua citação a separação dos poderes se trata de uma cláusula pétrea, sendo assim não pode jamais ter sua aplicabilidade afastada. Na sua formulação clássica, a Separação dos Poderes corresponde à forma tripartite, que vem a ser o Poder Legislativo, o Poder Executivo, e o Poder Judiciário.

Ao primeiro, corresponderia à função legislativa, que compreende a edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, sendo, portanto, as leis. Ao segundo Poder, pois, cumpre a função jurisdicional; tem como escopo aplicar o direito nos casos concretos, dirimindo conflitos de interesse. (SILVA, 2006).

A tripartição dos poderes além de ser cláusula pétrea como já mencionado, se trata de um princípio relevante e muito importante dentro do ordenamento jurídico, principalmente no que tange a Constituição Federal, assim “mencionar que o princípio da tripartição do poder, por tamanha relevância que possui, está estampado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 como sendo uma espécie imprescindível de estrutura do poder para toda e qualquer Constituição.” (CÂNDIDO, 2016).

Desta feita se faz necessário e pertinente a ilustração demonstrada para que possamos assimilar de fato as funções inerentes a cada poder dessa separação, principalmente o Poder Legislativo o qual elabora as leis, e se torna importante para nosso estudo acerca dessa prática não tipificada.

Figura 1 - Função de cada poder



Fonte: Blog Lado Direito (2016) Vandrê Leal Cândido

Para André Ramos Tavares: “a idéia que prevaleceu foi a de que a Separação dos Poderes, como doutrina política, teve sua origem na obra de Montesquieu.” (TAVARES, 2006, p. 859).

O poder Judiciário faz parte dessa tripartição, o Art. 92. Da CRFB, traz em seu bojo órgãos pertencentes:

Art. 92 -São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

§ 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal.

§ 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional.

O Estatuto da Magistratura será de iniciativa do Supremo Tribunal e o Congresso Nacional editará mediante lei complementar. As principais garantias do magistrado são:

a) Vitaliciedade: a regra está o artigo 95, I, da CRFB, sendo a exceção a posse do Ministro do STF e a possibilidade de impeachment pelo Senado federal (art. 52, II, da CRFB).

b) Inamovibilidade: será possível a remoção pelo interesse público (artigo 93, VIII, da CF). A inamovibilidade também tem aplicação ao juiz substituto (MS 27.958, do STF), dentro da circunscrição judiciária. Logo, a inamovibilidade impede a remoção para outra circunscrição.

c) Irredutibilidade de subsídios: uma vez que o magistrado tem a garantia de que seus vencimentos/subsídios não sofreram reduções ao longo do tempo (artigo 95, III, da CF

Segundo a regra do 5º constitucional, conforme artigo 94, da CRFB, aplica para o TJ, TRF e TJDFT com a entrada de membros do Ministério Público e da Advocacia.

O procedimento é trifásico: o órgão de classe escolhe 6 nomes; o Tribunal escolhe 3 e o Chefe do Poder Executivo escolhe um e o nomeia. São as principais peculiaridades desse poder.

Já se tratando do Poder Executivo, No Brasil, o Executivo é monocrático, sendo assim, o Presidente da República acumula as funções de Chefe de Estado (externamente, perante outros Países, ONU etc) e Chefe de Governo (internamente) adotando o sistema de governo presidencialista (art. 2º, do ADCT).

O artigo 84, da CRFB, é de extrema importância para a prova, logo, a leitura é obrigatória e, se possível, memorizar as palavras chaves de cada inciso.

O STF, no MS 24.128, sobre o artigo 84, parágrafo único, da CRFB, definiu que cabe prover e desprover/demitir por delegação. Assim, pode delegar o “prover” por cargo público, mas não pode delegar o extinguir (somente cabe delegação na primeira parte).

A substituição é temporária, logo, pode acontecer em casos de doença ou férias. Definitivamente será a sucessão no caso de cassação, renúncia ou morte, por exemplo.

A ordem de substituição eventual/legal ao Presidente e Vice-Presidente da República são sucessivamente: Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal e o Presidente do STF.

No caso de vacância da Presidência e da Vice-Presidência teremos eleição direta ou eleição indireta, a depender do momento em que ocorreu a vacância. Os eleitos terão o chamado mandato tampão.

Caso a vacância ocorra nos dois últimos anos do mandato as eleições serão indiretas e pelo Congresso Nacional.

É um cargo de confiança do Presidente da República (84, I, da CF), bastando ser: brasileiro, maior de 21 anos e no exercício dos direitos políticos.

O Ministro da Defesa precisará ser brasileiro nato necessariamente! O crime comum e o de responsabilidade praticado por Ministro de Estado será julgado pelo STF (102, I, c, da CF). Salvo se o crime de responsabilidade for conexo com o do Presidente da República, logo, a competência será do Senado Federal (52, I, da CF).

Dentro ainda do Poder Executivo encontramos o Conselho da República e Conselho da Defesa Nacional, que são órgão de consulta do Presidente da República, uma vez que emitem pareceres, contudo, sem qualquer vinculação ao Presidente da República. No Conselho da República temos o art. 89, da CRFB. No Conselho de Defesa Nacional temos o art. 91, da CRFB

O Impeachment, inclusive tema atual nos nossos dias, é um julgamento político, tanto que ocorre dentro do Congresso Nacional Sendo assim, a Câmara dos Deputados autoriza por 2/3 de seus membros para que instaure o processo. O Senado Federal, por sua vez, terá a competência de processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente nos crimes de Responsabilidade.

Quanto ao poder Legislativo o que protagonista do nosso estudo, vez que necessitamos da ação desse para que haja uma criação de lei, perfeitamente se encaixa na questão do nosso

estudo, quanto a uma prática não tipificada no Brasil, no próximo subtópico discorreremos sobre o mesmo.

2.2 DO PODER LEGISLATIVO

Este subtópico trata sobre o Poder legislativo o qual ajudará na resposta da problemática de forma impar, em que pese ser o poder responsável por criar leis.

A partir do legislativo federal temos uma característica própria, o bicameralismo, todos os demais Entes possuem o unicameralismo. A Câmara dos Deputados representa o povo, sistema eleitoral proporcional. O Senado Federal representa a federação (Estados e DF), sistema eleitoral majoritário de maioria simples (não precisa de fidelidade partidária) – número de votos alcançado pelo candidato, o mais votado ganha.

Sendo assim os Senadores representam os Estados e DF, o mandato é 8 anos (2 legislaturas), são 81 Senadores, a idade mínima é de 35 anos e a renovação ocorre de 1/3 e 2/3. Os Deputados Federais representam o povo, o mandato de 4 anos (1 legislatura), são 513 Deputados Federais, a idade mínima é de 21 anos e pode, em tese, ter renovação integral.

O Senado Federal dá a garantia que todos os Estados tenham a mesma voz, pois todos terão o mesmo número de Senador. Mas se a Câmara dos Deputados representa o povo, a regra é que a casa que inicia o processo legislativo será ela. Lembra que o Senado tem a missão de neutralizar interesses regionais (porque a Câmara dos Deputados adota o sistema proporcional).

No tocante à incorporação de tratados e convenções internacionais (art. 5º, §3º, da CRFB) vale lembrar que os tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro passaram por uma grande transformação. O STF aplicou um marco temporal antes e depois da EC/45. Antes da EC/45 o tratado internacional de direitos humanos tinha status supralegal. Depois da EC/45 e aprovado no rito especial terá status normativo constitucional.

Agora, o Presidente celebra o tratado de direitos humanos, as Casas atuarão em separado, com 2 turnos cada uma e agora requer 3/5 de votos em cada votação. É equivalente a EC, mas não é Emenda, tanto que não se incorpora no texto constitucional. Conforme DL 186/08 - Tratado da pessoa portadora de deficiência, que é o único caso até agora.

Segundo Juliana Santos Guedes, “nos dizeres do ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Melo *apud* Paulo Bonavides:”

No plano institucional brasileiro, o aspecto de suma gravidade que tem me preocupado nestes últimos dois anos é a apropriação institucional pela Presidência da República de poderes legislativos, transformando as medidas provisórias em meio de legislação usado ordinariamente, quando a constituição, ao definir essa forma excepcional de legislação, estabeleceu que só pode ser usada em caráter extraordinário. [...] Esse poder institucional gera grave distorção: desloca o eixo da elaboração de leis para o Executivo, quando ela é uma função clássica, típica, natural do Legislativo. O Presidente da República se transformou no grande legislador do país. Essa sua compulsão legislativa fez o Brasil viver sob o signo do efêmero, porque as medidas provisórias serem provisórias, introduzem um elemento normativo instável. Essa distorção institucional afeta e compromete o princípio da separação dos Poderes, uma das cláusulas pétreas, a alma da nossa Constituição. (BONAVIDES, 2004 p.130)

O poder legislativo tem como função principal a criação de leis, partindo dessa ótica temos a importância desse poder, assim fica notória que qualquer fato típico que não possua uma lei que regulamenta cabe ao Legislativo tal tarefa.

Nessa linha de raciocínio, Coelho (2019) , trata sobre o Ministro “Lewandowski que abre divergência e defende que só Legislativo pode tipificar crime.” Ainda no mesmo artigo expõe a fala do ministro "A normatização cumpre ao Congresso, o monopólio da força é do Estado, e mediante decisão judicial não se pode chegar a isso."

Percebe-se assim que quando há um crime ou uma prática ainda não tipificado cabe ao Poder Legislativo criar uma lei a fim de normatizar ou tipificar aquela conduta, o que não ocorreu claramente com a prática do *stealth* que anda não há lei definindo a prática uma conduta tipificada.

3. DO ESTUPRO, DO ABORTO LEGAL E ESTELIONATO SEXUAL

Neste capítulo, será estudado, tanto o estupro quanto o aborto, fazendo uma análise de sua caracterização, sanções configuradas e modalidades, bem como a possibilidade de analogia ao *stealth*.

A análise se dará a partir de quando se caracteriza o estupro, quais requisitos são necessários para que seja considerado esse delito e sua tipificação, da mesma forma, será a análise sobre o aborto, suas modalidades e motivos para autorização do aborto em cada modalidade, com esse entendimento solidificado será possível especificar a equiparação do *stealth* ao estupro e posteriormente no próximo capítulo determinar a possibilidade da analogia ao estupro pela prática do *stealth* para autorização do aborto legal.

3.1 DA CARACTERIZAÇÃO DO ESTUPRO E EQUIPARAÇÃO AO *STEALTH*

No Código Penal de 1940, originariamente o legislador optou por denominar o capítulo “Dos crimes contra os costumes”, a redação dizia quanto a “constranger a mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça”, então somente a mulher era vítima de estupro, além do que, era considerado para o estupro apenas a conjunção carnal e não se falava no ato libidinoso.

O conceito se dava a partir de três elementos quais sejam: conjunção carnal com mulher sem consentimento; emprego de violência ou grave ameaça; e dolo específico.

Conjunção carnal denominada como coito vaginal, mesmo que haja uma introdução não completa do pênis na vagina se caracteriza como elemento e a partir daí definia se houve o crime de estupro.

Já com a alteração da redação através da Lei 12.015/2009, qualquer pessoa passa a ser vítima de estupro, e agora não mais somente o ato de conjunção carnal, mas também ato libidinoso, conforme dispõe o artigo 213 do Código Penal “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

O estupro é alvo de constante reprovação da sociedade, neste interim se enquadra no rol de crimes hediondos pela Lei 8.72 de 1990, no artigo 1º, inciso V, sendo assim mais

rigoroso quanto a pena a ser aplicada e o cumprimento da condenação. (COSTA; COSTA JUNIOR, 2010).

Segundo Greco (2017, p. 1123) o estupro se refere “ao fato de ter o agente constrangido alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou com ele permitir que se pratique outro ato libidinoso.” O que está em consonância com a legislação pertinente ao tema vigente.

Na ótica do Código Penal, o qual muito nos importa neste estudo, os requisitos para que o crime seja considerado estupro e tipificado de acordo com o artigo outrora mencionado é necessário que constranja a pessoa, utilizando-se de violência ou grave ameaça, assim se ocorre o ato libidinoso, mas o mesmo não foi impregnado e nem decorreu de alguma violência ou grave ameaça, não se tipifica nos termos deste artigo.

A tipificação é a definição do ato como crime e apontamento da sanção para aquele ato, este mesmo artigo 213 do Código Penal diz que:

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.

Veja que o estupro é tipificado e suas sanções encontram-se normatizadas, se tornando indispensável o constrangimento seja por violência ou grave ameaça, neste mesmo sentido há jurisprudência:

CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO PRECEDENTES. 1. Consoante a jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça, **o delito de estupro resta consumado quando constrangida a vítima, mediante violência ou grave ameaça**, à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, sucedâneo a ela ou não, em que evidenciado o contato físico entre o agente e a vítima, como toques, contatos voluptuosos e beijos lascivos. 2. Na espécie, tendo as instâncias ordinárias concluído que o réu empurrou a vítima contra o muro e tocou nos seus seios diretamente na pele, por debaixo de sua blusa, "após tentar rasgar esta, sem sucesso", bem como acariciou seu órgão genital e suas nádegas por cima da roupa, deve ser reconhecida a prática do delito de estupro. 3. "Em respeito ao princípio da proporcionalidade, a gravidade da conduta não pode ser considerada para a tipificação do delito, mas deve incidir na culpabilidade do agente, para aplicação da sanção penal" (REsp 1561653/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 24/05/2016). 3. Agravo regimental improvido.

Há dois elementos básicos no estupro, são a relação sexual e o uso da força ou grave ameaça, o verbo constranger está se referindo ao uso da força física para obrigar a

vítima a ceder e praticar ato libidinoso ou conjunção carnal, a grave ameaça está relacionado a ameaça, a integridade corporal ou a vida da própria vítima ou de um parente. O tipo penal fala em alguém, sendo assim, pode ser qualquer gênero, isso foi alterado na reforma em 2009, por isso qualquer pessoa pode ser vítima do crime de estupro.

Entende-se por conjunção carnal o sexo vaginal, e ato libidinoso por ser amplo, deve ser da mesma gravidade ou de gravidade semelhante à conjunção carnal, mas sempre de forma forçada para ser estupro propriamente dito, assim são situações extremas, não é banalizado.

Para que haja equiparação do *stealthing* estupro, se faz necessário agora os requisitos para a prática do *stealthing*, quais sejam, a necessidade de consentimento do parceiro para a prática do ato sexual com uso de preservativo, e no ato da prática sexual a retirada, porém agora sem o consentimento do parceiro, ou seja, faz a retirada do preservativo sem que o outro veja, por isso o nome dissimulação, em que pese o parceiro ser enganado ao não perceber a retirada do preservativo, todavia é imprescindível no estupro o emprego de violência ou grave ameaça para a prática do ato libidinoso ou conjunção carnal.

Em decorrência de como a prática do *stealthing* é caracterizada, poderia se enquadrar nos termos do artigo 215 do Código Penal, que trata da violação sexual mediante fraude, vejamos: “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”.

No contexto enquadraria, uma vez que ao retirar o preservativo sem o consentimento, sem que o parceiro veja, está fraudando e dificultando a livre manifestação de vontade, já que não sabe do ato que está ocorrendo.

Tanto no estupro previsto no artigo 213 do CP, quanto na violação sexual mediante fraude prevista no artigo 215 do CP, se o parceiro que comete a prática do *stealthing* ou a dissimulação sabe que está contaminado com doença sexualmente transmissível e transmite à vítima, ou ainda se o crime resultar em uma gravidez, será causa de aumento de pena conforme artigo 234-A, III E IV, do Código Penal.

3.2 DO ABORTO LEGAL E SUAS MODALIDADES

Indispensável ao adentrar no tema em questão, não nos prendermos a conceitos religiosos ou conceitos sociais que não são consolidados através de pesquisas e estudos profundos acerca do aborto, é um tema de fato polêmico e não aceito por determinadas

peças e classes sociais, desta forma este trabalho monográfico não está buscando respostas baseadas em crenças, mas com devido respeito, as respostas e discussões em torno deste tema se dará através de análise jurídica, técnica.

Ademais, vale ressaltar ainda sobre a laicidade no nosso Estado, inclusive constitucional:

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:

[...]

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Não há de se falar em ofensa a nenhuma classe, religião ou pessoa, ao tratarmos do tema aborto e trazer conceitos encontrados tanto na ciência quanto no cenário jurídico, até porque as decisões e normas jurídicas são pertinentes ao tema.

Para entendermos as hipóteses de aborto legal é indispensável estudar o conceito de aborto e saber assim quando este pode ser realizado legalmente. Sarrubbo (2012), em sua obra conceitua aborto:

(...) é a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção). O aborto pode ser: a) Natural: é a interrupção espontânea da gravidez. b) Acidental: a interrupção da gravidez ocorre em função de um acidente. Exemplo: queda da gestante. c) Legal: em nossa legislação somente se admite dois tipos de aborto legal. O necessário ou terapêutico (quando não há outro meio de salvar a vida da gestante) e o sentimental ou humanitário (quando a gravidez resulta de estupro). (SARRUBO, 2012, p.12).

“Aborto é a interrupção da vida intrauterina, com a destruição do produto da concepção”. (MIRABETE, 2006, p.62). Conforme definições, o aborto se dá com a interrupção ou cessação da gravidez ocasionando a morte do feto, justamente por este motivo há uma discussão acirrada em relação ao aborto, principalmente quando voltado para a cultura e religião. O aborto no Brasil é crime e está tipificado nos artigos 124 a 128 do Código Penal:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos. Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos.

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 debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em conseqüência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a

gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Contudo, há 3 situações em que o aborto é legal, ou seja, não é considerado como crime, são elas: em caso de estupro, quando a gestante corre risco de vida e se o feto for anencéfalo (não possuir cérebro), neste último caso o STF, em 2012 no julgamento da ADPF nº 54, decidiu que o aborto de feto anencéfalo é legal.

No Habeas Corpus nº 124. 306 RJ, o ministro Luís Roberto Barroso, concedeu à mulher a decisão de fazer o que quiser do seu corpo, vejamos:

(...)A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. (BARROSO, 2007, p. 02).

Torna-se importante aqui uma breve anotação sobre o status jurídico do embrião durante fase inicial da gestação. Há duas posições antagônicas em relação ao ponto. De um lado, os que sustentam que existe vida desde a concepção, desde que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células. De outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência – o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação – não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno.” (BARROSO, 2007, p. 05).

Mesmo a decisão sendo específica a um caso, as especulações seria no sentido de que seria o fim da criminalização do aborto com o voto do Ministro Barroso. Mas, atualmente no Brasil, o que prevalece quanto à descriminalização do aborto está em tramitação, esta ação que pede a descriminalização do aborto induzido até a 12ª semana da gestação, e em 12 de fevereiro de 2019 foi desarquivado pelo Senado Projeto de Emenda Constitucional que visa impedir novas possibilidades de aborto.

Nesse diapasão, enquanto a nossa realidade é as 3 causas de aborto legal ,importante destacar o aborto sentimental, defendido por majoritária doutrina, no sentido de que é desumano, obrigar uma mulher que já sofreu com o ato de ser violentada através do estupro, a manter uma gravidez fruto de algo que a faz sofrer.

Outra vez se faz necessário a análise do “Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico II – Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.” (Código Penal). O aborto sentimental também denominado ético ou humanitário, nada mais é do que interromper a gravidez que adveio do estupro.

Ademais, é pacificado que a mulher não pode de forma alguma ser submetida a ter um filho decorrente de estupro, que já se torna imediatamente fruto não desejado, inclusive tendo probabilidade de o filho vir a ter problemas hereditários.

Em discussões seja em casa, igreja e grupos sociais de distintas formas, é natural encontrar pessoas que não concordam com o aborto nem se tratando de estupro, porém, se conversar com uma mulher que sofreu tal violência, ela logo externa sua insatisfação em sentir desonrada, e em pensar que de repente tivessem que cuidar de um filho decorrente de tal prática, além de ser uma lembrança sofrida e impossível de esquecer, que atinge o psicológico, logo se trata de algo delicado, ou seja, os sentimentos.

Afirma Paes, em consonância com a ciência que “o primeiro trimestre de gestação foi o escolhido como prazo para a descriminalização porque se considera que antes deste prazo não há formação completa do sistema nervoso central (...)" PAES (2017, p. 2).

A ciência diverge da religião no que concerne ao conceito de vida, enquanto para esta última, a vida se dá desde que se saiba da gravidez, está ligada a alma etc.; já para a ciência, segundo Fabiana Paes “não se poderia falar em vida humana, que é marcada pela atividade cerebral.” PAES (2017, p.2).

Mas para a resposta do problema proposto, qual seja a possibilidade da analogia ao estupro para aplicação do aborto legal, vale focar no aborto decorrente de estupro, no próximo capítulo encontramos a determinação quanto a possibilidade ou não.

3.3 DO ESTELIONATO SEXUAL

O artigo 215 do Código Penal pune o delito de violação sexual mediante fraude, assim em sua essência o texto é: “Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018). Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.”

Aqui não se vale de ameaça ou violência como no crime de estupro, todavia um dos parceiros se utiliza de fraude, um exemplo no qual não resta dúvida quanto a fraude, é o caso

de o parceiro ou a parceira ter um irmão (a) gêmeo (a) e enganar o parceiro, se passando pelo outro na lua de mel por exemplo.

Em nenhum momento utilizou de violência ou grave ameaça, mas o meio utilizado retirou a manifestação de vontade da vítima, fraudou a vontade, enganou o parceiro, de forma a consumir o ato libidinoso..

No julgamento onde o Ministro Dias Tofoli foi o relator, se distingue bem essa relação sexual ou ato libidinoso mediante fraude, valendo a pena a transcrição de parcialidade do texto do voto:

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE (ART.215, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE. AGENTE QUE, PREVALECENDO-SE DE SUA CONDIÇÃO DE MÉDICO E DA IGNORÂNCIA DA PACIENTE/VÍTIMA SOBRE O ASSUNTO, PRÁTICA ATO LIBIDINOSO COM ESTA, DIFICULTANDO SUA LIVRE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE, AO SIMULAR UM EXAME CLÍNICO PARA VERIFICAÇÃO DE ENFERMIDADE NA COLUNA E, COM ISSO, TOCAR A VAGINA E MASSAGEAR O CLITÓRIS DA PACIENTE PARA SATISFAZER SUA LASCÍVIA SEXUAL. MATERIALIDADE DO DELITO COMPROVADA DE FORMA INDIRETA. CRIME QUE NÃO DEIXOU VESTÍGIOS. EXAME PERICIAL SUPRIDO PELA PROVA TESTEMUNHAL. AUTORIA INDUVIDOSA. PALAVRAS FIRMES E COERENTES DA VÍTIMA REVELANDO A LASCÍVIA DO RÉU. CONTEXTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA A MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

‘[...] Na análise e avaliação da prova, o que se exige é crítica sã e racional. Em delitos contra a liberdade sexual, geralmente praticados sem a presença de testemunhas, as declarações das vítimas, firmes, coerentes, corroboradas por indícios e circunstâncias, bastam á condenação, ainda mais quando o acusado não apresenta justificativa plausível para a falsidade da grave imputação de que foi alvo [...]’ (Apelação Criminal n. 2004.013933-0. de Joinville, rei. Des. Amaral e Silva, Primeira Câmara Criminal, j. 19-4-2005)”.’

Restou comprovado a prática do delito do artigo 215 do Código Penal, percebe-se novamente que em momento algum houve a ameaça ou violência, porém a conduta do médico

no caso em tela demonstra fraude, em que pese ter se valido da confiança da vítima em estar diante de um médico, e o mesmo se utilizar para tocar nas partes íntimas da paciente.

O médico impossibilitou a livre manifestação de vontade da vítima, caracterizando um engano, pois não há estatísticas com percentuais mesmo que mínimos que um paciente vai ao médico para ser praticado ato libidinoso por ele.

Vale ressaltar e mais uma vez relembrar que não se confunde com o estupro, em que pese para o estupro ser caracterizado através da grave ameaça ou da violência conforme demonstrado outrora, já no estelionato sexual ocorre de forma mais sutil, é utilizado o engano, o ato acontece mediante uma fraude.

No próximo capítulo o foco será a prática em si do *stealth*, depois de já sabermos os reflexos do aborto e suas modalidades, do estupro, bem como do estelionato sexual, ficando fácil a caracterização da prática em uma das hipóteses já estudadas.

4. A PRÁTICA DO *STEALTHING*

Neste capítulo faz-se uma breve exposição acerca da prática do *stealthing*, com apresentação de definição e conceito, distinguindo assim quando ocorre e conseqüentemente seus reflexos, bem como o princípio da dignidade humana frente à prática do *stealthing*.

Neste viés o aprofundamento se dará a partir da ideia de que o parceiro é quem pratica o *stealthing* contra a parceira, não significa que não há casos onde a parceira por sua vez é a responsável pela prática, todavia a discussão será em torno dos casos em que ocorra gravidez decorrente da prática.

O desenvolvimento dessa parte inicial do trabalho tem como objetivo demonstrar no que consiste a prática recente denominada *stealthing*, para possibilitar posterior discussão acerca da possibilidade da aplicação de analogia ao estupro para autorização do aborto legal.

4.1 CONCEITO E DEFINIÇÃO DA PRÁTICA DO *STEALTHING*

A prática do *stealthing* traduzido para português se trata da dissimulação, recente discussão na internet, porém a prática em si não é atual, tal prática se dá quando o parceiro no ato da relação sexual sem o consentimento do outro retira o preservativo.

Essa prática expõe o parceiro ao risco de contrair várias doenças sexualmente transmissíveis, e no caso das mulheres nosso foco neste estudo expõe a uma gravidez, bem como fere a vontade do outro, vez que o parceiro consentiu em ter a relação sexual com uso do preservativo, ao desrespeitar a vontade do outro, além de violar fisicamente, também há uma agressão psicológica e moral.

Veio à baila a discussão do tema devido a reincidência com os casais heterossexuais e na maioria geralmente o homem é quem pratica o ato, Brodsky (2017) se preocupou e fez um estudo, em suas pesquisas encontrou dados de que além de ser uma prática comum entre os jovens sexualmente ativos, tinha uma disputa entre eles na internet onde combinavam que iriam praticar a relação sexual, retirar o preservativo e filmariam.

Neste mesmo estudo realizado por Brodsky, algumas mulheres afirmam que o constrangimento é tão grande que seria como um quase estupro, por isso discussões e pensamentos como de Alexandra Brodsky, a cada dia vem ganhando forças, afinal o pensamento é de que precisa ter legislação referente à prática do *stealthing*.

Essa prática no Brasil ainda não é tipificada, todavia se tem histórico em pesquisas de que é uma prática conhecida no País, acontece que por não se ter julgado neste

sentido muito se indaga qual seria o tratamento criminal para o *stealththing*. Cunha (2017) e Cabette (2017) em seus estudos ressaltam que:

[...] não obstante tenhamos elencado diversas hipóteses de transmissão culposa de doenças sexualmente transmissíveis em decorrência do ato de *stealththing*, o fizemos em virtude da possibilidade teórica de que isso ocorra. Na prática, todavia, é difícil vislumbrar a situação em que o portador de uma doença sexualmente transmissível, sem sequer alertar o parceiro, retira o preservativo durante o ato sexual acreditando que pode evitar o contágio. O contágio involuntário é perfeitamente possível no estupro em que não ocorre o *stealththing* porque a majorante incide só pela transmissão da doença. Se o estuprador, sabendo ou devendo saber estar contaminado com HIV, utiliza um preservativo que se rompe durante o ato forçado, provocando o contágio, a pena é majorada como seria se não houvesse sido utilizado o preservativo – o que pode variar, evidentemente, é o quantum do aumento. No caso do *stealththing*, todavia, o ato de retirar o preservativo –portanto de submeter a vítima à possibilidade concreta do contágio – parte do próprio agente, que, convenhamos, põe-se numa situação da qual dificilmente se pode extrair a inobservância do dever de cuidado no lugar da assunção do risco de provocar o resultado....) (CUNHA e CABETTE, 2018, grifou se *online*).

Neste sentido os autores tratam o tema discorrendo sobre um possível tratamento penal no Brasil, haja vista que na Suécia um homem foi condenado por violação, por ter praticado o *stealththing* com uma mulher, mas no Brasil é uma incógnita ainda. Neste diapasão Gomes (2018) traz em seu estudo:

[...] Percebe-se, portanto, que o ato de supressão do preservativo é sorrateiro, de forma que não haveria, em princípio, adequação típica ao delito de estupro, ante a ausência das elementares violência ou grave ameaça. Em outras palavras, ainda que seja possível afirmar que não houve o consentimento para a prática do ato sem o preservativo, não sendo empregado nenhum dos meios de execução exigidos pela lei, haveria a inadequação típica, porquanto o princípio da legalidade exige que a lei penal seja prévia, escrita, estrita e certa (*lexpraevia, lexscripta, lexstricta e lex certa*). [...] (GOMES, grifou se *online*).

A autora faz tal afirmação com base de que apesar de ser um ato fraudulento em retirar o preservativo sem o consentimento da parceira, não se caracteriza estupro, haja vista que no Brasil para ocorrer a tipificação é necessário a grave ameaça ou violência. Se houvesse o emprego de violência ou grave ameaça, seguindo essa linha de raciocínio então seria estupro, sendo assim o fato do consentimento da parceira em ter a relação sexual apenas com uso do preservativo não altera, pois para se tipificar como estupro teria que ocorrer o emprego de violência ou grave ameaça.

Neste diapasão, Nunes (2018), em seu estudo faz referência ao pensamento de Santos (2017), trazendo o *stealththing* como sendo característica do estupro, quando se refere à fraude:

[...]Em seu estudo, Santos (2017) defende que o enorme risco de contaminação a doenças sexuais e o risco de gravidez contem tipificações penais a serem

ponderadas. Quando a mulher se vê diante de um agressor disposto ao *Stealthing* e quando esse agressor faz uso da violência e engravida uma mulher, o mesmo é considerado estuprador e está sujeito a um aumento de pena. O mesmo vale para o estelionatário sexual, que realiza a referida prática sem que a vítima tenha percepção. (NUNES, grifou-se *online*).

A prática do *stealthing* nesta concepção seria considerada um estelionatário, ou seja, o fato do parceiro enganar e realizar o ato sexual sem o consentimento da mulher tipificaria como estupro, a mesma consentiu na relação com o uso do preservativo, a negativa sem que ela saiba além de riscos á saúde outrora mencionados, se torna notório o engano, o abuso psicológico.

Não há tipificação para tal prática, tanto por ser recente, quanto por se tratar de casos que acontecem e as vítimas não possuem coragem de denunciar, talvez tenham receio de se expor e não ter solução. Ademais não são orientadas de qual procedimento adotarem diante de tal situação.

4.2 PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE À PRÁTICA DO *STEALTHING*

Neste sub-tópico, observará o princípio da dignidade humana no *stealthing*.

Elencado na Constituição Federal o princípio da dignidade da pessoa humana está presente em nossas vidas passando por todas as esferas jurídicas, a fim de garantir a cada ser humano valores e direitos pertinentes à condição humana. Logo de inicio encontramos no artigo 1º da CRFB de 1988:

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: I - a soberania; II - a cidadania; **III - a dignidade da pessoa humana;** IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa - o pluralismo político. (grifo nosso).

Tal princípio que discorre da dignidade da pessoa humana não foi inserido no rol do artigo 5º da CRFB, o qual trata dos direitos fundamentais, entendendo assim que o princípio da dignidade da pessoa humana assim como o direito à vida é um fundamento da República Federativa do Brasil. (TAVARES, 2018)

O princípio da dignidade da pessoa humana é inerente a cada pessoa pelo simples fato dela ser humana, ferir então esse princípio é sinônimo de ferir a Constituição, nessa linha de raciocínio se faz útil conceituar de forma precisa o princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo Tavares (2018, p. 448), conforme citado por Miranda (1988, p. 170) “A dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.” Assim o que impede o homem utilizar sua capacidade de decidir, que interfira no seu intelecto racional, está ferindo este enquanto homem e afeta sua dignidade. (TAVARES, 2018)

Tornou-se inevitável tratar da prática do *stealth* e não discorrer sobre o princípio “carro chefe” da Constituição Federal, não há de se falar na prática do ato sexual retirando a camisinha sem o consentimento do parceiro, sem que se perceba a violação do querer próprio do indivíduo, não obstante fere o princípio da dignidade humana.

Dentro do princípio da dignidade da pessoa humana a Constituição garantiu o planejamento familiar:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, **o planejamento familiar é livre decisão do casal**, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (grifo nosso).

O planejamento familiar é de suma importância na vida de um casal, tanto que a Constituição se preocupou com tal instituto, a decisão de ter filhos é de livre planejamento do casal, imagina dentro de uma relação que seja casual, de forma individual o parceiro ao retirar o preservativo sem o consentimento da parceira, podendo esta, vir a engravidar, desrespeita o planejamento do casal, fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta forma ao se efetivar a prática do *stealth* já está ferindo e desrespeitando um fundamento e princípio importante garantido pela CF/88. Em uma fala do Ministro Luiz Fux, acompanhada pela TV Senado, o mesmo enfatizava que o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio de defesa da própria humanidade e que os juízes devem sempre aplicá-lo. (FUX, 2011).

4.3 A PRÁTICA DO STEALTHING E CONTÁGIO VENÉREO E VÍRUS HIV

Neste item, abordaremos sobre o contágio venéreo e o vírus HIV, lembrando que o HIV não se trata de uma doença venérea já que o mesmo pode ser adquirido de formas distintas da relação sexual, apesar de a prática do *stealth*, não ser tipificado, o ato de praticar sexo sem camisinha, o que ocorre na prática do *stealth*, vez que há a retirada do preservativo sem o consentimento do parceiro.

O ato de a relação sexual a partir da prática ser desprevenida coloca em risco a saúde, estando propício ao contágio venéreo, esse por sua vez está tipificado no artigo 130 do Código Penal Brasileiro: “Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa”.

A exposição do parceiro através de ato sexual às doenças sexualmente transmissíveis, ou seja, o contágio venéreo, tipifica-se crime conforme artigo anterior citado; conseqüentemente tem a conclusão de que a prática do *stealthing* se configura dentro do diploma mencionado, assim mesmo que a prática em si de *stealthing* não seja tipificada, mas o ato de expor o parceiro ao contágio encontra amparo legal.

Não obstante o próprio nome do tipo penal, qual seja “perigo de contágio venéreo”, configura o crime com apenas o risco que a vítima está exposta, não sendo necessária a transmissão da doença venérea, Rogério Greco ressalta:

O núcleo *expor*, contido no art. 130 do Código Penal, demonstra a natureza da infração penal em estudo, tratando-se, portanto, de crime de perigo, pois não exige o dano ao bem juridicamente tutelado, que ocorreria com a efetiva transmissão da moléstia venérea. Assim, basta que a vítima tenha sido exposta ao perigo de contágio, mediante a prática de relações sexuais ou qualquer ato de libidinagem, de moléstia venérea de que o agente sabia, ou pelo menos devia saber estar contaminado, para que se caracterize a infração penal em exame. (GRECO, 2017, p.249).

No site do Ministério da Saúde recentemente em uma campanha com intuito de prevenção do HIV/AIDS, informa que os casos em jovens de 15 a 24 anos cresceram 85% nos últimos 10 (dez) anos, ainda tem-se que 73% de HIV no País ocorrem em homens com idade entre 15 e 39 anos de idade. Notório a preocupação e risco para o a prática do *stealthing* dentro do contexto aqui estudado, analisando que se o vírus atinge mais homens, e são esses mesmos que incidem o maior número de retirada de preservativo sem o consentimento da parceira durante o ato sexual, podem facilmente além de transmitir alguma doença sexualmente transmissível, engravidar e causar distúrbios psicológicos na parceira em decorrência do ato.

Para proteção e prevenção de doença venérea e vírus HIV o uso de preservativo é indicado, pois se a prática do ato sexual é realizado com preservativo evita que a doença seja transmitida, excluindo o crime tipificado no artigo 130 C.P., porém se for utilizado o preservativo, mas a vítima é exposta durante a relação sexual ao ato libidinoso, como beijo, o delito será efetivado. (MASSON, 2018).

Para Greco (2017, p. 253) “O crime de perigo concreto consuma-se no momento em que, por meio de relação sexual ou qualquer ato libidinoso, a vítima tenha se encontrado numa situação de possível contaminação da doença venérea da qual o agente era portador”.

Ademais, vale ressaltar que o mesmo acontece na prática do *stealth*, em que pese, o ato sexual se inicia com a prevenção excluindo o contágio venéreo e transmissão do vírus HIV, todavia mesmo que se não houver outro ato libidinoso que possa transmitir a doença, o ato da retirada do preservativo sem o consentimento da parceira, propicia a transmissão, podemos afirmar então que se o parceiro tinha conhecimento de possuir doença venérea e retira o preservativo, está praticando crime de perigo de contágio venéreo.

4.4 A PRÁTICA DO *STEALTHING* EQUIPARADO A NEGATIVA DO CONTRACEPTIVO PREVISTO NA LEI 11.340/2006

Considerada a lei mais importante contra a violência doméstica, advinda da história de Maria da Penha Maia Fernandes, farmacêutica que foi agredida pelo seu cônjuge durante 6 (seis) anos, já foi quase assassinada por ele duas vezes, e em uma delas ficou paraplégica, presa à cadeira de rodas essa mulher resolveu lutar pelos seus direitos e em 2006 obteve resposta, a qual seria válida não somente para aquela Maria, porém para todas “Marias”, e com esse breve relato entendemos a importância da então citada lei no ordenamento jurídico.

A Lei 11.340/2006 denominada Lei Maria da Penha, traz punição e condena o ato da negativa do contraceptivo, que muito se assemelha com o ato de *stealth*, que também nega o uso do contraceptivo, *in verbis*:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que 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 (grifo nosso).

Trata-se de uma violência de gênero, o ato da negativa ou proibição do uso contraceptivo, bem como constranger e manter relação sexual não desejada se equipara com a prática do *stealth*, uma vez que nesta prática a relação não é desejada, haja vista o consentimento em manter a relação sexual com uso do preservativo.

Todavia, a Lei citada prevê como punição prisão de até 3 (três) anos, contudo o fato de fraudar, dissimular ou enganar a parceira e levá-la ao constrangimento poderia se enquadrar tipificado neste mesmo artigo, por mais que a relação seja casual, mas houve a negativa do uso do contraceptivo. Em 2018 foi sancionada a Lei 13.772 principalmente a fim de punir o "Upskirt", palavra usada na internet para definir: saia levantada; fetiche em que o indivíduo sente prazer em olhar por debaixo de saias, contudo esta alterou o inciso II do artigo 7º da Lei 11.340/2006:

Art. 2º O inciso II do caput do art. 7º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), passa a vigorar com a seguinte redação: II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, **manipulação**, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (grifo nosso)

Perfeitamente se define o *stealthing* como manipulação e mais uma vez encontraria dispositivo legal para tipificar determinada prática, tendo em vista a manipulação expressa tanto no dispositivo quanto na prática em si.

A partir do momento em que há a retirada do preservativo sem o consentimento da parceira, está sendo negado o direito ao uso do contraceptivo, fato este que como acabamos de ver caracteriza crime fundamentado na Lei denominada Maria da Penha.

Nesse sentido decisão recente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, mostra que a Lei 11.340/2006 tem sido utilizada e encontra consonância nos Tribunais, vejamos:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. AMEAÇA. VIAS DE FATO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PROVA DOCUMENTAL E ORAL. SUFICIÊNCIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. PENABASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. QUANTUM DE AUMENTO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Comprovadas a autoria e materialidade da conduta criminosa por meio da prova documental (portaria de instauração do inquérito policial, ocorrência policial e termos de representação e abertura de investigação em face do apelante) e oral (declaração extrajudicial de testemunha MARAGARIDA), revela-se perfeita a subsunção dos fatos à tipificação da violência doméstica contra a mulher ocorrida no âmbito de relação íntima de afeto, prevista nos artigos 147 do Código Penal e 21 Decreto-Lei 3.688.41, na forma dos artigos 5º E 7º DA LEI 11.340/2006, não havendo que se falar em absolvição do apelante por insuficiência de provas à condenação. 2. Em crimes ocorridos no contexto de violência doméstica, a palavra da vítima assume especial relevância, quando corroborada por outros elementos de prova. Soma-se a isso o próprio comportamento post factum, quando a vítima procura por proteção junto à autoridade policial e ao Poder judiciário – como por exemplo, representando contra o agressor e requerendo pela abertura de investigação e decretação de

medidas protetivas – o qual delinea a evidência a prática delitiva. Precedentes. ³ “A exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da de 1/6 para cada vetor desfavorável, em situações nas quais não há fundamentação específica que justifique a necessidade de elevação superior a esse patamar”(Resp 1741828/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018). ⁴ Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJ-DF 20171010028262 DF 0002760-27.2017.8.07.0010, Relato: MARIA IVATÔNIA, Data de Julgamento: 21/02/2019, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 26/02/2019. Pág.: 122/148).

Perceba que o artigo 7º da Lei 11.340/2006 foi um dos fundamentos para caracterização de crime, depreende-se assim que o parceiro em relação íntima de afeto praticou violência doméstica contra a parceira, nessa mesma linha de raciocínio tem-se que a prática *dostealthing* sendo com parceira fixa poderia se enquadrar nos casos de violência doméstica, devendo enquadrar-se na negativa do parceiro à parceira do uso do contraceptivo, neste caso tratando do preservativo, mas há controvérsia no caso de ser uma parceira eventual, analisando que a Lei nº11.340/2006 é destinada à violência doméstica e familiar.

No próximo capítulo será tratado concernente ao estupro e ao aborto, fazendo uma análise de suas caracterizações, sanções configuradas e modalidades, bem como a possibilidade de analogia ao *stealthing*.

5 A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DE ANALOGIA PARA A AUTORIZAÇÃO DO ABORTO LEGAL NA PRÁTICA DE STEALTHING

Como vimos nos capítulos anteriores, para a caracterização e aplicação do aborto legal, as leis e jurisprudências possuem exigências quanto à tipificação do crime, não obstante, apresenta as possibilidades de aborto legal.

Para analisar a aplicação da analogia, primeiramente é importante o conceito de analogia, se trata de um método de interpretação jurídica utilizada quando diante da ausência de uma previsão específica em lei, se aplica disposição legal que regula casos semelhantes ou idênticos, para ficar claro, um exemplo de analogia é quando se fala dos cônjuges, então automaticamente se dará o mesmo tratamento para os companheiros.

A analogia é aplicada diante de uma situação que não tenha previsão específica em lei, como é o caso do *stealthing*, ainda não tem previsão legal, o método utilizado é pela analogia, com base em casos semelhantes, idênticos ou da controvérsia, utiliza a lei desses casos conforme interpretação jurídica.

Para a aplicação da analogia é necessário a similitude dos casos, um exemplo clássico de aplicação de analogia é quando a mulher ao ficar grávida decorrente de estupro, está amparada pelo artigo 128 do Código Penal, porém mora em lugar onde não possui acesso fácil a um médico devido a distância, a mesma procura uma parteira e realiza o procedimento abortivo, para que a parteira não responda pelo crime de aborto, uma vez que o legislador disse que só pode ser realizado por médico, se faz necessário o uso da analogia.

Em alguns casos temos aplicação de analogia em nossos Tribunais, especificamente tratando do STF, “ANALOGIA AO ABORTO. PAGAMENTO PORPORCIONAL. Na hipótese de nascimento sem vida...” A analogia não é utilizada somente em casos referente ao aborto, mas como já devidamente citado anteriormente, em qualquer caso que seja semelhante, desde que não tenha legislação específica, a analogia é aplicada na várias esferas jurídicas:

“Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo (...)”, são exemplos que através do emprego da palavra analogia se percebe quando é utilizado. O TJ de São Paulo utilizou da analogia em um Habeas Corpus “(...) aplicável ao caso por analogia. 2. As nulidades, aqui apontadas, foram objeto de impugnação no HC n. 378.686/SP(...)”.

Um caso discutido, inclusive em redes sociais e que traz um exemplo cristalino é

concernente a aplicação da Lei 11.340 do ano de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, a discussão gira em torno de a Lei ser aplicada para homens, ou seja, casos semelhantes de violência doméstica, nesta feita para homens, mas aplicaria a analogia, em que pese não ter legislação para resguardar os direitos dos homens decorrente da violência doméstica.

O artigo de Márcia Isabel Durães Fonseca traz uma citação importante do conceito de analogia, que segundo Amaral é, “o fundamento da aplicabilidade da analogia é o princípio da igualdade jurídica, o qual exige que a lei deva tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades, isto é, os casos semelhantes devem ser regulados por normas semelhantes.

” No mesmo artigo outra citação de Venosa, extrai-se que “ a analogia não constitui uma técnica de interpretação propriamente dita e sim, uma fonte do Direito, porque é um processo de raciocínio lógico, por intermédio do qual o juiz estende um preceito legal a casos não diretamente compreendidos na descrição legal.”

Portanto, analogia está presente, tanto no âmbito civil quanto penal, aplicado na esfera jurídica para auxiliar nos casos onde não há realmente uma lei específica, para Marcia Fonseca:

Cabe destacar que a doutrina civilista sustenta existirem dois tipos de analogia: a legis, que reside na aplicação de uma norma existente, com a finalidade de reger caso semelhante não previsto em lei; e a juris, que deve ser entendida como um raciocínio mais profundo e complexo, o qual tem por objetivo identificar elementos que possibilitem a aplicabilidade da norma jurídica ao caso concreto não previsto, porém similar. (FONSECA, 2009, *on-line*).

Perceba que é natural quando se trata de casos semelhantes, utilizar a analogia, facilitando o julgamento, pois como já tratado anteriormente, pode não ter norma jurídica que regula tal prática, mas não é por isso que não será punido pelo crime.

Entendendo o que é analogia, se torna perceptível que devido aos requisitos obrigatórios exigidos em lei para configuração do estupro, o *stealth* não se assemelha, mesmo que na prática deste ato há de se falar em ferir o princípio da dignidade humana, além de ferir a vontade do outro, quando este consentiu em ter a relação sexual com o uso do preservativo, ao não ser desrespeitado tal consentimento fere a vontade da vítima, pois se a mesma soubesse da prática do ato sexual sem preservativo não consentiria.

Importante lembrar a discussão no STF, a qual já foi tratada, todavia se torna necessário novamente analisar para que assim possa ser definido quanto a possibilidade de

aplicação de analogia ao estupro para autorização do aborto legal nos casos que houver gravidez decorrente da prática do *stealththing*.

As discussões estão crescentes, recentemente o Ministro Roberto Barroso no julgamento do HC 124/306 RJ, destacou sobre autonomia que a mulher tem sobre o seu corpo, e a faculdade em escolher o que fazer em um caso de gravidez se deve ou não continuar gestando, vejamos:

Quando se trate de uma mulher, um aspecto central de sua autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez. Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida? (BARROSO, Grifou-se *online*).

Para o Ministro outrora citado, a mulher pode decidir o que fazer com o seu corpo, sem a necessidade de intervenção do Estado, até tem isso entendimento no mundo jurídico, mas ainda há uma rejeição pela sociedade seja no campo de ainda termos famílias conservadoras, seja por questões religiosas etc. Mesmo com essas peculiaridades e discussões que norteiam o tema aborto, o sensato e correto é a observação da norma jurídica e essa diz que o aborto legal é admitido no estupro.

Na ADPF 442 que tramita no Supremo Tribunal Federal, a discussão sobre a legalização do aborto até 12ª semana traz mais uma alternativa para que o aborto seja aceito neste caso, mas não seria a solução para o *stealththing*, ao passo que se ocorrer a descoberta após a 12ª semana da gestação e abortar será criminalizada, o que tem uma incidência muito grande de acontecer, tendo em vista que ao praticar sem o consentimento da mulher e ela não souber disso após, pode descobrir a gravidez em um nível de muito tempo de gravidez.

Com isso, analisando sobre o aborto e posicionamento atual do STF, trazendo para a prática do *stealththing*, depois de identificar sobre o a analogia e o aborto, cabe a nós dentro da lei, o que estudamos em momento oportuno neste trabalho, determinar a aplicação ou não.

A dissimulação constrange o parceiro, mas o artigo que tipifica o estupro vai além, dizendo que este constrangimento deve ser por violência ou grave ameaça, o que não ocorre no *stealththing*, pois o início da relação é consentida, e somente depois vem a ser violado o consentimento, contudo não se emprega violência ou grave ameaça, se acontecesse de o parceiro perceber e esquivar do ato e mesmo assim fosse forçado a realizar ato libidinoso ou a

conjunção carnal, poderíamos estar diante de exigência legal para caracterização do estupro, todavia essa hipótese não é o objeto do nosso estudo.

Na linha de estudos de Danilo Henrique caracteriza violência de gênero, em sua citação sobre tal prática embasa na violência de gênero, conforme se destaca:

De acordo com Opiela (2012) a violência de gênero está relacionada aos papéis sociais desempenhados por homens e mulheres, com um equilíbrio desproporcional entre tais papéis, sendo o homem visto como uma criatura dominante e com participação mais ativa pelas mulheres. A autora justifica que esse contexto social é propício para que os homens empreguem violência contra as mulheres, sendo a violência de gênero decorrente da relação entre o papel dominador do homem e submisso da mulher. (NUNES, 2017, p. 96).

Mas a violência de gênero por si só está intrinsecamente ligada à prática do *stealth*, não sendo suficiente para tipificar sozinha tal prática, assim voltando e analisando o artigo 115 do CP, que dispõe do estelionato sexual, a prática do *stealth* trata verdadeiramente de uma fraude, quando há a retirada do preservativo sem o consentimento está fraudando a vontade do outro.

É incontestável sim a violência de gênero, o ato da negativa ou proibição do uso contraceptivo, bem como constranger e manter relação sexual não desejada se equipara com a prática do *stealth*, uma vez que nesta prática a relação não é desejada, haja vista o consentimento em manter a relação sexual com uso do preservativo. O fato de fraudar, dissimular ou enganar a parceira a leva a constrangimento, poderia se caracteriza como estupro, com base no artigo 215 do Código Penal, que dispõe que “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: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)”, quando se fala fraude, o ato de retirar o preservativo sem o consentimento da vítima se trata de uma fraude.

Destarte como vimos anteriormente, apesar de ser um ato fraudulento em retirar o preservativo sem o consentimento da parceira, não se caracteriza estupro, haja vista no Brasil para ocorrer a tipificação é necessário a grave ameaça ou violência. Se houvesse o emprego de violência ou grave ameaça, seguindo essa linha de raciocínio então seria estupro, sendo assim o fato do consentimento da parceira em ter a relação sexual apenas com uso do preservativo não altera, pois para ser tipificar como estupro teria que ocorrer o emprego de violência ou grave ameaça.

Assemelha-se tal prática sem dúvidas, ao delito de violação sexual mediante fraude, aqui o parceiro não se vale de violência, muito menos da grave ameaça, mas utiliza alguma forma que possa manter a vítima na situação errônea, ou melhor, está forçando o outro a uma prática não consentida, não precisa utilizar a grave ameaça ou violência, em que pese está fraudando a outra parte, quando esta consentiu em ter a relação sexual com o uso do preservativo, contudo usa do engano e retira o preservativo.

Naquele momento a vítima está impossibilitada de fazer algo, tendo em vista que nem sabe que está realizando a relação sexual sem o preservativo, neste diapasão é que se consiste o artigo 215 do Código de Processo Penal, que aplicando ao *stealthing* apenas ao consentir na relação com o preservativo, após isso não há manifestação de vontade, ao passo que, não tem como manifestar a livre vontade sobre algo que nem se sabe que esteja acontecendo.

Por isso, a prática do *stealthing* partindo do conceito inicial, que se trata da retirada do preservativo sem o consentimento do parceiro, no nosso estudo sendo o homem responsável por retirar preservativo, advindo uma gravidez de tal fato, preenchem os requisitos para o estelionato sexual tratado no artigo 215 do CPP, devido a fraude na atitude, e não preenchem os requisitos de estupro para que possa haver autorização do aborto legal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, chegamos à conclusão de que o *stealth* é uma prática recente onde um dos parceiros dissimulado retira o preservativo, quando o consentimento do outro parceiro era em ter a relação apenas com o preservativo, pode ocorrer com qualquer pessoa, mas quando se trata de uma possível gravidez decorrente da prática, o sentido do estudo passa a ser mulher.

Um dos resultados obtidos foi que com a prática fica propício ao contágio de doença venérea, que por sua vez também está tipificado no Código Penal e o vírus HIV que não está incluso no rol de doenças venéreas, e no caso da parceira ser do gênero feminino ocorrer uma gravidez, além do abalo psicológico, pelo engano, a dissimulação, ainda mais que pode se tratar apenas de uma relação casual.

A Lei 11.340/2000 obteve espaço significativo e pune os atos de violência doméstica contra a mulher, prevê tipificação para a negativa do uso de qualquer contraceptivo, porém esta é aplicada para violência doméstica, e *stealth* pode acontecer em uma relação casual.

Com alteração que a Lei 12.015/2009 trouxe ao capítulo que trata do estupro e relação sexual mediante fraude, o chamado estelionato sexual, alterou o rol para configuração dos crimes tipificados nos artigos 213 a 215 do Código Penal, assim não mais configura o crime somente contra a mulher e incluiu atos libidinosos.

Vimos também que não se confunde a prática do *stealth* com estupro, vez que este segundo, para se caracterizar é indispensável o emprego de violência ou grave ameaça para o ato libidinoso ou conjunção carnal, e no primeiro apesar de ter a conjunção carnal, mas esta foi consentida, o que não foi consentido é a retirada do preservativo, mas para o ato sexual em si não se dá nessa prática diante de grave ameaça ou violência.

Conforme visto, se assemelhar ao crime previsto no artigo 115 do Código Penal, que trata de violação sexual mediante fraude ou estelionato sexual, e não trazer em seu tipo penal a violência ou grave ameaça se compara a dissimulação, que também não há violência em regra, mas o engano ao parceiro.

Concluiu-se que o aborto é proibido, mas são três as causas de aborto legal, e uma delas é quando em virtude de estupro, pode ser chamado também de aborto sentimental ou

humanitário, não excluindo a obrigatoriedade de ser realizado por um médico, mas alguns casos são julgados com base na analogia.

Podemos concluir que apesar da prática do *stealthing* se tratar de uma afronta ao parceiro, vez que está violando a vontade do outro ao retirar o preservativo sem o consentimento, não pode ser utilizado de analogia, pois ausentes os requisitos que caracterizam o estupro, quais sejam a violência e grave ameaça, o ato sexual é consentido, a retirada do preservativo que não.

A luta para descriminalização do aborto tem sido ferrenha, mas como vimos, ainda está em trâmite, pode ser um processo mais moroso que o habitual, em que pese ser um assunto delicado e de difícil consenso, contudo se houvesse a descriminalização então perderíamos o objeto deste estudo, uma vez que a discussão se dá justamente pelo fato de o aborto ser legal em apenas três situações, tendo como foco o estupro, onde analisamos de acordo com os diplomas legais a possibilidade de analogia ao estupro assim a autorização do aborto legal.

Não será autorizado o aborto legal em decorrência das reflexas características que embora atinjam a vítima, e a leva a um descontentamento, não são suficientes por si só para autorização do aborto legal, e mesmo que se utilizasse da interrupção da gravidez até o 3º mês de gestação, conforme última decisão do STF, poderia não ser equivalente, nos casos em que descobrissem a gestação após esse período, e não querendo romper com a gravidez em decorrência da dissimulação ao interromper incorreria em crime.

Em resposta ao problema proposto, temos que não há possibilidade da analogia ao estupro para autorização do aborto legal, vez que os requisitos obrigatórios em lei para caracterização do estupro não se encontram na prática do *stealthing*, conseqüentemente o *stealthing* não está em nenhuma hipótese de aborto legal. Todavia, essa prática pode ser configurada ao estelionato sexual.

Os resultados alcançados não são suficientes, há uma constante necessidade da continuação de pesquisa sobre o tema, como outrora observado, é recente, dificultando encontrar informações, sejam em doutrinas, jurisprudências e afins, há de se pesquisar e falar do tema para que haja uma consolidação, e nossos futuros acadêmicos possam ter autoridade no assunto, e finalmente ser tipificada no ordenamento brasileiro a prática do *Stealthing*, facilitando para os advogados as causas que envolverem tal prática.

Contudo, em meio aos resultados alcançados, podemos pensar em futuras jurisprudências e doutrinas fartas sobre o tema, que somente será possível com estudo e engajamento ao tema, haja vista se tratar de situações reais e que podem desencadear muitos

casos futuramente, para tanto é necessário novos estudos aprofundados, e quanto mais pesquisas sobre o tema, conseqüentemente aumentam os conteúdos e fontes para aprimorar o conhecimento e principalmente desenvolver leis reguladoras para tal prática, pretendendo uma construir uma tese no futuro, quiçá para um Mestrado, tendo como base este trabalho monográfico.