

O consentimento como fator elementar e comprobatório do crime de estupro: análise prática a partir de um caso da jurisprudência

Mariana Silva Leite

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar o tipo penal do estupro, mais especificamente no que tange à premissa do não-consentimento para a caracterização típica da conduta como crime. A pesquisa proposta pretende averiguar as dificuldades em relação ao consentimento no crime de estupro, tendo como parâmetro o direito penal brasileiro e a doutrina penalista clássica de Nélson Hungria. Assim, será perquirido os elementos do tipo penal do estupro, assim como os mais frequentes métodos probatórios utilizados judicialmente. A fim de materializar os problemas expostos, far-se-á uma análise crítica de uma decisão proferida no estado de Rondônia, apresentando-se, em um primeiro momento, a razão de decidir dos magistrados e, posteriormente, questionando-se os argumentos levantados nas decisões proferidas pela primeira e segunda instâncias.

Palavras-chave: consentimento; estupro; violência; resistência.

ABSTRACT

The presente research has its main goal on analysing rape as a crime, more specifically with regard to the premise of non-consent of the typical characterization of the conduct as a crime. The proposed research intends to investigate the difficulties in relation to consent in the crime of rape, having as parameter the Brazilian criminal law and the classic penalist doctrine of Nélson Hungria. Thus, the elements of the criminal type of rape will be investigated, as well as the most frequent evidentiary methods used in court. To materialize the problems exposed, a critical analysis of a decision handed down in Rondônia will be made, presenting, at first, the reason for the judges' decision and, later, questioning the arguments raised in the decision handed down by the first and second instances.

Key-words: consent; rape; violence; resistance.

INTRODUÇÃO

Atualmente, o crime de estupro, disposto no artigo 213 do Código Penal, é consubstanciado no ato de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Os elementos penais da violência e grave ameaça foram mantidos incólumes desde a promulgação do Código Penal Brasileiro em 1940. Os penalistas, por sua vez, debruçam-se na análise do delito e seus elementos constituintes, assim como as possibilidades probatórias cabíveis diante do tipo penal específico.

Um dos elementos do crime do estupro mais discutidos é a resistência da vítima frente ao ato sexual, auferida como consequência lógica da violência empregada pelo agressor. No espectro teórico, averigua-se que a resistência da vítima somente pode ser observada se existirem no corpo da ofendida marcas da violência perpetrada pelo agressor. A teoria, evidentemente, é amplamente aplicada nos julgados criminais, utilizando-a, em grande parte, para a absolvição do acusado.

O que se deve sobrelevar, no entanto, é que a percepção social e cultural acerca da posição de inferioridade da mulher é amplamente aplicada quando da análise dos penalistas acerca do elemento da resistência da vítima. Isso porque a práxis jurídica, apesar do enobrecimento do princípio da imparcialidade, não se encontra dissociada do pertencimento sociocultural. Desta forma, os procedimentos e decisões judiciais, muitas vezes, são orientados por critérios morais que se travestem de legalidade. Como resultado, a falta de preparo do sistema penal contribui para o silenciamento das vítimas, na medida em que se aplica o direito perante a perspectiva masculina.

A fim de solucionar o problema advindo da percepção sexista acerca do crime de estupro, a reforma da lei pode ser um ponto de partida fundamental para a mudança de comportamentos e atitudes, mas também deve ser acompanhada por esforços conjuntos para desafiar mitos do estupro e estereótipo de gênero amplamente difundidos.

O presente estudo, então, apresenta uma análise crítica acerca dos elementos que compõem o estupro e os métodos probatórios mais utilizados perante uma denúncia de estupro, dando-se destaque à figura do não-consentimento. A partir da

análise da conceituação do consentimento e suas implicações no âmbito jurídico, a pesquisa abordará uma recente decisão judiciária, a fim de apresentar os diversos argumentos que permeiam o tema.

1. ELEMENTOS QUE COMPÕEM O ESTUPRO E MÉTODOS PROBATÓRIOS NO DIREITO BRASILEIRO

1.1. CONSENTIMENTO COMO BASE NA PROTEÇÃO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL: A PROBLEMÁTICA DO DISSENSO SINCERO

Em um primeiro momento, faz-se necessário delimitar a amplitude do consentimento no contexto sexual. Para tanto, evidencia-se o entendimento de Maria Clara Sottomayor (2015), que entende que o consentimento frente ao ato sexual possui características específicas que devem ser levadas em consideração. Em primeiro lugar, o consentimento deve ser voluntário e livremente expresso, sendo específico para cada ato sexual. Ademais, é revogável a qualquer tempo, visto que que o consentimento dado antes da prática do ato sexual não se coaduna a um consentimento infindo e invariável. A manifestação do consentimento, segundo Sottomayor, pode ocorrer de forma verbal ou não verbal, por gestos ou expressões de medo ou de repulsa. Sobreleva-se que o dissentimento não necessita ser acompanhado de atos físicos de resistência ou oposição. O que se verifica, desta forma, é que o consentimento é verificado por intermédio de condutas ativas e de colaboração. Importante, ainda, mencionar que o silêncio não se assimila ao consentimento, podendo resultar do estado de pânico da vítima ou da consciência da ineficácia de reação. Yoliliztli Pérez Hernández (2017), para mais, acrescenta que a existência de relacionamento entre as partes, vigente ou pregresso, não pode ser correlato ao consentimento.

Instrumentos internacionais têm tematizado a necessidade de se respeitar o não-consentimento de uma pessoa como fator fundamental de salvaguarda do direito de autodeterminação sexual. À vista disso, estes instrumentos têm pressionado os países comprometidos no cenário internacional a reformarem sua legislação para melhor contemplar o consentimento como elemento dos crimes sexuais. (CAMARGO;

LIMA; LEITE, 2020). Como exemplo de instrumento internacional, cita-se a Recomendação Geral nº 35 sobre violência de gênero contra as mulheres da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Violência Contra as Mulheres (CEDAW), da Organização das Nações Unidas. No tópico 29, que aborda as recomendações aos Estados-Parte de implementação de medidas legislativas, enfatiza-se o que dispõe a alínea “d”:

29. O Comitê recomenda que os Estados Partes implementem as seguintes medidas legislativas:

d) Examinar leis e políticas neutras em termos de gênero para garantir que não criem ou perpetuem desigualdades existentes e revogá-las ou modificá-las se assim o fizerem; Assegurar que a agressão sexual, incluindo o estupro, seja caracterizada como crime contra o direito das mulheres à segurança pessoal e à sua integridade física, sexual e psicológica e que a definição de crimes sexuais, incluindo o estupro marital e entre conhecidos ou parceiros, seja baseada na falta de livre consentimento e leve em consideração circunstâncias coercivas. Qualquer limitação de tempo, onde ela exista, deve priorizar os interesses das vítimas/das sobreviventes e considerar as circunstâncias que impedem sua capacidade de denunciar a violência sofrida para os serviços e autoridades competentes. (CNJ, 2019, p. 27, grifo nosso).

Vale destacar, nesse ponto, que o Brasil é signatário desta norma internacional de direitos humanos, tendo assinado a CEDAW em 1979 e a ratificado em 1984. Entretanto, depreende-se, a partir da atual tipificação do crime de estupro do Código Penal, que o delito em questão não é baseado na falta de livre convencimento da vítima por si só. Isso porque, para a configuração do crime, exige-se a prática de violência e/ou grave ameaça por parte do agressor, que a utiliza justamente para vencer o dissentimento da vítima. Ressalta-se, desta forma, que o Brasil mantém praticamente a mesma definição do delito de estupro estabelecida em 1940.

A pressão internacional para a mudança da legislação penal no âmbito dos crimes sexuais, pondo em destaque a questão do consentimento da vítima, teve sua eficácia com a reforma dos códigos criminais de alguns países. (CAMARGO; LIMA; LEITE, 2020). Uma importante reforma penal foi a que se operou no Código Criminal do Canadá que, em 2018, passou a prever expressamente a definição de consentimento. Segundo dispõe a subseção 273.1 (1), o consentimento nos crimes sexuais condiz com o acordo voluntário em se envolver em uma atividade sexual. Para além da conceituação, o legislador enfatiza que o consentimento deve estar presente

no momento da atividade sexual. Aduz, ademais, que o consentimento não pode ser obtido se:

- (a) o acordo for expresso por palavras ou conduta de uma pessoa que não seja o reclamante;
- (a.1) o reclamante está inconsciente;
- (b) o reclamante é incapaz de consentir com a atividade por qualquer motivo diferente no parágrafo (a.1);
- (c) o acusado induz o reclamante a se envolver na atividade, abusando de uma posição de confiança, poder ou autoridade;
- (d) o reclamante expresse, por palavras ou conduta, a falta de concordância para exercer a atividade; ou
- (e) o reclamante, tendo consentido em se envolver na atividade sexual, expressa, por palavras ou conduta, a falta de acordo para continuar a praticar a atividade. (CANADÁ, 1985, np, tradução nossa)

Para além disso, o legislador também acrescentou no texto legal a subseção 273.2, que aborda os casos em que a defesa do acusado não pode alegar crença no consentimento:

- (a) A crença do acusado surgiu de
 - (i) Intoxicação auto-induzida do acusado;
 - (ii) Imprudência ou cegueira deliberada do acusado, ou
 - (iii) Qualquer circunstância referida na subseção 265 (3) ou 273.1 (2) ou (3) na qual nenhum consentimento é obtido;
- (b) O arguido não tomou medidas razoáveis, nas circunstâncias conhecidas do arguido na altura, para se certificar de que o queixoso estava a consentir, ou
- (c) Não há evidências de que a concorrência voluntária do reclamante com a atividade foi expressa afirmativamente por palavras ou ativamente expressa por conduta. (CANADÁ, 1985, np, tradução nossa).

Diante do atual cenário internacional, em que se preza pela centralidade do consentimento como fator elementar do crime de estupro, necessário analisar o posicionamento de alguns penalistas brasileiros a respeito do tema.

Apesar de os doutrinadores penalistas preverem o não-consentimento da vítima como elemento do crime de estupro, é apontado, por grande parte dos autores, que o dissenso deve ser sincero e positivo, devendo ser manifestado por inequívoca resistência. Nesse sentido, Néelson Hungria (1981, p. 107) assevera que não seria suficiente uma “platônica ausência de adesão, uma recusa meramente verbal, uma oposição passiva ou inerte”. Segundo seu entendimento, deve haver, por parte da vítima, contrariedade decidida e manifestamente contrária, a qual só seria superada mediante violência física ou moral.

Seguindo esse mesmo ponto de vista, André Estefam (2019) aponta que o não-consentimento da vítima deve ser sincero e inequívoco. Caso não o seja, pode-se recair à licitude do fato, visto que a negativa da vítima pode fazer parte de um jogo de sedução. Outro argumento é o de Rogério Greco (2017) que aponta a possível alegação de erro de tipo nos casos em que o agressor aludir não ter conseguido entender que vítima não consentia com o ato sexual, tendo, na hora dos fatos, interpretado o dissenso como parte de um jogo de sedução. Para Greco, é necessário saber discernir quando a recusa da vítima foi legítima e quando o “não”, na verdade, deveria ter sido entendido como “sim”. De acordo com o autor, a crença do agressor de que a negativa da vítima fazia parte de um jogo, “por recato ou para tornar o jogo do amor mais difícil ou interessante, deve sempre ser entendida em favor do agente”. (GRECO, 2021, p. 34). Nesse seguimento, Greco destaca a seguinte colocação de George P. Fletcher:

Quando consente uma mulher? Susan Estrich popularizou o slogan não significa não. Ainda admitindo essa tautologia, todavia nos encontramos com o problema de provar que a mulher disse não. Aqui não há gravação de vídeo. Não há formulários de consentimento firmados, como existem nos hospitais, e não existem testemunhas. Mas o homem disse que a mulher disse que sim. Assim, como saberemos? E o que sucede se nunca o saberemos com segurança? (GRECO, 2021, p. 34).

Ainda nessa perspectiva, de acordo com Edgard de Moura Bittencourt (1971), em muitos casos, a mulher vítima do crime de estupro, inconscientemente, coadjuva na posse violenta do seu corpo, mesmo que resista fisicamente. Esse entendimento, sob influência das teorias vitimológicas, se baseia na legalização da ideia de que existem mulheres que não são verdadeiramente violadas, em razão de estas terem provocado o agressor ou com ele possuir uma especial relação. Desta sorte, transfere-se à vítima parcela da culpa quanto ao ato sexual forçado. (VENTURA, 2015).

Diante, então, do possível “jogo de sedução” por parte da mulher, diversos autores reiteram a necessidade de a resistência da vítima ser séria e inequívoca. De acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2019), não se exige da vítima resistência heroica, em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalmente. Segundo o doutrinador, entretanto, tal resistência deve ser sincera, devendo ser avaliada a correlação de forças entre o agente e a vítima. No mesmo sentido, André

Estefam (2019) elucida que a resistência da vítima frente ao ato sexual forçado deve ser séria e inequívoca.

1.2. DEPOIMENTO DAS PARTES: EMBATE ENTRE A PALAVRA DA VÍTIMA E A DO ACUSADO

O confronto das palavras da vítima com as do autor constitui importante elemento probante, tendendo a prevalecer o depoimento com maior coesão. (JORIO, 2019). Apesar de a palavra da vítima ser de fundamental importância nos delitos sexuais, é transferida a ela a obrigação de ser convincente, sendo que o menor vacilo pode ser utilizado contra ela. Isto é, qualquer contradição pode ser tida como prova da falsidade da denúncia. Lênio Luiz Streck, então, suscita os seguintes questionamentos:

O esclarecimento daquele caso concreto – isto é, de um determinado caso, nas suas particularidades – depende exclusivamente da credibilidade da vítima? Isto é, mesmo que a palavra da vítima não seja suficientemente convincente, não há outros meios de comprovar o fato delituoso? (...). É a discrepância nos depoimentos que retira a credibilidade da vítima ou é o conjunto probatório que leva ao veredicto absolutório? (STRECK, 2002, p. 150 e 152).

Segundo Isabel Ventura (2015), construiu-se o imaginário da vítima cuja credibilidade deve ser reafirmada a todo momento, cabendo a ela demonstrar publicamente sua dor. A iniquidade que se verifica é a necessidade de a vítima ter a obrigação de se recordar e relatar, com detalhes, todas as violências sofridas. Quanto aos detalhes cobrados, muitas vezes, é impossível de serem informados pela vítima, tal como o tempo exato do ato sexual e a ordem cronológica dos fatos. Pequenas divergências entre o relato na fase policial e na fase judicial são suficientes para a absolvição do acusado. (COLOURIS, 2010).

A análise melindrosa do depoimento da vítima mulher é resultado da construção social em que se percebe a pessoa do sexo feminino como um ser mentiroso, caracterizado por sua inferioridade moral, espiritual e biológica. Em razão dessa construção, as mulheres passaram a ser vistas como inconstantes, mentirosas, dominadas pela emoção, raiva, vingança, sobrelevando-se a irresponsabilidade em suas declarações. Importa salientar também que, desde o século XII, na cultura ibérica, teólogos construíram a imagem da mulher como um ser diabólico por

excelência, além de ser a causa da perdição do homem. (COLOURIS, 2010). Jean Delumeau, nesse sentido, aponta:

Com grande reforço de citações extraídas de Aristóteles, Plínio e Quintiliano, das leis antigas e das obras teológicas, os juristas afirmam a categórica e estrutural inferioridade das mulheres (...). Elas são menos providas de razão que os homens. Portanto, não se pode confiar nelas. (DELUMEAU, 1989, p. 334)

Essa perspectiva sociojurídica de gênero é ainda operada pelo Sistema Jurídico Criminal, que tende a replicar os simbolismos de gênero. Na senda dos crimes sexuais, inverte-se o ônus da prova, cabendo à vítima provar que é vítima real e não simulada. Os relatos femininos, ao longo do inquérito policial e processo penal, são submetidos a uma intensa “hermenêutica da suspeita”, que perscruta a moralidade da vítima, assim como sua resistência frente ao ato sexual cometido, a fim de se verificar se se trata de uma vítima inocente ou não. Desta feita, a vítima é convertida em ré, a partir de argumentações que apontam ter ela consentido, provocado ou tido prazer. (ANDRADE, 2005). Elucida-se tal fato a partir da Exposição de Motivos do Código Penal Brasileiro de 1940, que justificou a expressão “comportamento da vítima”, contida no artigo 59 como diretriz para a fixação da pena, da seguinte forma:

Fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigindo, muitas vezes, um fator criminógeno, por constituir-se em provação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes. (BRASIL, 1940).

Diante disso, o sistema jurídico penal, apesar de prometer proteção às vítimas de crimes sexuais, adota, como regra, a impunidade do agressor. Nesse sentido, a proteção à autodeterminação sexual da mulher não é efetivada. (ANDRADE, 2005). O que existe, em verdade, é uma tendência jurisprudencial pautada em valores discriminatórios pela violência simbólica do discurso em relação à mulher. Prevalece, em muitos julgados, o julgamento moral em detrimento de uma análise racional e objetiva dos fatos. (PIOVESAN, 1998).

Em síntese, o Poder Judiciário, que deveria efetivar os direitos quando violados, não o tem feito. A vítima que tem seus direitos violados ou ameaçados de violação visa no poder jurisdicional a forma de obtenção de justiça. Entretanto, por muitas vezes, a resposta jurisdicional se transforma em uma segunda violência, revitimizando a mulher na medida em que reproduz um padrão discriminatório no que tange às

questões de gênero. Isso porque os simbolismos de gênero estão incutidos nas “(in)consciências dos indivíduos, sendo, portanto, absorvidos também pelos operadores do Direito e refletidos em sua práxis jurídica”. (PIOVESAN, 1998, p. 473). O sistema penal, então, duplica a violência exercida contra as mulheres. Desta forma, além da violência sexual sofrida, a mulher é também vítima da violência institucional do sistema penal, que manifesta e reproduz a violência estrutural das relações patriarcais, a qual está correlacionada à moral sexual dominante. (PIMENTEL; SCHRITZMEYER; PANDJIARJIAN, 1998).

De acordo com Maria Clara Sottomayor (2011), o processo de aplicação da lei dos crimes sexuais é revestido de sexismo, que se traduz em falta de empatia com a vítima e demasiada preocupação em evitar a condenação dos acusados, quase sempre homens. Isso porque a sociedade e os tribunais se recusam a vê-los como estupradores, principalmente quando estes ocupam alguma posição elevada no plano socioeconômico. Quanto à vítima, entretanto, há grande descaso do julgador em conhecer sua perspectiva, excluindo-a, então, dos critérios interpretativos da norma

1.3. VIOLÊNCIA FÍSICA E O CONSEQUENTE EXAME DE CORPO DE DELITO

De acordo com Néelson Hungria (1981), o crime de estupro, geralmente, ocorre sem a presença de testemunhas. Desta forma, inexistindo indícios da materialidade do crime, Hungria assevera que “não se deve dar fácil crédito às declarações da queixosa, notadamente se esta não apresenta vestígios da alegada violência”. Caso a vítima não apresente qualquer lesão corporal e afirme ter sido violentado por um único agressor, seu depoimento deve ser recebido com a máxima reserva ou desconfiança. Tal alegação se baseia na possibilidade das acusações falsas, que, segundo Hungria, ocorre com mais frequência nos crimes sexuais e se dá notadamente por parte de mulheres histéricas e neuropáticas. (HUNGRIA, 1981).

O temor em relação a essas falsas acusações resultou na criação doutrinária da Teoria da Síndrome da Mulher de Potifar, a qual estabelece que o julgador deve estar atento à veracidade dos fatos relatados pela vítima, os quais, se eivados de incredibilidade, devem levar à obrigatória absolvição do agressor. (GRECO, 2015). A

Síndrome supracitada advém de um conto bíblico, em que a mulher de Potifar tenta seduzir o escravo José, mas não obtém êxito, tendo em vista que José se mantém leal ao dono e se recusa às artimanhas da esposa do seu senhor. Diante das recusas, a mulher, tomada pelo furor, acusa José de ter tentado com ela manter ato sexual forçado. Por consequência, Potifar manda prender o escravo. A lenda bem representa a visão predisposta à volta do crime de estupro, que cultiva o mito da tendência de as mulheres acusarem frivolamente homens inocentes. (VENTURA, 2015).

Desta forma, diante da possível acusação falsa por parte da vítima, avulta-se como significativo elemento probatório, para a comprovação da materialidade do estupro, o exame de corpo de delito. Em conformidade com o que dispõe o artigo 158 do Código de Processo Penal Brasileiro, o exame de corpo de delito, direto ou indireto, é indispensável quando a infração deixar vestígios, não podendo ser o exame suprido pela confissão do acusado. Pelo fato de a codificação do estupro no Código Penal Brasileiro prever a prática de violência e/ou grave ameaça para a consumação do delito, infere-se que o crime deixa vestígios.

Os vestígios, a seu turno, analisados pela Medicina Legal, devem ser procurados por todo o corpo da vítima, principalmente na área genital. Deve-se buscar também escoriações nas coxas, nádegas, joelhos e seios, bem como contusões e manchas nos pulsos, pescoço, lábios e rosto, como forma de se demonstrar que houve embate entre a vítima e o agressor, restando por evidente o dissenso da ofendida. (HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981). Apesar disso, Nélon Hungria (1981) avulta que não se deve deixar de levar em consideração a possibilidade de simulação por parte da pretensa vítima que produz em si mesma equimoses, além da eventualidade da existência de equimoses espontâneas ou produzidas após a conjunção carnal.

Em que pese a doutrina jurídica imponha que haja evidência de violência no corpo da vítima para a configuração do crime de estupro, pesquisa realizada por Joana Domingues Vargas em 2002, em Porto Alegre, apontou que em 70% dos casos de estupro e atentado violento ao pudor, as vítimas não possuíam marcas de lesões. (VARGAS, 2004). É de se ressaltar também o trabalho realizado por Luciana Lopes Rocha e Regina Lúcia Nogueira, em que se aponta que grande parte das vítimas entendem que a violência sexual contra elas praticada é uma ameaça à vida. Em

razão disso, as vítimas, quando submetidas ao ato sexual forçado, restavam paralisadas e inertes, com o fim de sobreviverem. Dentre as formas de responder ao ataque, destaca-se a tentativa de não fazer nada que provoque aumento da violência. Ademais, muitas vítimas relataram que chegaram a lutar com agressor, mas perceberam que era exatamente o que ele queria: “quanto mais eu gritei e lutei, mais excitado ele ficou”. Outros relatos importantes foram as respostas fisiológicas como náusea, dor, hiperventilação e perda de consciência. (MENDES, 2020, p. 107).

A necessidade da presença de marcas no corpo da vítima, que ratificam a existência de violência, encontra-se estreitamente relacionada com o dissentimento da vítima. Isso porque a ação nuclear do crime se constitui no ato de constranger alguém, o que significa forçá-lo a fazer algo contra a sua vontade.

Considerando-se que o direito penal deve resguardar a autonomia sexual, a exigência de violência e/ou grave ameaça no crime de estupro, para além do sexo forçado, coloca a mulher em posição de objeto, em que sua autonomia enquanto pessoa, assim como suas palavras, não merecem valor nem consideração. Resultante desse processo é a desumanização das mulheres, na medida em que o sistema judicial nega às mulheres a autonomia que lhes é própria, limitando o poder de disposição sobre o próprio corpo. Essa conjuntura, em verdade, transparece a visão social da sexualidade e da relação homem/mulher legitimadora da violência sexual contra as mulheres, como uma relação de poder arquitetada que enaltece a agressividade sexual masculina e culpabiliza as mulheres. (SOTTOMAYOR, 2011).

1.4. OUTRA POSSÍVEL ALTERNATIVA: PERÍCIA PSICOLÓGICA

A fim de se alterar tal realidade sociojurídica, Rúbia Abs Cruz (2002) aponta como possível meio de prova o exame psicológico da vítima. Isso porque resta comprovado cientificamente que as vítimas de crimes sexuais apresentam danos emocionais passíveis de identificação pelo profissional qualificado, possibilitando, desta forma, melhor análise do processo penal pelo operador do direito. De acordo com estudos desenvolvidos por pesquisadores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, expressos no artigo intitulado “aspectos psicológicos de mulheres que sofrem violência sexual”, as mulheres que foram vítimas de violência sexual são mais

propensas a desenvolver transtornos e consequências psicológicas, como depressão, ansiedade, distúrbios sexuais e/ou de humor, transtornos alimentares e transtorno de estresse pós-traumático, além de possibilitar o aumento no uso de álcool e/ou drogas e as tentativas de suicídio. (MENDES, 2020).

Nos termos do artigo 159 do Código de Processo Penal Brasileiro, verifica-se a possibilidade de outras perícias, logo, a perícia psicológica da vítima, garantindo-se, por óbvio, a possibilidade do contraditório, atenderia ao princípio da legalidade. Todavia, adverte-se a submissão da vítima a sucessivas análises psicológicas, sob pena de revitimização, tendo em vista que a saúde mental da vítima não pode ser tratada como mero material probatório.

2. REVÉS PROBATÓRIO: A IMERSÃO DO CONSENTIMENTO NO PLANO SOCIOCULTURAL

Apesar da importância dos movimentos social e legislativo que denota o consentimento como fato central do delito do estupro é preciso visualizar a volubilidade em que aquele é experienciado em meio aos limites simbólicos e morais. Segundo Camila Fernandes et al. (2020), é preciso evidenciar o caráter poroso, ambivalente e amidiado do consentimento.

No que tange à porosidade do consentimento, o movimento feminista, há décadas, questiona a possibilidade de existência de genuinidade e autonomia daquele frente à assimetria proveniente da opressão. A discussão acerca do consentimento, então, está além de um problema de escolhas individuais, devendo-se levar em conta as estruturas socioculturais condicionantes da autodeterminação e liberdade sexuais feminina.

A lógica social determina que, enquanto à mulher cabe o papel de resistir ou ceder, cabe ao homem buscar de forma ativa o consentimento feminino, restando à mulher, então, a incumbência de estabelecer limites às investidas masculinas. Segundo Heleieth Saffioti (1987), o homem desfruta de posição de poder em relação à mulher, cabendo a ele, de acordo com a ideologia dominante, a função de caçador. Os agires dessa função determinam que cabe ao homem perseguir o objeto desejado, importando, em primeiro lugar, tão somente seu próprio desejo, não sendo levado em

consideração o desejo da mulher. O estupro, então, seria o ápice do uso do poder nas relações entre os sexos, em que o homem, em contrariedade à vontade da mulher, a possui sexualmente, provando que não cabe a ela o direito de desejar e nem o de escolher. Ainda mais, ressalta-se a existência da crença de que a mulher violentada, na verdade, não passa de uma sedutora, sendo a vítima imediatamente convertida em ré. (SAFFIOTI, 1987).

Concepção semelhante é apresentada por Simone de Beauvoir (1967). Beauvoir aponta que o papel agressivo e iniciador é desempenhado pelo homem, que possui a faculdade de possuir a mulher sempre que lhe interessar. A mulher, então, ocupa apenas o papel de objeto, sendo-lhe inerente a inércia, a tal ponto que não interessa ao homem a vontade daquela. Isso porque o fim natural do ato sexual é tão somente a satisfação do macho. Ademais, a prática do ato sexual é revestida de real heroísmo, em que ao homem é cunhado o papel de conquistador e à mulher, conquistada.

Diante dessa lógica social, a capacidade de consentimento consiste como resultado de fenômenos estruturantes. A possibilidade em consentir advém de um longo processo histórico de consolidação de valores éticos e morais. Entretanto, para as mulheres, esse processo é complexo. Somente em razão da política feminista é que se concebeu a capacidade de consentimento às mulheres, valorada em direitos individuais e fundamentais como a liberdade e autodeterminação sexual, os quais eram, precedentemente, reservados somente aos homens. Juridicamente, a luta da política feminista, no que tange aos direitos sexuais, culminou em proteção legal e formal das mulheres, tipificando os atos cometidos contra sua dignidade sexual. No entanto, o que se verifica é a responsabilização das vítimas diante de sua incapacidade de prevenir ou fazer cessar a agressão contra elas praticada. (HERNÁNDEZ, 2016).

Diante desse cenário, destaca-se que a violência sexual se encontra intrinsecamente relacionada a uma tradição de supremacia masculina. Aos homens é ensinado que as mulheres são seres inferiorizados e menos merecedores, podendo, portando, serem maltratadas. Tal fato leva, sem dúvida, à criação de estereótipos negativos, cultivando verdadeiro desprezo e ódio às mulheres. (BART; MORAN,

1993). Constitui-se, dessa forma, “a mulher como (não) sujeito do gênero feminino”. (ANDRADE, 2005, p. 64).

3. ANÁLISE CRÍTICA DE UM CASO NA JURISPRUDÊNCIA

A análise crítica da jurisprudência é instrumento de salutar importância para denunciar a discriminação de gênero contida na hermenêutica da lei, assim como para aprimorar a conjuntura judiciária no que tange ao tratamento destinado às mulheres vítimas de violência sexual.

Destarte, far-se-á, nessa pesquisa, uma avaliação crítica especificamente quanto ao processo de nº 1000401-79.2017.8.22.0007, instaurado em janeiro de 2017, em Rondônia.

3.1. APRESENTAÇÃO DO CASO

Em primeiro lugar, apresenta-se a ementa do acórdão, em que foi improvido o recurso de apelação criminal apresentado pelo Ministério Público, em que se pugnou pela condenação do acusado pela prática do crime de estupro.

Apelação criminal. Estupro. In dubio pro reo. Absolvção mantida. No universo do Direito Penal, máxime dizendo respeito a crime de estupro, a condenação somente pode ocorrer quando alicerçada em elementos probatórios aptos, seguros e harmônicos, de modo que, remanescendo intransponíveis dúvidas, imperioso a manutenção da sentença absolutória. Recurso improvido. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA, 2019, np).

Os fatos do caso em estudo se sucederam em um município do estado de Rondônia, em 29 de dezembro de 2016. Acusado e ofendida teriam se conhecido anteriormente na igreja e mantiveram vínculo, tendo se relacionado pelas redes sociais, havendo, segundo o acusado, reciprocidade da vítima no que chamou de “paquera”. Conforme consta na denúncia, os dois, na data dos fatos, haviam se encontrado por acaso em um bar da cidade, no qual consumiam bebidas alcoólicas

A denúncia narra que, em dado momento, o réu convidou a vítima para uma festa na casa de amigos, mas, durante o trajeto, disse que precisaria passar em casa para pegar alguns energéticos. Entretanto, ao chegarem ao local, o denunciado

agarrou a vítima, que tentou ir embora, mas recebeu a resposta de que a festa deveria ocorrer ali mesmo. A partir de então, segundo a vítima, o acusado a jogou na cama e passou a lhe agarrar, ao passo em que aquela afirmou não estar ali para isso. Mesmo assim, o acusado arrancou as calças da vítima, juntamente com sua roupa íntima.

Na tentativa de ganhar tempo, a vítima, por sua vez, afirmou precisar ir ao banheiro. Ao sair, a mesma passou a procurar suas roupas, com o intuito de, finalmente, conseguir ir embora. Não obstante, o acusado a pegou pelos cabelos e a atirou na cama. Seguidamente, passou a penetrá-la mediante violência, conforme consta no Laudo de Exame de Corpo de Delito e Constatação de Violência Sexual. A vítima se manteve inerte devido a dor que sentia em virtude de suas três hérnias de disco. Apesar disso, quase sem forças, a ofendida tentava fechar as pernas e empurrar o agressor, mas, não obteve êxito, por conta da dor que sentia e das bebidas alcoólicas que havia ingerido anteriormente, afirmando estar “muito mole”. Ademais, a vítima relata que o celular do agressor estava com a lanterna ligada durante a prática do ato sexual, o que remete à ideia de que o ato estava sendo gravado, contra sua vontade. É o que consta na denúncia. Vale destacar também que a vítima fazia uso de medicamentos antidepressivos e, somados à bebida alcoólica, a fizeram ficar em estado de entorpecimento. No entanto, não foi realizado exame toxicológico, descartando-se, sem hesitação, a hipótese de o ato se configurar como estupro de vulnerável, tipificado no artigo 217-A do Código Penal. Ademais, essa informação, em específico, não foi abordada pelo juiz quando da prolação da sentença.

Por sua vez, o réu afirma ter chamado a vítima para sua casa e não para a festa de amigos. Afirma, ademais, que, ao chegarem no quarto, começaram a se beijar e a trocar carícias, inclusive nas partes íntimas. Em vista disso, tirou a calça da vítima e, seguidamente, começaram a ter relações sexuais. Somente após o início da prática sexual, segundo o réu, é que a vítima pediu para ir ao banheiro. O acusado relata também que o uso da lanterna do celular se deu apenas para auxiliar a ofendida a sair do banheiro, haja vista que a maçaneta apresentava certo defeito.

A denúncia foi julgada improcedente pelo juiz de primeiro grau, tendo sido o acusado absolvido. O Ministério Público, por sua vez, interpôs recurso de apelação, o qual foi julgado improcedente pelo juízo de segunda instância, tendo sido o acusado absolvido com base no princípio do *in dubio pro reo*.

3.2. ARGUMENTOS PARA A SENTENÇA ABSOLUTÓRIA E A MANTENÇA DA DECISÃO PELO JUÍZO DE SEGUNDA INSTÂNCIA: ANÁLISE CRÍTICA

Primeiramente, necessário fazer menção à parte inicial da fundamentação do juiz:

(...) dada a linha tênue entre o reconhecimento, ou não, da prática do delito, consigno que a solução do feito não guarda relação alguma com discussões empíricas sobre misoginia, cultura do estupro ou limites de disposição do corpo. Assim, a despeito de circunstâncias específicas, tendentes unicamente a esclarecer o grau de intimidade e proximidade dos envolvidos, o que se mostra de vital importância para o julgamento, o comportamento de ambos fora desse contexto não diz respeito ao processo e não será objeto de análise. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA, p. 2, 2019).

Agora, far-se-á a análise dos argumentos levantados pelos magistrados.

A. RELAÇÃO ANTERIOR DA VÍTIMA COM O AGRESSOR

Evidencia-se nos autos os contatos entre agressor e ofendida em datas anteriores ao fato denunciado. Conforme consta na sentença:

Nota-se pelos diálogos que réu e vítima conversavam sobre vários assuntos, inclusive de ordem sexual. Aliás, há referência a várias investidas para que a vítima mantivesse relações sexuais com o réu. Em determinada ocasião, chegaram a se encontrar e se beijaram (fls. 19/28), fato este confirmado pelos depoimentos prestados em juízo. Há, ainda, demonstração de que no dia 24/12/2016, Maria e José¹ novamente se encontraram e se beijaram. Seguidamente, a vítima mostra-se magoada com a atitude do réu, que a deixou sozinha (fls. 29/33). (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA, 2019, p. 3).

Pelo fato de já existir um relacionamento anterior ao fato, apesar de isso não dar liberdade para prática de quaisquer condutas, “não se pode afastar a possibilidade de o contexto vivenciado ter influenciado na percepção de ambos, seja na negativa da vítima em relação à ação do réu, seja da ação do réu em relação à violência que a vítima afirma ter sofrido”, segundo o juiz de primeira instância. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA, 2019, p. 4).

¹ Os nomes das partes foram alterados.

O argumento utilizado pelo juiz não encontra respaldo, visto que não se pode alegar que, devido ao relacionamento pregresso havido entre a vítima e o acusado, havia consentimento prévio da ofendida quanto aos atos sexuais praticados. O consentimento é revogável a qualquer momento e não é *ad aeternum*. Isto é, mesmo que a vítima tenha consentido com alguma relação sexual havida com o ofendido em momentos anteriores, isso não significa que ela irá consentir com todos os outros atos sexuais.

Ademais, a manifestação do dissentimento pode se dar da forma verbal ou não verbal. A vítima, na ocasião dos fatos, tentou se desvencilhar do autor, querendo ir embora do local. Além disso, a vítima afirmou que não estava ali para isso, mas sua recusa não foi acolhida pelo agressor, que passou a penetrá-la sexualmente com uso de violência. Mesmo assim, a vítima, que já não possuía forças em detrimento do estado de entorpecimento e da dor advinda de suas hérnias de disco, tentou fechar as pernas e empurrar o agressor. Depreende-se, então, que a vítima dissentiu tanto verbalmente quanto fisicamente, a partir de condutas que poderiam facilmente ter sido interpretadas como não-consentimento para com a relação sexual. No entanto, o agressor desconsiderou a manifestação da vítima, submetendo-a a uma relação sexual forçada.

B. A MENSURAÇÃO DA RESISTÊNCIA DA VÍTIMA

O juiz evidenciou, na sentença, entendimento doutrinário no que diz respeito ao dissenso da vítima frente a um ato sexual não desejado. Segundo o entendimento alvitado, “o exercício da liberdade sexual da mulher, além da livre disposição do próprio corpo, pressupõe igualmente sua oposição à prática sexual vaginal”. Ademais, a dissensão da vítima deve revelar que sua resistência seja inequívoca, “vez que a vítima não poderá, em momento algum, aderir ao ato de lascívia, devendo opor-se decididamente, enquanto dispuser de forças à vontade do agente”. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA, 2019, p. 4).

No mesmo sentido, o Desembargador fundamenta que, apesar de o exame de corpo de delito ter registrado que a vítima apresentava lesões em seus membros inferiores, não foi possível constatar que a ofendida não pôde oferecer resistência

durante o ato sexual. Para tanto, é utilizado o entendimento de Marcelo André Azevedo e Alexandre Salim, que aduzem que:

Para que configure estupro deve haver dissenso do ofendido em relação ao ato sexual, ou seja, é necessário que não haja adesão da vítima à prática sexual. Essa resistência deve ser sincera e positiva. Um não querer sem maior rebeldia (negativas tímidas) não denota discordância. Em face do dissenso, o agente executa a prática do ato sexual mediante violência ou grave ameaça. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA, 2019, np).

Acerca da resistência da vítima frente ao ato sexual, entretanto, não há, por parte dos doutrinadores ou dos julgadores, mensuração do que seria configurado, de fato, como resistência sincera e positiva. Nesse sentido, pode ser destacado que o que se espera de uma violência sexual é que ela deixe marcas, o que comprovaria o dissenso da vítima, sem que sejam considerados outros fatores. O que não se levou em consideração, nesse sentido, é que a vítima afirmou – e comprovou – possuir hérnicas de disco, causando a ela dor em determinadas circunstâncias. Tal fato, apesar de não ter impossibilitado a resistência apresentada pela vítima, possivelmente diminuiu consideravelmente sua capacidade de se opor ao ato sexual. E mais, a vítima, quando do seu depoimento, afirmou ter afastado o agressor até não possuir mais forças para tanto. Entretanto, o Desembargador reputou a atitude da vítima como tímida demais para ser considerada resistência real.

Ademais, como parte integrante das provas utilizadas no processo, as conversas por aplicativo após o fato foram tidas como cruciais. Ao desenrolar da conversa, a vítima afirma que o réu foi “extremamente grosso”, que machucou seu pescoço e tirou sua calça a força, que estava louco e que “forçou a barra”. Por conta das conversas em questão, o juiz inferiu que o réu fora ríspido e agiu de forma grosseira. Entretanto, para que fosse configurado o crime de estupro, seria necessário que a violência utilizada pelo agressor fosse intensa o suficiente para submeter o sujeito passivo, fazendo referência, então, à doutrina de Alberto Silva Franco, o qual assevera que:

Doutrinadores e jurisprudência exigem, como condição *sine qua non* para o reconhecimento do crime o “dissenso sincero e positivo” da vítima dissensão essa que venha revelar que a resistência por parte da mulher seja “inequívoca”, vez que a “vítima não poderá, em momento algum, aderir ao ato de lascívia”, devendo “opor-se, decididamente, enquanto dispuser de forças”, à vontade do agente. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA, 2019, p. 4).

O juiz, desta forma, reputa que, apesar de a conduta do agressor ter sido totalmente reprovável, esta não pode ser punida criminalmente:

É que, como dito, a conversa mantida entre réu e vítima após os fatos não dá a entender, ao menos com a certeza necessária a uma condenação criminal, que José tenha efetivamente agido de forma a incidir na norma penal, muito embora, repita-se, sua conduta tenha sido totalmente reprovável. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA, 2019, p. 6).

Além disso, de acordo com o entendimento do juiz, a percepção de violência é muito particular, conforme se observa no seguinte trecho da decisão:

(...) ainda que a percepção de violência seja muito particular e que de fato a vítima **tenha sido submetida, pelo réu, à relação sexual fora dos seus padrões de normalidade**, ainda que minimamente, tenho por duvidosa a caracterização do estupro. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA, 2019, p. 6, grifo nosso).

O juízo de segunda instância, no que lhe concerne, avultou a conversa por aplicativo entre vítima e acusado após o fato, assim como fez o juízo de primeira instância. Segundo o relator do caso, o Desembargador José Antonio Robles, a ofendida apenas demonstra não ter gostado do acontecido, assim como adverte que o réu foi grosso e que a machucou, mas não evidencia, de fato, a ocorrência de um crime sexual. Pondera, então, o Desembargador:

Note-se que, em momento algum, Maria fala sobre a ocorrência de crime de estupro, mas, sim, que José, durante a prática sexual, foi grosseiro, e que a machucou, extraindo-se daí que ele foi deveras indelicado, **agindo em determinados momentos com força desproporcional**, ou seja, praticou o ato sem o cuidado desejado por Maria; contudo, isto é insuficiente para que, com a necessária certeza, chegue-se ao entendimento de que a situação vivida configure a prática de estupro. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA, 2019, np, grifo nosso).

Para mais, o Desembargador destaca o exame de corpo de delito realizado, que demonstrou que a vítima, de fato, apresentava lesões em seus membros inferiores compatíveis com o depoimento prestado. Apesar disso, o Desembargador enfatiza o fato de não ter sido possível constatar, de plano, que a vítima não poderia oferecer resistência durante o ato sexual. Nesse sentido, o Desembargador aponta:

Para que configure estupro deve haver dissenso do ofendido em relação ao ato sexual, ou seja, é necessário que não haja adesão da vítima à prática do ato sexual. Essa resistência deve ser sincera e positiva. Um não querer sem maior rebeldia (negativas tímidas) não

denota discordância. Em face do dissenso, o agente executa a prática do ato sexual mediante violência ou grave ameaça. (...). Logo, o que se tem no caso em apreço é que inexiste a necessária certeza de que José, ao praticar o ato sexual com Maria, o fez contra a vontade dela, que ele estava ciente disso, e utilizou-se de violência visando executar seu intento. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA, 2019, np).

O ônus da resistência da vítima e, por consequência, a existência de violência praticada pelo agressor, ao que parece, articula-se com a ideia de que se a vítima não defende seu corpo e sua autonomia de forma enérgica, entrando em verdadeiro embate com o agressor, ela merece, então, ser estuprada ou ter sua liberdade sexual tolhida, não merecendo tutela pelo direito penal.

No tocante à violência como elementar do tipo penal do estupro, é pertinente indagar o porquê de o ato sexual forçado, por si só, não ser considerado uma violência. O que, de fato, deveria ser compreendido é que qualquer violência a mais, para além do ato sexual forçado, deveria ser tratada como agravante do tipo penal ou ser punida por tipo penal autônomo. A imposição sexual a uma pessoa não pode deixar de se constituir em ato de violência física, tendo em vista a verdadeira intromissão provocada no corpo da vítima. Configura-se, para além disso, violência psíquica, em razão do sofrimento provocado e da negação da autonomia da vítima como pessoa. Colocar sobre a vítima o ônus de resistência de todo impraticável significa escrutinar e censurar o seu comportamento, em vez de centralizar a atenção no comportamento do agente.

É de se considerar também que, em face da agressividade do agressor, a vítima, na maioria das vezes, não atua com a força estabelecida pelos livros, já que teme por sua vida e receia o aumento da violência contra ela praticada. Diante disso, deve-se levar em consideração toda recusa verbal e não verbal expressa pela vítima. No caso em comento, a vítima se manteve inerte frente ao ato sexual forçado devido a dor que sentia em virtude de suas três hérnias de disco. Apesar disso, quase sem forças, tentou fechar as pernas e empurrar o agressor, além de ter tentado ir embora em duas oportunidades. Ao mesmo tempo em que o juiz destaca as palavras da vítima como parte importante do conjunto probatório, não as toma como verídicas. A partir disso, é possível observar como alguns dos membros do Poder Judiciário ainda estão vinculados à obsoleta – e descabida – ideia de que os relatos das mulheres são contestáveis e até mesmo suspeitos.

Nesse sentido, a configuração do estupro deveria se dar simplesmente com o não querer da vítima, isto é, com sua falta de consentimento. Esse é o pressuposto que deveria ser analisado, como regra geral, não podendo ser distorcido em detrimento de visões particulares sobre o que se configura violência. O tipo penal não deve deixar margens e, por isso, a violência deve ser vista de forma regulamentada e sui generis. Ademais, o próprio juiz afirma que a vítima foi submetida ao ato sexual. Semanticamente, a submissão é configurada quando se tira a liberdade do agente passivo, fazendo-o obedecer às vontades do agente ativo. Dessa forma, se a vítima não possuía, à época do fato, liberdade para agir, é de se questionar como isso, então, não é considerado uma violência.

C. DESCONSIDERAÇÃO DA GRAVAÇÃO POR PARTE DO RÉU EM RELAÇÃO AO ATO SEXUAL

Pelo fato de ter havido o uso da lanterna do celular durante a prática sexual, a vítima mandou as seguintes mensagens ao réu:

Te mato
Se sair merda de mim na net
Vc tá morto
Se perder a dignidade já não vai sobrar nada a perder
Vc não sabe o quanto sou louca
Ainda é capaz de eu nem ser presa por homicídio
Te em tempo de você apagar essa merda. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA, 2019, p. 5)

Seguidamente, o réu responde:

Bom dia
Para com essa neura (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA, 2019, p. 5).

Com isso, a vítima replica:

Por favor
Não faça nada pra me prejudicar (sic). (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA, 2019, p. 5).

Em razão dessas conversas que foram carreadas ao processo, o Desembargador, no que lhe concerne, ao julgar o recurso interposto pelo Ministério Público, assevera que:

E é justamente de uma destas conversas que entendo evidenciar dúvida quanto à prática do alegado estupro, na medida que, após os fatos narrados na denúncia, mantiveram diálogo em que Maria manifesta preocupação com a divulgação de imagens na internet, isto em razão de achar que, quando José clareava o quarto com a lanterna do celular, estivesse na verdade filmando o ato sexual. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA, 2019, np).

Em um primeiro lugar, depreende-se que o Desembargador deu total respaldo ao depoimento do acusado, que informou ter utilizado a lanterna do celular para clarear o quarto na ocasião. A possibilidade do uso do celular para filmar a relação sexual foi, sem hesitação, descartada, apesar de se verificar nas mensagens enviadas pela vítima verdadeiro receio na divulgação das imagens.

Cumprindo ainda mencionar que, se de fato houve a gravação, isso é um forte indício de que a vítima não consentiu com a prática sexual. Isso porque, caso fosse consentido, as mensagens enviadas pela ofendida ao réu demonstram haver indicativos de que a vítima teria se oposto à gravação durante a relação sexual. No momento em que a vítima expressou sua contrariedade quanto à gravação, o réu deveria ter parado de gravar ou, então, cessado o ato sexual, o que não foi feito. Isto é, em razão da aflição demonstrada nas mensagens, a vítima, decerto, mencionou seu descontentamento com a gravação no momento da prática sexual e, conseqüentemente, não teria, de forma consentida, dado prosseguimento à prática sexual sabendo que estava sendo gravada. E, estando ciente o acusado da recusa da ofendida, não cessou a atividade sexual, agindo, então contra a vontade da vítima, o que configura o crime de estupro.

D. DESCONSIDERAÇÃO DO ESTADO DE ENTORPECIMENTO DA VÍTIMA

Consta na denúncia que a vítima, quando da prática sexual ocorrida, encontrava-se fraca devido ao uso de bebida alcoólica, aliada à ingestão de medicamentos antidepressivos controlados. Tal fato não foi considerado nem em primeira e nem em segunda instância.

Estando a vítima em estado de entorpecimento, entende-se que ela estaria vulnerável e, portanto, incapaz de consentir com qualquer ato sexual. Desta forma, o ato sexual praticado contra a ofendida poderia, indubitavelmente, ter levado ao enquadramento da ação ao tipo penal de estupro de vulnerável, descrito no artigo 217-

A do Código Penal. Entretanto, no caso em análise não foi sequer realizado o exame toxicológico a fim de que se comprovasse o nível de álcool no sangue da vítima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente à atual disposição do crime de estupro, continuamente o ônus probatório recai sobre a vítima, que deve comprovar o seu não-consentimento em face da relação sexual. Isso se dá principalmente devido ao fato de que, para que haja configuração do tipo penal em comento, é necessário que o agente tenha agido com violência e/ou proferindo graves ameaças à vítima. Dessa forma, sustenta-se que a falta de vestígios que indiquem a violência ou a grave ameaça acabam por condizer ao consentimento da vítima.

Essa atual postura estabelecida juridicamente acaba por não considerar o medo paralisante da vítima frente ao cometimento do ato, assim como a relação de subordinação que, por vezes, a vítima se insere. Ademais, como fator contribuinte para a lógica de culpabilização da vítima, há a descrença quanto aos relatos das mulheres. Isso porque existe uma crença cultural e social que desvaloriza a negativa da mulher frente a um ato sexual, tendo em vista que, na verdade, o “não” proferido condiz com um jogo de sedução, em que a mulher supostamente deseja que as investidas masculinas continuem, a ponto de satisfazê-la. Por esse motivo, frequentemente o “não” de uma mulher não é valorado, visto que pode ser considerado duvidoso. Ademais, apesar da evolução garantida pela Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, pela Convenção de Istambul, pela Recomendação Rec(2002) 5 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa e pela Recomendação Geral nº 35 sobre violência de gênero contra as mulheres da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Violência Contra as Mulheres (CEDAW), da Organização das Nações Unidas, a introdução do conceito de consentimento como fator determinante para a configuração do estupro não se deu em grande parte dos países, como o Brasil.

O avanço do Direito Penal Internacional ao colocar o consentimento como fator axiomático para a configuração do estupro é, de fato, relevante e valoroso. Entretanto, é preciso que se estabeleça socialmente, de forma genuína, o conceito factual do

consentimento, de forma a que se respeite a negativa de qualquer pessoa. Afinal, “não” significa realmente “não”.

REFERÊNCIAS

AMNESTY. **Let’s talk about “yes”**: consent laws in Europe, 17 dez. 2020.

Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/latest/campaigns/2020/12/consent-based-rape-laws-in-europe/>. Acesso em 10 set. 2021.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Direito Público**, v. 4, n. 17, jan. 2010. Acesso em: 01 set. 2021. Disponível em:

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1300>.

BART, Pauline; MORAN, Geil. **Violence against women**: the bloody footprints.

Londres: Sage Publications, 1993.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: a experiência vivida. 2ª ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro. 1967.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. 13ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**: vitimologia, a dupla penal delinquente-vítima, participação da vítima no crime, contribuição da jurisprudência brasileira para a doutrina. São Paulo: Universitária de Direito Ltda., 1971, p. 183.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1931. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 17 ago. 2021.

BRODOWSKI, Dominik. Protecting the right to sexual self-determination: models of regulation and current challenges in european and german sex crime laws. In:

SAAD-DINIZ, Eduardo. **O lugar da vítima nas ciências criminais**. São Paulo: LiberArs, 2017.

CAMARGO, Beatriz Corrêa; LIMA, Marília Freitas; LEITE, Mariana Silva. Ausência do consentimento como fator central na tipificação do crime de estupro: tendências no plano internacional e interpretação do art. 213 do código penal brasileiro.

JÚNIOR, Miguel Reale; MOURA, Maria Thereza de Assis. **Coleção 80 anos do Código Penal**: Volume III: Parte Especial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 139-177.

CANADÁ. Criminal Code, 1985, c. C-46. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/FullText.html>. Acesso em 24 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Recomendação Geral n. 35 sobre violência de gênero contra as mulheres do Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW)**. Brasília, 2019.

COULOURIS, Daniella Georges. **A desconfiança em relação à palavra da vítima e o sentido da punição em processos judiciais de estupro**. São Paulo: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2010. Tese de outorado em Sociologia.

CRUZ, Rúbia Abs da. Os crimes sexuais e a prova material. **Cadernos Themis Gênero e Direito**. Ano 3, nº 03, p. 79-100, 2002.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**, volume 2: parte especial (arts. 121 a 234-B). 6ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FERNANDES, Camila; RANGEL, Everton; DIAZ-BENITEZ, María Elvira; ZAMPIROLI, Oswaldo. As porosidades do consentimento. Pensando afetos e relações de intimidade. In: **Sexualidad, Salud y Sociedad**, nº 35, 2020, p. 165-193.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 9ª ed. Niterói: Impetus, 2015.

_____. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume III. 18ª ed. Niterói: Impetus, 2021.

HERNÁNDEZ, Yolíniztli Pérez. Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género. **Revista Mex. Sociol, México**, v. 78, n. 4, p. 741-767, dez. 2016.

_____. California define que és “consentimento sexual”.
Sexualidad, Salud y Sociedad, Soc. Rio de Janeiro, n. 25, p. 113-133, 2017.

HUNGRIA, Nélon; LACERDA, Romão Côrtes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio.
Comentários ao Código Penal, volume VIII, arts. 197 a 249. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

JORIO, Israel Domingos. **Crimes sexuais**. 2ª ed. Juspodivm, 2019.

KRAMER, Renato. Proteção à autodeterminação sexual no direito penal brasileiro e alemão: os modelos de consentimento como forma de delimitação da responsabilidade penal. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S.l.], v. 3, n. 5, p. 47-60, dez. 2018.

MENDES, Soraia da Rosa. **Processo Penal Feminista**. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2020.

PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P.; PANDJIARJIAN, Valéria.
Estupro: crime ou cortesia? Abordagem sociojurídica de gênero. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

PIOVESAN, FLÁVIA. Trocadilho Infame. **Estudos Feministas**, vol. 6, no. 2, 1998, p. 471–473.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 1987.

SCHULHOFER, Stephen J. **Consent: What It Means and Why It’s Time to Require It**. The University of the Pacific Law Review, 2016.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **A convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de gênero**. *Ex aequo*, nº 31, p. 105-121, 2015.

_____. O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista. **Revista do Ministério Público**, nº 128, Out. – Dez. 2011, p. 237-318.

STRECK, Lênio Luiz. Os crimes sexuais e o papel da mulher no contexto da crise do direito: uma abordagem hermenêutica. **Cadernos Themis Gênero e Direito**. Ano 3, nº 03, p. 135-164, 2002.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Rondônia. Apelação criminal nº 1000401-79.2017.8.22.0007. Apelante: Ministério Público do estado de Rondônia. Apelado: M. F. Y. Relator: Desembargador José Antonio Robles. 08 ago. 2019.

VARGAS, Joana Domingues. Estupro: que justiça? **Cadernos Themis Gênero e Direito**. Ano 3, nº 03, p. 55-78, 2002.

_____. **Estupro**: Que Justiça? Fluxo do funcionamento e análise do tempo da justiça criminal para os crimes de estupro. Tese de Doutorado. Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 2004.

VENTURA, Isabel. Um corpo que seja seu – podem as mulheres [não] consentir? **Ex aequo**, nº 31, p. 75 – 89, 2015.