

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI SALVADOR – BA**

**GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I**

**MARIA CLAUDIA CRESPO BRAUNER**

**SILVANA BELINE TAVARES**

**LOIANE DA PONTE SOUZA PRADO VERBICARO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

G326

Gênero, sexualidades e direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Maria Claudia Crespo Brauner; Silvana Beline Tavares; Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-624-6

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



# XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

## GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

---

### **Apresentação**

A presente publicação é resultado do GT: Gênero, Sexualidades e Direito I, realizado no XXVII Encontro do CONPEDI, em Salvador, no dia 14 de junho de 2018, na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia - UFBA.

Foram apresentados 22 trabalhos dentro de uma variedade de temáticas e multiplicidade de perspectivas teóricas e que envolvem as principais questões que são objeto de atenção de diversas áreas, mas que tem recebido especial atenção dos juristas, engajados com a luta pelo fim das discriminações entre homens e mulheres. A partir de uma perspectiva de defesa da diversidade, da individualidade e das sexualidades, questionam-se os papéis de gênero, o patriarcado, heterossexismo, homofobia e transfobia, nas suas mais variadas manifestações.

Esta publicação conta com a participação de juristas experientes bem como a contribuição de jovens pesquisadores que, atuando especialmente na área do Direito, perceberam a importância da perspectiva transdisciplinar como caminho propulsor da transformação e de reconhecimento da diversidade humana.

Os estudos de Gênero vêm ganhando atenção mundialmente e, via de consequência, os juristas percebem nesses novos estudos um grande desafio para renovação do Direito, com o objetivo de promover o respeito à diversidade e à dignidade humana.

Assim, as discussões temáticas que integram a presente publicação propõem, no âmbito de cada uma das questões enfrentadas, uma atuação mais democrática dos cidadãos, cidadãs, e dos e das profissionais, permitindo a busca de soluções para os problemas sociais contemporâneos, relativos às temáticas que entrelaçam gênero, sexualidades e Direito.

Para analisar a servidão ao patriarcado, Camyla Galeão de Azevedo e Loiane Prado Verbicaro no artigo “A docialidade da servidão e a amargura da liberdade: uma análise do patriarcado sob a perspectiva da servidão voluntária”, analisam a noção de servidão voluntária da obra de La Boétie, como possibilidade de compreensão da opressão das mulheres a partir dos conceitos de inferioridade e submissão que reforçam a lógica hierárquica de desigualdade de gêneros.

Ao apresentar o artigo “A importância da luta dos movimentos sociais feministas no desenvolvimento da tipificação do feminicídio e na busca por igualdade entre os gêneros”, Claudine Rodembusch Rocha e Henrique Alexander Grazzi Keske fazem um breve histórico do que denomina de ativismo social feminino, enfatizando a luta pelos direitos de igualdade e sua conquista, para analisarem a lei tipificadora e/ou qualificadora do feminicídio.

Yasmin Dolores de Parijos Galende em “Controle patriarcal sobre as sexualidades e a reprodução desse dispositivo de poder nas instituições de ensino”, busca identificar nos projetos institucionais a docilização dos corpos que são padronizados para se adequarem silenciosamente a heteronormatividade.

Em “Democracia e movimentos sociais digitais: uma análise a partir do movimento feminista em redes”, Jessica Cristianetti e Amanda Netto Brum trabalham sob a perspectiva que os movimentos sociais evoluíram nos últimos anos e, como as comunicações em redes, através da internet, ganharam proporção global e viral, questionando sobre a influência destes sobre a Democracia.

Grazielly Alessandra Baggenstoss apresenta no artigo “Direitos fundamentais das mulheres: o mínimo existencial diferenciado pelo gênero”, o questionamento sobre qual a configuração normativo-jurídica para a garantia da dignidade das mulheres e os respectivos parâmetros de mínimo existencial a partir da perspectiva do reconhecimento internacional dos direitos humanos e no âmbito constitucional brasileiro.

O artigo “A autoafirmação afetivo-sexual da pessoa com deficiência: em defesa do livre exercício da sexualidade na diversidade funcional”, Carolina Valença Ferraz e Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto analisam a postura da sociedade sobre a invisibilização dos componentes desse grupo social, o que acaba acarretando, diversas vezes, em uma supressão da autonomia desses indivíduos juntamente com a negação de suas liberdades sexuais.

Gabriela de Moraes Kyrillos e Sheila Stolz em “Sexismo na academia brasileira: estudo de casos desde o sul do Brasil”, fazem uma análise crítica sobre as emblemáticas denúncias de estudantes dos Cursos de Direito de duas Universidades Federais do sul do Brasil: UFSC e FURG, realizando um breve resgate histórico sobre a inclusão das mulheres no ensino formal e no fazer Ciência, para constatar que, atualmente, persistem os fenômenos conhecidos como “teto de vidro” e “labirinto de cristal” – compreendidos como violência simbólica de gênero.

No artigo “Violência contra a mulher e desigualdade de gênero na estrutura da sociedade: da superação dos signos pela ótica das relações de poder”, Michelle Ângela Zanatta afirma que

a violência contra mulher repousa sobre o capitalismo e a desigualdade de gênero está no centro do desequilíbrio de poder normalizado na sociedade.

Liv Lessa Lima De Holanda em “Um estudo sobre pessoa, direitos da personalidade e a cirurgia de redesignação de estado sexual à luz da teoria geral do direito”, aborda os direitos da personalidade, direito ao corpo e à integridade física, para discutir a transexualidade.

Em “ Violência obstétrica: uma grave violação aos direitos humanos das mulheres”, Roberta Lemos Lussac critica a problemática existente em práticas obstétricas brasileiras, rotineiras e naturalizadas pela medicina, que, constituem grave violação aos direitos humanos das mulheres.

Giselle Meira Kersten em “Nana, Neném, que a cuca vem pegar, papai foi para roça, mamãe foi passear” analisa os fundamentos da discriminação da mulher no mercado de trabalho, a partir de fatores histórico-socioculturais, biológicos e/ou legais.

“Diálogo das fontes e sistema penal: um olhar à proteção dos direitos humanos das mulheres” DiMarjorie Evelyn Maranhão Silva e Valdira Barros analisam a aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes ao sistema penal, no que tange à proteção dos direitos das mulheres.

Sandra Suely Moreira Lurine Guimarães em “A judicialização do estupro contra mulheres: como o sistema criminal brasileiro aborda essa forma violência?” faz uma discussão acerca do estupro, com o intuito de investigar como esse delito é abordado no sistema criminal brasileiro.

Em “Mulheres presas em flagrante no Pará: direito e igualdade” Lizandro Rodrigues de Sousa e Celso Antônio Coelho Vaz através da análise da legislação correlata e da análise de cinco casos avaliam o procedimento atualmente adotado quando do aprisionamento de mulheres em flagrante no Estado do Pará (BR) e avaliam a adequação deste procedimento aos direitos subjetivos das mulheres encarceradas no âmbito do sistema judicial e policial.

No artigo “A questão de gênero, sexualidade e orientação sexual na atual base nacional comum curricular (bncc) e o movimento lgbttqis”, Paulo Roberto De Souza Junior enfoca a análise sobre o gênero, sexualidade e orientação sexual na BNCC – ou sua omissão - e as consequências ao movimento LGBTTTQIs,

Andréa Santana Leone De Souza e Mônica Neves Aguiar Da Silva em “A tutela da criança intersex: uma análise principiológica” discutem os princípios e regras constitucionais na perspectiva da tutela da criança intersex em uma sociedade complexa, plural e diversa.

A avaliação da evolução jurisprudencial relativa às uniões homossexuais, desde a publicação da Constituição Federal, de 1988, como efetivação de Direitos Fundamentais, tais como liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana é feita por Cynthia Barcelos dos Santos e Carmen Hein De Campos em “Considerações sobre as uniões homossexuais: da evolução jurisprudencial à autodeterminação”.

Análise das regras sobre a definição do sexo de um indivíduo, em especial dos transexuais é elaborada por Clift Russo Esperandio e Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti levando-se em consideração fatores que não se restringem apenas aos biológicos com o artigo “Direito e sexualidade na sociedade da informação: uma visão sob o aspecto dos direitos da personalidade”.

Iverson Sheldon Lopes Duarte em seu trabalho “Efetividade constitucional: análise das decisões sobre união igualitária ancorada em uma teoria da argumentação”. Discorre sobre o julgamento pelos Tribunais Superiores de ações relacionadas à união entre pessoas do mesmo sexo, o que ensejou debates sobre limites da atividade jurisdicional e sua legitimidade ao inovar o ordenamento jurídico.

Camila Christiane Rocha Nicolau em “O papel contramajoritário do supremo tribunal federal no reconhecimento da dignidade dos transgêneros” destaca a importância do papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal para a tutela dos direitos dos grupos minoritários através da análise da decisão proferida em na ADI 4275 que reconheceu aos transgêneros a possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo.

E por fim, o artigo “O papel do estado na inclusão de atletas transexuais no esporte à luz da teoria do reconhecimento social” de Ednilson Donisete Machado e Marco Antonio Turatti Junior traz uma discussão sobre o papel do Estado no tratamento de atletas transexuais no esporte, à luz da teoria do reconhecimento social, indicando a vulnerabilidade sofrida pelo grupo na questão de gênero e a necessidade de um diálogo interdisciplinar.

As contribuições ora apresentadas confirmam a emergência do tratamento das diversas problemáticas ora apresentadas e que convocam à transformação dos comportamentos e à aplicação do Direito de forma a promover a igualdade e o respeito à diversidade e à coexistência pacífica em uma sociedade que se propõe verdadeiramente democrática.

Maria Claudia Crespo Brauner - Universidade Federal do Rio Grande

Silvana Beline Tavares - Universidade Federal de Goiás

Loiane Prado Verbicaro - Centro Universitário do Estado do Pará

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

## **A JUDICIALIZAÇÃO DO ESTUPRO CONTRA MULHERES: COMO O SISTEMA CRIMINAL BRASILEIRO ABORDA ESSA FORMA VIOLÊNCIA?**

### **THE JUDICIALIZATION OF RAPE AGAINST WOMEN: HOW DOES THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM APPROACH THAT KIND OF VIOLENCE?**

**Sandra Suely Moreira Lurine Guimarães**

#### **Resumo**

Este trabalho bibliográfico objetiva realizar uma discussão acerca do estupro, com o intuito de investigar como esse delito é abordado no sistema criminal brasileiro. Defendemos que o estupro contra mulheres pode ser considerado um crime de gênero, no contexto de uma sociedade patriarcal na qual os homens exercem a dominação, inclusive objetificando os corpos das mulheres. Discutimos que o sistema criminal brasileiro revela sua ineficácia em proteger a dignidade e a liberdade sexual da mulher, por reproduzir o estereótipo de gênero que segrega as mulheres entre as que são consideradas vítimas e as que são responsáveis pelo ato violento sofrido.

**Palavras-chave:** Estupro, Violência sexual, Crime de gênero, Sistema criminal, Vítima

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

This bibliographical essay aims to accomplish a discussion about rape, with the intent of investigating how that delict is approached in the brazilian criminal system. It is argued that rape against women can be considered a gender crime, in the context of a patriarchal society in which men exercise domination, including objectfying women's bodies. Thus, it is held that brazilian criminal system, reveals its inefficay to protect female dignity and sexual freedom, since it reproduces the gender stereotype that segregates women between those who are responsible by the violent act suffered.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Rape, Sexual violence, Gender crime, Criminal system, Victim

## INTRODUÇÃO

Será justo, então, o réu Fernando Cortez, primário, trabalhador, sofrer pena enorme e ter sua vida estragada por causa de um fato sem consequências, oriundo de uma falsa virgem? Afinal de contas, esta amorosa com os outros rapazes, vai continuar a sê-lo. Com Cortez, assediou-o até se entregar e o que, em retribuição lhe fez Cortez, uma cortesia (...) (TJ/RJ, 10.12.1974 RT 481/403).

A epígrafe que abre esse artigo, inobstante ser uma decisão judicial da década de 1970, parece ser ainda o reflexo da visão ideológica do julgador quando se trata de crimes sexuais contra a mulher, de maneira especial, do delito de estupro. Destarte, o nosso objetivo é discutir a atuação do judiciário brasileiro nos casos de estupro, com o intuito de expor que nessa forma de violência há a culpabilização da vítima pelo sistema criminal, do mesmo modo que os códigos sociais também tendem a culpá-la. Assim, o presente trabalho tem como objetivo discutir, por meio de uma pesquisa bibliográfica e análise de um julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o modo como o judiciário brasileiro aborda a violência sexual contra as mulheres, notadamente o estupro.

Destarte, a abordagem do estupro pelas instâncias oficiais como o poder judiciário, encerra algumas dificuldades em razão da especificidade dessa forma de violência. Inicialmente a dificuldade decorre da própria necessidade de comprovar a denúncia, considerando que o estupro é um delito que costuma ocorrer em espaços privados, de forma clandestina. Embora sem esquecer que na Índia, recentemente, houve alguns episódios de estupro coletivo, em ônibus na presença de testemunhas.

Demais disso, mesmo nos casos em que o laudo pericial constata que houve a conjunção carnal, ainda que haja evidência da violência física, a mulher, sobremaneira, se for adulta e não virgem terá seu relato sob suspeita. Isso ocorre porque nos casos de estupro, contra mulheres, somente os exames periciais não são suficientes para corroborar a palavra da mulher. Há sempre o questionamento sobre o suposto consentimento, assim como a análise da sua vida pregressa, do seu comportamento, da sua conduta. A verificação desses elementos tem seu fundamento no senso comum social, que tende a concluir que a mulher deu causa à sua própria dor, como a vítima provocadora.

A necessidade de uma discussão acadêmica desse fenômeno reporta-se à singularidade dessa forma de violência. No ato violento do estupro, a subjetividade da mulher é completamente negada, assim como sua autonomia e dignidade são totalmente violadas, o que acarreta seu processo de vitimização. Por essa razão, interessa-nos analisar como o estupro contra mulheres

é decodificado pelo sistema criminal brasileiros, considerando que se trata de um crime de gênero.

Em acréscimo, defende-se que a discussão sobre a judicialização do estupro no judiciário brasileiro possui relevância intrínseca, tendo em vista os alarmantes números dessa modalidade perversa de violência. No Brasil, uma mulher é estuprada a cada 11(onze) minutos, de acordo com o Estudo do estupro no Brasil: uma radiografia segundo dados da saúde<sup>1</sup>, realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Esse mesmo estudo revela que, no Brasil, são praticados 527 mil estupros por ano, com a ressalva de que não podemos esquecer do fenômeno da cifra negra<sup>2</sup>. Os autores do estudo afirmam que apenas 10% desse universo são denunciados.

Há também uma certa especificidade da abordagem judicial pertinente aos crimes sexuais, que requer diligências como perícias médico-legais de natureza ginecológica, perícias psicológicas forenses, exames cujo objetivo é atestar a veracidade ou credibilidade do testemunho da vítima. Nessa seara, são levantadas algumas dificuldades que vão desde a incredulidade na palavra da vítima, considerando que é um crime que via de regra ocorre sem a presença de testemunhas, ao exame das circunstâncias em que a prática ocorreu, assim como sua condição pessoal<sup>3</sup>. Destaca-se que essa mentalidade é, por vezes, iterada também na produção doutrinária, como fica evidente no trecho a seguir:

A palavra da vítima, e a maneira como é prestada, ao relatar o assalto sexual de que haja sido objeto, poderá permitir ao juiz aquilatar da sinceridade ou não dessa vítima. O importante é que a vítima demonstre (...) que ofereceu sério e sincero dissenso aos propósitos do autor, bem como a ele resistiu até o limite de suas forças correntes(...) até o limite de sua própria incolumidade física ou vital (...) (SOUZA, 1998 p.110)

A passagem acima transcrita não só se coaduna totalmente com a epígrafe do capítulo, como é particularmente reveladora de um senso comum que perpassa a prática do estupro. O grande problema é que tal mentalidade não fica circunscrita às mentalidades acríticas do senso comum, que simplesmente reproduzem os estereótipos, mas alcança outras esferas da vida social, inclusive se propaga em instituições que deveriam concorrer para a proteção das vítimas dessa

---

<sup>1</sup> Estudo realizado por Cerqueira e Coelho, contido na Nota Técnica nº 11 do Instituto de Pesquisa Econômica

<sup>2</sup> Cifra negra é o termo utilizado para se referir ao percentual de crimes não registrados oficialmente, de modo que não constam nas estatísticas oficiais. Câmara (2008) elucida que a cifra negra põe em xeque o valor das estatísticas oficiais que, segundo ele, "não podem mais ser consideradas como um campo totalmente claro, perceptível e livre de sombras, uma vez que representam tão só uma parcela da criminalidade existente (p.90).

<sup>3</sup> Uma pesquisa realizada em 2015 pelo Instituto Avon e pelo Data Popular, com 1800 universitários, apontou que 27% dos entrevistados consideram que abusar de uma mulher não é violência. Também apontou que 31% consideram normal repassar vídeos e fotos das suas colegas sem autorização.

violência. Dentre essas instâncias, destaca-se o poder judiciário, para o qual essas vítimas recorrem a fim de reparação dos danos sofridos.

Com efeito, quando a vítima de estupro se sente encorajada a fazer a denúncia, não necessariamente ela encontra um espaço de respeito, voltado à preservação de sua dignidade já violada. Na sequência do trabalho, faremos uma exposição sobre a especificidade dessa forma de violência e posteriormente abordaremos o tratamento dispensado às vítimas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como, por fim, as formas como os casos de estupro costumam ser tratados no judiciário pátrio.

## 1 QUE VIOLÊNCIA É ESSA, O ESTUPRO?

Parece incontestado que o estupro é a manifestação mais atroz da dominação masculina sobre a mulher<sup>4</sup>. É um ato violento no qual o corpo da vítima é usado para a satisfação do impulso sexual mais primitivo. No estupro, há eliminação da soberania sobre o corpo, o que já foi considerado como elemento fundamental para o acesso à cidadania. O sofrimento da vítima é ignorado, sua autonomia e dignidade são profundamente negados, acarretando assim sua verdadeira objetificação.

Trata-se de um fenômeno social, em virtude de não ser pontual e ocorrer segundo padrões amplamente presentes e, de certo modo, aceitos na sociedade. Sobre isso, Biroli (2014, p.113) afirma que “o estupro seria nada mais, nada menos que um processo de intimidação pelo qual todos os homens mantêm todas as mulheres num estado de medo.”.

Alguns elementos presentes no estupro, tais como ocorrer majoritariamente contra as mulheres, a depreciação da vítima por meio do questionamento de sua conduta pessoal e moral, dentre outros, possibilitam defender que se trata de um crime de gênero<sup>5</sup>, uma vez que é praticado por

---

<sup>4</sup> A Lei nº.12015 de 2009, que alterou o capítulo da legislação brasileira sobre crime sexuais, realizou uma alteração no dispositivo que trata do estupro. Pela legislação anterior, somente mulheres poderiam ser vítima de estupro. Com a nova lei o caput do artigo, 231 do Código penal, que trata dessa forma de violência trouxe o termo alguém, em substituição à palavra mulher. Deste modo, os homens também podem ser vítimas de estupro. Há uma modalidade de estupro contra homens, que consiste no estupro carcerário. Trata-se de uma forma de violência sexual praticada nos presídios ou mesmo em delegacias, contra homens que praticaram estupro, notadamente quando suas vítimas são crianças. O estupro carcerário é uma forma de violação de violadores que se traduz na seguinte “regra” do ambiente prisional: *quem entra no presídio por estupro deve ser estuprado*. Ressalta-se que os agressores são não somente os apenados, mas por vezes há a participação dos agentes penitenciários, ou seja, aqueles que representam o Estado. É uma violência recorrente, mas que ainda é pouco problematizada na sociedade e na academia. Chama atenção para um aspecto desse ato violento. Quando os apenados praticam o estupro contra o estuprador, é comum dizerem que agora ele vai se tornar uma mulherzinha. É perceptível que mesmo entre os que estão supostamente repudiando o estupro, uma naturalização dessa violência contra a mulher.

<sup>5</sup> Gênero é um conceito das Ciências sociais que começou a ser utilizado a partir da década de 1960, para se contrapor à ideia de que a desigualdade entre homens e mulheres era decorrente de suas diferenças biológicas, portanto, naturais. No que concerne ao fato de ser um crime de gênero, o estudo do IPEA, já mencionado, aponta que 96,66% dos agressores são do sexo masculino.

homens contra mulheres e revelador de uma concepção masculina de dominação social, corolário do patriarcado. Assim entendido, o estupro é uma forma de manifestação do poder masculino pautado na submissão feminina que resulta no domínio do corpo da mulher.

Desta feita, institui-se e consolida-se a *cultura do estupro*, traduzida pela reificação da mulher, de sorte que a violência sexual corre o sério risco de ser naturalizada, dada a sua incidência e a tolerância social face a mesma. Diante dessa realidade, é bastante razoável, conquanto lamentável, que um dos grandes receios de uma mulher, malgrado a violência multifacetária, seja exatamente o de ser vítima do estupro. Receio esse vivenciado de forma reiterada e exclusivamente por mulheres.

Como há uma assimetria entre os sexos, no imaginário social, há uma construção social sobre o comportamento esperado, ou melhor, dos papéis que devem ser representados por homens e mulheres de formas distintas. Com isso, o homem é visto como alguém livre e dominante, ao passo que a mulher deve ser cautelosa e preservada. O que nos interessa discutir é quando essa desigualdade, naturalizada na atribuição de papéis impostos e reiterados culturalmente se reproduz no sistema criminal, nos casos de estupro quando a vítima é mulher.

Além disso, cabe questionar: como a violência sexual contra a mulher, notadamente o estupro, é decodificado pelo sistema criminal? É importante não olvidar que o discurso jurídico sustentáculo desse sistema, em tese, é pautado na racionalidade e na suposta neutralidade com fins de alcançar o julgamento justo, ou ao menos adequado.

O estupro é certamente uma das manifestações de violência mais antigas da história da humanidade. Já foi inclusive considerado crime contra o patrimônio, considerando que a mulher era propriedade do pai e depois do marido. Por consequência desse raciocínio jurídico, esse delito não era punido em razão da violência que causava à mulher, mas propriamente por constituir uma violação ao patrimônio de outro homem. Assim, percebe-se que sequer há a visibilidade da mulher como vítima, mas a preocupação com a propriedade.

De acordo com Vigarello (1998), somente a partir do século XVI o estupro começa a ser visto como uma forma de agressão, mas não contra a mulher, e sim contra a honra de sua família. Desta feita, caso a mulher fosse virgem e de família abastada, havia uma reprovabilidade maior, do mesmo modo que mais intenso esforço em punir o agressor, considerando a necessidade de restaurar a honra da família.

Em razão de mudanças sociais, a legislação sobre o estupro também sofreu alterações e passou a ser considerado um crime contra os costumes, concepção essa totalmente albergada até o ano de 2009 na legislação penal brasileira. Nessa perspectiva, não havia uma preocupação com a dignidade mulher, a despeito de a Constituição de 1988 ter a dignidade da pessoa humana como

seu fio condutor. O Código Penal, que data de 1940, tinha como escopo claramente proteger um suposto moralismo sexual, mas não a dignidade e a liberdade sexual da mulher.

Com efeito, a mudança na lei não é acompanhada de uma mudança na mentalidade da sociedade, que, apoiada na suspeita da conduta da vítima, continua a criminalizá-la. Isto porque há uma construção social cultural do estereótipo da mulher no interior de um contexto marcado pelo sistema patriarcado<sup>6</sup> que encerra a desigualdade de gênero<sup>7</sup>, a qual invade todas as esferas sociais, inclusive das instituições oficiais de controle social, como o poder judiciário.

O estupro visto como crime de gênero, pode ser entendido como uma forma de violência praticada pelo homem contra a mulher, de modo que sua manifestação empírica revela a dominação masculina engendrada e mantida por relações culturalmente assimétricas entre o masculino e o feminino, sendo que o primeiro se impõem como superior ao último. Tal superioridade masculina encerra uma relação de poder e submissão traduzida, dentre outras formas, pela apropriação do corpo da mulher, ocasionando sua coisificação.

Desta feita, o crime de gênero é precisamente aquele praticado por um homem contra uma mulher e que revela a manifestação do patriarcado, no qual os papéis de homens e mulheres são previamente definidos e sempre pautados na subordinação do feminino pelo masculino, que legitima as desigualdades entre homens e mulheres, assim como constitui verdadeiro estereótipo de gênero que tende a naturalizar a prática do estupro.

## 2 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A VÍTIMA

No ordenamento jurídico pátrio, destacam-se alguns dispositivos, como o art. 5º, X, da Constituição de 1988, e o artigo 91, I, do Código Penal, que se referem à indenização das vítimas de delitos. No último instrumento legal, destaca-se também seu artigo 61, que concerne ao agravamento da pena considerando as circunstâncias pessoais da vítima, quando se trata de crianças, idoso, enfermo, grávida, visando a uma maior proteção em virtude de suas fragilidades.

Todavia, tais instrumentos ainda são silentes no que tange ao tratamento adequado que as vítimas de um delito merecem receber no decorrer do processo criminal. A começar pela forma

---

<sup>6</sup> Para a Sociologia, patriarcado é uma organização social primitiva na qual a autoridade era necessariamente exercida por um homem, e cujo poder era extensivo aos membros da mesma linhagem. De forma sucinta, o patriarcado constitui um sistema em que homens dominam as mulheres. Nas modernas sociedades ocidentais, esse termo passou a ser utilizado para criticar e combater práticas sociais que manifestem o machismo.

<sup>7</sup> Sobre o significado de gênero, Scott (1995 p. 21) defende que o “núcleo essencial da definição se baseia na conexão integral entre duas proposições: o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseada nas diferenças percebidas entre os sexos, e o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder”.

como as mesmas participam em um determinado processo, no qual em tese são as maiores interessadas, porém o Estado dispensa a elas um papel secundário.

O legislador, a pretexto de uma maior atenção à vítima, de forma geral, na Exposição de Motivos da Reforma Penal, Lei nº 7.209 de 1984, traz à baila a necessidade de se analisar o comportamento da vítima no momento da fixação da pena-base ao infrator. Dessa feita, o que passa a ser analisado é se a vítima de alguma forma concorreu para a realização do ato delituoso. Em última instância, isso resultou em considerar o comportamento da vítima como uma “justificativa” para a conduta do agressor. No entanto, essa suposta atenção à vítima gerou o efeito reverso daquilo que se pretendia, como denuncia Bittencourt, (2006) ao afirmar que:

Com o advento da Reforma Penal [...] chegou-se a sustentar que, finalmente o Direito Penal mostrava-se preocupado com a vítima, adotando, inclusive, o comportamento como parâmetro obrigatório na consideração da dosagem da pena. **No entanto, tal previsão não milita em favor da vítima, mas contra ela, pois seu comportamento é analisado como fator criminógeno** (BITTENCOURT, 2006, p. 24 Grifo nosso).

A passagem supracitada ratifica a tese de que o ordenamento jurídico brasileiro não se coaduna aos preceitos da vitimologia, face à necessidade da adoção de programas de prevenção, de reparação do dano e de garantias dos seus direitos. Isso fica claro quando se constata que, no Brasil, o estudo da vítima ainda não recebeu a atenção adequada, seja quanto à doutrina, seja quanto à legislação. Ao contrário disso, apresenta nítida tendência a responsabilizá-la pelo dano sofrido, sobretudo nos crimes sexuais. Não obstante isso, há no mesmo ordenamento uma produção legislativa, ainda tímida, a qual parece acenar para uma abordagem da vítima em consonância com a vitimologia.

Trata-se da Lei nº 9.099 de 19958, por meio da qual a vítima tem um papel mais atuante na busca de seus direitos. No referido dispositivo legal, a vítima, em tese, adquire uma certa importância, na medida em que tem uma participação ativa no processo, ouvindo e sendo ouvida, o que demonstra um certo “protagonismo” no processo.

A mencionada lei representou a tentativa de uma prestação jurisdicional eficiente, de modo que o judiciário brasileiro envidou esforços na direção de superar a morosidade processual e, quiçá, oferecer um serviço que pudesse contemplar as partes envolvidas de maneira mais ampla. Essa

---

<sup>8</sup> Trata-se da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais que assegura, teoricamente, maior participação à vítima visto que fomenta procedimento, como o da conciliação. No âmbito criminal, a lei inovou ao trazer o instituto da transação penal, aplicado para infrações penais de menor potencial ofensivo. Em tese, o objetivo do instituto é a reparação dos danos sofridos pela vítima. Outro objetivo é a alternativa de penas não restritivas de liberdade. Entretanto, o papel da vítima é totalmente secundário no processo, uma vez que compete ao Ministério Público propor a transação penal e ao autor da infração concordar.

tentativa parece louvável por enfatizar a conciliação, tido como um instituto que possibilita a solução consensual de conflitos.

Deste modo, a conciliação seria o instrumento que permitiria a participação de outros sujeitos, além dos formalmente envolvidos, Ministério público e acusado, e, assim, ter-se-ia a participação daquela que coloca a engrenagem do processo criminal em movimento, ou seja, a vítima. Em que pese as virtudes da lei em tela, é importante destacar que elas não se aplicam às violações sexuais constituintes do cerne deste trabalho, pois só dizem respeito às infrações penais de menor potencial ofensivo.

O advento dessa lei foi visto como uma resposta às reivindicações dos movimentos vitimológicos, que pugnavam pela maior participação da vítima no processo criminal, tendo em vista que ela, e não o Estado, é a maior interessada. É o que defende Barros (2008 p.96) quando afirma; “No novo sistema, não há a preocupação em se atender a pretensão punitiva estatal de punição, mas, em primeiro lugar, de se atender à vítima, mediante a reparação dos danos”.

Nesse sentido, ainda que, talvez, tenha havido essa preocupação nuclear com a vítima, isso precisa ser visto com certa reserva. O que se revela mais aceitável é a forma como a lei representa uma economia para o Estado, tanto no que concerne aos custos processuais, duração do processo, quanto à aplicação de penas alternativas às restritivas de liberdade, é o que se pode abstrair das palavras de Mazzutti (2012):

As novidades trazidas pela mencionada lei, tais como a composição civil dos danos, a transação penal e suspensão condicional do processo forma vistas como **mecanismos de descongestionamento da máquina judiciária, aperfeiçoando o sistema e otimizando a resolução da causa** (MAZZUTTI, 2012 p.96 Grifo nosso).

Assim sendo, não obstante a necessidade da participação da vítima, considerando os mecanismos utilizados para a resolução do conflito, especialmente a transação penal, o que resta mais evidente é a sua participação, que pode ser tão somente um instrumento de assentimento para a aplicação de tais mecanismos, em vez de propriamente ser instrumento a satisfação de seu interesse, embora não se desconsidere que haja alguma forma de reparação. Não seria a pretensa reparação apenas um meio de evitar a punição, e assim ser mais satisfatório ao acusado do que propriamente à vítima?

De acordo com Barros (2008), no que diz respeito à reparação, no ordenamento jurídico brasileiro, não há um único diploma legal que trata especificamente do tema. O que há, faticamente, são disposições esparsas por vários códigos, sobremaneira no Código Civil certamente em razão da ainda forte preocupação patrimonialista. Esta ainda subsiste na

legislação civilista, inobstante ter passado por alterações para se adequar ao texto constitucional. Barros acrescenta que a reparação do dano resultante de um ilícito penal, na legislação brasileira, compreende a reparação como matéria de direito civil, ainda que em alguns casos vincule a decisão civil à deliberação processual penal.

De todo modo, alimentamos um certo ceticismo em relação a um real alcance vitimológico dessa lei, 9099 de 1995. Será que sob o argumento de oportunizar a contemplação dos interesses da vítima, por meio de sua participação, o que está em questão é a tentativa de evitar a imposição da pena privativa de liberdade? Isso não é censurável. Não há, com a adoção dessa lei, de forma preponderante, a busca de vias que eliminem ou mitiguem o recurso a processo formalista e moroso? O que, como já nos referimos, representa muito mais uma economia para o Estado? Ainda que não tenhamos repostas categóricas para essas questões, parece-nos interessante não descurar de tais possibilidades.

### 3 A TRAJETÓRIA DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

Em nosso ordenamento jurídico, especialmente no texto constitucional, são cristalinas as garantias e os direitos fundamentais do criminoso, que têm como objetivo limitar a ação estatal, de sorte que a prestação jurisdicional se coadune à moldura do Estado Democrático de Direito. Assim, iniciado o processo criminal, são essas garantias contempladas no artigo 5º da Constituição que serão mobilizados em favor do réu, em casos de violações por parte do Estado na persecução penal. Todavia, há clara dissimetria no que tange à vítima quando de sua participação no processo criminal, o que enseja críticas substanciais quanto ao seu apagamento no drama penal, em favor de sua substituição pelo Estado acusador.

Na legislação penal brasileira, como já mencionado, as referências à vítima ocorrem de maneira bastante pontual, a exemplo dos artigos 5º, X, da CF, e 91, I, do Código Penal (CP), que dizem respeito à indenização das vítimas de delito. De outro modo, nos artigos 61 e 59, ambos do CP, tem-se, no primeiro, as circunstâncias pessoais da vítima (criança, mulher grávida, enfermo e idoso), entretanto, sem qualquer preocupação intrínseca com a vítima, mas com a possibilidade de aumento da pena, revelando o caráter nitidamente punitivista. Quanto ao último artigo, o enfoque incide no comportamento da vítima, o que, de certa forma, fomenta a famigerada construção da vítima provocadora ou colaboradora.

Desse modo, é inequívoco que não há em nossa legislação um tratamento jurídico adequado à pessoa da vítima<sup>9</sup> no que tange às suas garantias fundamentais. No âmbito processual, não há

---

<sup>9</sup> Ainda que considere a importância da Lei Maria da Penha, conforme já comentamos em outra nota, no que concerne seu alcance claramente vitimológico, essa lei não altera o modo como a vítima participa do processo que

sequer uma menção explícita à vítima como sujeito da relação processual, o que a coloca apenas como sujeito passivo do delito, como expõe Fernandes (1995):

O vocabulário vítima aparece com significado de vítima penal, ou seja, de sujeito passivo da infração penal. Assim, no artigo 188, III, consta que o “réu será interrogado sobre se conhece a vítima”; no artigo 240, §1º, g, admite-se busca domiciliar para “apreender pessoas vítimas de crime”; segundo o artigo 458 caput, haverá incompatibilidade legal do jurado por suspeição em razão de parentesco “com a vítima”. Não é palavra usada para se referir à vítima como sujeito da relação jurídica processual (FERNANDES, 1995, p. 50, destaques do autor).

A condição da vítima no processo criminal torna-se mais problemática ainda quando se trata de uma mulher, especialmente aquelas vítimas do estupro, considerando as peculiaridades que envolvem essa forma de violência.

A trajetória a ser percorrida pela vítima, após a difícil decisão de denunciar o estupro, é lenta, árdua e sinuosa, e tem início com a fase considerada pré-processual por meio do inquérito policial<sup>10</sup>. Destaca-se que nesse momento a vítima é instada a fazer o relato do ato violento, em um ambiente completamente destituído dos meios adequados para seu acolhimento. Isso fica menos constrangedor, supostamente, quando é realizado em uma Delegacia de mulheres. Nesse primeiro contato com o sistema criminal, a discriminação já revela sua face, de modo que tem início a suspeita que deverá acompanhar a vítima nas demais etapas do curso do processo. É o que defende Câmara (2008) na seguinte passagem:

Na práxis constroem-se estereótipos que se adscrevem às vítimas de certos tipos de crime e, uma vez que a vítima concreta não preencha certas características peculiares ao clichê ou arquétipo-padrão, em lugar de ser apoiada, ouvida e de receber solidariedade e atenção (...) não apenas não é devidamente acolhida, como principalmente a vítima feminina em delitos relacionados com a autodeterminação sexual (...) não raro, é tratada como suspeita ou provocadora (CÂMARA, 2008 p. 84. Destaque no original).

---

julga seu agressor, limitando-se a objeto probatório para condená-lo ou absolvê-lo. Desta feita, inobstante essa lei não possuir a intenção de ser uma norma criminalizadora, e sim de ser um instrumento que possa reduzir as injustiças de gênero, sua aplicação fática adquire outros contornos considerando o tratamento dispensado às mulheres pelo sistema criminal.

<sup>10</sup> Sobre o inquérito policial, Oliveira (2011) esclarece que se trata da atividade específica da polícia denominada judiciária que, no âmbito da Justiça Estadual, concerne à Polícia Civil e, na Justiça Federal, à Polícia Federal. O inquérito tem por objetivo realizar a apuração das infrações penais e de sua autoria, tal como resta claro no art. 4º, do Código de Processo Penal. Essa fase pré-processual tem sua razão maior no convencimento daquele que é responsável pela acusação. Destaca Oliveira que, na fase do inquérito, o juiz, órgão acusador, sequer deveria ter contato com a investigação. A participação do juiz, nesse momento, só se justificaria quando houvesse lesão, risco ou ameaça de lesão às garantias fundamentais. De acordo com a legislação vigente, o prazo para que o inquérito seja concluído e enviado ao Ministério Público é de 10 (dez) dias se o acusado já estiver preso, em virtude de flagrante, e de 30 (trinta) dias caso o acusado esteja em liberdade.

Na sequência à denúncia, para o fim antes exposto, a mulher deverá ser encaminhada à realização de exames periciais no Departamento Médico Legal, instituto que procederá aos exames ginecológicos, objetivando detectar vestígios de secreções e lesões, vaginais ou anais. De todo modo, tais exames são considerados de fundamental importância, pois podem produzir provas materiais robustas para a feitura do inquérito que, uma vez concluído, será encaminhado ao Ministério Público<sup>11</sup> (MP).

Assim, em continuidade à trajetória judicial, após a conclusão da investigação feita pela autoridade policial, tem-se o encaminhamento ao Ministério Público, que poderá ouvi-la. Após concluída toda a investigação, o MP pode oferecer a denúncia contra o autor da violência e, se aceita pelo juiz, a mulher chega ao sistema de justiça criminal. Porém, não se pode antecipar a duração do processo e muito menos o desfecho, até a sentença em primeira instância ou o recurso em segunda instância. Cabe também ressaltar que, nos crimes sexuais, o bem jurídico protegido mais do que a liberdade sexual é a própria dignidade da vítima que é violada.

#### 4 QUAL O VALOR DA PALAVRA DA MULHER VÍTIMA DE ESTUPRO?

No que tange aos crimes sexuais, como em outros tipos de crime, a prova pericial possui extrema importância, ainda que em nosso ordenamento seja recorrente a defesa de que não há uma hierarquia entre os meios probatórios. Em virtude dessa importância, dificilmente o processo criminal prescinde da prova pericial do exame de corpo de delito.

O processo criminal que apura o estupro tem uma especificidade, posto que, no momento da produção probatória, tem-se como principal prova o relato da vítima. Ainda que haja um laudo pericial que comprove a violência, esse documento não afasta o questionamento sobre as

---

<sup>11</sup> O Ministério Público (MP) é responsável por oferecer a denúncia, o que o torna titular da Ação Penal. Todavia, pertence esclarecer que, no ordenamento jurídico brasileiro, os principais tipos de Ação Penal são a pública condicionada e incondicionada, e a privada. Na Ação Penal Pública Condicionada, o Ministério Público só poderá oferecer a denúncia mediante a manifestação da vontade da vítima, por meio da representação. Assim a vítima dispõe de uma certa discricionariedade, de modo a permitir ou não que o inquérito dê origem a um processo judicial. Na Ação Penal Privada, a propositura da ação fica restrita à própria vítima ou seu representante legal, de forma que ela será a titular. Neste caso, como é afastada a atuação do MP, para dar início ao processo, não há uma denúncia e sim a queixa da vítima. Esse tipo de ação é utilizado, dentre outros crimes, para os denominados crimes sexuais. Por fim, na Ação Penal Pública Incondicionada, o promotor tem o dever jurídico de promover a ação independentemente da manifestação da vontade da vítima ou de familiares, como nos crimes de homicídio.

Os crimes sexuais, com o advento da Lei nº 12.015 de 2009, deixaram de ser objeto de Ação Penal Privada e passaram a ser julgados por meio de Ação Penal Pública Condicionada, exceto se a vítima for menor de 14 anos, o que configura o estupro de vulnerável. Essa mudança na legislação é vista por alguns doutrinadores como contraditória na medida em que o *caput* do mencionado artigo afirma que os crimes contra liberdade sexual devem ser julgados por meio de Ação Penal Pública Condicionada, todavia, há uma exceção no parágrafo quando a vítima é menor ou pessoa vulnerável, caso no qual a ação deve ser incondicionada. Entendemos que não há contradição, menos ainda antinomia, mas a intenção do legislador de adequar a legislação ao princípio da Doutrina da Proteção Integral. Assim, os atos de abuso sexual contra crianças e adolescentes devem ser denunciados pelo MP, a despeito da manifestação da vontade do representante legal da criança, o que demonstra a necessidade de uma proteção mais efetiva aos sujeitos em condição especial de desenvolvimento.

circunstâncias do crime nem averiguação das características pessoais da mulher, sub-repticiamente, na tentativa de atestar que ela provocou o crime; logo, que a culpa é sua. Se aquilo que não resiste ao teste da prova substancial deve ser descartado, qual é a apreciação feita do relato da vítima, tendo em vista que alguns casos é o único elemento probatório, por se tratar de ser uma prática violenta realizada de forma clandestina?

No decorrer do processo, a mulher vítima deve expor reiteradas vezes sua intimidade, sem que o magistrado considere o aspecto traumático de se rememorar o ato violento, o que não deve ocorrer sem uma certa carga de sofrimento. Desta feita, ela deve prestar depoimento da forma mais inequívoca possível, de modo a não deixar qualquer traço de incoerência ou contradição. Caso contrário, ocasionará a dúvida naquele que a julga. Uma vez que há dúvida, compete ao magistrado, em tese, o que não assegura que o faça faticamente, aplicar o princípio do *in dubio pro reo*.

O que não parece ser considerado é a própria especificidade do estupro, verdadeira invasão da integridade física, que acarreta não só a deterioração dessa dimensão, como degrada a integridade psicológica da vítima. Demais disso, não obstante a mudança na legislação, que retirou do tipo penal de estupro o atributo da honestidade (diga-se de passagem, de forma tardia), não é possível concluir que houve de forma análoga alteração na mentalidade do julgador, de modo a descartar de suas decisões esse mesmo atributo. Isso pode ser corroborado em julgado da 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça, cuja relatora foi a ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Trata-se de uma Apelação<sup>12</sup> contra uma decisão que absolveu um réu de ter praticado estupro contra três crianças, meninas, todas com 12 (doze) anos. Ressalta-se que o dispositivo legal vigente à época do ato praticado postulava que “presume-se a violência se a vítima não é maior de catorze anos”. O magistrado de primeiro grau inocentou o acusado, com o argumento de que as meninas “já se dedicavam à prática de atividades sexuais desde longa data.”

Na fase recursal, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em seu acórdão considerou que “A prova trazida aos autos demonstra, fartamente, que as vítimas à época dos fatos, lamentavelmente, já estavam longe de serem inocentes, ingênuas, inconscientes e desinformadas a respeito do sexo”.

Dessa forma, então, manteve a sentença absolutória. Em sede de tribunal superior, houve uma divergência, pois a quinta turma reverteu o entendimento, por considerar que no caso de violência sexual contra menores de 14 anos, a presunção de violência é absoluta. Todavia, a

---

<sup>12</sup> Não foi possível ter acesso ao processo em razão do segredo de justiça. As informações foram extraídas do Informativo Migalhas nº 2.851 de 10/04/2012.

defesa apresentou embargos de infringência à terceira secção, que alterou a jurisprudência anterior em favor da tese da relatividade da presunção de violência.

A ministra relatora considerou que, a despeito de buscar a proteção do ente mais desfavorecido, o magistrado não pode ignorar situações nas quais o caso concreto não se insere no tipo penal. Dessa feita, decidiu pela manutenção da sentença absolutória e assim se posicionou:

*“Não me parece juridicamente defensável continuar preconizando a ideia da presunção absoluta dos fatos como os tais se a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado” Afirmou ainda: “com efeito, não se pode considerar crime fato que não tenha violado verdadeiramente, o bem jurídico tutelado - a liberdade sexual- haja vista constar dos autos que as menores já se prostituíam havia algum tempo”.*

A decisão em análise é particularmente ilustrativa daquilo que estamos investigando: se o poder judiciário reproduz a visão do senso comum, de modo a condenar as mulheres vítimas de estupro. Nessa situação concreta, sequer o fato de se tratar de vítimas crianças e de a julgadora ser uma mulher afastou o estereótipo, o que demonstra o julgamento das características pessoais e da vida pregressa das vítimas. Nem mesmo a Doutrina da Proteção Integral, vigente no país desde a década de 1990, que vincula a todos na proteção de crianças e de adolescentes teve eco mais forte que o fato de as meninas já se prostituírem.

Contata-se que nem a norma que prescrevia a presunção de violência, considerando a idade das vítimas, ou mesmo os princípios que norteiam a Doutrina da Proteção Integral, tiveram o condão de afastar ou mitigar a moral sexual que condena as prostitutas. Esse julgado chama atenção para o fato de, apesar da estrutura social que produz e reproduz a violência contra mulheres ser ancorado no patriarcado, essa reprodução também é feita por mulheres, como na situação em análise. Sobre isso, Chauí (1985) defende que, à medida que as mulheres sejam heteronomamente convertidas em sujeitos, farão de sua subjetividade um instrumento de violência sobre outras mulheres. Ela acrescenta que as mulheres podem reproduzir a violência porque são “instrumentos” da dominação masculina.

Como já expusemos no capítulo anterior, o lugar da vítima no sistema criminal não é necessariamente de sujeito, mas no máximo, de objeto probatório. Isso adquire proporções mais complexas quando se trata de crimes sexuais, pois em regra ocorrem em ambientes privados, na ausência de outros envolvidos além do agressor e da vítima. Em virtude dessa particularidade, nem mesmo essa condição é mantida, tendo em vista o desvalor que é atribuído à palavra da vítima. Sua fala será corroborada ou não mediante a avaliação da sua conduta moral,

assim como das circunstâncias do crime. Compete à vítima demonstrar de forma absolutamente inequívoca que não é responsável pelo ato violento do qual fora alvo.

No julgado anteriormente citada, subjaz o predicado da honestidade. As três crianças vítimas são as antípodas da mulher honesta, que só poderia ser a virgem ou a “mulher bem casada”. Por serem prostitutas, dificilmente seria possível provar que ofereceram dissenso ou resistência, elemento essencial para comprovar a materialidade do crime. Souza (1998), elenca alguns itens a serem verificados pelo magistrado, com vistas ao seu convencimento. Para esse autor, a palavra da vítima precisa ser respaldada em elementos que demonstrem cabalmente que ela ofereceu resistência ao ato violento. Assim é imprescindível que reste provado:

*(...) Que a mulher se comporte, comprovadamente, nas mais diversas situações sociais de maneira recatada, tanto no vestir quanto no proceder em geral; que a vítima ante facto (...) se haja comportado de maneira a não remanescer dúvida sobre sua condição moral(...); que a vítima haja, inclusive, em ocasião anterior ao fato repudiado ou repellido, comprovadamente, assédio ou importunação desse mesmo indivíduo à sua liberdade sexual (...) (SOUZA, 1998 p. 112).*

Como se pode abstrair da passagem anteriormente citada, nos delitos de estupro, há uma inversão de papéis, e, por consequência, uma inversão do ônus da prova, de forma no mínimo paradoxal. Ainda a regra atribua o ônus probatório por parte de quem acusa, nesse tipo de delito, o sujeito que ingressa no sistema criminal para obter o julgamento, a mulher, terá que provar categoricamente ter sido uma vítima e não ter dado azo ao ato violento.

Desta feita, a vítima deixa de concorrer para provar o fato em si, ficando instada a provar sua moralidade. O machismo do teórico não se restringe às exigências feitas no trecho transcrito. Ele defende ainda que, se a mulher não “quiser” ter conjunção carnal com um homem, tal ato não ocorrerá pois “não é possível a *emmissio penis*, se a mulher mantiver as pernas fechadas” (SOUZA, 1998 p. 113).

A assustadora visão desse teórico que, sem qualquer mitigação, criminaliza a vítima, não é uma postura isolada entre os doutrinadores. Greco (2004 p. 105) corrobora com essa mentalidade quando afirma “o enfoque quanto aos crimes sexuais consiste em verificar se a vítima criou aquele risco para ela com sua própria conduta, ou se ela se colocou em situação que resultou em crime sexual”. Em que pese o lapso temporal entre os dois posicionamentos convergentes, o tempo e, talvez algumas mudanças, parece irrelevante quando se tem a clareza que o elemento atemporal do estupro é a coisificação da mulher.

De acordo com Andrade (2005), nos julgamentos de crimes sexuais contra a mulher, a pedra de toque é a *hermenêutica da suspeita*, que norteia a decisão do julgador. Nesta perspectiva, na

visão dessa mesma autora (Andrade 2005), no sistema criminal tradicional, cuja finalidade última é a aplicação ou não da punição, nos crimes sexuais, julgam-se primeiro as pessoas do crime antes da análise do fato-crime.

Com o relevo de que nesse tipo de delito o horizonte ou mesmo o pressuposto é o estereótipo de gênero, que, conforme já expusemos atribui definições de papéis a cada um dos sexos. Assim, o homem é avaliado por sua capacidade produtiva, pela disposição para o trabalho, ao passo que a mulher é julgada por sua reputação sexual.

Quando o que está em questão é o suposto consentimento ao ato violento, é importante não esquecer que, nos crimes sexuais, consentimento não é sinônimo de assentimento, de concordância. Na verdade, ocorre uma deturpação do uso do termo, na medida em que ele não consiste na manifestação da vontade da mulher, mas é atrelado ao seu comportamento. Por consequência, isso gera de forma tácita ou ostensiva a conclusão de que o estupro foi decorrente de sua “má conduta”, deduzida da sua forma de se vestir, do local que frequenta, dentre outros. O sistema criminal, ao julgar o estupro pelo viés da conduta social e moral feminina, acaba por afirmar e reafirmar socialmente que uma mulher de boa reputação e “cuidadosa” terá menos chances de ser vítima desse ato. Pensar assim significa não refletir por que, em culturas nas quais mulheres usam burcas e têm pouco trânsito no espaço público, observa-se a ocorrência de crimes da mesma natureza.

Esse discurso, que imputa às mulheres a responsabilidade por sua própria dor, acarreta uma tolerância quanto a esse delito, legitimando assim a *cultura do estupro*. Nesse contexto, entende-se a cultura como a visão de mundo, a lente por meio da qual os sujeitos tendem a aceitar e legitimar determinadas práticas.

Dessa forma, pode-se concluir que o sistema criminal tradicional está longe de ser, conforme pretende o discurso jurídico corrente, imparcial e estritamente racional, de modo a garantir um julgamento isento de sentimentos e idiosincrasias. Trata-se de um sistema enraizado em uma sociedade marcada pelo patriarcado e pelo androcentrismo, que reproduz as desigualdades entre homens e mulheres, constituindo-se assim em fonte de violência institucional.

A este respeito Andrade (1997), considera que, longe de ser um espaço de proteção das mulheres vítimas, esse sistema as submete à outra forma de vitimização, de modo a revelar por completo sua eficácia nesse desiderato. Para ela, então:

(...) ao incidir sobre a vítima mulher a sua complexa fenomenologia de controle social – a culminação de um processo de controle que certamente inicia na família- o sistema penal duplica ao invés de proteger a vitimação feminina. Pois além da violência sexual representada por diversas condutas masculinas (...) a mulher torna-se vítima da violência institucional

(plurifacetada) do sistema penal que expressa e reproduz as relações sociais capitalista (desigualdade de classe) e patriarcais (desigualdade de gênero) de nossas sociedades e os estereótipos que elas criam e se recriam no sistema penal e são especialmente visíveis no campo da moral sexual dominante) (ANDRADE, 1997 p. 89-90).

O modelo criminal em discussão, de caráter estritamente punitivista e seletivo, revela então sua ineficácia à abordagem dos delitos objeto desse artigo. Atualmente, muito se tem discutido sobre a falência do modelo punitivista, o que não é um fato recente. Uma das razões cabais dessa crise é o descaso com questões intrínsecas ao crime, quais sejam: a preocupação com a vítima e a ausência de resolução do crime por meio da utilização da punição.

Logo, é premente a necessidade de se repensar o sistema criminal em outras bases que não sejam restritas ao punitivismo e que tenham como alcance o respeito à vítima, considerando a reparação do dano e a satisfação dos seus interesses, assim como a reinserção do agressor à sociedade, tal como preconiza a justiça restaurativa.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A guisa de conclusão, é cogente fazer algumas ressalvas. Liminarmente destaca-se que a produção aqui apresentada acena mais para possibilidades do que propriamente para soluções fechadas. Isto não só em razão da temática abordada, que entendemos requerer um debate acadêmico e jurídico mais acurado e substancial, mas sobretudo em virtude da manifestação da forma de violência que tratamos aqui.

Argumentamos que o estupro encerra uma modalidade de violência que comporta certas especificidades. A forma como é praticado em regra no ambiente privado no qual estão apenas agressor e vítima. Além do mais, quando a mulher ingressa no sistema criminal é muito provável que seu relato da agressão caia em descrédito, considerando o estereótipo de gênero que classifica as mulheres entre as que podem ser consideradas vítimas e as que serão culpabilizadas, por terem supostamente causado o estupro.

Assim, a questão fio condutor desse trabalho foi: como o sistema criminal decodifica a violência sexual contra as mulheres, notadamente o estupro? Concluímos que esse sistema se revela ineficaz na proteção da mulher vítima de estupro, pois reproduz a mesma mentalidade difundida na sociedade que atribui *status* de vítima à mulher que pode ser considerada “honesta”, predicado que resulta da forma como se comporta socialmente e do controle da sua sexualidade. Ao contrário disso há aquelas que por não se adequarem ao arquétipo, são responsabilizadas pela violência sofrida.

Discutimos que nesse tipo de delito contra mulheres não são suficientes as provas periciais, pois é exigido que a mulher demonstre de forma inequívoca que aquelas marcas presentes em seu corpo, registro da violência, ali estão a despeito de toda sua luta corporal contra o agressor, como foi transcrito das recomendações de Souza (1998). Ao que fica claro, somente assim a mulher pode provar seu dissenso genuíno ao estupro. Exceto isso, ela só terá maior facilidade em provar a violência se o agressor se encaixar no perfil do maníaco, ou se for negro e pobre, tendo em vista o caráter seletivo do sistema. Esse dissenso categórico é exigido, pois no caso de violência sexual, um não, sempre pode ser visto como um sim, ou como um talvez tendo em vista a mentalidade machista que predomina no imaginário social.

Defendemos que as mulheres que procuram o poder judiciário, quase sempre com grande carga de vergonha, em busca de reparação não podem ser julgadas com base em discriminação de gênero, e por essa razão serem avaliadas pelas roupas que usavam, local onde estavam e quais suas companhias. O trabalho mostrou que para o poder judiciário, as prostitutas podem ter seus corpos violados, pois não possuem um bem jurídico a ser protegido. Isto fica evidente naquele caso, o agressor Cortez, não estuprou a vítima que era uma prostituta, mas sendo ele um homem trabalhador, de conduta inquestionável, apenas lhe fez uma cortesia.

O que o sistema criminal parece ignorar é que o atributo da dignidade é inerente a todo ser racional, e como defende Kant, é o que distingue o homem dos demais seres, pois somente aquele possui um valor absoluto, portanto, sua dignidade. Também no julgado do Superior Tribunal de Justiça, no caso das três crianças de 12 anos, nem o fato da norma postular a presunção de violência absoluta quando a vítima é menor de 14 anos, foi determinante para evitar a absolvição do agressor, pois o preponderante foi o fato delas serem prostitutas. Sequer a Doutrina da Proteção Integral que preconiza que crianças e adolescentes são sujeitos em condição especial de desenvolvimento, concorreu para que a ministra considerasse que havia bem jurídico violado. O enfoque do trabalho é nitidamente vitimológico e por essa razão foi necessário expor, ainda que sucintamente, as limitações do modelo punitivo, corolário da justiça retributiva, para a abordagem dos casos de estupro, se é que mostra sua adequação a qualquer outro caso.

A inadequação do modelo decore especialmente do fato de que nele a persecução estatal tem como primazia a adoção da pena; logo, a vítima tem um papel secundário e praticamente inexistente, sem qualquer preocupação com a reparação do dano a começar pela concepção de crime, que é visto como uma violação da norma estatal e não como uma ofensa à pessoa. Se isso é de face problemático, há um agravante quando o sujeito alvo do delito do estupro é uma mulher, tendo em vista os estereótipos de gênero.

É imprescindível a mudança de mentalidade dos compõem o sistema criminal. Pensamos que a academia como espaço de formação desses sujeitos, tem um papel inafastável nessa mudança. Uma vez que as discriminações, resultado da desigualdade de gênero tem suas raízes e propagação na cultura, é preciso sempre lembrar que a mesma não é inalterável. Há uma plasticidade que precisa ser utilizada para alterar práticas sociais que produzem dor e sofrimento nas pessoas.

Para encerrar, ressaltamos que todo esforço em construir instrumentos jurídicos, ou mesmo, procedimentos interdisciplinares, para a adequada judicialização do estupro será inócuo se a atuação judicial continuar a reproduzir os estereótipos de gênero frutos de um senso comum cultural e permanecer refém de modelo criminal punitivista. Talvez a saída seja a aposta no modelo restaurativo de justiça

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, V.R.P. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina? In: DORA, D.D. (org.). **Feminino e masculino: igualdade e diferença na justiça**. Porto Alegre: Sulina, 1997

\_\_\_\_\_. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Rev. Brasileira de Ciências Criminais** n° 50, p. 71-120, jul, 2005

BARROS, F. M. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

CERQUEIRA, D.; COELHO, D. S.C. **Estupro no Brasil: Uma radiografia segundo os dados da saúde** (versão preliminar). Nota Técnica n° 11. Instituto de Pesquisa Econômica (IPEA). Brasília, março, 2014

BIROLI, F.; MIGUEL, L.F. **Feminismo e política: uma introdução**. São Paulo: Boitempo, 2014

BITENCOURT, C. **Novas penas alternativas. Análise político-criminal das alterações da Lei n° 9.714/98**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, G. C. **Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime**. São Paulo: editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra editora, 2008

CHAUI, M. **Repressão Sexual essa nossa (des)conhecida**. São Paulo: Braliense, 1985.

FERNANDES, A. S. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros editores, 1995

- GRECO, R. **Curso de direito penal** – parte especial, vol. III. 7 ed. Niterói: Impetus, 2010
- MAZZUTTI, V. B. **O processo penal sob a perspectiva da vítima**. Curitiba: Juruá, 2012.
- OLIVEIRA, Eugênio P. **Curso de Processo Penal**. 14.ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.
- SCOTT, J. **Gênero uma categoria útil para a análise histórica**. Educação & Realidade. Vol 20, nº 2 jul/dez 1995.
- SOUZA, J.G. **Vitimologia e violência nos crimes sexuais**: uma abordagem interdisciplinar. Brasília/DF: Sergio Antônio Fabris, 1998
- VIGARELLO, G. **História do estupro**: violência sexual nos séculos XVI-XX. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998
- WARAT, L. A. A questão do gênero no direito in DORA, D.D. (org.). **Feminino e masculino: igualdade e diferença na justiça**. Porto Alegre: Sulina, 1997