

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I**

**SILVANA BELINE TAVARES**

**FABRÍCIO VEIGA COSTA**

**JOSIANE PETRY FARIA**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 Napolini - 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 – Rio Grande do Sul

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

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

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

---

G326

Gênero, sexualidade e direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Silvana Beline Tavares; Fabrício Veiga Costa; Josiane Petry Faria. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-745-8

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

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

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

CDU: 34



# XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

## GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

---

### **Apresentação**

Sob a coordenação da professora doutora Silvana Beline Tavares (Universidade Federal de Goiás); professor doutor Fabrício Veiga Costa (Universidade de Itaúna –MG-); professora doutora Josiane Petry Faria (Universidade de Passo Fundo –RS), foi realizado no dia 15 de novembro de 2018 a apresentação dos resultados das pesquisas envolvendo a temática Gênero, Sexualidade e Direito. A criação do GRUPO DE PESQUISA GÊNERO, SEXUALIDADE E DIREITO, no Conpedi de Curitiba no ano de 2016, foi um projeto inicialmente criado com o propósito de estimular o debate e a problematização científica de temas relacionados às minorias LGBTQI; violência de gênero contra mulheres; invisibilidade das mulheres e homens trans; criminalização das condutas sexuais consideradas desviantes, bem como estudos crítico-epistemológicos relacionados aos direitos humanos de gays, mulheres, trans e outras tantas manifestações livres e dignas da sexualidade, como um estar, não um ser.

Fabrício Veiga Costa, professor do programa de pós-graduação stricto sensu em proteção dos direitos fundamentais da Universidade de Itaúna e Flávio Marcos de Oliveira Vaz, mestrando em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna, apresentaram artigo científico intitulado “Dano moral e homofobia: uma análise da natureza jurídica do dano e dos critérios de quantificação”. Na referida pesquisa discute-se a prática da homofobia como fundamento e referência para a responsabilidade civil objetiva, delimitando-se o objeto de análise no estudo do dano moral individual e coletivo, além de discutir os critérios jurídicos e objetivos para a quantificação do dano moral.

Natália de Jesus Silva Reis, da Universidade Federal do Maranhão, trouxe a pesquisa intitulada “Abertura cognitiva do sistema jurídico e a trajetória pela criminalização da homofobia e da transfobia”, momento em que problematizou, na perspectiva crítica, o debate da criminalização da homofobia e transfobia, como forma de reprodução da naturalização da violência simbólica contra a população de gays, lésbicas, transexuais e travestis, ressaltando-se que o direito continua sendo um espaço de exclusão e invisibilidade da população LGBTQI.

.Heloisa Helena Silva Pancotti, mestranda da Universidade de Marília, trouxe artigo científico intitulado “A construção da cidadania das pessoas trans: uma tentativa de

reinserção”, oportunidade em que debateu políticas públicas como medida hábil a viabilizar o exercício efetivo da cidadania e dos direitos fundamentais à população trans. Destacou-se, na respectiva pesquisa, a ineficiência da políticas públicas pouco existentes no Brasil, motivo esse que mantém a naturalização da condição de exclusão e marginalidade.

Letícia Nascimbem Colovati, mestranda da Instituição Toledo de Ensino de Bauru, apresentou trabalho intitulado “A possibilidade de alteração de prenome e gênero sem mudança de sexo pelos transeñeros: uma análise constitucional da ADI 4.275/DF”. Na referida pesquisa problematizou-se o debate da inclusão jurídica e direito de igualdade dos transexuais quanto ao direito de alteração do registro civil de nascimento no que atine ao nome civil e gênero, como mecanismo hábil a legitimar a efetividade da dignidade humana da pessoa trans, reconhecendo e legitimando juridicamente sua condição humana sob a ótica da constitucionalidade democrática.

Marina Luz Martinez da Cunha, advogada trabalhista e especialista em Direito do Trabalho da PUC do Rio Grande do Sul, apresentou artigo científico intitulado “Questões de gênero: transexualidade e o processo transexualizador ofertado pelo sistema único de saúde no Brasil”. Na referida pesquisa científica problematizou-se a ineficiência da política pública de saúde coletiva a mulheres e homens trans, oferecida pelo sistema único de saúde no Brasil, demonstrando-se que se trata de sistema estatal que reproduz a violência, exclusão e invisibilidade das pessoas em razão da construção autônoma e digna da sua identidade de gênero.

Caroline Lovison Dori, mestranda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, propõe artigo científico intitulado “O registro civil da criança intersex como garantia do direito à identidade”, momento em que problematizou o debate acerca do registro civil da criança intersex, debatendo de forma sistemático-interdisciplinar o nome e o gênero atribuído à criança intersex, delimitando o debate sob a perspectiva do princípio da proteção integral e melhor interesse da criança.

Janaína Machado Sturza, mestranda em Direito pela UNIJUI, apresentou artigo científico intitulado “É como esperar algo além da morte: uma abordagem sobre as implicações do direito à saúde na vida dos transexuais”. Na referida pesquisa foi abordado o desafio individual e coletivo enfrentado por homens e mulheres trans no que atine ao direito fundamental à saúde, delimitando-se o objeto de análise na inexistência e ineficiência de políticas públicas voltadas à prevenção e cuidados com a saúde de pessoas trans.

Cecília Cabalero Lois, professora do programa de pós-graduação stricto sensu em direito pela UFRJ e Isadora de Oliveira Silva, mestranda em direito pela UFRJ, apresentaram pesquisa intitulada “Um teto todo seu: questionando a neutralidade do direito a partir da perspectiva da mulher enquanto sujeito sublaternizado”. Problematizou-se a utilização da ciência do direito como locus de exclusão, marginalidade e manutenção da desigualdade estrutural que marca sociologicamente homens e mulheres.

Aline Fernandes Marques, mestranda em direito pela Unesc, apresentou trabalho intitulado “A (in)visibilidade das mulheres presas: uma análise do encarceramento de mulheres a partir da categoria de gênero”. Problematizou-se o debate do encarceramento, suas razões e consequências, bem como o diálogo com as questões relacionadas à violência de gênero.

Camyla Galeão de Azevedo, mestranda em direito e políticas públicas da Unicesupa, trouxe artigo científico intitulado “A influência da mídia na instrumentalização e coisificação da mulher: uma violação de direitos humanos”. Delimitou-se o objeto da pesquisa no estudo da convenção de direitos humanos de Belém do Pará, como meio de demonstrar que a mídia é um instrumento utilizado como parâmetro para a coisificação, exclusão e marginalidade das mulheres, ditando um perfil de mulher para estampar as campanhas publicitárias: “mulher branca, magra e bem sucedida”, referencial esse que exclui as demais mulheres que não se enquadram no padrão e modelo reproduzido ideologicamente pelos meios de comunicação.

Paula Pinhal de Carlos, professora universitária da Unilassale, expôs o artigo científico intitulado “A mulher e sua representação constitucional”. Na respectiva pesquisa discutiu-se a participação feminina na Assembleia Nacional Constituinte, por meio do “lobby do batom”, composto por 26 deputadas federais e movimentos feministas, que apresentaram propostas contempladas pelo texto constitucional, tendo sido 80% das reivindicações acolhidas pelo legislador constituinte, assegurando-se, assim, a legitimidade democrática na construção do texto constitucional.

Michele Ivair Cavalcanti de Oliveira, mestranda em direito processual pela Universidade Federal do Espírito Santo, apresentou artigo científico intitulado “Breves notas sobre a evolução do papel social da mulher na legislação civil brasileira”. Demonstrou-se que a legislação brasileira reproduziu matrizes patriarcais, ressaltando-se a condição da mulher casada como relativamente incapazes no Código Civil brasileiro de 1916; a condição do homem, que era visto como o chefe de família; o crime de adultério somente poderia ser imputado a mulher. Essa diferenciação jurídica colocou a mulher numa condição de

desigualdade, ressaltando o Estatuto da Mulher Casada e o advento do princípio da isonomia (igualdade), trazido pelo texto da constituição brasileira de 1988 e a lei do divórcio como importantes exemplos que ilustram a igualdade de gênero no direito brasileiro vigente.

Sandra Santos Rosa Scerch, pós-graduada em direito pela IDCC – Londrina -PR-, apresentou artigo científico intitulado “Considerações sobre a família como direito fundamental contemporâneo”. Na referida pesquisa, apresentou-se um conceito aberto, plural, democrático, sistemático e inclusivo sobre o que é entidade familiar, criticando-se terminologias como “família tradicional”, recortando-se o objeto apresentado sob a perspectiva do debate de gênero.

Jéssica Cristianetti e Amanda Netto Brum, doutorandas em direito pela Unisinos, trouxeram à reflexão do tema “Democracia deliberativa e o movimento feminista: contrapúblicos subalternos”. Utilizaram a obra de Nancy Fraser como referencial teórico para criticar o conceito de democracia proposto por Habermas, destacando-se a importância do movimento feminista na democratização dos provimentos estatais, que dialogam direta ou indiretamente com os direitos das mulheres. Os desafios da participação da mulher na política evidenciam o déficit de participação direta das mulheres na democracia deliberativa no Brasil. A composição do parlamento brasileiro, na atualidade, demonstra a exclusão e marginalidade feminina, mesmo sabendo-se que as mulheres sejam maioria em termos quantitativos no país.

Tamires de Oliveira Garcia, mestranda em direito e sociedade da Universidade Lassale, apresentou o tema “Ecofeminismo e os direitos da pachamama na Constituição Equatoriana (2008)”. A constituição do Equador reconhece o direito do bem viver, referencial esse utilizado na abordagem do ecofeminismo como um dos desdobramentos interpretativos do texto constitucional supramencionado. Destacou-se a participação direta do movimento feminista no Equador na proteção do meio ambiente, já que o movimento ecofeminista equatoriano foi utilizado como referencial para o rompimento com a concepção antropocêntrica na forma de ver, compreender e ler o meio ambiente.

Priscila Kavamura Guimarães de Moura Truran, mestranda em direito agrário da Universidade Federal de Goiás, trouxe a discussão da “FAO, Mulheres Rurais e a Fome”. Demonstrou-se que a população rural na América Latina é de 129 milhões de pessoas, sendo 50% mulheres, motivo esse que justifica a escolha do tema. A mulher rural é importante no cuidado da família, na redução da fome no campo, problematizando a referida pesquisa a violência de gênero como um meio de universalizar a exclusão, a desigualdade feminina e a

naturalização da dominação masculina sobre a mulher no campo. Evidenciou-se que o discurso da FAO é claramente colonizador, pois homogeneiza as mulheres rurais, tornando-as invisíveis e excluídas, fortalecendo a opressão e o distanciamento entre homens e mulheres.

Bianca Strücker, mestre em direitos humanos pela Unijui e doutoranda pela URI Santo Angelo, destacou o tema “Nem tão doce lar: família patriarcal contemporânea e influências no feminicídio”. Critica conceitos como “família tradicional brasileira” e “família patriarcal colonizadora”, pois essas formas de famílias reproduzem a dominação masculina, causando reflexos diretos na violência praticada por homens contra mulheres, além de retroalimentar o sistema de naturalização da opressão vivenciada pelas mulheres. O recorte do tema se deu a partir do estudo do feminicídio, visto como reflexo desse sistema que não acolhe, mas, sim, exclui pessoas do sexo feminino. A pesquisa traz dados quantitativos que demonstram claramente que a cada duas horas no Brasil uma mulher é morta vítima do feminicídio.

Elinay Almeida Ferreira de Melo, mestranda em direitos e políticas públicas do Cesupa –PA- e juíza do trabalho no Estado do Pará, propôs o estudo do “Caso de Lilly Maxwell e o pensamento jurídico contemporâneo de Ronald Dworkin”. O debate e a conquista do direito ao voto feminino ilustra a luta do movimento feminismo no mundo, destacando-se o caso de Lilly Maxwell, mulher que nasceu em 1800, de origem pobre, tendo adquirido em 1867, na Grã Bretanha, o direito ao voto. Na leitura construída pela ótica liberal, o voto de Lilly Maxwell foi considerado pelo judiciário da época como nulo, fato esse que levou a pesquisadora a construir uma releitura jurídica do respectivo fato histórico na perspectiva de Ronald Dworkin, enaltecendo o direito à igualdade e dignidade das mulheres.

Ana Claudia Loiola de Moraes Mendes, juíza criminal em Brasília e pesquisadora e Adriano Mendes Shulc, trouxeram à baila o debate do “Crime de estupro e as decisões judiciais: valores morais e comportamento da vítima como critérios orientadores na valoração da prova e formação da convicção do intérprete”. Problematiza o debate de casos de estupro julgados pelo judiciário do Distrito Federal sob a perspectiva da violência de gênero, propondo um estudo transdisciplinar que enriquece o estudo do tema proposto, além de ultrapassar o debate ideológico e dogmático. Criticam o discurso de criminalização da mulher vítima de estupro, desconstruindo clássicas concepções voltadas a construir a culpa da mulher pela prática do estupro.

Os debates realizados foram suficientes para o despertar da curiosidade epistemológica, além de demonstrar a existência de aporias e da insuficiência da ciência do Direito para responder a todas as indagações que permeiam o debate da violência de gênero.

Profa. Dra. Silvana Beline Tavares – UFG

Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa – UIT

Profa. Dra. Josiane Petry Faria

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).



**O CRIME DE ESTUPRO E AS DECISÕES JUDICIAIS: VALORES MORAIS E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA COMO CRITÉRIOS ORIENTADORES NA VALORAÇÃO DA PROVA E FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO DO INTÉRPRETE.**

**RAPE AND JUDICIAL DECISIONS: MORAL VALUES AND VICTIM'S BEHAVIOR AS GUIDING CRITERIA IN THE ASSESSMENT OF EVIDENCE AND FORMATION OF JUDGE'S CONVICTION.**

**Ana Claudia Loiola De Morais Mendes  
Adriano Mendes Shulc**

**Resumo**

o artigo aborda a questão das decisões judiciais, notadamente as proferidas em sede de recurso de sentenças, nas quais se percebeu uma valoração, pelo julgador, do comportamento da vítima, bem como a inserção de valores morais, com vista a excluir a culpabilidade daquele a quem se imputava a prática de delito. Analisa-se, no texto, a possibilidade de tais práticas encerrarem, na verdade, juízos diminutivos da figura feminina, ferindo o direito fundamental de proteção, pelo Estado, de sua incolumidade, em contrariedade ao disposto na Resolução n.º 33, do CEDAW.

**Palavras-chave:** Decisão, Judicial, Valores, Morais, Mulher

**Abstract/Resumen/Résumé**

The article deals with the question of judicial decisions and moral values due to form judge's conviction. The text analyzes the possibility if practices putting down the female image violates fundamental rights, in opposite Resolution No. 33 of CEDAW.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Decision, Judicial, Moral, Female, Figure

## **Introdução.**

Nada obstante os avanços obtidos em diversas áreas do conhecimento, não se discute que a sociedade brasileira ainda é marcada pelas diferenças de sexo e gênero. Não é preciso ir muito longe para perceber-se que enquanto os homens são frequentemente vitimados nos espaços públicos, a violência contra as mulheres é mais comum no ambiente privado, ou seja, longe dos olhos da maioria das pessoas. Isso confere a este tipo de violência um determinado grau de invisibilidade, eis que qualquer ação para contingenciamento ou análise de acontecimentos desse tipo demanda a adoção perspectivas diferentes acerca da exposição da vida privada, vivida ou em ambiente doméstico, ou relacionada a assuntos de natureza mais íntima.

Como parte integrante dessa violência, cometida em espaços mais íntimos, falar sobre esse assunto implica, em um primeiro momento, falar sobre diferenças e de que forma estas vêm influenciando na construção de imagens e estereótipos dentro de nossa sociedade, notadamente na forma como se enxerga o próprio ato de violência e na forma como este ato é valorado, notadamente em juízo, dentro do espaço próprio conferido à análise do fato que se imputa como criminoso.

Considerando que o direito é parte de um estatuto resultante de um processo político e submetido a regras próprias sujeitas a análise crítica, pode-se inferir que a interpretação de suas proposições normativas sofrerá influxos da vontade do intérprete, não necessariamente desvinculada do direito, mas em alguns casos ensejando resultados contrários ao ideal de igualdade preconizado por ele próprio, o direito.

Compreender-se a igualdade dentro de um contexto de diferenças existentes entre os gêneros, com as peculiaridades de cada um, é um dos aspectos pelos quais em se afirmando a constitucionalidade da edição de atos normativos que têm como objeto a defesa dos direitos das mulheres, especificamente o direito à proteção contra a violência. Esta, inclusive, é uma das razões para discutir-se a utilidade do direito como instrumento de emancipação da mulher, bem como meio de obtenção da igualdade preconizada pelo texto constitucional.

Todavia, a mera edição de atos normativos visando à defesa dos direitos das mulheres não se mostra suficiente, se ao lado dela não se tem a necessária efetivação desses direitos mediante a adequada valoração dos elementos que eventualmente chegam ao conhecimento do intérprete e aplicador do direito.

Quando se confrontam os casos de violência sexual, não é preciso muito para perceber uma maior visibilidade aos casos de mulheres que se viram vulneradas em sua

intimidade e o caminho percorrido por estas na busca de uma resposta estatal para a situação de violência experimentada, muitas das vezes sem serem ouvidas adequadamente, dentro do sistema de justiça criminal.

Como decorrência de tratados firmados pelo Estado brasileiro, inúmeros instrumentos legislativos foram postos à disposição, no intuito de conferir visibilidade à narrativa trazida ao sistema de justiça criminal das vítimas de violência sexual. Mas somente a mudança legislativa não parece ser suficiente. A efetividade do aparato normativo posto à disposição somente pode ocorrer se, no âmbito sistema de justiça criminal, os atores envolvidos também se mostrarem dispostos a quebrar com os estereótipos firmados, e passarem a analisar as situações sob um ponto de vista que, se por um lado coloque o foco na conduta do agressor, por outro não exponha a vítima a situações em que esta se veja como objeto de julgamento. A forma como os elementos de prova são avaliados, dentro de um contexto que efetivamente garanta ao imputado a defesa de seus direitos, mas também à vítima a oitiva de sua história, pode demonstrar se os objetivos de proteção previstos no texto constitucional efetivamente estão sendo alcançados.

O presente artigo se propõe a, partindo da análise de julgados provenientes da Justiça do DF e do STJ, tentar reconstruir o espectro de compreensão dos juízes e juízas envolvidos em julgamentos de litígios que tratam de crimes contra a dignidade sexual da mulher, mais especificamente estupro, ocorridos dentro ou fora do ambiente doméstico e confrontá-los com as disposições constantes em tratados internacionais firmados pelo Brasil.

Do confronto de tais julgados, tentar-se-á verificar em que medida a conduta de julgadores e julgadoras que se debruçaram sobre o comportamento dos réus e das vítimas, para então buscarem reconstruir o mosaico da situação de violência denunciada ao Estado e sobre a qual se tenta fazer aplicar a legislação penal, está efetivamente orientada aos princípios maiores de proteção às vítimas de violência. A partir daí se tentará estabelecer qual o grau de influência dos estereótipos sociais na valoração da prova e, por fim, na construção da própria figura delituosa.

## **1 O direito: instrumento de emancipação da mulher ou estratégia criadora de gênero?**

Os sistemas jurídicos de poder produzem os sujeitos que subsequentemente passam a representar (FOUCAULT, 1978). A representação do gênero é produto dos valores construídos culturalmente e reflexo das relações de poder repetidamente

vivenciadas e aceitas. Esse padrão de repetição é um dos fatores determinantes da construção das características de cada um dos gêneros conhecidos.

Ou seja, partindo-se da constatação de que a maioria dos legisladores e advogados são homens, os ideais de neutralidade e objetividade celebrados no direito acabam sendo valores masculinos considerados universais (SMART, 2000). Tal análise sugere que, quando uma mulher e um homem se apresentam perante o direito, os critérios objetivos que se aplicam, na verdade, são masculinos.

Sendo assim, sem chegar-se ao extremo de afirmar que o direito seja masculino (uma vez que tal afirmação se funde em um argumento de reducionismo biológico, que outorgue prioridade à divisão binária macho/fêmea, masculino/feminino, degradando outras formas de diferenciação e obscurecendo ainda mais o problema), pode-se sugerir que o direito tenha gênero, permitindo pensá-lo em termos de processos que se operam de maneiras diferentes, de forma que “uma mesma prática adquira significados diferentes para homens e mulheres, porque é lida através de discursos diferentes”.

O direito seria, assim, redefinido, deixando de constituir um sistema capaz de impor uma neutralidade de gênero, passando a ser um dos discursos que produz não somente as diferenças de gênero, mas um poderoso instrumento que origina posturas subjetivas dotadas de gênero, como a subjetividades ou identidades às quais o indivíduo chega a vincular-se.

Essa perspectiva define o direito como estratégia criadora de gênero, na medida em que afirma que a mulher adota posição de sujeito dotado de gênero, cuja existência decorre do discurso jurídico. As marcas biológicas não constituiriam a essência de uma categoria homogênea de mulheres, todavia, existem estratégias que dão lugar a um entendimento do que seja mulher e do que sejam mulheres. Partem-se, assim, de características culturalmente atribuídas à mulher, associando-as às características biológicas dentro de determinado período histórico, para então padronizar-se o gênero. Exemplo disso se tem nas crenças tradicionais, filosóficas e religiosas sobre a inferioridade das mulheres, associadas a discursos científicos e médicos, para reforçar valores então consolidados, trazendo-os também ao discurso jurídico.

Sendo assim, a tendência é a proliferação de posições subjetivas dotadas de gênero, impondo-se às mulheres que assumam tais identidades ou subjetividades, persistentes até os dias atuais, principalmente nos direitos penal e de família, apesar dos avanços notados em relação aos ideais de mulher firmados em nossa sociedade. A constatação decorre de que padrões de comportamento ainda continuam sendo repetidos

e esperados, repercutindo diretamente na compreensão do lugar da mulher no seio da família e na própria sociedade, que se reflete diretamente na forma como o operador do direito irá extrair as soluções para os conflitos que chegam ao seu conhecimento.

O direito, em um primeiro momento considerado como um dos instrumentos de emancipação da mulher – fato decorrente das lutas históricas, cujas expressões maiores vêm sendo vivenciadas desde o século XIX – pode acabar, no objetivo de concretização dos anseios preconizados nas leis que conferem proteção especial à parte mais vulnerável, como um meio de perpetuação de padrões preconstituídos e sem vinculação a esses objetivos especiais de proteção, conforme se tentará demonstrar adiante.

## **2 A relação entre o direito penal e o processo penal na construção de políticas criminais. A valoração da prova e tomada de decisões no processo judicial: perspectivas.**

Dentro do processo judicial, diversos fatos aportam ao conhecimento dos atores que desempenham, cada um à sua maneira, os papéis a estes constitucionalmente atribuídos, e nessa tarefa de reconstrução histórica dos fatos um dos fatores determinantes é a atribuição, a cada um dos atores, da tarefa de produção de prova que leve a um resultado viável, para um lado ou para o outro.

O estudo da prova jurídica no processo penal, nos países de tradição continental e sobretudo no que vem sendo desenvolvido no Brasil acerca do assunto, leva ao entendimento de que a produção da prova, no sistema jurídico criminal, obedece a regramento diverso daquele relativo à prova do direito civil. Isso considerando-se que, dentro de um sistema geral de prova, haveria uma distinção entre a prova jurídica e as demais categorias de prova, podendo levar a uma afirmação equivocada de que uma ou outra estariam dissociadas de critérios de racionalidade para a tomada de decisões (FERRER BELTRÁN, 2007, pp. 15-60).

O direito processual, atualmente, caminha de forma bastante distante do direito material. As preocupações do direito penal têm reflexo no processo apenas de forma indireta, o que acaba levando a resultados não satisfatórios, sobretudo quando se tratam de questões mais sensíveis não somente aos direitos do imputado dentro do processo, mas sobretudo ao resguardo dos direitos das partes atingidas pelo delito. A experiência prática demonstra a necessidade de a lei processual tomar as instituições que conformam o processo e colocá-las a serviço do direito penal substantivo, uma vez que direito penal e processo penal apresentam-se como dois lados da mesma moeda (GÓMEZ COLOMER,

2010). Nesse contexto de afinamento entre os dois sistemas normativos é que demanda especial atenção a produção e a valoração da prova no processo judicial.

A relação entre direito penal e processual penal permite que o sistema processual penal deixe de ser o responsável pela criação de palco propício à encenação do poder penal do Estado através de um conjunto de formas procedimentalistas. As normas do sistema processual em matéria penal, para formar parte importante das políticas criminais do Estado, devem manifestar-se na organização dos direitos e garantias fundamentais (RUSCONI, 2005). A forma pela qual se garantem valores fundamentais do indivíduo no decorrer do processo transparece o modelo de política criminal adotado pelo Estado. E a forma como a prova é valorada no decorrer do processo constitui uma das maneiras pelas quais o Estado se manifesta na análise das questões relativas ao processo. A forma como o juiz se porta, portanto, na análise da prova, pode constituir forma de expressão do Estado acerca dessas questões.

Quando se fala em valoração da prova, não se tem muita dificuldade em concluir que, se a prova se destina a apurar a verdade acerca dos fatos trazidos dentro de um processo judicial, e assim produzir os fatos condicionantes a aplicação das consequências jurídicas ao fato provado, o êxito acerca da instituição probatória é atingido quando as proposições sobre os fatos que se declaram provados são verdadeiras. Dentro desse contexto, é certo que a verdade real e absoluta transparece apenas como objetivo ilusório, contentando-se o intérprete com aquela verdade que se aproxima, o mais possível, da construção e narrativa lógica acerca do arcabouço produzido durante a instrução probatória.

Aporta-se, nesta perspectiva, à ideia de que a produção de prova, no processo penal, volta-se originariamente à reconstrução de fatos passados. Nesse ponto, a indução aparece como instrumento utilizado dentro de um modelo no qual se toma o processo de descobrimento, necessariamente temporal, e mediante o qual o juiz alcança determinada crença ou convicção tomando como base os elementos aportados para a instrução probatória, independente das crenças pessoais deste acerca da matéria (FERRER BELTRÁN, 2007).

Além desses pressupostos seguidos no processo de tomada de decisões, não se pode olvidar do fato de que existem, no direito, algumas regras sobre provas ordinariamente são obedecidas, até porque muitas delas previstas na matriz fundante no ordenamento jurídico nacional.

De todo modo, não somente a produção da prova, mas também a análise desta dentro do processo judicial, supõe uma exigência de racionalidade em cada uma dessas atividades. E a avaliação da prova produzida no processo judicial passa, necessariamente, por três momentos: o primeiro, a o direito a utilizar todas as provas de que se dispõe para demonstrar a verdade dos fatos que fundam a pretensão; o segundo, o direito a que as provas sejam produzidas no processo; e o terceiro, o direito a uma valoração racional das provas produzidas; e o quarto elemento, é a obrigação de motivação das decisões judiciais (FERRER BELTRÁN, 2007), obrigação, no nosso sistema, de matriz constitucional, conforme disposto no artigo 93, IX da Constituição Federal.

O modelo de valoração racional da prova parte do pressuposto de que o juiz, no momento da análise do conjunto probatório produzido no decorrer da instrução, deverá reconstruir e refutar as hipóteses trazidas no decorrer da instrução, não podendo orientar-se única e exclusivamente pela sua consciência, pela sua íntima convicção.

Tal exigência não somente permite a que o imputado tenha conhecimento da construção do pensamento do julgador, se essa convicção passou necessariamente pela análise dos elementos, objetivos, aportados no processo, mas sobretudo constitui importante instrumento de controle inclusive dos efeitos dessa decisão com relação àqueles que, de alguma forma, sofreram os efeitos da ação delituosa posta em julgamento.

A riqueza do conjunto de elementos aportados para o processo e sobre os quais se haverá de tomar decisões, deverá passar, necessariamente, pela aferição racional do juiz, devendo corroborar os diversos aspectos integrativos da hipótese fática que se pretende provar. E esse processo de tomada de decisões deverá obedecer aos standards aplicáveis, e aceitáveis dentro de cada sistema processual, conhecidos de antemão pela sociedade, como medida de segurança jurídica (FERRER BELTRÁN, 2007).

Significa dizer que, ainda que o juiz se oriente, no momento da tomada de decisão, por valores próprios, individuais, nesse processo lógico haverá de obedecer a determinados fatores determinantes para expressão de sua convicção, sob pena de ofensa ao mandamento constitucional da obrigatoriedade da fundamentação e, ainda motivando seu entendimento, procure estabelecer no processo de construção de sua convicção, raciocínio orientado pelo princípio maior de proteção à vítima.

**3 Da necessidade da formação e aperfeiçoamento dos operadores do direito, especialmente dos juízes, para o trato das questões relacionadas à violência sexual contra a mulher. A Recomendação Geral n.º 33 da CEDAW (Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres).**

A Constituição Federal traz em seu texto uma gama abrangente de garantias ao indivíduo. No caso da proteção de direitos das mulheres, as garantias a elas inerentes defluem da própria necessidade de proteção à vida, liberdade, igualdade e segurança (artigo 5º, caput) e, no âmbito da proteção familiar, na necessidade de resguardo da pessoa de cada um dos que integram a família, dentre estes, a mulher (artigo 226, § 8º).

Neste contexto, a violência contra a mulher deixou de ser um assunto particular, íntimo, e por vezes familiar, ganhando conotações públicas, posto atingir o interesse coletivo na promoção de uma sociedade mais justa e menos violenta.

Sendo assim, como exigência desse ideal de proteção da dignidade da pessoa humana (ideal erigido ao *status* de princípio informador de toda a atividade estatal), ao Estado foi imposto um dever maior do que a mera abstenção de afetação da esfera patrimonial das pessoas sob sua autoridade. Passou-se a exigir deste também ações positivas, no intuito de assegurar-se o pleno desenvolvimento da pessoa, nas quais também se insere o dever de proteção, conferindo a qualquer indivíduo a prerrogativa de exigir do Estado que este o proteja.

Considerando que a dignidade da pessoa humana, nessa concepção positiva (caráter prestacional), dirigida ao Estado de promover ações necessárias à garantia de condições mínimas aos indivíduos é um dos vetores a partir dos quais devem ser deduzidos os limites de atuação do direito penal, especificamente naquelas situações que envolvem violência de gênero (MENDES, 2014), pode-se concluir, com razoável suficiência, que o direito a proteção contra a violência de gênero é um direito fundamental exclusivo das mulheres. Como consequência desse corolário constitucional, seriam necessárias atuações estatais para concretização desse preceito.

Dentro de tais considerações, seria viável concluir que na análise de casos que envolvam violência contra a mulher haveria uma exigência ao magistrado de um olhar voltado para a preservação do direito fundamental de proteção a esta, ou seja, de uma garantia (dentro do programa normativo de observância aos princípios do contraditório e ampla defesa) do seu direito maior de proteção à integridade.

Dentro dessa necessidade de formação de uma consciência, pelos operadores do direito, acerca da percepção da diferença (consciência de gênero), insere-se a preocupação em proporcionar o acesso à justiça como forma de realização dos direitos das mulheres e participação destas nos mecanismos de funcionamento do sistema de justiça criminal.

Nessa linha, o Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) observou uma série de obstáculos que impediriam as



mulheres de realizarem seu direito de acesso à justiça, com base na igualdade. Dentre esses obstáculos, destacam-se os estereótipos de gênero que importam em utilização de mecanismos e práticas em matéria probatória.

Diante do panorama da crescente necessidade de atendimento aos anseios de justiça para as mulheres, foi editada a Recomendação Geral n.º 33, que entre outras providências, recomenda, a respeito da justiciabilidade, que os Estados-partes assegurem que os profissionais dos sistemas de justiça lidem com os casos de uma forma sensível ao gênero. Neste sentido, impõe-se aos Estados signatários que, no exercício da atividade relativa ao julgamento dos delitos que tenham mulheres como vítimas, revisem as regras sobre o ônus da prova, a fim de assegurar a igualdade entre as partes, em todos os campos nos quais as relações de poder possam privá-las da oportunidade de um tratamento justo de seus casos pelo judiciário.

Significa dizer que dentro de um sistema justo devam ser identificados os casos de práticas e atos discriminatórios por profissionais da justiça, a serem efetivamente tratados através de medidas disciplinares e outras (CEDAW, Recomendação Geral 33, n. 15 e 20).

Assim, afirma-se a necessidade um sistema de justiça formado por regras e princípios previamente instituídos não somente para a defesa de direitos do indivíduo ao qual se imputa a prática de crime, mas também de um sistema que, dentro dessa tensão de direitos, deva dar guarida ao direito da mulher vítima de crime – no caso das questões aqui pontuadas, vítimas de crimes sexuais.

Dentro desse panorama, evidencia-se a necessidade de que o judiciário encare as questões relacionadas à violência sexual contra a mulher de uma maneira que essencialmente assegure a esta uma análise do caso livre de qualquer forma de discriminação, especialmente aquelas relacionadas aos estereótipos de gênero, como medida não somente de proteção, mas de garantia da própria justiciabilidade de seus direitos.

E, consoante este esquadramento, pode-se pensar que a apreciação de fatos que envolvam ofensa à integridade física e psíquica da mulher deva existir sem os influxos de valores ou padrões pré-constituídos dos operadores do direito, acerca da própria figura feminina.

O direito, uma vez visto como estratégia de produção de gênero (SMART, 2000), atua em um processo de produção de identidades de gênero, construindo e reconstruindo o significado de masculino e feminino e, por consequência, contribuindo para a percepção

do senso comum da diferença, na qual se assentam as práticas sexuais e sociais vigentes. Neste contexto, se não cria relações patriarcais (porque estas vêm necessariamente reproduzidas indistintamente), de uma forma complexa reproduz as condições ideológicas nas quais essas relações podem sobreviver.

E, nas decisões judiciais, a segurança trazida pela necessidade da motivação das decisões apresenta-se como uma certeza apenas relativa. Existem determinados espaços e insegurança, que se aproximam, na medida em que aumentam os limites da decidibilidade, e que equivalem aos espaços de poder judicial nos quais podem ser inseridos juízos próprios, pessoais, de valores. Em alguns casos, onde se percebem espaços nos quais mostra-se inevitável a manifestação de valores do juiz, que em vista das (aparentes) deficiências do sistema, revelam a possibilidade de inserção de critérios subjetivos e valorações pessoais do intérprete.

E essa discricionariedade do operador do direito, na atuação nos feitos envolvendo questões afetas a violência contra a mulher, depende não somente da aplicação do direito legislado, mas sobretudo de sua percepção acerca das questões de gênero e complexidade das relações humanas. Nesse exercício, existe um espaço de atuação que permite inferir que em determinadas situações o operador do direito acaba reproduzindo padrões culturais pré-constituídos e que podem culminar na subversão de todo um aparato construído em defesa do direito do mais fraco na relação de direito material.

Com isso quer-se dizer que o direito à proteção da mulher vítima de violência, inserido em um contexto de direitos fundamentais, encontra-se na base dos direitos que garantem tanto ao réu quanto à vítima as prerrogativas que são devidas dentro do processo, e que devem orientar a atuação judicial.

Sendo assim, somente pautando-se em uma consciência, sendo o gênero compreendido, essencialmente, como percepção sobre as diferenças sexuais, pensadas e construídas em uma estrutura de relações de poder (SCOTT, 1989), percepção esta que não afasta, mas distingue os indivíduos iguais em direitos, será possível chegar-se a um resultado que efetivamente reflita os anseios daqueles que procuram o Estado para uma resposta a suas dificuldades, atendendo à expectativa gerada pela edição de leis mais gravosas, que realmente pretendam reprimir comportamentos tão perturbadores quanto os que aviltam a liberdade sexual da mulher.

**4 A violência de gênero e o papel do direito dentro de uma sociedade fundada em valores masculinos. A experiência prática em julgados relativos aos delitos de**

**violência sexual contra a mulher. O consentimento e a construção da subjetividade da vítima no processo penal e sua utilidade na formação de convencimento acerca da concretização do tipo penal.**

A utilidade do direito vai depender da visão que o operador tenha, para os diversos usos que se possa fazer dele. No caso das demandas das mulheres, alguns poderiam dizer que o objetivo seria a concretização da igualdade, fim buscado pelos movimentos feministas. Esta, entretanto, ainda se vê longe de ser alcançada.

A proteção da mulher em situação de violência foi resultado de ações iniciadas principalmente pelos movimentos feministas, primeiro na luta pela minimização do sistema penal e descriminalização das ofensas contra a moral sexual (como adultério, sedução, entre outras), bem como na criação de instituições de apoio às mulheres maltratadas (ANDRADE, 2003, p. 82).

A partir daí se verificou uma demanda que antes se quedava oculta, seja decorrente da vitimação feminina nos lares, fruto de uma realidade oculta de dominação familiar, exercida pelo pai, marido, padrasto ou figura de autoridade, seja fora do ambiente doméstico, da vitimação feminina verificada nas notícias de delitos sexuais.

Neste contexto, pode-se perceber que ainda que às mulheres se imponha um controle social informal mais intenso, sendo este compreendido como o conjunto de estratégias que indicam todo um processo de socialização que orienta o indivíduo, integrando-o aos valores e padrões de comportamento socialmente aceitáveis (SABADELL, 2010), estas continuam, mesmo dentro de um comportamento pautado pelos padrões impostos, mais vulneráveis a investidas contra a intimidade, especialmente a sexual.

E esse controle social informal imposto às mulheres, de forma mais intensa, pode ser percebido também dentro do sistema penal punitivo, que acaba se valendo de critérios diferenciadores inclusive para a construção das figuras penais típicas apresentadas nas demandas judiciais.

O Código Penal traz, em seu Título VI, Capítulo I, o tipo relativo ao delito de estupro (art. 213), como sendo o “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. A partir da alteração provida pela lei n. 12015/2009, o bem jurídico tutelado passou a ser a liberdade sexual do homem e da mulher. Neste contexto, e relativamente às mulheres, a liberdade sexual significa o

reconhecimento do direito de dispor livremente de suas necessidades sexuais ou voluptuárias, ou seja, a faculdade de comportar-se, no plano sexual, segundo suas aspirações carnavais, sexuais, lascivas e eróticas, governada somente por sua vontade consciente, tanto sobre a relação em si como em relação a escolha de parceiros. (BITTENCOURT, 2013.)

Esse conceito de liberdade sexual perpassa, necessariamente, a concepção e compreensão do termo consentimento para relacionar-se com outrem. E é a partir daí que tomam lugar as discussões acerca dos elementos conceituais do consentimento da vítima, a fim de que se possa reconstruir o fato em juízo, pelo operador do direito.

Antes disso, convém mencionar alguns elementos que podem (ou não, dependendo do enfoque que se dê ao assunto) ajudar na compreensão do consentimento e como ele se constrói dentro de nossa sociedade.

Consentir significa aderir à vontade do outro. Pressupõe existência de vontade livre e manifestada vontade do emissor. E a emissão dessa vontade, a manifestação desta é que rende ensejo a diversas interpretações em juízo quando nos deparamos com litígios versando acerca dos crimes sexuais.

A par disso, importa ressaltar que a cultura brasileira, apesar dos crescentes avanços relacionados aos direitos das mulheres, mantém traços fortemente patriarcais, reforçados na medida em que são desvalorizadas as características ligadas ao feminino, à violência doméstica e à aceitação da violência sexual, dando-se prevalência a valores masculinos sobre os femininos (BRASIL, SIPS – Sistema de Indicadores de Percepção Social, Tolerância social à violência contra as mulheres, 2004). Importa destacar, como curiosidade, que na pesquisa realizada, de todas as frases ditas aos entrevistados, a que afirmava que “os homens devem ser a cabeça do lar” foi aquela que obteve um grau de concordância de 40,9% apesar de a proporção de famílias chefiadas por mulheres passar de 22,9% em 1995, para 38,1%, em 2012.

Assim, com base nestes dados, até mesmo o significado e compreensão do termo “consentimento” pode sofrer influxos da compreensão cultural do termo ou da visão que se tem sobre as relações entre os gêneros. E isso se reflete, inevitavelmente, no palco dos conflitos jurídicos.

E, em se tratando de crimes considerados graves, com penas previstas em regime inicial fechado para cumprimento, não raro acabam os operadores do direito incursionando na análise do comportamento da vítima, a fim de se tentar reconstruir os fatos descritos na acusação e compreender acerca da ocorrência do consentimento ou de

sua ausência. Tal prática se dá em razão da circunstância de os crimes sexuais serem, ordinariamente, praticados às ocultas, sem testemunhas presenciais.

O tipo do estupro está delimitado no constrangimento a pessoa à prática da conjunção carnal ou ato libidinoso diverso desta. Evidentemente, o verbo “constranger” pressupõe dissenso da pessoa com quem se pratica o ato em questão. A violência ou a grave ameaça apresentam-se como os meios pelos quais se dá o constrangimento. Mas o núcleo do tipo encontra-se no próprio constrangimento, ou seja, o operador do direito, diante de um caso de violência sexual, necessariamente haverá de perquirir acerca da existência do consenso ou do dissenso da vítima.

E dentro dessa busca de elementos, não raro se depara o operador do direito com questões que envolvem, necessariamente, não o fato em si, mas a forma como esse se desenvolveu, resultando no dano ao direito da vítima. Muitas vezes essa análise acaba perpassando por valores morais ou por observações acerca da conduta da vítima, para depois se concluir pela ocorrência ou não do crime.

Num primeiro exemplo, cite-se a construção do que antes, no sistema anterior à lei n. 12015/2009, relacionava-se à presunção de violência para os atos sexuais praticados com vítimas menores de quatorze anos de idade. O antigo artigo 224, em alínea “a”, mencionava ser presumida a violência quando a vítima contasse com idade inferior a quatorze anos de idade.

Tal dispositivo legal, trazendo uma imposição absoluta quanto aos fatos então relacionados, foi alvo de inúmeras interpretações, a maioria delas buscando um temperamento à regra absoluta que impunha um juízo maior de censurabilidade aos atos sexuais praticados com adolescentes.

A própria interpretação das razões do dispositivo mencionado já prenunciava o juízo iminente de valor quanto à conduta das vítimas. Chegava-se inclusive a intuir a vontade do legislador, afirmando-se que o que a “lei visa tutelar é a inocência, a ingenuidade, a inexperiência da menor” (STJ – Resp 89.684, Rel. Min. Edson Vidigal), podendo-se, a partir daí, abrir-se espaço a que, caso não fosse a menor inexperiente ou ingênua, haver possibilidade de flexibilização da regra de direito material.

Aliás, desnecessário ir além para perceber que em alguns casos o raciocínio utilizado foi justamente este. Sob o regime anterior, da impositividade da presunção de violência nos casos de relações sexuais havidas com menores de quatorze anos, não raro os intérpretes de utilizavam da construção de que a presunção de violência poderia ser

relativizada no caso concreto, acaso se verificasse o conhecimento, pela menor, dos meandros do sexo.

Sendo assim, pode-se inferir que a avaliação judicial que se faz dos elementos trazidos no decorrer da instrução perpassa muito mais do que a análise, apenas, das provas testemunhais, periciais ou documentais, entre aquelas disponíveis no arcabouço processual penal. Demanda, também, uma reflexão do intérprete acerca do que constitui consenso ou dissenso e, também, do que seria fato atentatório à própria dignidade sexual (mais modernamente, com a alteração da lei, liberdade sexual) do indivíduo.

Em uma análise superficial de alguns julgados oriundos do Tribunal de Justiça do DF e Superior Tribunal de Justiça, tratando de delitos de estupro, pôde-se perceber a pouca ênfase na fundamentação acerca do que seria prova insuficiente à formação do convencimento do julgador de segundo grau, sobre a efetiva ocorrência de delitos de estupro (no caso do TJDFT), ou o tangenciamento da questão do delito sexual para a análise do comportamento da vítima, no caso do STJ. Tais estratégias discursivas podem deixar antever um posicionamento pessoal dos julgadores em inicialmente passar a uma aferição social do comportamento da vítima, em detrimento da análise do caso em si.

Em alguns momentos, utilizou-se o relator do recurso de discurso retórico para infirmar a conclusão positiva do juízo de primeiro grau. Em outros, passou-se a uma verdadeira digressão acerca do que seria consentimento no caso concreto, sem, entretanto, abordar-se exatamente a questão principal, ou seja, sem que aquele que emitia um juízo de valor expusesse, de forma clara, suas convicções acerca daquele ato sexual e daquele consentimento (ou não) que acreditara ver constituído (ou desconstituído)<sup>1</sup>.

Em determinado julgado, quando ainda grassava a divergência acerca da validade do consentimento da vítima em razão da redação do antigo artigo 225, “a” do Código Penal, repetiu os argumentos utilizados pelo julgador de primeiro grau e pelo tribunal revisor, acerca da conduta de acusado que manteve relações sexuais com adolescente menor de quatorze anos:

Adianto que vou aceitar os fatos exatamente como o fizeram o nobre juiz de primeiro grau e o E. Tribunal goiano: o paciente, homem de mais de trinta anos de idade e casado, manteve relações sexuais com uma adolescente de menos de 14 anos de idade. (...) Não discuto, igualmente, se era virgem ou se já haveria mantido relações sexuais com seu primeiro namorado, negado, obviamente, por

---

<sup>1</sup> Não se pretende, aqui, avaliar as decisões sob o enfoque da técnica de decisão ou teoria do discurso, mas apenas fazer digressões acerca dos convencimentos dos julgadores quanto ao que se entende por “palavra da vítima suficiente” nos delitos de estupro, consoante orientações previstas nos tratados internacionais assinados pelo Estado brasileiro.

este. Nem igualmente se está em discussão se a menor procurou beneficiar o namorado, trazendo falsos dados para arredar a tipicidade da conduta do paciente. O que me parece importante é que o paciente, mesmo casado, insistiu em entreter namoro com a menor, a ponto de pedir ao pai desta autorização para namorá-la. E, negada a autorização, não resistiu em levá-la a um motel, onde o casal se entregou às práticas sexuais. A conduta do paciente se subsumiu ao tipo descrito no artigo 213, combinado com o artigo 224, alínea 'a', ambos do Código Penal? Por esse fato, merece o paciente a pena que lhe foi imposta, 6 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado? É essa pena objetivamente justa? O comportamento do paciente merece, sem dúvida, críticas. Com 32 anos de idade e chefe de família, não deveria assediar a menor. Há referências a ter sido preso anteriormente e não dedicar-se ao trabalho. São apenas referências. De qualquer modo, não estamos nem podemos examinar sua conduta do ponto de vista social, mas do direito penal. E, em seu favor, vimos que nutria afeto à vítima, tanto que buscou autorização dos pais para namorá-la. Não se pode deixar de consignar que a própria menor aceitou o convite para ir ao motel e manter relações sexuais. O ato foi consentido e aqui é que se enfrenta o maior problema: a lei penal não atribui validade ao consentimento de menor de 14 anos de idade para a prática de relações sexuais ou de atos libidinosos.<sup>2</sup> (STJ, HC 88.664/GO, Rel. Min. Celso Limongi) (g.n.)

Contrariando o julgado destacado, em outro acórdão foi repudiada a forma pela qual a julgadora de primeiro grau e o tribunal respectivo procederam à análise do comportamento da vítima, adolescente menor de quatorze anos, para então absolverem o réu.

RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. DELITO PERPETRADO PELO PADRASTO DA VÍTIMA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(...)

2. No caso sob exame o recorrido praticou, por diversas vezes, atos libidinosos diversos da conjunção carnal com a ofendida, sua própria enteada, com 13 anos de idade à época dos fatos.

(...)

4. Repudiáveis os fundamentos empregados pela magistrada de primeiro grau e pelo relator do acórdão impugnado para absolver o recorrido, reproduzindo um padrão de comportamento judicial tipicamente patriarcal, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o

---

<sup>2</sup> Destaque-se que na conclusão do relator também foi relativizada a presunção de violência, nada obstante todos os argumentos enumerados, por ele próprio, acerca da conduta do réu: maior de 32 anos, casado, pouco afeito ao trabalho, diante da negativa de autorização de namoro pelos pais da menor, insistiu e levou-a ao motel. Ao que parece, a base dos fundamentos pautou-se no sentimento de “afeto” do réu pela menor, independente de toda a imposição legal vigente. Pode-se mesmo inferir uma espécie de inferiorização, pelo julgador, do bem jurídico penalmente tutelado, e dos valores a serem efetivamente protegidos, ou seja, dos interesses da vítima, adolescente e mulher, diante de sentimentos que, da própria leitura dos termos do julgado, não se afiguram tão nobres assim, mas uma vez pertencentes ao acusado, se sobrepuseram no momento da tomada de decisão.

juízo recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí, julgar-se o réu.

5. no caso em exame, a vítima foi etiquetada como uma adolescente “desvencilhada de pré-conceitos e preconceitos”, muito segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, pois “sabia o que fazia”. Desse modo, tangenciou-se a tarefa precípua do juiz e direito criminal que é a de julgar o réu, ou antes, o fato delituoso a ele atribuído. Em igual direção caminhou o magistrado de segundo grau, ao asserir que o vínculo afetivo que a vítima nutria por seu padrasto é “condição de afastamento da aludida violência presumida”, haja vista que – nas palavras do Desembargador-Relator – “tal afeto deve imperar neste afastamento por ser legítimo e, até, moral (...)” (STJ – Resp 1.276.434/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 26/08/2014)<sup>3</sup>

Na esfera da Justiça Comum Estadual, com relação aos julgados proferidos em sede de apelações contra sentenças condenatórias, no Distrito Federal, analisando-se um universo de 20 acórdãos proferidos em julgamento de apelações de sentenças condenatórias de delitos de estupro contra mulheres, no caso de entendimento pela procedência das razões de recurso, com a absolvição do acusado, foi possível verificar que pouco se ingressou, no campo da fundamentação, acerca do comportamento da vítima, ou das circunstâncias do fato em si.

A análise dos fatos em referidos julgados circunscreveu-se, basicamente, à existência de prova (elementos objetivamente concretos) acerca do fato (crime) imputado ou à valoração que se deu a tais elementos, constantes dos autos.

Todavia, chamaram a atenção alguns julgados que, valorando os elementos probatórios que serviram de base a condenações, por via transversa acabaram analisando a conduta da vítima dentro do contexto social em que se integrava, ou ainda, criaram alguns elementos que constituiriam óbice ao reconhecimento da figura típica imputada, mediante análise subjetiva dos fatos, utilizada talvez para encobrir as reais visões do julgador (relator do recurso) acerca da situação posta em análise, visões estas impregnadas dos valores morais que norteiam sua vida pessoal<sup>4</sup>.

Tal análise subjetiva, que acaba não sendo submetida ao necessário controle dialético dos fundamentos da decisão, pode evidenciar-se seja em afirmações

---

<sup>3</sup> Tal julgado firma, em um contexto penal vinculando não somente ao comando normativo, mas também atento às variações de entendimento jurisprudencial, a primazia da vontade da lei nos casos de violência sexual contra crianças e adolescentes, ratificando o princípio da proteção ao direito da vítima, parte mais fraca da relação de direito material.

<sup>4</sup> Quando se menciona “análise subjetiva” não se refere, evidentemente à análise própria e inerente ao ato de julgar, posto que ato subjetivo, mas análise na qual o julgador insere suas próprias opiniões, pessoais, sobre a situação, que podem não confluir, exatamente, com o consenso que existe sobre determinados temas. Em outras palavras, opinião da pessoa do julgador, apenas, sem fundamentação objetiva e suficiente.



peremptórias (e, portanto, dotadas de argumento de autoridade), por exemplo, acerca de determinadas condutas, como toques em partes íntimas por cima das vestes da criança não constituírem atos integrantes da figura típica do estupro de vulnerável, mas a contravenção prevista no artigo 61 da Lei de Contravenções Penais, por serem “*atos ofensivos ao pudor, de menor gravidade, por exemplo, como uma leve passada de mão nos seios da vítima, fugaz e de inopino*” (TJDFT, Apelação Criminal, Reg. Ac. 874897).

Ou pode, por exemplo, expressar-se em conclusão pela divergência nos depoimentos prestados pela vítima na delegacia e em juízo, acerca de circunstâncias periféricas do fato (se a vítima tirou a roupa a mando do pai, ou o pai tirou a roupa da vítima, se houve penetração parcial na vítima ou apenas toque na parte íntima desta), resultando em juízo absolutório, por conta da contradição verificada pelo julgador, como se este tipo de contradição excluísse a possibilidade de conclusão pela efetiva existência do próprio ato em julgamento, ou seja, ato libidinoso praticado com criança.

Em outro caso concreto, o julgador de primeiro grau havia considerado que as declarações da vítima na fase extrajudicial e judicial estavam aptas a concluir-se pela existência de crime, pois eventuais contradições se deveriam ao decurso do tempo, uma vez que a vítima, na época dos fatos, criança, não poderia se ater a detalhes precisos sobre determinadas circunstâncias do fato. Nesse mesmo julgado analisado, em grau de revisão da sentença condenatória, o Desembargador Relator do recurso reputou relevantes as contradições, para afirmar que estas não traziam a certeza necessária para um juízo de condenação. Ou seja, os mesmos fatos poderiam, de acordo com cada julgador, servir de base para um juízo condenatório ou absolutório, dependendo do valor que o julgador dá para as declarações prestadas pela vítima, sendo que essa valoração está intimamente ligada com o conceito de proteção à dignidade e liberdade sexual da vítima, no caso, criança e mulher (TJDFT, Apelação Criminal, Reg. Ac. 889483).

Em um outro exemplo de padrasto condenado pela prática do estupro de vulnerável (enteada), o tangenciamento da visão que se teve sobre o valor da dignidade e liberdade sexual da vítima, mulher, criança, deu-se mediante exercício de argumentação elaborado unicamente para subtrair ao ofensor a pena pela prática de delito grave, imputando-lhe a prática da contravenção referida no artigo 61 da LCP (TJDFT, Apelação Criminal, Reg. Ac. 903373), deixando antever a necessidade de preservação da unidade da família, em detrimento da aplicação da lei que prevê punição ao ofensores dessa natureza. Nesse caso concreto, mostraram-se interessantes os fundamentos adotados pelo

Relator do acórdão para enquadrar a conduta na contravenção, em manifesta indiferença à dignidade sexual da vítima:

O suposto ato de resistência da vítima consistente em um “chute”, sem maiores esclarecimentos inclusive sobre sua eficiência, pois a vítima no caso era uma criança de apenas nove anos de idade, não transparece suficiente, por si só, para conter o ímpeto lascivo de um adulto que sobre ela exercia inclusive autoridade moral, já que era seu padrasto. Decerto, segundo narrou a denúncia e confirmou-se no curso da instrução, acusado e vítima tinham por hábito permanecer sozinhos em casa, no período da tarde, ocasião em que tanto a genitora da menor como sua irmã mais velha estavam ausentes. (...) Com efeito, mostra-se muito pouco crível afirmar-se que o réu, um homem de quarenta anos de idade e com saúde perfeita, ficaria acuado e desistisse de seu intento por um simples “chute” da vítima, menor de 09 anos à época dos fatos, sendo certo que os dois encontravam-se sozinhos na residência, não havendo, portanto, qualquer circunstância adversa que o impossibilitasse de prosseguir com seu ímpeto libidinoso. (...) A partir da análise dos autos, em especial pelas declarações da vítima, vê-se que a segunda conduta do réu consistiu em ter ‘passado a mão’ na vagina da vítima, por cima da calcinha, o que leva à conclusão de que os atos praticados pelo réu se limitaram a um contato superficial e breve. Além disso, não ficou demonstrado, pelas provas coligidas aos autos, que o réu tinha inequívoca intenção de ter conjunção carnal com a vítima ou de praticar qualquer outro ato de conotação sexual. Assim, tenho que o toque corporal ou apalpada superficial constituem conduta de consequência e censurabilidade menos intensa, não sendo graves o bastante para caracterizar a figura do art. 217-A, do Estatuto Repressivo. (TJDFT, Apelação Criminal, Reg. Ac. 903373)

Esse tangenciamento das questões relativas à violência contra a mulher pode expressar-se também na valoração social do comportamento da vítima, travestida em análise subjetiva, segundo padrões sociais pré-constituídos, da situação narrada perante o Judiciário, no decorrer do processo criminal visando à apuração da prática do estupro. Tal prática pôde ser percebida na análise de caso envolvendo professor e aluna adolescente, na qual o primeiro restou condenado pelo juízo de primeira instância, logrando absolvição em segunda instância, dada a valoração, em sede recursal, da situação e relacionamento envolvendo autor e vítima.

Neste caso específico, discutiu-se acerca da influência e fascínio exercido sobre a aluna, que dificultou a esta última expressar a seus pais os fatos dos quais fora vítima, relegando-se a segundo plano a questão de que o estupro também pode ocorrer mediante grave ameaça, e não apenas pela violência (física), que não restou comprovada no caso concreto.

Não me parece crível que tinha medo do professor, uma vez que voltou à sua casa para assistir à aula com seu amigo (...) após os fatos.

(...)

Assim, conquanto haja provas no sentido de que o apelante costumava elogiar e assediar suas alunas, bem como o depoimento de (...). confirma que a ofendida ficou sozinha com ele, embora ele tenha negado em seu interrogatório, não há evidência da alegada violência praticada.

Ressalte-se que durante o período em que supostamente o réu importunava a ofendida, ela nada disse sobre o envolvimento deles para ninguém, seja para o amigo (...) ou seus pais, nem relatou que tinha medo do acusado. Aliás, tivesse medo descomunal do apelante, não teria voltado à sua casa após os fatos. Ficou mais de seis meses sendo importunada por ele, mas nada disse a ninguém. (TJDFT, Reg. Ac. 837710)

O mais interessante de todas essas análises – que, claro, perpassam necessariamente a visão de mundo dos julgadores envolvidos na solução dos litígios, e não poderia ser diferente – é que, inconsciente e invariavelmente, na maioria das vezes, as conclusões terminam por encerrar um juízo de inferioridade acerca dos valores que envolvem o ser feminino e sua proteção.

Ao superestimarem-se as garantias do indivíduo que se vê processado e a quem se imputa a prática de ilícito penal, sobrelevando a existência de dúvida em um contexto onde os delitos ocorrem em ambiente clandestino, em determinadas situações, as garantias mínimas para as vítimas de tais ilícitos é que podem restar esquecidas, resultando em decisões que afrontam o princípio de proteção do mais fraco na relação de direito material, no caso, a vítima.

Diante de uma prova como esta, e da notícia de que a vítima tinha carência de atenção e de dispersão dos seus relatos, o que não foge da normalidade **se levado em consideração que se trata de criança de apenas nove anos de idade e, do sexo feminino, mais emotiva do que o garoto da mesma idade**, não vejo, com muito respeito, prova suficiente e segura para uma condenação por estupro.(TJDFT, Reg. Ac. 898050)<sup>5</sup> (g.n.)

E esta forma de encarar os elementos de convicção trazidos aos autos pode ensejar o reconhecimento, nestes casos, do descumprimento dos compromissos firmados pelo Estado brasileiro, sobretudo no que diz respeito à Recomendação n.º 33 do CEDAW, que afirma a imperiosidade de conferir-se credibilidade maior aos depoimentos das mulheres vítimas de violência, em razão de sua própria condição de vulnerável, especialmente nos processos relacionados a violência sexual.

## Conclusão

---

<sup>5</sup> Neste julgado, ainda se faz uma diferenciação acerca da emotividade do menino e da menina (no caso, eram duas vítimas, um menino e uma menina), considerando-se a menina mais emotiva e, portanto, mais propensa à criatividade acerca dos fatos ocorridos.

Nada obstante os avanços experimentados até os dias de hoje, no que diz respeito ao reconhecimento dos direitos das mulheres, ainda temos muito a caminhar, especialmente quando se fala no tratamento conferido, dentro do sistema judicial criminal, às vítimas de crimes contra a liberdade sexual, especialmente no que diz respeito à colheita dos elementos probatórios na instrução.

Expor a forma como se vem tratando a questão dos direitos das mulheres vítimas de violência sexual significa questionar de que forma a sociedade brasileira enxerga a própria liberdade sexual, quando se fala em comportamento sexual da mulher. Não significa, apenas, a aplicação da lei pura e simples, justamente porque essa tarefa também demanda uma apreciação subjetiva do fato posto em análise, apreciação que perpassa uma valoração moral, pelo intérprete, de todo o cenário posto a sua disposição, inclusive o comportamento da vítima.

A prevalência dos interesses da mulher vítima de violência sexual, dentro de um esquema orientado de proteção não somente a estes direitos, mas também dos direitos a quem se imputa a prática de delito, pode significar um respeito maior a carta de direitos oriunda do texto constitucional e nos tratados firmados pelo Estado brasileiro. A valoração dos fatos postos sob análise, pelo operador do direito, sem a diminuição da figura feminina, e respeitando o princípio fundamental de necessidade de motivação das decisões, pode configurar um caminho no sentido da diminuição da desigualdade de direitos, que ainda se verifica na prática cotidiana forense.

Essa sensibilidade de gênero, pelos operadores do direito, poderá ser considerada e compreendida como vetor principal no momento da aplicação do direito, constituindo um caminho necessário para a consecução das finalidades pretendidas pelo legislador constituinte, no momento em que traz como objeto de proteção a dignidade da pessoa humana, a segurança do indivíduo, e, em última análise, a integridade da mulher vítima de violência.

Alvitra-se, assim, que dias melhores poderão existir, ouvindo-se melhor as vozes daquelas que ainda enfrentam um longo caminho para reconhecimento de seus direitos.

## Referências bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Sistema penal máximo x cidadania mínima. Porto Alegre Editora Livraria do Advogado, 2003, p. 82.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. Parte especial 4. Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 7ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2013.

BRASIL – TJDFT, Reg. Ac. 898050.

BRASIL – TJDFT, Reg. Ac. 898050.

BRASIL – TJDFT, Reg. Ac. 837710.

BRASIL – TJDFT, Apelação Criminal, Reg. Ac. 889483

BRASIL, STJ – Resp 1.276.434/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, DJe 26/08/2014.

BRASIL, SIPS – Sistema de Indicadores de Percepção Social. Tolerância social à violência contra as mulheres. Abril/2004, IPEA.

CEDAW, Recomendação Geral 33, n.º 15, “a”, “c” e 20, “b”.

FERRER BELTRÁN, Jordi. La valoración racional de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FOUCAULT, The History of Sexuality, volume I, an Introduction.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. Sistema de enjuiciamiento criminal adversarial y nuevas tendencias dogmáticas penales. In: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (org.). Temas dogmáticos y probatórios de relevância en el processo penal, pp.69-100.

MENDES, Soraia da Rosa. Criminologia Feminista: novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 192.

RUSCONI, Maximiliano. Un sistema de enjuiciamiento influido por la política criminal? In: BAIGÚN, David et alii (coord.). Estudios sobre la justicia penal: homenaje al professor Julio B. Maier. Buenos Aires: editores Del Puerto, 2005.

SABADELL, Ana Lucia. Manual de Sociologia Jurídica. Introdução a uma leitura externa do direito. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

SCOTT, Joan. Gender: a useful category of historical analysis. Gender and the politics of history. New York, Columbia University Press. 1989,

SMART, Carol. Teoria feminista y el discurso jurídico. In BIRGIN, Haydée (comp). El derecho en el género y el género en el derecho. Buenos Aires: ed. Biblos, 2000, pp. 31-71.