

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL
CONSTITUCIONALISMO E
DEMOCRACIA: O NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO**

**DIREITO, GÊNERO, SEXUALIDADES E
RACIALIDADE**

Organizadores:
José Ribas Vieira
Cecília Caballero Lois
Marcela Braga Nery

**Direito, gênero,
sexualidade e racialidade:
VI congresso
internacional
constitucionalismo e
democracia: o novo
constitucionalismo latino-
americano**

1ª edição

Santa Catarina

2017



VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

DIREITO, GÊNERO, SEXUALIDADES E RACIALIDADE

Apresentação

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, sobre DIREITO, GÊNERO, SEXUALIDADE E RACIALIDADE.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Gênero. Sexualidade. Racialidade. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Marcela Braga Nery – UFRJ

O VALOR PROBATÓRIO DO TESTEMUNHO DA VÍTIMA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

THE PROBATIVE VALUE OF THE VICTIMS' TESTIMONY IN THE SEXUAL CRIMES AGAINST DIGNITY

Taís Bahia Vianna Rodrigues da Silva ¹

Resumo

Este artigo objetiva explicitar, com base em acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, além dos princípios basilares da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos, a importância do debate a respeito da suficiência probatória do testemunho da vítima em casos dos crimes sexuais inseridos nos Capítulos I e II, do Título VI – Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, do Código Penal Brasileiro. Atualmente, foram computados 169 acórdãos, na Pesquisa Pronta, ferramenta disponibilizada no site do Superior Tribunal de Justiça, demonstrando seu posicionamento quanto ao tema. Contudo, quando o assunto é avanço, o Judiciário deve caminhar lado a lado com a sociedade e vice-versa. Note, ainda, que nem sempre o avanço de posicionamento do Judiciário reflete o esclarecimento da maioria absoluta da população. Quando ocorre esse descompasso, é mister que as autoridades, e até mesmo a iniciativa privada (até o alcance de seu interesse), implementem políticas de conscientização e informação nas escolas e nos meios midiáticos, por exemplo. Em suma, o presente trabalho visa suscitar o debate acerca das questões de gênero em uma sociedade que ainda tem muito a desconstruir e construir junto.

Palavras-chave: Testemunho da vítima, Crimes contra a dignidade sexual, Suficiência probatória

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to explain, based on decisions of the Brazilian Superior Court of Justice, in addition to the basic principles of human dignity and human rights, the importance of debate about the probative value of the victim's testimony in cases of sexual crimes provided in Chapters I and II of Title VI – “Crimes Against the Sexual Dignity” of the Brazilian Criminal Code. Currently 169 decisions were computed demonstrating the position of the Supreme Court in favor of this thesis. However, when it comes to advancement, the Judiciary should go hand in hand with society and vice versa. Note also that not always the advance of the Judiciary positioning reflects the opinion of the absolute majority of the population. When this mismatch occurs, it is essential that public authorities, and even the private sector, in the limit of its interest, implement awareness and information policies in schools and media resources, for example. In short, this paper aims to promote discussion about gender issues in a society that still has much to deconstruct and written together.

¹ Advogada e Mestranda em Direito Empresarial pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Victims' testimony, Crimes against sexual dignity, Sufficiency of evidence

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se a analisar a questão dos meios de prova nos casos de crimes contra a dignidade sexual, com um foco mais específico para o estupro, o assédio sexual (crimes contra a liberdade sexual) e o estupro de vulnerável (crime sexual contra vulnerável).

Com base em 169 acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça - reunidos na Pesquisa Pronta, ferramenta disponibilizada no site do tribunal - e respaldo nas noções da filosofia política da autora Nancy Fraser, importante expoente da Teoria Crítica contemporânea, busca-se promover o debate em torno da inversão do ônus da prova e do valor probante do testemunho da vítima, especialmente nos casos em que o depoimento é coerente e não existe prova contrária (exemplo: álibi do agressor ou DNA incompatível).

Ademais, ao abordar o tema, faz-se mister recorrer aos princípios constitucionais – como a dignidade da pessoa humana e a liberdade –, sem ignorar os princípios universais de direitos humanos. Afinal, o Brasil, que está entre as dez maiores economias do mundo, deve adequar-se aos padrões dos órgãos internacionais, no âmbito não apenas econômico, mas social.

Destarte, antes de abordar os principais tipos penais a serem tratados por este artigo, é preciso elucidar o conceito de “liberdade sexual”, realizando primeiro uma conceituação positiva, de construção, para avançar para a conceituação negativa, de desconstrução.

Superado isso, cabe sobrepor a análise de cada um desses tipos penais para a realidade social em que se insere o diploma penal brasileiro, estendendo o estudo para o posicionamento jurisprudencial, mediante análise de julgados pertinentes ao tema.

Nesse diapasão, insta explorar a questão da dificuldade de produção de prova dada a clandestinidade e furtividade da natureza e da dinâmica pela qual ocorrem os crimes sexuais. A partir disso, há que se abordar a vulnerabilidade da vítima e a necessidade de inversão do ônus da prova nesses casos.

Transposto o problema, há que se apontar soluções. Para um dano dessa natureza, é crucial abordar a necessidade de implementação de políticas de conscientização nas escolas e nos meios midiáticos, como forma de prevenção e salubridade social. É necessário colocar na mesa a questão da cultura branca, colonial e machista, imposta pelo patriarcado de nosso surgimento como nação.

Nesse momento, é preciso ter cautela para não banalizar uma questão de tamanha profundidade, urgência e carência – a questão da “cultura do estupro”, que como muito bem ressalva Nancy Fraser, é de extrema importância, mas também delicadeza. Deve-se abordar o

tema com cuidado, para que a essência daquilo que realmente importa não se perca em um discurso repetitivo e esvaziado. O que realmente interessa é a autonomia das mulheres, mas também dos homens, para serem livres e terem a segurança de seguir em frente, sem que o livre arbítrio alheio interrompa seu caminho.

Para isso é preciso que as diversidades sociais e de gêneros trabalhem em conjunto para uma sociedade mais integrada e agregadora. Nesse sentido, Nancy Fraser (2007, p. 118-119) trabalha bem a ideia de “paridade de participação”:

Como já foi dito, o centro normativo da minha concepção é a noção de *paridade de participação*. De acordo com essa norma, a justiça requer arranjos sociais que permitam a todos os membros (adultos) da sociedade interagir uns com os outros como parceiros. Para que a paridade de participação seja possível, eu afirmo que, pelo menos, duas condições devem ser satisfeitas. Primeiro, a distribuição dos recursos materiais deve dar-se de modo que assegure a independência e voz dos participantes. Essa eu denomino a *condição objetiva* da paridade participativa. Ela exclui formas e níveis de desigualdade material e dependência econômica que impedem a paridade de participação. Desse modo, são excluídos os arranjos sociais que institucionalizam a privação, a exploração e as grandes disparidades de riqueza, renda e tempo livre, negando, assim, a algumas pessoas os meios e as oportunidades de interagir com outros como parceiros.

Ao contrário, a segunda condição requer que os padrões institucionalizados de valoração cultural expressem igual respeito a todos os participantes e assegurem igual oportunidade para alcançar estima social. Essa eu denomino *condição intersubjetiva* de paridade participativa. Ela exclui normas institucionalizadas que sistematicamente depreciam algumas categorias de pessoas e as características associadas a elas. Nesse sentido, são excluídos os padrões institucionalizados de valores que negam a algumas pessoas a condição de parceiros integrais na interação, seja sobrecarregando-os com uma excessiva atribuição de “diferença”, seja falhando em reconhecer o que lhes é distintivo.

1. A LIBERDADE SEXUAL

Todo ser humano nasce livre por natureza. A liberdade está na essência de cada um. Thomas Hobbes trabalha a sua ideia de liberdade individual como ausência de impedimento das ações. Contudo, à medida em que a sociedade desenvolve-se, tornando-se cada vez mais complexa nas estruturas sociais, políticas e econômicas, uma parcela dessa liberdade acaba sendo abdicada em nome do progresso e da civilização, com base no princípio da preservação da vida.

A sociedade regula cada um dos nossos passos, com a cobrança constante de sermos aquilo que se espera, o que acaba nos afastando daquilo que realmente somos ou queremos ser.

Por conta disso que “não se nasce mulher, torna-se mulher” (BEAUVOIR, 1980, p. 9). Em razão disso que quase um terço da população brasileira acredita que a culpa do estupro é da vítima¹. Como resultado disso, um número provavelmente bem próximo da totalidade das mulheres do mundo tem medo de andar sozinha na rua à noite.

Ou seja, nossas liberdades, no âmbito dos princípios da autonomia e da intimidade, acabam sendo parcialmente anuladas (quando não totalmente) como preço a ser pago pelo pacto social de viver-se em comunidade. Em tese, pela máxima de que a liberdade de um indivíduo deve estender-se até o limite da liberdade de outro, acaba-se perdendo para muito além desse limite, por meio de idiosincrasias e outras regras de senso comum que produzem efeitos limitantes à liberdade individual.

A respeito da liberdade sexual mais precisamente dita, cabe compreendê-la como o direito de expressão da própria sexualidade, como uma forma livre de apropriação do próprio corpo. Por meio da consciência a respeito da liberdade sexual que é possível que as mulheres atinjam sua autonomia sexual e demais direitos civis como indivíduos. Trata-se de um empoderamento de si mesmo que se faz necessário para ocupar as demais esferas de direitos, que funcionam como micropoderes dentro de uma sociedade de vulnerabilidades em que é mais forte aquele que “mais pode” ou aquele a quem é mais permitido.

Nesse sentido, a cartilha informativa divulgada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo² assim esclarece:

A liberdade sexual pode ser entendida pelo direito de expressar e exercer a própria sexualidade de forma livre, ou seja, escolher sua/seu parceira(o) ou parceiras(os), inclusive nenhum(a), bem como decidir quando e como se expressar sexualmente, além da livre orientação sexual. Também significa respeitar as diferentes expressões: a intolerância a alguma maneira de expressar e/ ou exercer a sexualidade é uma forma de discriminação e gera sofrimento, exclusão e, muitas vezes, violência.

Deve-se frisar que a liberdade sexual dá a todas as pessoas o poder sobre si mesmas, mas também a responsabilidade sobre suas escolhas. Claro que essa liberdade deve ser de ambos os lados: não se pode falar em liberdade quando um dos lados está sendo pressionado, coagido, até mesmo abusado ou explorado.

Também sobre a conceituação de liberdade sexual, leciona Borja Jiménez (2011, p.156):

Autodeterminação no marco das relações sexuais de uma pessoa, como uma faceta a mais da capacidade de atuar. Liberdade sexual significa que o titular da mesma

¹ Pesquisa do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, realizada pelo Instituto Data Folha, divulgado em 20 de setembro de 2016.

² <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/41/FOLDER%20%20LIBERDADE%20SEXUAL.pdf>

determina seu comportamento sexual **conforme motivos que lhe são próprios no sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais.** (Grifou-se)

Nota-se que o tema está diretamente relacionado com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Dentre as espécies do gênero Dignidade da Pessoa Humana, princípio intimamente atrelado ao princípio da liberdade e ao subprincípio da liberdade sexual, há a dignidade sexual, cujo conceito Wolfgang Sarlet (2015, p. 60) esclarece:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Nesse sentido, vale destacar o trabalho que os órgãos internacionais, como a Organização das Nações Unidas, vêm exercendo ao redor do mundo, tencionando educar, desmitificar e conscientizar, por meio de programas informativos, como movimento internacional ElesPorElas (“HeForShe”)³ e debates a respeito da liberdade sexual e outras questões de gênero.

Em suma, liberdade sexual é um direito individual. Cabe a cada um a liberdade exclusiva de dispor do próprio corpo, no contexto de atos sexuais, no momento em que quiser e com quem desejar, sendo as motivações desse ato uma questão única e exclusiva da esfera individual de cada pessoa. Qualquer violação ao limite da liberdade sexual do outro ensejará em crime, como será visto adiante.

³“O Movimento ElesPorElas (HeForShe) Criado pela ONU Mulheres, a Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres, o movimento ElesPorElas (HeForShe) é um esforço global para envolver homens e meninas na remoção das barreiras sociais e culturais que impedem as mulheres de atingir seu potencial, e ajudar homens e mulheres a modelarem juntos uma nova sociedade. O alcance da igualdade de gênero requer uma abordagem inclusiva, que reconheça o papel fundamental de homens e meninas como parceiros dos direitos das mulheres e detentores de necessidades próprias baseadas na obtenção deste equilíbrio. O movimento ElesPorElas (HeForShe) convoca homens e meninas como parceiros igualitários na elaboração e implementação de uma visão comum da igualdade de gênero que beneficiará toda a humanidade. (...)” Fonte: <http://www.onumulheres.org.br/elesporelas/>

2 CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL SOB A ÓPTICA DO STJ

“Quando se respeita alguém não queremos forçar a sua alma sem o seu consentimento.”

Simone de Beauvoir

2.1. ESTUPRO

O crime de estupro está inserido no Capítulo II – Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual, Título VI – Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, do Código Penal Brasileiro, em seu art. 213, que assim prevê:

Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Coube à Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, unificar no art. 213 do Código Penal as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor, em resposta às críticas e controvérsias que ensejaram em inúmeras manifestações doutrinárias.

Pela nova lei, a rubrica “estupro” diz respeito à situação em que o agente constrange alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que pratique ato libidinoso. Um grande avanço é que atualmente não importa mais se o sujeito passivo ou ativo é do sexo feminino ou masculino, em qualquer hipótese configura-se o crime de estupro, garantindo uma maior segurança e tutela jurídica. Contudo, defende-se que a relação carnal deva ser heterossexual, o que é bastante criticável, uma vez a realidade do mundo dos fatos parece ter sido ignorada pelo Direito.

Destarte, nesse cenário, leciona acertadamente Rogério Greco (2013, p. 465), expondo as questões pessoais e sociais do problema e assinalando a importância das delegacias especializadas no atendimento à mulher:

A conduta de violentar uma mulher, forçando-a ao coito contra a sua vontade, não somente a inferioriza, como também a afeta psicologicamente, levando-a, muitas vezes, ao suicídio. A sociedade, a seu turno, tomando conhecimento do estupro, passa a estigmatizar a vítima, tratando-a diferentemente, como se estivesse suja, contaminada com o sêmen do estuprador. A conjugação de todos esses fatores faz com que a vítima, mesmo depois de violentada, não comunique o fato à autoridade policial, fazendo parte, assim, daquilo que se denomina *cifra negra*.

Hoje, com a criação das delegacias especializadas, pelo menos nas cidades de grande porte, as mulheres são ouvidas por outras mulheres sem o constrangimento que lhes era comum quando se dirigiam a homens, narrando o ocorrido. Era, na verdade, a narração de um filme pornográfico, no qual o ouvinte, embora fazendo papel de austero, muitas vezes praticava atos de verdadeiros *voyeurismo*, estendendo, demasiadamente, os depoimentos das vítimas tão somente com a finalidade de satisfazer-lhe a imaginação doentia.

Resta claro que o dano causado pelos crimes sexuais extrapola as dimensões físicas do indivíduo. Trata-se de uma ferida na alma, irremediável, em que a motivação do agente é de todo injustificável. A razão é conhecida, mas não é aceitável. Vive-se, não apenas no Brasil, uma realidade machista e patriarcal, cujo peso secular resulta em danos avassaladores para a sociedade e cada um de seus indivíduos. Tanto mulheres quanto homens perdem e deixam de ganhar com essa inequidade nem sempre aparente.

Os bens juridicamente protegidos pelo art. 213 são a liberdade sexual, a dignidade sexual e o desenvolvimento sexual, diante de abusos sofridos tanto por mulheres, quanto por homens.

Ainda sobre o estupro, vale falar sobre a resistência da vítima. Bastaria reafirmar a máxima popularizada por Susan Estrich de que “Não é não”, para encerrar este tópico, não fosse pelos comentários, inclusive no meio jurídico, que colocam o dissenso da vítima em dúvida, alegando a possibilidade de ter havido ali, na cena do crime, um “joguinho de sedução”.

Nesse ponto em específico, é mister discordar, com a devida vênia, de doutos juristas como Rogério Greco (2013, p. 25), citado acima, diante de afirmativas como a que se segue:

O erro do agente no que diz respeito ao dissenso da vítima importará em erro de tipo, afastando-se, pois, a tipicidade do fato. Assim, imagine-se a hipótese em que um casal, depois de permanecer algum tempo em um restaurante, saia dali para a residência de um deles. Lá chegando, começam a se abraçar. **A maneira como a mulher se insinua para o homem dá a entender que deseja ter relações sexuais. No entanto, quando o homem tenta retirar-lhe as roupas, ela resiste, dizendo não estar preparada,**

insistindo na negativa durante um bom tempo. O homem, **entendendo a negativa como parte do “jogo de sedução”**, retira, ele próprio, **de forma violenta**, as roupas da vítima, tendo com ela conjunção carnal.

De toda forma, embora ao que parece, tenha havido realmente dissenso da vítima para o ato sexual, o homem que atuou acreditando que isso fazia parte do “jogo de sedução”, poderá alegar erro de tipo, afastando-se o dolo e, conseqüentemente, a tipicidade do fato.

Nesse sentido, afirma João Mastiere:

“A crença, sincera, de que a vítima apresenta oposição ao congresso carnal apenas por recato ou para tornar o jogo do amor mais difícil ou interessante (vis haud ingrata) deve sempre de ser entendida em favor do agente. Falha o tipo subjetivo, igualmente, quando o agente erra, ainda que culposamente, sobre um dos elementos do tipo objetivo. **É o erro do tipo.**” (Grifou-se)

Frise-se: não há que se falar em erro de tipo em nenhum crime sexual. Trata-se de um despropósito, de uma alegação descabida, cuja única explicação remonta na construção machista de nossa sociedade, perpetuada diariamente, de forma milenar, sendo influenciada por falácias vis de um patriarcado que já não deveria mais convencer a ninguém, considerando o avanço na linha do tempo da civilização.

Afinal, se fizesse algum sentido (e talvez fosse menos cínica), essa tese poderia ser aplicada para outros tipos penais, como o crime de lesão corporal. Contudo, excetuando sessões de sadomasoquismo, ninguém agride fisicamente outra pessoa sem ter a certeza de que não houve dissenso da vítima. Com o estupro não seria diferente.

A culpabilização da vítima é erro crasso e intolerável. Repita-se quantas vezes for necessário: “Não é não”! Uma vítima que supera a vergonha, o trauma e o medo para acusar seu agressor de qualquer crime sexual que seja, fugindo da cifra negra daquelas que se calam, não deve, sob hipótese alguma, ser questionada quanto à clareza de seu “não”. Ora, sejamos humanos e razoáveis!

Nesse diapasão, vale ressaltar, como será melhor abordado adiante, o valor probante da palavra da vítima nos casos de crimes contra a dignidade sexual, como é destacado no seguinte julgado, que reflete a atual posição do Superior Tribunal de Justiça:

Processo: AgRg no AREsp 853845 / RS
AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
2016/0041316-6
Relator: Ministro Jorge Mussi
Julgamento: 28/06/2016
Publicação: DJe 01/08/2016
Ementa

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO COM PRESUNÇÃO DE

VIOLÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

CONDENAÇÃO BASEADA NA PALAVRA DA VÍTIMA. POSSIBILIDADE. RECURSO

IMPROVIDO.

1. Reconhecida a materialidade e a autoria do delito pelo Tribunal de origem, a pretensão de ser absolvido em sede de recurso especial esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

2. **Inexiste ilegalidade no fato de a condenação referente aos crimes contra a dignidade sexual estar lastreada na prova oral, especialmente no depoimento da vítima, já que tais ilícitos geralmente são praticados à clandestinidade, sem a presença de testemunhas, e muitas vezes não deixam rastros materiais.**

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (Grifou-se)

Por fim, vale esclarecer que estupro não é uma conduta *ab initio*. A vítima pode, sim, permitir atos sexuais, mas, a partir do momento em que ela muda de ideia ou até mesmo perde a consciência, isso passa a ser entendido como um “NÃO”. A tentativa de alegação de erro de tipo em qualquer crime sexual extrapola a razoabilidade do direito.

2.2 VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE

Também modificado pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o art. 215, do Código Penal, dispõe o seguinte:

Violação sexual mediante fraude

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Assim como no crime de estupro, a alteração legal da conduta para “praticar outro ato libidinoso” passou a considerar a vítima e o agente tanto como mulher quanto como homem, o que representa um avanço da norma. Além disso, trata-se também de uma conduta necessariamente dolosa.

O bem juridicamente protegido pelo dispositivo em questão é a liberdade sexual e a dignidade sexual. Quanto ao objeto material do delito, segundo a doutrina, poderá ser um

homem ou uma mulher, com a condição de que “conjunção carnal” configure, necessariamente uma conduta heterossexual.

Ou seja, o avanço observado é parcial, tendo em vista que o mundo do direito ignorar as relações homossexuais existente no mundo dos fatos é no mínimo confuso.

2.3 ASSÉDIO SEXUAL

O tipo penal “assédio sexual”, com as devidas modificações pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, configura-se por:

Assédio sexual

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função."

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. (VETADO)

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

Trata-se de um tipo penal muito criticado pelos criminalistas, tendo em vista que, quando foi criado, já havia previsão legal em sentido similar, como o constrangimento ilegal e o estupro, variando de acordo com sua gravidade. Contudo, vale ressaltar sua importância na esfera laboral, conforme julgado noticiado pelo Tribunal Superior do Trabalho - TST⁴:

(Sex, 20 Mar 2015 07:19:00)

A Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho não conheceu de recurso da Ingersoll Rand Indústria Comércio e Serviços de Ar Condicionado Ltda. contra condenação ao pagamento de indenização por dano moral a uma operadora de produção que foi alvo de propostas de cunho sexual de seu supervisor, que prometia efetivá-la no emprego caso saísse com ele.

Assédio

Na reclamação trabalhista, a operadora disse que passou a evitar o supervisor após saber de suas intenções sexuais e que, por receio, não contou aos superiores, pois o supervisor tinha dez anos na empresa e ninguém acreditaria nela, "que trabalhava sempre nervosa, acuada e constrangida". Depoimentos de colegas de trabalho confirmaram sua versão.

Além dos depoimentos, a juízo da 1ª Vara do Trabalho de Araucária (PR) constatou a influência do supervisor nas admissões e dispensas, confirmada por testemunha da empresa. Assim, convenceu-se do assédio sexual e deferiu à operadora indenização por dano moral de em R\$ 5 mil.

No recurso ao TRT da 9ª Região (PR) a empresa alegou que a prova testemunhal era inconclusiva, pois suas testemunhas nunca presenciaram conduta suspeita do supervisor. Verificando, porém, que nenhuma delas trabalhou diariamente com a operadora, o TRT desqualificou seu valor probatório e manteve a sentença.

⁴http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/empregada-vitima-de-assedio-sexual-no-trabalho-sera-indenizada

Ônus da prova

Para a Ingersoll, a questão deveria ser solucionada com base na regra da distribuição do ônus da prova, cabendo à trabalhadora comprovar o assédio sofrido. A tese, porém, foi afastada pelo relator do recurso no TST, ministro José Roberto Freire Pimenta, para quem somente é importante indagar a quem cabe o ônus da prova quando não há prova de fato controvertido nos autos. No caso, ficou efetivamente provado que a operadora sofreu assédio sexual, segundo o TRT, sendo irrelevante questionar a quem caberia fazer a prova.

A decisão já transitou em julgado.

(Lourdes Côrtes/CF)

Processo: RR-1274-83.2012.5.09.0654

Ainda, há que fomentar o debate a respeito das hipóteses de assédio sexual independente de relação hierárquica ou, até mesmo, invertendo essa relação (subordinado assediando superior). Afinal, sabe-se que a estrutura hierárquica dentro de cada ambiente de trabalho nem sempre resta muito claro. Além do que, não necessariamente a chefe ou o chefe assediado tem recursos ou a possibilidade de tomar medidas a respeito ou até mesmo optar pela demissão por justa causa (em alguns lugares essa decisão caberá aos cargos mais superiores, que nem sempre se fazem acessíveis).

Em um contexto de uma sociedade machista, seria hipocrisia afirmar que qualquer pessoa se sentiria à vontade em compartilhar o constrangimento dentro do ambiente de trabalho, ainda que diante da ausência de subordinação, sem um respaldo legal realmente significativo e garantidor. Ora, se, como visto no item anterior, há quem afirme que uma vítima estuprada pode parecer ter “entrado no jogo da sedução”, em um contexto de ambiente de trabalho, em que qualquer má interpretação pode prejudicar o seu emprego, que afeta sua vida direta e financeiramente, não parece improvável que a vítima depare-se com afirmativas com o mesmo viés.

Portanto, cabe ao direito ocupar esse papel de garantidor em casos em que a vulnerabilidade da vítima pese mais do que a necessidade de acusação do agente, considerando todos os danos causados, ainda que a justiça venha a lograr êxito.

Da mesma forma, é dever da sociedade estancar os danos que podem ser ocasionados, não obstante ter havido justiça. Afinal, a sociedade estigmatiza as vítimas sexuais, isso quando não as culpabiliza. É necessário, portanto, disseminar o debate informativo visando à desconstrução desses paradigmas evidentemente equivocados.

3. CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL

O Capítulo II, do Título VI – Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, do Código Penal, abarca os crimes de estupro de vulnerável (art. 271-A), corrupção de menores (art. 218), satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A) e favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B). Para fins deste artigo, trataremos apenas do crime de estupro de vulnerável.

3.1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O sujeito passivo do crime de estupro de vulnerável é a vítima menor de 14 (catorze) anos ou portadora de enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o discernimento necessário para a prática do ato ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência.

Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Os bens juridicamente tutelados por esse dispositivo são a dignidade, a liberdade e o desenvolvimento sexuais. Nesse sentido, posiciona-se a jurisprudência, em prol da proteção do menor vulnerável:

Processo: HC 326991 / SP
HABEAS CORPUS
2015/0139376-5

Relator: Ministro Ribeiro Dantas (1181)
T5 – Quinta Turma

Publicação: DJe 21/09/2016

Ementa

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. **ESTUPROS DE VULNERÁVEL**. ABSOLVIÇÃO. CARÊNCIA DE PROVAS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PALAVRA DAS VÍTIMAS. ESPECIAL RELEVÂNCIA NOS DELITOS CONTRA LIBERDADE SEXUAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.

2. Se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, ser o réu autor dos delitos descritos na exordial acusatória, a análise das alegações concernentes ao pleito de absolvição demandaria exame detido de provas, inviável em sede de writ.

3. A jurisprudência pátria é assente no sentido de que, nos delitos contra liberdade sexual, por frequentemente não deixarem vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido. (Grifou-se)

Note, ainda, que a preocupação com a dificuldade, ou até inviabilidade, de produção de provas que não sejam o próprio testemunho da vítima, tendo em vista a natureza e a dinâmica do crime, é demonstrado nos julgados analisados:

Processo: AgRg no REsp 1533480 / RR
AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
2015/0121726-9

Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131)

Órgão julgador: T6 - SEXTA TURMA

Julgamento: 19/11/2015

Publicação: DJe 03/12/2015

Ementa

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. OPERAÇÃO ARCANJO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DEGRAVAÇÃO INTEGRAL. DESNECESSIDADE. **VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS**. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONDENAÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA. ALTO VALOR PROBATÓRIO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. RECURSO QUE NÃO IMPUGNA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ. PERDA DO CARGO PÚBLICO. EFEITO DA SENTENÇA. MOTIVAÇÃO CONCRETA.

1. De acordo com a jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça, não há necessidade de degravação dos diálogos objeto de interceptação telefônica em sua integralidade, visto que a Lei 9.296/96 não faz qualquer exigência nesse sentido.

2. "Para se declarar a nulidade atinente à transcrição parcial das interceptações telefônicas, deve haver a demonstração de eventual prejuízo concreto suportado pela parte, mormente quando se alcança a finalidade a que o ato se destina, consoante o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal" (REsp 1381695/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 26/08/2015).

3. Pacificou-se neste Sodalício entendimento de que a presunção de violência no crime de estupro cometido contra menores de 14 anos, prevista na antiga redação do artigo 224, alínea "a", do Código Penal, é de natureza absoluta, de maneira que a aquiescência da ofendida ou mesmo sua experiência com relação ao sexo não tem relevância jurídico-penal.

4. **Em se tratando de delitos sexuais, a palavra da vítima tem alto valor probatório, considerando que crimes dessa natureza geralmente não deixam vestígios e, em regra, tampouco contam com testemunhas.**

5. É inviável o agravo regimental que não impugna especificamente os fundamentos da decisão agravada. Aplicação do disposto na Súmula 182/STJ.

6. Tendo sido decretada a perda do cargo público com base na "ausência de um padrão comportamental e moral compatível com o exercício de funções públicas" em razão da prática de crimes de natureza sexual contra menores de 14 anos, não há falar em violação do artigo 92, I, "a", do Código Penal.

7. Agravo regimental conhecido em parte e improvido.

Por fim, como será melhor trabalhado no tópico seguinte, a desnecessidade de material probatório robusto é questão que se apresenta repetidamente nos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, demonstrando clareza e razoabilidade em suas decisões no que tange aos crimes contra a dignidade sexual.

4. DIFICULDADE DE PRODUÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA

Ao tratar dos crimes sexuais, a vulnerabilidade da vítima é fator irretorquível, que deve ser levado em consideração no âmbito da análise do material probatório referente a cada processo no caso concreto.

Essa posição de vulnerabilidade evidente combinada com o grau de clandestinidade e de furtividade em que são cometidos os crimes sexuais, dada a sua dinamicidade e a dificuldade de rastreamento de vestígios a serem usados como prova, deve ser sopesada no que tange às considerações sobre a possibilidade de inversão do ônus da prova, de forma que, não deve caber à vítima provar o dano que sofreu e ainda sofre.

Diante disso, cabe, ainda, assinalar que o testemunho da vítima, desde que coerente e sem demonstração de prova em contrário, resta como material probatório suficiente para a configuração dos tipos penais previstos nos Capítulos I e II, do Título VI, do Código Penal Brasileiro, não havendo que se falar em equiparação do valor probante do testemunho da vítima e o do testemunho do agressor.

Nesse mesmo sentido vem caminhando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como pode-se verificar pelo voto do ministro Ribeiro Dantas, proferido no âmbito do *Habeas Corpus* nº 326.991 - SP (2015/0139376-5), além dos julgados já suscitados nos tópicos anteriores: “Destaque-se que a jurisprudência pátria é assente no sentido de que, nos delitos contra a liberdade sexual, por frequentemente não deixarem vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado”.

Por fim, cabe, ainda, observar o seguinte acórdão, que corrobora com a ideia apresentada no presente trabalho:

Processo: HC 234135 / RO
HABEAS CORPUS
2012/0035257-1
Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS (1181)
T5 - QUINTA TURMA
Julgamento: 09/08/2016
Publicação: DJe 23/08/2016
PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO.
ESTUPRO DE INCAPAZ. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. RECONHECIMENTO DA PRECLUSÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ABSOLVIÇÃO. CARÊNCIA DE PROVAS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. **PALAVRA DA VÍTIMA. ESPECIAL RELEVÂNCIA NOS DELITOS CONTRA LIBERDADE SEXUAL. CONTINUIDADE DELITIVA. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ADEQUADA APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 226, II, DO CÓDIGO PENAL. WRIT NÃO CONHECIDO.**

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.

2. Inviável a análise das nulidades apontadas nesta impetração, sob pena de indevida supressão de instância, tendo em vista que a questão não foi apreciada pelo Tribunal de origem, em face do reconhecimento da preclusão temporal.

3. Se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, ser o réu autor do delito descrito na exordial acusatória, a análise das alegações concernentes ao pleito de absolvição demandaria exame detido de provas, inviável em sede de writ.”

CONCLUSÃO

A cultura do estupro pode não estar clara para todos, em todos os lugares e a qualquer tempo. Mas ela existe. Diante desse fato, cabe à comunidade jurídica, antropológica, sociológica e - por que não? - as engenharias, as matemáticas, etc. trazerem esse debate para a mesa. Afinal, discutir as questões de gênero não deve ser tido como papel único e exclusivo daqueles que atuam profissionalmente na área dos direitos humanos.

Preocupar-se com o próximo e com o bem-estar da sociedade na qual se está inserido é papel de todo cidadão colaborativo. Infelizmente, a empatia parece não nascer com todos. Para isso, recorre-se ao diálogo e à conscientização, uma vez que a informação é a primeira porta para a solução de inúmeros problemas sociais.

Outrossim, não se pode abordar a questão dos crimes contra a dignidade sexual sem olvidar a realidade da sociedade em que se inserem essas condutas. A cultura do estupro é um assunto que deve, sim, ser tratado, com a cautela de empregar o tom de urgência e seriedade que o tema merece. A questão está para além das “mídias de guerrilha”. Trata-se um problema global e milenar, cuja solução deverá ser galgada com o tempo e com ações efetivas contra as construções machistas que preenchem o inconsciente coletivo e se fazem presente nas pequenas restrições de liberdades individuais, ainda que veladas, com nuances por vezes tão sutis, que quase passam por despercebidas, mas que afetam toda a coletividade humana.

Também vale reconhecer o posicionamento atuante, de avanço, do Superior Tribunal de Justiça, que vem atualizando-se nos assuntos e discussões sobre questões de gênero. Contudo, o Direito e a sociedade devem caminhar lado a lado em matéria de evolução. Caso um não acompanhe o outro, é preciso pensar em formas de remediar esse descompasso e a primeira medida a ser tomada é a fomentação do debate, visando à difusão da informação e à conscientização.

Torna-se claro, portanto, a necessidade das autoridades pública investirem cada vez mais em campanhas de conscientização nas escolas, nos hospitais e pelos meios midiáticos (televisão, Internet, rádio, etc.). O setor privado também tem espaço de atuação na seara das discussões sobre as questões de gênero e outros aspectos da segurança pública e da salubridade social. Afinal, o bem-estar da população é de interesse de todos aqueles que estejam inseridos na mesma sociedade.

O espaço em comunidade deve ser dividido igualmente, não apenas em direitos, mas deveres também. Cabe ao cidadão lutar por suas garantias individuais e coletivas, bem como cabe ao Estado responder às demandas de sua população.

Conclui-se, portanto, que é necessário fomentar o debate acerca dos crimes contra a dignidade sexual, tanto na seara processual, em matéria probante, quanto na seara social, com medidas socioeducativas que devem ser empregadas como recursos preventivos à criminalidade. Além disso, seguindo a filosofia de Nancy Fraser, é importante superar as rivalidades entre gêneros, quaisquer que sejam, para que toda energia conjunta seja concentrada em um único fim: a reforma da sociedade, para que se torne mais acolhedora e, assim, mais produtiva para todos.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone. O Segundo Sexo – fatos e mitos; tradução de Sérgio Milliet. 4ª ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1980.

BITTENCOURT, Ila Barbosa/VEIGA, Ricardo Macellaro. Olhar atual da cláusula fundamental da dignidade da pessoa humana. Rev. de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, jan./mar. 2015, v.90.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 de dez. 1940.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 853845/RS 2016/0041316-6. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgamento: 28/06/2016. Publicação: DJe 01/08/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1533480 / RR 2015/0121726-9. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura (1131). T6 – Sexta Turma. Julgamento: 19/11/2015. Publicação: DJe 03/12/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas 234135 / RO 2012/0035257-1. Relator: Ministro Ribeiro Dantas (1181). T5 – Quinta Turma. Julgamento: 09/08/2016. Publicação: DJe 23/08/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 326991 / SP 2015/0139376-5. Relator: Ministro Ribeiro Dantas (1181). T5 – Quinta Turma. Publicação: DJe 21/09/2016.

CAVALCANTI, Bruno; PAVANI, Sérgio Augusto Zampol; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. Direito do trabalho empresarial. São Paulo: 2008. p.107-114. SANCHES, Marcelo Elias. Capítulo “Dignidade humana, cidadania e hipossuficiência.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 1. p.277-285. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Capítulo “Princípio da dignidade da pessoa humana”.

ESTEVES, Juliana Teixeira. Análise do assédio moral no ambiente de trabalho em tempos de globalização. LTR: suplemento trabalhista, São Paulo, 2012, v.128.

FACHIN, Luiz Edson / PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. Rev. Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, jul./set. 2008, v.35.

FRASER, Nancy. Reconhecimento Sem Ética? 2007, Lua Nova, São Paulo.

FRASER, Nancy- “Social justice in the Age of identity Politics: redistribution, recognition and participation”, in Fraser, Nancy and Honneth, Redistribution or Recognition?

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte especial. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. v.3 759p. 10. ed., rev. ampl. e atual.

JIMÉNEZ, Emiliano Borja. Curso de política criminal, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Rev. de Direito Administrativo, São Paulo, set./dez. 2009, v.252.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa humana e direitos fundamentais, Porto Alegre, Livr. Do Advogado, 2015.

SCRAMIM, Umberto Cassiano Garcia. A dignidade da pessoa humana e a problemática de sua aplicação. Rev. de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, out./dez. 2014, v.89.