

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

BARTIRA MACEDO MIRANDA

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

THAIS JANAINA WENCZENOVICZ

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

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

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

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

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

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

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

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

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Bartira Macedo Miranda; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Thais Janaina Wenczenovicz – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-992-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

APRESENTAÇÃO

O presente trabalho associa-se ao Grupo de Trabalho intitulado Direito Penal, Processo Penal e Constituição I do VII Evento Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação e conta com 20 artigos. Dentre as categoriais conceituais constata-se: Constituição Federal, Democracia, Direito Penal, Estado, Justiça Penal, Lei Maria da Penha, Processo Penal, Sociedade da Informação e Sociedade de Risco.

O primeiro texto nomina-se A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS ASPECTOS PENAIIS E DO PROCESSO PENAL: ALCANCES E LIMITES PARA O LEGISLADOR ORDINÁRIO EM MATÉRIA PENAL, sob autoria de Luiz Gustavo de Oliveira Santos Aoki e Antonio Carlos da Ponte e se apresenta com o objetivo de examinar a evolução histórica dos aspectos materiais do direito penal e processual penal à luz dos preceitos constitucionais, delineando os limites e extensões para a atuação do legislador ordinário. Ao adotar uma abordagem indutiva-histórica, o estudo analisa uma gama de fontes, incluindo documentos históricos, contribuições doutrinárias, jurisprudência e legislação pertinente. Conclui-se que o legislador não deve apenas criar, mas identificar e fortalecer os interesses relevantes, estabelecendo, assim, um critério de restrição ao ímpeto punitivo estatal. Tal compreensão visa não apenas a limitar a intervenção penal às necessidades reais da sociedade, mas também a salvaguardar os valores constitucionais, direitos fundamentais e os direitos individuais. Dessa forma, o artigo oferece uma análise crítica sobre o papel do legislador na formulação e aplicação do direito penal, contribuindo para o debate sobre a necessidade de equilibrar o poder estatal com os princípios democráticos, efetivação dos direitos e as garantias fundamentais estabelecidas pela Constituição Federal.

O segundo artigo, redigido por Allan Thiago Barbosa Arakaki e Maria De Fatima Ribeiro, discorre sobre A FUNÇÃO SOCIAL DA POLÍCIA MILITAR E UMA NOVA FORMA DE ATUAÇÃO NA SEGURANÇA PÚBLICA e discute o papel das forças das polícias militares e a imprescindibilidade de um novo formato legitimador às suas funções institucionais, à luz da teoria do agir comunicativo. Nesse ponto, ultrapassa-se o viés apenas dogmático para se compreender o desenvolvimento de um novo formato de policiamento baseado no agir comunicativo. O método empregado é o dedutivo por atender às pretensões desta pesquisa e se cuida de uma pesquisa bibliográfica e documental. Parte-se inicialmente do papel

dogmático das forças de segurança e os desafios diante da alta taxa de letalidade. Após, ingressa-se na função solidária das forças de segurança, buscando diferenciá-la da função social e o que ela albergaria. Ao fim, enfoca-se como o agir comunicativo poderia auxiliar na formulação de um novo formato de policiamento e o que isso implica, denotando um novo formato de policiamento. Conclui-se que a compreensão da função solidária das forças de segurança demanda a construção de elos comunicativos com a população atendida, por intermédio de desenvolvimento de parcerias, ultrapassando o papel meramente dogmático. O referencial teórico utilizado é a teoria do agir comunicativo, desenvolvida por Habermas, e compreensões do modelo de policiamento firmados por Zaffaroni.

Na sequência sob redação dos autores Allan Thiago Barbosa Arakaki , Emerson Santiago Pereira , Marilda Tregues De Souza Sabbatine com o título A NECESSIDADE DE MUDANÇA DE PARADIGMAS NAS ALTERAÇÕES DA LEI MARIA DA PENHA. O artigo analisa o aumento do número das infrações doméstico-familiar contra a mulher à luz da Lei 11.340/06. O objetivo secundário, por sua vez, relaciona-se a examinar se o recrudescimento unilateral da legislação penal possibilita ou não um resultado mais efetivo de segurança coletiva nessa dinâmica. A pesquisa é de natureza bibliográfica, documental e jurisprudencial, sendo empregado o método dedutivo. Parte-se da premissa geral, discorrendo sobre o panorama da Lei 11.340/06 e sua importância. Após, adentra às diversas mudanças da lei e o aumento dos crimes albergados por ela, fazendo um paralelo com a política criminal do Broken Window e buscando identificar se funciona ou não a política criminal mais rígida em tais contextos. Debruça-se, posteriormente, a delinear propostas que poderiam auxiliar a adotar uma tônica mais produtora no combate à violência de gênero. Ao fim, conclui-se que um dos motivos centrais de não haver diminuição nos crimes analisados é que o mero recrudescimento de política pública criminal, divorciada de outros elementos ressocializantes, não promove a pacificação social. Ao contrário disso, cuida-se de uma manobra do próprio Direito Penal Simbólico, alçando indivíduos como inimigo e, em geral, possibilitando uma resposta imediatista que não auxilia no enfrentamento da questão. O referencial teórico empregado é lastreado na teoria do agir comunicativo, utilizando ainda um enfoque positivista e dogmático.

O próximo artigo com o título A PERSPECTIVA ÉTICA DE RESPONSABILIDADE COMUNITÁRIA DESDE A RESOLUÇÃO N. 487/2023, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA e da autora Camila Maués dos Santos Flausino aporta-se em referenciais pós-estruturalistas, como Rosine Kelz, Didier Fassin, Roberto Esposito e Judith Butler e busca problematizar, no campo afetivo político-filosófico, as ações e intervenções oficiais de governos humanitários voltadas à proteção de pessoas com transtorno mental em conflito com a lei penal. Pautada como discurso oficial, e como o encontro do “outro” repercute em

dinâmicas afetivas, psíquicas e políticas voltadas a alteridades irredutíveis. Trata-se de pesquisa com abordagem dedutiva e, quanto ao procedimento, bibliográfica. Ao final, a partir da Resolução n. 487/2023, do CNJ, útil no estudo como protótipo analítico, permitiu-se refletir sobre possíveis afetos políticos que fomentam agendas de governos humanitários nesse campo e como eles se engatam em aproximação ao projeto de reformulação da responsabilidade ética de dever mútuo de desenvolvimento da máxima potencialidade humana e de rompimento de fronteiras que normativamente são estabelecidas como verdades jurídico-médicas.

O quinto artigo tem como autor Guilherme Manoel de Lima Viana e o título é A PROVA ILÍCITA E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. O trabalho explora a interseção entre a prova ilícita e a sociedade da informação no cenário jurídico atual. O foco central reside na emergência e prevalência crescente de evidências digitais, impulsionadas pelo avanço tecnológico e pela expansão ininterrupta da sociedade digital. Utilizando uma metodologia de revisão de literatura, a pesquisa aprofunda a análise jurídica, considerando casos específicos e tendências legais relevantes dentro do contexto da sociedade da informação. Os resultados apontam para a necessidade urgente de abordagens jurídicas inovadoras capazes de enfrentar as complexidades decorrentes da prova ilícita na sociedade da informação. Destaca-se a importância de equilibrar a busca pela verdade processual com a proteção rigorosa dos direitos fundamentais, sugerindo a implementação de diretrizes e medidas concretas. O artigo conclui ressaltando a crucial importância de adaptar as estruturas legais existentes para enfrentar as mudanças sociais e tecnológicas, proporcionando um arcabouço flexível que possa eficazmente lidar com as nuances da prova ilícita na sociedade da informação. Nesse contexto, propõe-se não apenas uma resposta às implicações jurídicas, mas também um chamado à reflexão sobre como preservar a integridade do sistema judicial diante dos desafios complexos decorrentes da evolução tecnológica. O objetivo final é estabelecer um sistema judicial resiliente, justo e adaptável, capaz de enfrentar os dilemas contemporâneos de maneira eficaz.

A SOCIEDADE DE RISCO E O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO dos autores Ana Cristina Santos Chaves , Marcos Paulo Andrade Bianchini Eduardo Augusto Gonçalves Dahas contempla o texto seis. Este artigo examina a relação entre a teoria da Sociedade de Risco de Ulrich Beck em sua obra "Sociedade de risco: Rumo a outra modernidade", analisando os impactos dos riscos globais decorrentes dos constantes avanços tecnológicos advindos após a revolução industrial que gera uma sociedade do medo e insegura e cada vez mais reflexiva ante os riscos provocados na contemporaneidade. Também analisou como os riscos modernos que desafiam as estruturas tradicionais existentes no Estado Democrático de Direito e no direito penal. Discute a mudança de paradigma na

sociedade que precisa lidar com riscos globais normalmente não intencional, mas com potencial lesivo impactante em todo o mundo que transcende as fronteiras territoriais, econômicas, clássicas e científicas. Foi analisado o desafio do Estado Democrático de Direito a se adaptar a uma realidade complexa e interconectada. Foi analisado a sociedade de risco descrita por Ulrich Beck frente as teorias funcionalistas sistêmicas. Utilizou-se o método-dedutivo, e como fontes primárias, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) e os autores Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, José Afonso da Silva, na definição de Estado Democrático de Direito, a teoria funcionalista teleológica na visão de Claus Roxin e funcionalista sistêmica na visão de Günther Jakob, fazendo uma correlação com a sociedade de risco de Ulrich Beck. Conclui-se que a sociedade de risco descrita por Beck, vê nos avanços tecnológicos e a globalização a criação de novos riscos e incertezas que atravessam fronteiras nacionais e desafia o direito penal.

O artigo sétimo, intitulado **A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA COMO UM INDEVIDO ESTADO DE COISAS DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: BREVES CONJECTURAS SOBRE OS OBSTÁCULOS PARA SUA SUPERAÇÃO NO BRASIL**, com escrita de Barbara Labiapari Pinto e Fernando Laércio Alves da Silva, apresenta resultado de investigação conduzida sobre a situação do sistema prisional brasileiro e busca lançar luzes sobre o problema da superlotação carcerária. Problema tão antigo e endêmico no Brasil que sequer pode ser considerado como uma situação de crise, mas, de fato, um estado de coisas persistente e indevido. Exatamente por se tratar de tema tantas vezes discutido, na presente pesquisa se propôs analisa-lo a partir de novas lentes, conjugando a já comum leitura da insuficiência de vagas com questões que impactam, ou pelo menos deveriam impactar no sistema, como as medidas alternativas à prisão, de um lado, e a mudança de orientação do STF sobre a possibilidade da decretação da prisão após decisão condenatória não transitada em julgado, por outro. Metodologicamente, a investigação, de abordagem quali-quantitativa, desenvolveu-se por meio da coleta de dados documentais sobre o sistema prisional do INFOPEN, CNMP e, CNJ (2008-2023) e pela coleta e análise de julgados, notadamente das decisões do STF acerca da temática da execução penal após condenação em segunda instância, e pela coleta e análise bibliográfica, realizada a partir do Portal de Periódicos da CAPES e do Banco de Dissertações e teses da CAPES. Caminho trilhado para tentar identificar o grau de eficiência do modelo de penas alternativas à prisão estabelecido pela Lei n. 9.714/98 e o impacto da insegurança jurídica e, principalmente, da inadequada compreensão da possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade no sistema prisional brasileiro.

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: EFEITOS DA CONFISSÃO EM CASO DE NÃO CUMPRIMENTO DO ACORDO foi o tema apresentado por Victor Dessunti

Oliveira, Felipe Ryuji Coimbra Miyamoto e Andrezza Damasceno Machado. O artigo é dedicado a compreender como a confissão do réu afeta o andamento processual quando um acordo de não persecução penal não é cumprido. Os autores demonstram que o ANPP pode oferecer uma alternativa flexível ao processo tradicional, permitindo que as autoridades ajam de forma adaptativa em diferentes situações. Isso pode ser particularmente útil em casos onde a culpabilidade é clara e as partes envolvidas concordam com os termos do acordo. Em relação à utilização da confissão como prova em eventual ação judicial, decorrente do descumprimento do acordo, os autores defendem a sua impossibilidade, vez que a confissão é feita antes da denúncia, ou seja, antes mesmo de iniciar a ação judicial. Assim sendo, a confissão em sede inquisitiva, como é o caso do ANPP, não pode ser utilizada como prova na ação judicial, devendo o processo seguir seu curso normal, conforme consta no Código de Processo Penal, por respeito ao devido processo legal, bem como a todas as garantias previstas na Constituição Federal.

Os autores Kennedy Da Nobrega Martins e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues apresentaram o artigo intitulado AGENDAMENTO ELETRÔNICO PARA ATENDIMENTO DO CLIENTE PRESO: ANÁLISE DO IMPACTO DA PORTARIA Nº 164/2020 – SEAP/PA NA PRÁTICA DA ADVOCACIA CRIMINAL. A Portaria nº 164/2020 – SEAP/PA regula o acesso dos advogados às unidades prisionais no Pará, estabelecendo horários específicos para atendimentos e introduzindo um sistema de agendamento eletrônico para atendimento e entrevista pessoal e reservada com clientes. O estudo analisa como essa normativa afeta a prática da advocacia criminal, a relação advogado-cliente, especialmente em um contexto de justiça penal, onde o acesso rápido e eficiente à representação legal é crucial. A conclusão aponta que o equilíbrio entre a segurança prisional e os direitos dos detidos e seus defensores é um aspecto imprescindível a ser considerado na implementação de qualquer nova tecnologia ou política, devendo-se buscar, por meio do diálogo, soluções que respeitem as garantias constitucionais e profissionais dos advogados, ao mesmo tempo em que se aproveitam os benefícios que as inovações tecnológicas podem oferecer para a eficiência e eficácia dos processos judiciais e prisionais.

Giovanna Aguiar Silva e Fernando Laércio Alves da Silva jogam luz a um problema percebido com muita perspicácia: a liberdade decisória da vítima nos delitos sexuais. O título do artigo é COM SENTIMENTO: DESVELANDO O IMPACTO DO PATRIARCADO E DO PATRIMONIALISMO NA IDENTIFICAÇÃO DA VONTADE-CONSENTIMENTO DA VÍTIMA MULHER ENQUANTO ELEMENTO DE CARACTERIZAÇÃO /DESCARACTERIZAÇÃO DOS CRIMES SEXUAIS. Passados quase um quarto de século da edição da Lei n. 12.015/2009, os autores realizaram um balanço dos avanços concretos na proteção à dignidade e à liberdade sexual das mulheres. O trabalho investigou a

jurisprudência do TJMG quanto à adequada compreensão dos aspectos da liberdade decisória da mulher (consentimento) quanto ao exercício de sua sexualidade e seu impacto na caracterização ou não de crimes sexuais. O objetivo geral foi identificar se a análise judicial ainda se encontra enviesada por aspectos de uma cultura patriarcal. Para tanto, conduziu-se uma pesquisa qualitativa, metodologicamente estruturada, adotando como corte temporal o intervalo entre janeiro de 2010 a dezembro de 2020. As conclusões desta investigação, confirmam que a perspectiva civilista do conceito de consentimento não se mostra suficiente para a compreensão da complexidade do consentir e do querer, relacionados à realização da liberdade sexual pela mulher e deixam claro que no plano da atuação judicial, existem indícios de que a visão dos julgadores está atrelada, muitas vezes, não apenas à míope compreensão do direito civil, mas, de fato, vinculada a um ideal de mundo, no mínimo, novecentista.

Outro assunto muito contemporâneo foi apresentado por Euller Marques Silva e Yuri Anderson Pereira Jurubeba com o artigo **FILHO ADOTIVO NO HOMICÍDIO FUNCIONAL: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA QUALIFICADORA**. Este artigo examinou a inclusão dos filhos adotivos como sujeitos passivos no contexto do homicídio funcional, fazendo um paralelo entre o dispositivo legal que incluiu a qualificadora e o reconhecimento constitucional da igualdade entre filhos adotivos e biológicos. Os autores explicam que a problemática abordada consiste no fato de que o Legislador, no ano de 2015, ao instituir uma nova qualificadora para os homicídios cometidos contra agentes de segurança pública e seus parentes próximos, utilizou-se da expressão “parentes consanguíneos”, excluindo, assim, os filhos adotivos dessa proteção, gerando uma violação ao princípio constitucional de isonomia entre as origens de filiação.

A INAPLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AO CRIME DE RACISMO foi o tema desenvolvido por Felipe Ryuji Coimbra Miyamoto, Andrezza Damasceno Machado e Victor Dessunti Oliveira. Segundo os autores, a Lei nº 13.964 de 2019 inovou o ordenamento jurídico com a inserção do acordo de não persecução penal (ANPP), inspirado no plea bargaining, que possibilita a negociação entre o Ministério Público e o acusado. O artigo questiona se o ANPP pode ser aplicado ao crime de racismo. O artigo debate a inconstitucionalidade da aplicação do acordo de não persecução penal ao crime de racismo, considerando que a Constituição estabelece o combate ao racismo como um objetivo fundamental da República e como um dos princípios orientadores do Brasil em suas relações internacionais.

Um artigo que chamou muito a atenção foi o apresentado por João Victor Tayah Lima , Nilzomar Barbosa Filho e Alysson de Almeida Lima com o título de **MEDIAÇÃO DE**

CONFLITOS NA POLÍCIA CIVIL: REFLEXÕES ENTRE OS PODERES E OS DEVERES JURÍDICOS DO DELEGADO DE POLÍCIA. Os autores promoveram um estudo acerca das atribuições constitucionais e legais do delegado de polícia no emprego da mediação de conflitos.

Os autores sustentam que as delegacias de polícia são órgãos públicos que funcionam como receptores constantes dos mais variados conflitos sociais. Assim, atendendo a paradigmas principiológicos constitucionais, em especial à legalidade e à eficiência, é essencial que as autoridades policiais civis, em uma perspectiva de segurança pública cidadã e de preservação dos direitos humanos, abrace sua missão transformadora dos conflitos, priorizando os métodos não-violentos em sua resolução. O artigo, pois, apresenta uma mudança paradigmática, que, segundo seus autores, não apenas possível, mas essencial, e, somente assim, as delegacias de polícia abandonarão o estigma de espaços sombrios destinados exclusivamente à punição para assumirem uma nova roupagem acolhedora, onde as pessoas comparecem para verem efetivados os seus direitos fundamentais.

Para isto, foi utilizado o método dedutivo, que partiu de premissas jurídicas universais aplicáveis ao escopo jurídico para se chegar ao particular, no caso, a função do delegado de polícia. Empreendeu-se uma incursão documental e bibliográfica, com uso da legislação nacional, de solicitações de acesso à informação dirigidas a órgãos públicos e de obras doutrinárias que pudessem se relacionar com o tema proposto, tornando possível desenvolver uma pesquisa explicativa. No que tange à abordagem, a pesquisa foi qualitativa, embora dados quantitativos sobre ocorrências criminais da Polícia Civil do Estado do Amazonas tenham servido de apoio às hipóteses levantadas. O

s resultados da pesquisa demonstram que o uso da mediação policial encontra amparo jurídico amplo, tendo em vista que atende a princípios constitucionais norteadores da função administrativa e a diretrizes e procedimentos já previstos na legislação infraconstitucional. Ademais, trata-se de um instituto com ampla aplicação no cotidiano policial, tendo em vista o alto número de ocorrências criminais que só se procedem mediante queixa ou representação, possibilitando o uso do mencionado método autocompositivo de conflitos. A conclusão evidencia que a mediação é uma prática restaurativa desejável nos criminais de ação privada e ação penal pública condicionada à representação, pois tem o poder de transformar positivamente o conflito, atendendo às necessidades, tanto da sociedade, quanto da máquina administrativa.

O artigo intitulado “MIRANDA V. ARIZONA: O PARADIGMA CONSTITUCIONAL NORTE AMERICANO QUE SOLIDIFICOU O DIREITO AO SILÊNCIO

ULTRAPASSANDO AS FRONTEIRAS NACIONAIS”, foi escrito por Fernanda Matos Fernandes de Oliveira Jurubeba e Yuri Anderson Pereira Jurubeba. O texto externa que, ao longo dos séculos, o pêndulo das confissões oscilou da permissão da coerção extrema, ou mesmo da tortura, para um modelo mais racionalista. Em 1966, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a Quinta Emenda da Constituição restringe os promotores de utilizar as declarações de uma pessoa feitas em resposta ao interrogatório sob custódia policial como provas no seu julgamento, a menos que possam demonstrar três importantes condições: que a pessoa foi informada sobre seu direito de consultar um advogado antes e durante o interrogatório; do seu direito contra a autoincriminação; e que o arguido não só compreendeu esses direitos, mas também voluntariamente os dispensou. O estudo tem como objetivo examinar o famoso precedente norte-americano, destrinchando seu histórico, o voto dos membros da Suprema Corte e, o mais importante, as questões relativas aos direitos do acusado no processo penal, que ultrapassam o sistema jurídico norte americano e são identificadas como princípio básico de todo Estado Democrático de Direito. Para tanto, os autores se valeram da pesquisa bibliográfica e documental, por meio da abordagem qualitativa dos resultados.

O texto seguinte, intitulado “NORMATIZAÇÃO DO DOLO E PESSOA JURÍDICA CRIMINOSA”, dos autores Antônio Carlos da Ponte e Eduardo Luiz Michelan Campana, retoma a discussão acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica, diante dos crescentes riscos e lesões a bem jurídicos causados por empresas que apresentam complexas estruturas organizacionais. Após a análise das clássicas objeções à punibilidade de um ente coletivo, parte-se para o estudo do dolo sob os prismas das correntes de pensamento causalista, finalista e funcionalista, perquirindo-se acerca da normatização do dolo como possível solução para a imputação de fatos delituosos a pessoas jurídicas, ainda que não se consiga responsabilizar as pessoas físicas que as compõem. Em seguida, são expostas as teorias normativas do dolo sustentadas pelos expoentes do funcionalismo mínimo, moderado e radical, de corte volitivo e cognitivo, e a viabilidade de sua aplicação para a pessoa coletiva. Analisa-se, por fim, o atual entendimento jurisprudencial nos tribunais superiores que afasta, ainda que excepcionalmente, o sistema de dupla imputação adotado pela Lei 9.605/1998, propondo-se uma possível solução com fundamento na discussão acerca da normatização do dolo.

No texto que tem por título “O papel da teoria dos jogos na investigação criminal e sua conexão com o princípio do devido processo legal”, Kennedy Da Nobrega Martins e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues discorrem que o entrelaçamento da teoria dos jogos com a investigação criminal oferece uma perspectiva inovadora sobre a dinâmica processual e sua interação com o princípio do devido processo legal. Esta abordagem, ao explorar a estratégia

e a tomada de decisões dentro do sistema penal, ilumina aspectos cruciais que influenciam a condução das investigações e o desenvolvimento processual penal. Diante disso, o objetivo do artigo é examinar a interseção entre a teoria dos jogos e a investigação criminal, avaliando como essa interação molda a aplicação do princípio do devido processo legal dentro das regras da Carta Magna. A metodologia adotada na pesquisa foi a revisão bibliográfica, envolvendo uma análise de literatura especializada, abrangendo textos jurídicos, estudos sobre a teoria dos jogos, especialmente do autor Alexandre Morais da Rosa, e trabalhos acadêmicos relacionados. Nesse sentido, a teoria dos jogos se apresenta como uma ferramenta para auxiliar o tomador de decisão na busca da escolha mais eficiente. Quando aplicada ao inquérito policial, os envolvidos (como o Delegado, Ministério Público e defesa) atuam estrategicamente para atingir seus objetivos. Dessa forma, o inquérito é vital, pois as decisões tomadas afetam diretamente o desfecho do caso, realçando a necessidade de uma abordagem lógica e cuidadosa em todas as etapas, respeitando o devido processo legal e as regras do jogo constitucional.

O texto seguinte, de autoria de Marcos Paulo Andrade Bianchini, Alexandre Marques de Miranda e Carlos José Seabra De Melo, tem por título “OS DESAFIOS DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO”. Na pesquisa empreendida, os autores analisam o funcionalismo teleológico e o funcionalismo sistêmico e investigam se houve a superação do paradigma funcionalista na sociedade contemporânea frente à sociedade de risco característica da modernidade pós-industrial. Foram analisados o diálogo entre o funcionalismo teleológico e o funcionalismo sistêmico, interpretada a sociedade de risco descrita por Ulrich Beck e examinado o expansionismo penal desenvolvido por Silva Sánchez. Utilizou-se o método hipotético-dedutivo, e como fontes primárias a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), que serve como referência legal fundamental, bem como a teoria do funcionalismo teleológico, representada por Claus Roxin, e a teoria do funcionalismo sistêmico, elaborada por Günther Jakobs. Foram investigadas as teorias da sociedade de risco de Ulrich Beck e o conceito de expansionismo penal desenvolvido por Silva Sanchez. O texto conclui que o expansionismo e a inflação legislativa em relação ao direito penal fazem perecer de efetividade a proteção seja de bens jurídicos ou do próprio sistema de normas importantes para a vida em sociedade.

Em “PROMESSA NÃO CUMPRIDA: A FALÁCIA IDEOLÓGICA DA PENA DE PRISÃO COMO RESSOCIALIZADORA DO CIDADÃO”, os autores Luiz Fernando Kazmierczak e Vinicius Hiudy Okada discorrem que a gestão cotidiana dos serviços penais enfrenta perda de controle interno, violando direitos, comprometimento da individualização penal, déficit de gestão e falta de transparência, conjunto classificado como “Estado de coisa inconstitucional” pelo STF. O Código Penal prevê a reincidência em seu art. 63, verificando-se quando o

agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior. Criminologia clínica é uma atividade complexa de conhecimentos interdisciplinares predominantemente científicos, voltada à prática profissional. O seu modelo de inclusão social implica um rompimento com os pressupostos lógicos do sistema punitivo – uma inversão hierárquica e subordinativa –, não sendo considerado uma criminologia crítica e nem tem compromissos com os postulados do pensamento crítico. A teoria do labelling approach significa um abandono do paradigma etiológico-determinista e a substituição de um modelo estático e monolítico de análise social por uma perspectiva dinâmica e contínua de corte democrático. A teoria foi bem recepcionada pela doutrina penal brasileira, sendo introduzida pelas Leis nº 7.209/84 e nº 7.210/84, influenciando inclusive a Constituição Federal de 1988. Conclui-se, através deste trabalho, que a pena de prisão como ressocializadora do cidadão não passa de uma falácia ideológica, visto que o condenado não está sendo preparado para reingressar na sociedade, mas sendo “desculturado”.

No trabalho intitulado “UMA NECESSÁRIA INTERVENÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO CUSTOS VULNERABILIS EM DEFESA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS”, a autora Wilza Carla Folchini Barreiros discorre, a partir de pesquisa bibliográfica e da análise factual do comportamento dos três Poderes, que há uma crescente repressão aos movimentos sociais. O objetivo do artigo é, por meio da investigação de normas e princípios, buscar mecanismos que auxiliam na mudança de posição que os integrantes de movimentos sociais vêm ocupando no âmbito das ações penais, em geral, previamente taxadas como agentes promotores da desordem e da ilegalidade. O tema foi delimitado especificamente a repressão criminal dos ativistas dos movimentos de luta pelo direito à moradia e o acesso à terra, bem como meios de provocar mudanças perante o Poder Judiciário. Para tanto, traz as falhas na imputação do crime de esbulho possessório, em que se ignora elementos inerentes ao tipo, como a verificação da posse a partir do direito à moradia e da função social da propriedade. Nessa linha, e tendo como um dos fundamentos a teoria garantista de Ferrajoli, aponta-se como um dos mecanismos auxiliares a redução de desigualdades no processo penal a atuação da Defensoria Pública, na qualidade de custos vulnerabilis, em todos os processos envolvendo criminalização de integrantes dos movimentos sociais. A intervenção como custos vulnerabilis visa reequilibrar a relação processual penal, bem como atuar como importante ator na formação de precedentes que possam interessar os grupos de vulneráveis que representa.

Por fim, o trabalho que tem por título “VIDAS DESVASTADAS: DESASTRES AMBIENTAIS, DESLOCAMENTO FORÇADO E A PERSPECTIVA DE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE”, dos autores Débora Guimarães Cesarino, Emanuelle de Castro Carvalho Guimarães e Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, apresenta reflexões sobre a

possibilidade do deslocamento forçado de pessoas causado por desastres ambientais oriundos de atividades empresariais serem classificados como crimes contra a humanidade. Por conseguinte, fez-se necessário estudar como ocorrem esses deslocamentos e suas consequências às populações atingidas, correlacionar essa conduta com os crimes contra a humanidade previstos art. 7, 1, d, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, bem como analisar se esse enquadramento pode sujeitar as empresas violadoras às sanções penais internacionais. A metodologia utilizada foi a jurídico-teórica e o procedimento dedutivo, juntamente com a ampla pesquisa bibliográfica e documental. Considerando que a proteção do meio ambiente deve ser uma preocupação comum de toda a humanidade, conclui-se, por fim, que a criminalização expressa dessas ações causadas por empresas, com consequente julgamento pelo Tribunal Penal Internacional, traria uma resposta mais eficiente às vítimas, além de auxiliar na jornada de todos rumo a um futuro mais seguro e ecologicamente consciente.

Como o leitor pode observar, tratam-se de temas atuais e ecléticos, e que, por certo, contribuirão para reflexões críticas acerca do atual estágio do direito e do processo penal.

Excelente leitura.

Inverno de 2024.

Organizadores

Bartira Macedo Miranda/UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIAS

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro/ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Thais Janaina Wenczenovicz/UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO GRANDE DO SUL e
UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA

COM SENTIMENTO: DESVELANDO O IMPACTO DO PATRIARCADO E DO PATRIMONIALISMO NA IDENTIFICAÇÃO DA VONTADE-CONSENTIMENTO DA VÍTIMA MULHER ENQUANTO ELEMENTO DE CARACTERIZAÇÃO /DESCARACTERIZAÇÃO DOS CRIMES SEXUAIS

WITH FEELING: UNVEILING THE IMPACT OF PATRIARCHY AND PATRIMONIALISM IN IDENTIFYING THE WILL-CONSENT OF THE FEMALE VICTIM AS AN ELEMENT OF CHARACTERIZATION /DISCHARACTERIZATION OF SEXUAL CRIMES

Giovanna Aguiar Silva ¹
Fernando Laércio Alves da Silva ²

Resumo

A Lei n. 12.015/2009 buscou não apenas modernizar mas, também, estabelecer uma nova forma para compreensão da complexidade dos crimes sexuais no Brasil, rompendo com o estado de coisas anterior – proteção da moralidade sexual coletiva – para estabelecer a proteção direta da dignidade sexual e da autonomia sexual. Passados quase um quarto de século da edição da Lei, é tempo de se realizar um balanço dos avanços concretos acaso alcançados, em especial o desafio de conferir proteção à dignidade e a liberdade sexual não apenas à população em geral, mas principalmente, ao grupo mais vulnerável: as mulheres. Nesse contexto, o presente trabalhou buscou investigar os avanços (ou não) da jurisprudência do TJMG na adequada compreensão dos aspectos da liberdade decisória da mulher (consentimento) quanto ao exercício de sua sexualidade e seu impacto na caracterização ou não de crimes sexuais. O objetivo geral foi identificar se a análise judicial ainda se encontra enviesada por aspectos de uma cultura patriarcal e o patrimonialista ou se o consentimento enquanto eixo central do conceito de liberdade sexual da mulher já hoje é compreendido para além daquelas barreiras culturais. Para tanto, conduziu-se uma pesquisa qualitativa, metodologicamente estruturada como bibliográfico-documental, adotando como corte temporal o intervalo entre janeiro de 2010 a dezembro de 2020 para a coleta de textos acadêmico-científicos sobre a temática da vontade/ausência de vontade, consentimento /assentimento da mulher nos crimes sexuais; analisados pelas lentes da criminologia feminista; e, na sequência, procedeu-se o levantamento das decisões colegiadas do TJMG.

Palavras-chave: Crimes sexuais, Consentimento da vítima, Criminologia feminista, Tribunal de justiça de minas gerais

Abstract/Resumen/Résumé

Law no. 12.015/2009 sought not only to modernize but also to establish a new way of

¹ Graduanda em Direito - UFV Bolsista PIBIC - FAPEMIG

² Professor Associado I - DPD/UFV Pós-Doutor - CES/Universidade de Coimbra Doutor em Direito Processual - PUCMinas

understanding the complexity of sexual crimes in Brazil, breaking with the previous state of affairs – protection of collective sexual morality – to establish the direct protection of sexual dignity and autonomy sexual. Almost a quarter of a century after the enactment of the Law, it is time to take stock of the concrete advances achieved, in particular the challenge of providing protection for dignity and sexual freedom not only to the population in general, but mainly to the youngest group. vulnerable: women. In this context, this work sought to investigate the advances (or not) of the TJMG jurisprudence in the adequate understanding of aspects of women's decision-making freedom (consent) regarding the exercise of their sexuality and its impact on the characterization or not of sexual crimes. The general objective was to identify whether judicial analysis is still biased by aspects of a patriarchal and patrimonial culture or whether consent as a central axis of the concept of women's sexual freedom is now understood beyond those cultural barriers. To this end, qualitative research was conducted, methodologically structured as bibliographic-documentary, adopting as a time frame the interval between January 2010 and December 2020 for the collection of academic-scientific texts on the theme of will/lack of will, consent /woman's consent to sexual crimes; analyzed through the lens of feminist criminology; and, subsequently, the TJMG's collegial decisions were collected.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Sexual crimes, Victim consent, Feminist criminology, Court of justice of minas gerais

1. Introdução

A visível incompatibilidade entre a sociedade contemporânea e a nomenclatura do Título VI do Código Penal fez com que a expressão “crimes contra os costumes” fosse suprimida pela Lei n.º 12.015 de 2009. Reescrever o título, apagando a clara menção à proteção da moralidade pública sexual, indica que a argumentação exclusivamente moral não parece ser a ideal para fundamentar uma incriminação. O atual delineamento do bem jurídico tutelado prevê os chamados “crimes contra a dignidade sexual”.

Alterou-se o foco da proteção estatal, antes voltado para a moralidade sexual e, agora, direcionado para a proteção da pessoa humana e para a garantia do livre exercício da sexualidade. Essa mudança encontrou respaldo constitucional, visto que, em tese, todas as escolhas feitas por uma pessoa relativas ao exercício de sua sexualidade deveriam ser plenamente livres. Ou seja, todos deveriam possuir o direito ao livre consentimento nas relações sexuais.

Para os delitos sexuais, a liberdade decisória da vítima mostra-se como eixo central da discussão, devendo existir autorização prévia de todos os envolvidos para a prática de atos de natureza sexual. E isso não se limita aos atos sexuais *stricto sensu* (conjunção carnal, o sexo anal e/ou oral, como a leitura mais apressada pode dar a entender). Mais que isso, abarca a ideia de liberdade decisória sobre com quem e sobre como praticar ou não um ato que tenha natureza afetivo-sexual.

O instituto do consentimento é central, nessa lógica, uma vez que este não for identificado no caso concreto, a conduta poderá, a depender de outras circunstâncias, ser considerada relevante para o direito penal. Quando a prática de um ato de natureza afetivo-sexual se dá por meio de violência, grave ameaça ou fraude, é perfeitamente possível enquadrá-la às hipóteses de incidência previstas no Código Penal, nesses casos, o consentimento será afastado. Logo, a dignidade sexual será protegida quando, pelos meios supracitados, não houver consentimento ou quando este mostrar-se inválido.

Em sentido oposto, pensa-se ser plenamente consentida a prática de atos que escapam ao típico *modus operandi* estampado nos manuais de direito penal para cada um dos crimes sexuais, apoiada ainda na clássica visão de consentimento advinda da teoria dos negócios jurídicos e que, ao menos assim nos parece, não é compatível com as especificidades próprias dos relacionamentos afetivos e da autonomia sexual nesta quadra histórica. Para a teoria do

consentimento própria do direito civil, a manifestação de vontade encontra-se viciada quando motivada por erro, dolo ou coação.

Essa clássica visão de consentimento soluciona satisfatoriamente inúmeras discussões concretas na esfera civil. No entanto, para situações do direito penal e do direito processual penal, a mera transposição da teoria do consentimento pode se mostrar claudicante e insuficiente. Essa teoria funciona bem quando estamos à frente de um caso concreto que se amolda com perfeição às hipóteses imaginadas no momento de construção da norma penal. Lado outro, não nos parece ela suficiente para apresentar resposta razoável aos casos que escapam das situações-tipo pensadas pelo legislador.

O Estado restringe a atuação do ordenamento penal aos casos em que o consentimento da vítima é violado mediante violência, grave ameaça ou fraude. É evidente que esses casos devem estar tipificados como condutas penalmente relevantes, contudo, não parece razoável limitar a proteção estatal, uma vez que existem situações em que a vítima, especialmente mulher, não consente, ao menos não de forma plenamente livre na prática dos atos, mas a ausência desta liberdade decisória concretamente identificada não se amolda aos padrões fechados de violência, grave ameaça ou fraude.

Isso ocorre porque o consentimento da mulher encontra-se imerso em um contexto social complexo no qual as “escolhas” são feitas diante de relações assimétricas. A delimitação legal desconsidera que a contradição faz-se presente na reflexão acerca do consentimento proferido por mulheres. São comuns, por exemplo, os relatos de mulheres que acabam por se dispor à proposição sexual de seus companheiros não porque, de fato, desejam, se dispor, mas porque se sentem ameaçadas de outras formas.

É preciso considerar que existem relações de poder que permeiam a sexualidade humana e que estas podem também contaminar os litígios judiciais. Sendo assim, para além da restrição da atuação do ordenamento penal, a mesma estrutura que se presta a proteger a dignidade sexual, pode, a depender do caso, ser responsável por ofendê-la. Nesse contexto, levantou-se como problema carente de investigação a situação concreta da compreensão, por parte do Judiciário brasileiro, da profundidade do giro semântico determinado pela promulgação da Lei n.º 12.015 de 2009, em especial no que diz respeito à amplitude dos conceitos de dignidade sexual e liberdade sexual a partir do olhar, do interesse e da situação concreta da vítima mulher ou se a leitura persiste enviesada pela cultura dominante.

Cenário em que, inclusive, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) do ano de 2021 reafirmou ser fantasiosa a possibilidade de julgamento neutro, sendo indispensável, reconhecer a influência do patriarcado, do racismo, do sexismo, do machismo e da homofobia na construção dos atos decisórios do poder judiciário. Julgar sob a lente de gênero e outras opressões sobrepostas é crucial para a promoção da equidade. Para tal problema, a hipótese inicialmente lançada foi a de que a mudança legislativa por si só foi insuficiente em razão da sedimentação da visão cultural majoritária, sendo necessárias medidas outras no plano material para sua efetiva concretização.

O objetivo geral do trabalho foi identificar sobre quais marcos teóricos estão sustentadas as decisões processuais produzidas no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) em relação à análise da vontade-consentimento da vítima mulher, enquanto elemento de caracterização/descaracterização dos crimes sexuais, com ênfase no crime de violação sexual mediante fraude, a fim de verificar se ainda se encontram vinculadas às bases do patriarcado e do patrimonialismo.

Partindo desse objetivo geral, o trabalho se lança ainda no sentido dos seguintes objetivos específicos, sempre tendo por corte temporal o intervalo entre janeiro de 2010 a dezembro de 2020: a) proceder o levantamento de textos acadêmico-científicos que apresentam por temática a apuração da vontade/ausência de vontade, consentimento/assentimento da vítima do gênero feminino nos crimes sexuais; b) identificar, nos documentos acima mencionados a serem coletados, os marcos teóricos de sustentação e as conclusões alcançadas; c) proceder o levantamento das decisões judiciais colegiadas produzidas no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no intervalo temporal supracitado em ações penais pela prática do crime de violação sexual mediante fraude e cujo fundamento central para improcedência do pedido condenatório envolva os argumentos de consentimento/assentimento; d) identificar os fundamentos teóricos que orientaram a construção dos atos decisórios acima mencionados, especificamente no que se refere a sua vinculação a premissas patriarcal-patrimonialistas ou feministas.

Para cumprir esses objetivos, procedeu-se à coleta de dados jurisprudenciais do sítio eletrônico do TJMG, considerando o intervalo temporal de janeiro de 2010 a dezembro de 2020. Paralelamente, procedeu-se ao levantamento de artigos científicos sobre a temática coletados junto às bases de dados da B.On, CAPES e Scielo, a fim de comparar os avanços científicos sobre o tema com a *práxis* no TJMG.

2. Violação sexual mediante fraude: de “crime contra os costumes” para “crime contra a dignidade sexual”

Conforme Imbelloni (2012, p. 140), na esfera de produção de trabalhos científicos, “o título surge em primeiro lugar como anúncio ou mesmo um rótulo. Ele não surge por si só, mas para se referir a algo que lhe é exterior”. Similarmente, os títulos contidos na lei penal anunciam previamente o que será tratado pelos tipos alocados em sequência. A alteração de um título do Código Penal pode significar uma virada de chave, modificando a interpretação dos tipos penais exteriores a ele. Nesse ponto, ressalta-se o papel da Lei n.º 12.015 de 2009 como ferramenta de proteção à dignidade sexual.

Aos olhares desatentos, a modificação de “crimes contra os costumes” para “crimes contra a dignidade sexual” pode parecer simples ou meramente estética. Entretanto, a intitulação conferida pela lei supracitada carrega maior afinidade com preceitos constitucionais e tendências sociais contemporâneas. Formalmente, os tipos penais contidos no Título VI anunciam tutela à dignidade sexual e não à moralidade sexual patriarcal. Com o advento da Lei n.º 12.015 de 2009, o crime de violação sexual mediante fraude, previsto no título mencionado, passou a abranger conjunção carnal e ato libidinoso, unindo assim, dois tipos penais distintos, artigos 215 (posse sexual mediante fraude) e 216 (atentado ao pudor mediante fraude).

Além disso, a lei suprimiu os termos “mulher”, “honesta” e “virgem” que eram previstos anteriormente. A redação dada pela Lei n.º 12.015 ao crime de violação sexual mediante fraude é a seguinte: “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” (Brasil, 2009). Tutela-se, assim, a liberdade e dignidade sexual da pessoa que, pela configuração da situação, não consegue manifestar sua vontade-consentimento de forma plenamente livre. Diferentemente do crime de estupro, por exemplo, aqui não se exige a supressão do consentimento por violência ou grave ameaça.

Nesse crime, o sujeito ativo utiliza-se de fraude ou de outro meio que comprometa a liberdade decisória da vítima. A fraude e os meios empregados pelo agente devem ser capazes de levar ou manter a vítima em erro. Segundo Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin (2007, p. 271), “define-se o erro como uma falsa representação da realidade que influencia de maneira determinante a manifestação de vontade. Esta não se formaria, ou se

formaria diversamente, se o equívoco não existisse”. É visível que a concepção desse delito baseia-se na teoria do consentimento própria do direito civil.

A configuração do crime de violação sexual mediante fraude exige que a circunstância fática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso se amolde ao padrão fechado de fraude imaginado pela perspectiva dos vícios de consentimento nos negócios jurídicos. Consequentemente, a aferição ou não do erro, vício de consentimento, caracteriza/descharacteriza o crime previsto no artigo 215 do Código Penal.

A especial ênfase ao crime de violação sexual mediante fraude no presente trabalho se deu em razão da discussão acerca do consentimento proferido por vítima mulher nesse crime ser complexa, dado que no crime de estupro, por exemplo, apesar da discussão também guardar complexidade, são mais evidentes os atos diretos de violência e de grave ameaça que por si só afastam com maior tranquilidade o debate sobre o consentimento.

3. Práxis no TJMG: prospecção voltada a identificar o que pensa o Judiciário Mineiro sobre o assunto

Para alcance do objetivo do presente trabalho, foi preciso coletar decisões judiciais proferidas pelo TJMG sobre o crime de violação sexual mediante fraude, cujo fundamento principal para improcedência do pedido condenatório envolvesse os argumentos de consentimento/assentimento. Tomou-se por critério de filtragem a palavra-chave “violação sexual mediante fraude” e utilizou-se o recurso de excluir determinado termo da pesquisa através da utilização da palavra NÃO antes do termo indesejado. Buscou-se por “violação sexual mediante fraude” NÃO “vítima menor” NÃO “vulnerável”. A exclusão desses termos justifica-se pelo fato de que o consentimento proferido por menores não representa nosso objeto de análise¹. Realizou-se a pesquisa em ementas e marcou-se a opção do sítio eletrônico do TJMG de ordenar por data de julgamento.

Optou-se por incluir somente os julgamentos ocorridos entre 01/01/2010 e 31/12/2020, sendo assim, o recorte temporal compreende dez anos, contados a partir do início do ano civil imediatamente posterior ao advento da Lei n.º 12.015 de 2009. Com isso, buscou-se observar

¹ Exatamente porque, como nesses casos, a simples prática do ato de natureza sexual, independente da vontade da vítima, já caracteriza o crime previsto no art. 217-A, impossível falar-se em qualquer possibilidade de discussão de consentimento da vítima nesses casos como excludente da tipicidade. Consequentemente, se trata de assunto, embora importante, absolutamente apartado do objeto da presente investigação.

se os novos ares trazidos pela alteração legislativa acarretaram reflexos na construção dos atos decisórios, afastando-os das bases teóricas e ideológicas da redação original do Código Penal de 1940 e os aproximando das demandas sociais contemporâneas. Com a utilização dos critérios mencionados, foram encontrados 17 espelhos de acórdãos.

Procedeu-se à leitura integral da ementa e do inteiro teor dos acórdãos coletados, buscando observar o estabelecimento dos elementos de caracterização/descaracterização do consentimento da vítima. Em momento posterior, foram excluídos os acórdãos que apresentaram vítimas do gênero masculino e/ou vítimas menores de 18 anos. Também foram excluídos os acórdãos que não versaram sobre os fatos relacionados ao mérito processual, como, por exemplo, *habeas corpus*. Por último, foram excluídos os acórdãos que abordaram o crime de violação sexual mediante fraude em contexto profissional e/ou religioso contra vítimas maiores. Esse critério de filtragem é justificável, dado que esses casos são exemplos estampados nos manuais de direito, sendo compreensível que o consentimento da vítima esteve viciado.

Identificou-se que, dos acórdãos encontrados inicialmente, sete apresentaram vítimas do gênero masculino e/ou vítimas menores de 18 anos. Sete acórdãos não versaram sobre o mérito processual e dois acórdãos abordaram o crime de violação sexual mediante fraude em contexto profissional e/ou religioso contra vítimas maiores. Por consequência, apenas um acórdão foi selecionado com base nos critérios estabelecidos. O acórdão selecionado foi analisado com base em questões qualitativas, sendo elas: 1) O que se considerou como caracterização de consentimento da vítima? 2) Entrou-se no mérito dos elementos caracterizadores do consentimento? 3) Discutiu-se o peso da palavra da vítima e da palavra do acusado, seja para condenação, seja para absolvição? 4) Quais fundamentos teóricos orientaram a construção desse ato decisório?

4. Teor do acórdão paradigmático para a pesquisa

O acórdão selecionado² foi uma apelação criminal julgada em 14 de maio de 2013, tendo como relatora a desembargadora Márcia Milanez. Com a absolvição dos acusados do crime de violação sexual mediante fraude com base no artigo 386, inciso III do Código de Processo Penal³, o representante do Ministério Público (MP) recorreu da decisão.

² Segundo os critérios mencionados no tópico anterior.

³ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: III - não constituir o fato infração penal (Brasil, 1941).

Em resumo, os acusados mantiveram conjunção carnal com a vítima, profissional do sexo, mediante fraude. A vítima anuiu com a proposição da conjunção carnal em razão da promessa de pagamento da quantia de R\$ 60,00. Após a consumação do ato, os acusados não efetuaram o pagamento e, não bastasse isso, imobilizaram, enforcaram e ameaçaram a vítima com um canivete, obrigando-a a entregar todo o dinheiro que possuía.

Os acusados confessaram que combinaram o programa com a vítima e, ao final, não realizaram o pagamento acordado. O Ministério Público considerou como caracterização de consentimento da vítima para a conjunção carnal a promessa de pagamento em dinheiro. Entretanto, no acórdão, não houve ponderação mínima sobre os elementos que caracterizaram esse consentimento específico. Desse modo, não houve preocupação em conceituar o instituto do consentimento e o analisar, considerando sua complexidade e contradição.

Note-se um detalhe: tivessem os autores imobilizado, enforcado e ameaçado a vítima antes da prática do ato sexual - e como forma de constrangê-la para tal - dúvidas não restariam ao órgão julgador de que a autonomia sexual da vítima teria sido violada e o caso se enquadraria no dispositivo do art. 213, do Código Penal. Afinal, tratar-se-ia de um inquestionável afastamento da liberdade decisória ou, para usar os termos empregados nesta investigação, de total ausência de consentimento.

Porém, mesmo sendo inquestionável o fato dos agentes em momento algum terem a intenção de cumprir com o acordo de pagamento da vítima como contraprestação do ato sexual - único fator que a levou a consentir em sua prática -, mas, longe disso, terem-na induzido em erro, como houve consentimento por parte dela - viciado, cabe lembrar - desconsiderou-se todos os aspectos acima mencionados para afastar qualquer possibilidade de responsabilização criminal dos agentes pelo atentado à autonomia sexual da vítima.

O acórdão não discorreu sobre a fronteira tênue entre consentimento e abuso. E a palavra da vítima? Segundo a relatora, “tratando-se de delito de cunho sexual, na maioria das vezes, praticado às escondidas, torna-se extremamente importante a palavra da vítima, quando firme e coerente com os demais elementos probatórios constantes dos autos, como no caso” (TJMG, 2013). A palavra da vítima foi considerada “importante”, porém, não o suficiente para alterar a decisão dada pelo julgador monocrático. E isso, apesar de corroborada pela confissão espontânea prestada pelos acusados. Longe disso, a relatora concluiu que:

[...] não houve erro por parte da vítima quanto à identidade dos agentes nem quanto à legitimidade da relação sexual. A ofendida se entregou espontaneamente aos clientes, de modo que o prejuízo não foi na sua liberdade sexual, mas sim em seu patrimônio, porquanto deixou de receber o dinheiro prometido. Ressalte-se que a vítima tinha sim, liberdade de recusar o programa com os acusados. Embora sua escolha tenha sido motivada por um interesse pessoal não satisfeito, este fato, por si só, não é suficiente para configurar o crime do art. 215 do Código Penal, pelo que entendo que deve ser mantida a absolvição (TJMG, 2013).

Aos olhos da relatora, a ausência da liberdade decisória da vítima não se enquadrava no conceito fechado de fraude, não configurando o crime do art. 215 do Código Penal. Para ela, existiu ofensa patrimonial, desconsiderando o prejuízo maior, o da autonomia sexual. Argumento que orbitou os aspectos do direito civil, sendo que, para descaracterizar o erro, analisou-se somente o erro quanto à identidade dos agentes e quanto à legitimidade da relação sexual.

É rasa a discussão no sentido de saber apenas com quem o ato de natureza sexual foi praticado e se este foi lícito ou ilícito. Ao focar na promessa de pagamento em dinheiro, a relatora desconsiderou que houve fraude para a existência da anuência por parte da vítima. Seria relevante que o debate avançasse também no exame dos fundamentos pelos quais houve ou não a aceitação da proposta, ou proposição do ato. Afinal, o consentimento, no caso, deve integrar não apenas os aspectos atinentes aos sujeitos e ao objeto, mas também às condições para sua realização.

Ao analisar a sexualidade com *extremo pudor*, a relatora não entendeu que a falsa representação da realidade levou a vítima a praticar o ato de natureza sexual, mantendo assim, a absolvição dos acusados. Aqui, o objeto de proteção não foi a liberdade decisória da vítima, existindo, segundo a desembargadora, prejuízo meramente patrimonial. Essa argumentação retirou o foco do objeto central, consentimento sexual, e encobriu os preconceitos da julgadora⁴.

Surgem, assim, dois questionamentos: a teoria do consentimento própria do direito civil foi suficiente para apresentar resposta razoável ao caso? Será que a mudança formal trazida pela Lei n.º 12.015 conseguiu afastar os resquícios das bases teóricas e ideológicas da redação original do Código Penal de 1940 neste ato decisório?

5. Avanços científicos *versus* práxis no TJMG

⁴ Se na visão da relatora a discussão seria meramente patrimonial, por que ela não condenou os acusados por estelionato ao invés do crime de violação sexual mediante fraude? Se o dano foi civil, ela poderia atribuir definição jurídica diversa. Contudo, de forma contraditória, houve descaso em relação à liberdade sexual e ao patrimônio da vítima. Desse modo, o Estado não tutelou nem uma coisa, nem outra.

5.1 Caminho metodológico

A comparação entre produção acadêmica e *práxis* mostra-se relevante para observarmos se os avanços científicos ultrapassaram os muros da Academia e impactaram a construção dos atos decisórios do TJMG. Para esse confronto, foram utilizadas as bases da B.On, CAPES e Scielo e adotadas as seguintes palavras-chave: “consentimento” e “crimes sexuais”, articuladas pelo operador booleano “AND”.

Na B.On, como critério de filtragem, modos de pesquisa e expansores, optou-se por “pesquisar todos os termos que indiquei” e “pesquisar também no texto integral dos artigos”. Além disso, restringiram-se os resultados através da marcação das opções “texto integral”, “analisado pelos pares” e data de publicação (janeiro de 2010 a dezembro de 2020). Nesse momento, foram localizados 43 estudos. Já na base CAPES, além da combinação de palavras-chave mencionada, adotou-se como estratégia a marcação da opção “Artigos” como tipo de material a ser selecionado e data específica de publicação (01/01/2010-31/12/2020), dessa maneira, foram detectados quatro estudos.

Por último, na Scielo, inicialmente, ao pesquisar “consentimento” AND “crimes sexuais” não foram localizados estudos, sendo necessário valer-se de nova estratégia de busca. Ao retirar as aspas da busca, geraram-se como resultado três estudos. Sendo assim, no total, foram coletados 50 estudos. Estabeleceu-se que, para serem incluídos ao *corpus* da pesquisa, deveriam atender todos os critérios estipulados e não poderiam se enquadrar a nenhum critério de exclusão.

Foram incluídos apenas artigos científicos: (a) que abordaram o consentimento proferido por vítima do gênero feminino como elemento de caracterização/descaracterização dos crimes sexuais; (b) publicados entre 01/01/2010 e 31/12/2020, mesmo recorte temporal utilizado na pesquisa documental; (c) completos e disponíveis gratuitamente; (d) escritos em português. Foram excluídos os estudos: (a) que não apresentaram discussão mínima sobre o presente objeto de análise; (b) publicados em momento anterior ao ano de 2010 ou posterior ao de 2020. (c) incompletos e/ou não disponíveis gratuitamente; (d) escritos em língua estrangeira; (e) que versaram sobre crimes sexuais contra vítimas menores de 18 anos; (f) repetidos na mesma plataforma e/ou duplicado entre plataformas.

Realizou-se a leitura dos títulos e resumos dos artigos coletados e, com a aplicação dos critérios de inclusão e exclusão, foram rejeitados 25 estudos que não discutiram minimamente o presente objeto de análise. Dos estudos restantes, treze foram excluídos por versarem sobre crimes sexuais contra vítimas menores e um por estar escrito em língua estrangeira. Por último, foram excluídos cinco estudos que estavam repetidos na mesma plataforma e/ou duplicados entre plataformas.

Os seis artigos restantes foram avaliados conforme a Qualificação do Qualis Periódicos/Capes e observou-se que todos foram publicados em periódicos A e B. Logo, não foi preciso excluir nenhum artigo publicado em periódico classificado como C. Esses estudos foram lidos integralmente, analisados e interpretados juntamente com o caso emblemático selecionado através da coleta de dados jurisprudenciais do sítio eletrônico do TJMG.

5.2 Análise crítica do caso à luz dos estudos selecionados

No acórdão selecionado, o instituto do consentimento foi citado duas vezes, todavia, a mera menção não acompanhou discussão sobre o conceito de consentimento no direito penal Sexual, de clareza solar nos escritos de Schulhofer citado por Leite, Lima e Camargo (2020, p. 200):

(a) “Consentimento” significa o comportamento de uma pessoa, incluindo palavras e conduta – ambos ação e inação – que comunica a disposição da pessoa em participar de um determinado ato de penetração sexual ou contato sexual. (b) Consentimento pode ser expresso ou pode ser inferido do comportamento de uma pessoa. Nem a resistência verbal ou física é necessária para estabelecer a ausência do consentimento; o comportamento da pessoa deve ser inferido do contexto de todas as circunstâncias que determinam se a pessoa consente. (c) Consentimento pode ser revogado a qualquer hora antes ou durante o ato de penetração sexual, ou contato sexual, por meio de um comportamento que comunique que a pessoa não está mais disposta. Uma recusa verbal clara, como “não” ou “para”, é suficiente para estabelecer a falta de consenso. A recusa verbal clara é suficiente para retratar a vontade previamente comunicada na ausência de comportamento subsequente que comunique a vontade antes que o ato sexual ocorra. (Schulhofer, 2016, p. 669)⁵.

⁵ Na redação original: “(a) “Consent” means a person’s behavior, including words and conduct — both action and inaction—that communicates the person’s willingness to engage in a specific act of sexual penetration or sexual contact. (b) Consent may be express, or it may be inferred from a person’s behavior. Neither verbal nor physical resistance is required to establish the absence of consent; the person’s behavior must be assessed in the context of all the circumstances to determine whether the person has consented. (c) Consent may be revoked any time before or during the act of sexual penetration or sexual contact, by behavior communicating that the person is no longer willing. A clear verbal refusal—such as “No,” “Stop,” or “Don’t”—suffices to establish the lack of consent. A clear verbal refusal also suffices to withdraw previously communicated willingness in the absence of subsequent behavior that communicates willingness before the sexual act occurs”.

Formalmente, toda pessoa possui liberdade decisória para recusar a prática de atos de natureza sexual. Diante da falsa representação da realidade, a vítima do caso em questão, não teve sequer a possibilidade de demonstrar seu dissenso em momento anterior à consumação do ato, sendo que, conforme bem analisado pelo Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, nem isso seria necessário, bastando a falta de consentimento (Conselho Nacional de Justiça, 2021). Pelo contexto, a vítima consentiu para a conjunção carnal, tendo em vista o delineamento dos termos que englobava a realização do pagamento da quantia de R\$ 60,00. Quais opções essa mulher, profissional do sexo, possuía? Suas escolhas foram feitas em contexto simétrico? Ou seja, o seu *consentimento*⁶ não fora livre e pleno, eis que a vítima foi levada em erro quanto a aspecto importante para a sua tomada de decisão. E, lembrando o esclarecimento de Schulhofer, acima colacionado, “[...] o comportamento da pessoa deve ser inferido do contexto de todas as circunstâncias que determinam se a pessoa consente.” (p. 669, *grifo nosso*).

Como exposto anteriormente, para a relatora, “a ofendida se entregou espontaneamente aos clientes, de modo que o prejuízo não foi na sua liberdade sexual [...]”. Ao fazer essa afirmação, a magistrada não refletiu sobre a construção social do consentimento apontada por Leite, Lima e Camargo (2020, p. 201). Dessa forma, afastou-se de modo absoluto da delimitação teórica dos elementos do consentimento nas questões ligadas à liberdade sexual. Delimitação essa para a qual nos baseamos em Schulhofer, e que se complementa na lição de Senra:

[...] questões acerca da agência individual e da sua constituição social não se resumem a um dualismo entre polos antagônicos – ilustrados ora por indivíduos oprimidos sem agência, ora livres segundo um critério legal e abstrato. Diversamente, os fatores que atravessam o processo de construção das escolhas são responsáveis pela criação de posições inegavelmente heterogêneas. Partindo do pressuposto de que os indivíduos, enquanto agentes morais, podem fazer escolhas sobre si próprios e suas vidas, é preciso analisar como e em que grau a opressão e a dominação podem mitigar sua autodeterminação (Senra, 2018, p. 753).

Verifica-se que o consentimento proferido por mulher encontra-se imerso em estruturas sociais marcadas por opressão e dominação. Nessa perspectiva, os estudos que compõem o *corpus* deste trabalho apontam para a necessidade de associar o debate sobre o instituto do

⁶ Expressão aqui empregada em itálico para deixar claro ao leitor que se trata de consentimento viciado.

consentimento com as perspectivas críticas de gênero. Não parece razoável, como ocorreu na decisão selecionada, desconsiderar a existência de aspectos que vulneram o consentimento proferido por vítima mulher em uma sociedade marcadamente patriarcal e patrimonialista.

Segundo Rost e Vieira (2015, p. 261), “a noção de violência sexual é atravessada por moralidades relativas a convenções de gênero e sexualidade que interferem na percepção dos direitos individuais das mulheres”. Ainda que implicitamente, essa moralidade de base patriarcal e patrimonialista deu inegavelmente o tom do ato decisório analisado.

Ao que parece, a profissão exercida pela vítima pesou mais do que a ação dos acusados quando do julgamento recursal, impactando profundamente na deslegitimação da manifestação em juízo da vítima acerca das circunstâncias pelas quais seu *consentimento*⁷ sobre todos os termos da conjunção carnal fora emitido, resultando em total, embora velada, descredibilização de sua palavra. Ao menos assim pareceu aos investigadores após profunda análise do julgado à luz dos marcos teóricos da pesquisa.

No âmbito da Justiça Criminal, como bem lembrado por Frota (2020), apoiado em Almeida e Nojiri (2018) e Almeida (2017), persiste ainda o imaginário de que:

[...] “apenas mulheres honestas dizem a verdade quando são sexualmente agredidas”, de tal maneira que, “se for uma trabalhadora do sexo, ela não deve ser honesta”, motivo por que sua palavra será desconsiderada [...] (Almeida; Nojiri, 2018, p. 846 *apud* Frota, 2020, p. 320).

[...] a vítima de agressão sexual, a fim de que tenha sua palavra realmente considerada pelo Sistema Judicial Criminal “deverá corresponder aos estereótipos de vítima” (Almeida, 2017, p. 122 *apud* Frota, 2020, p. 320).

Isto posto, ao não cumprir esse estereótipo da “mulher honesta” e inocente, passível de ser enganada, a sua liberdade sexual não recebeu tutela estatal. Nota-se que a alteração legislativa de “crimes contra os costumes” para “crimes contra a dignidade sexual” promovida pela Lei n.º 12.015 não conseguiu afastar a abordagem da moral sexual do julgamento analisado.

Ainda nos apoiando na perspectiva trazida por Frota:

É preciso nova mentalidade dos agentes da Justiça Criminal, a transcender não só o conceito estereotipado de “mulher honesta” como também o paradigma estereotipado do consentimento, tendo em mente que, por fatores diversos (psicológicos, físicos, religiosos, culturais e sociais), nem sempre a mulher se encontra em condições de

⁷ Novamente em itálico, pelos mesmos motivos já esclarecidos na nota de rodapé n. 8.

externar, de modo assertivo e contemporâneo ao fato, seu desejo de não ter relações sexuais com o agressor [...] (Almeida; Nojiri, 2018, p. 844 *apud* Frota, 2020, p. 321). Cuida-se do fenômeno, lembrado por Rauali Kind Mascarenhas, de se forjar a presunção de consentimento [...] (Mascarenhas, 2019, p. 122 e 123 *apud* Frota, 2020, p. 321).

A vítima possuía condições de externar sua vontade assertivamente e de modo contemporâneo ao fato? Se tivesse conhecimento de que os acusados não realizariam o pagamento, ela aceitaria realizar o programa? Esses questionamentos não foram expostos pela julgadora e a conduta dos acusados, no tocante ao crime de violação sexual mediante fraude, foi considerada atípica. Ressalta-se que a liberdade decisória para delinear todos os termos de como se dará a relação sexual é um direito constitucionalmente assegurado, entretanto, no acórdão selecionado, esse direito foi aparentemente ignorado.

Por consequência, além de ter sido violada pelos acusados, a vítima foi violada pelo poder judiciário. Falou-se em prejuízo de patrimônio como se estivéssemos tratando apenas de simples negócio jurídico e não de proteção da dignidade e liberdade sexual. O ato decisório tratou de moral sexual e se posicionou em sentido oposto às premissas feministas vigentes. Portanto, nos parece que a construção desse ato decisório carrega resquícios das bases teóricas e ideológicas da redação original do Código de 1940.

Resquícios que chegavam ao ponto de, como salta aos olhos da menção à fala de Filipo Mancini na exposição de motivos do CP/40, de autoria de Francisco Campos, colocar o homem autor de crimes sexuais como uma espécie de co-vítima, um pobre coitado incapaz de resistir à *tentação da carne*, ao recordar que “já foi dito que ‘nos crimes sexuais, nunca o homem é tão algoz que não possa ser também um pouco vítima, e a mulher nem sempre é a maior e a única vítima de seus pretendidos infortúnios sexuais’ (Filipo Mancini, *Delitti sessuali*)”.

Essa forma preconceituosa de lidar com delitos sexuais ainda reverbera na atualidade, transferindo a responsabilidade do acusado para a própria vítima. No acórdão emblemático, a situação é ainda mais grave, ao ponto de a responsabilidade pelo infortúnio ter sido transferida em sua totalidade para a mulher que, nessa situação, não recebeu o *status* de vítima de crime sexual.

6. O judiciário não vê, o judiciário não julga: a falta de compreensão por parte das próprias vítimas sobre as diversas camadas de violência sexual

Apesar do recorte temporal de dez anos, os espelhos de acórdãos localizados em nosso trabalho não evidenciaram situações em que o crime de violação sexual mediante fraude fora praticado em contexto de afeto e intimidade entre pessoas maiores. Salienta-se que a busca realizada possui limitações de natureza tecnológica dos mecanismos de filtros por palavra-chave, porém, o resultado obtido serve como indício de que os casos de violação sexual permeados por afeto e intimidade não chegam ao tribunal de Minas Gerais, não porque não acontecem, mas porque a própria vítima não enxerga no ocorrido um crime.

O “[o amor] é provavelmente o sentimento que mais permite a passagem do abuso ao consentimento” (Díaz-Benítez, 2019, p. 67 *apud* Fernandes *et al.*, 2020, p. 175). Nesse cenário, é difícil afirmar que exista um muro alto que separe situações de consentimento e abuso. Devido à complexidade das relações permeadas por amor e intimidade, esse muro desaparece e essas situações passam a confundir-se. Nesse emaranhado, os abusos sexuais não são compreendidos como tais pela vítima. Essa vítima, especialmente mulher, apresenta dificuldade de enxergar que certos atos não são meros excessos e que, em razão do contexto, o seu consentimento poderia estar viciado.

Não parece, por hora, factível que a vítima de crime sexual praticado no contexto supracitado tome consciência da fragilidade do seu consentir, uma vez que, para o próprio legislador penal, haveria uma fronteira clara separando consentimento e dissentimento. Exigindo-se a presença de violência, a grave ameaça ou a fraude para o afastamento do consentimento e a configuração do crime. Esse modelo simplista - desculpe-nos o leitor pela cacofonia - simplifica - indevidamente - questões complexas e, por consequência, desprotege a dignidade sexual de mulheres que manifestam consentimentos deturpados, mas que não são afastados em razão das suas situações-tipo não cumprirem as exigências legais, ainda marcadas pela ideologia patriarcal-patrimonialista.

Além disso, destaca-se que, no imaginário social, a configuração dos delitos sexuais, pouco importando se o caso versa sobre crimes praticados com violência, ameaça ou fraude, sempre teriam por sujeito a figura de um agressor estranho e monstruoso, apartado das relações ordinariamente estabelecidas pela vítima. Nessa perspectiva, passa por desconfortável imaginar esse agressor como uma das pessoas próximas, com as quais nutrimos certo afeto e compartilhamos a vida intimamente.

Circunstâncias caracterizadoras de crimes sexuais acabam por ser naturalizadas como excessos ou meros desgastes no relacionamento que podem ocasionar, por exemplo - e no pior

dos cenários, divórcio, no caso de casamento, ou outras formas de rompimento, a depender da natureza e profundidade do vínculo afetivo. Mas, dificilmente, motivarão a vítima a expor sua situação aos órgãos da jurisdição criminal. Em consonância com esse cenário, Fernandes, Rangel, Díaz-Benítez e Zampiroli (2020, p. 188) apontam para a inveracidade da afirmação de que “se há consentimento, não há violência”.

7. Considerações finais

O Estado se propõe a tutelar a dignidade sexual desde que o consentimento da vítima seja violado mediante violência, grave ameaça ou fraude. Com isso, diante de um problema de âmbito penal, buscou-se solução no direito civil. Conforme exposto anteriormente, e restou confirmado ao final da investigação, a teoria do consentimento, cunhada sobre as bases desse direito civil, não traz respostas razoáveis e suficientes para todos os casos em que a dignidade sexual da pessoa humana, em especial, da mulher, sofre violação.

O que nos leva a concluir que a delimitação legal do consentimento alicerçada no direito civil mostra-se incompatível com as relações permeadas por assimetrias e opressões múltiplas. Situações essas que, permaneceram veladas, e por vezes até mesmo legitimadas, ao longo de décadas - ou séculos? - tornaram-se desveladas na presente quadra histórica.

Passados mais de dez anos da edição da Lei n.º 12.015/2009, persiste - ao menos foi isso que se identificou no contexto do judiciário mineiro de segunda instância, o *modo de pensar o mundo* anterior, no qual a proteção à dignidade e à liberdade sexual ainda refletem a proteção dos *costumes* e o pudor de tempos passados, pouco focando na autonomia e na necessidade salvaguarda da intimidade e da autodeterminação da própria vítima mulher.

A visão masculina ainda impera, com conseqüente manifestação da ideia de que o corpo feminino não pertence efetivamente à mulher, podendo ser apossado pelo homem, se não pela força - medida, de fato, ostensivamente vedada - por meio de artifícios que a levam a uma posição de consentimento, ainda que não consentido. Em consonância com o que Fernandes, Rangel, Díaz-Benítez e Zampiroli alertam ao apontar para a inveracidade da afirmação de que “se há consentimento, não há violência” (p. 188).

Por óbvio, que não se faz de modo ostensivo, mas sim veladamente. Ao se dizer que a palavra da vítima tem relevância, porém, desconsiderando-se, concretamente, o seu relato - como identificados nos julgados analisados -, o que se tem é um “brocardo jurídico esvaziado

de sentido e utilização” - termo utilizado por Zimmermann e Portela (2023, p. 22), e uma quase exigência de que a mulher vítima de crime sexual demonstre cabalmente o vício em seu consentimento. O problema é que, salvo nos casos de violência física ou, às vezes, grave ameaça, essa exigência se torna uma espécie de prova diabólica.

Na esteira do pensamento de Pereira de Andrade, “a mecânica de controle (enraizada nas estruturas sociais) é constitutiva, reprodutora das profundas assimetrias de que se engendram e se alimentam, afinal, os estereótipos, os preconceitos e as discriminações, sacralizando hierarquias” (2012, p. 137).

Contra essa mecânica, meras iniciativas voltadas à alteração legislativa, como verificado ao final desta pesquisa, se mostram absolutamente insuficientes e ineficientes. Não que essas reformas no plano legal sejam desnecessárias. Ocorre que, não se caracterizam como ato final de um movimento mais profundo de mudança paradigmática ou, pelo menos, como *pontapé inicial* para o desenvolvimento desse processo, acabam por se tornar letra-morta, deixando incólume o pensamento anterior.

As conclusões desta investigação, portanto, confirmam que a perspectiva civilista do conceito de consentimento não se mostra suficiente para a compreensão da complexidade do *consentir* e do *querer*, relacionados à realização da liberdade sexual pela mulher e deixam claro que no plano da atuação judicial, existem indícios de que sequer as inovações legislativas chegaram, estando a visão dos julgadores atrelada, muitas vezes, não apenas à míope compreensão do direito civil, mas, de fato, vinculada a um ideal de mundo, no mínimo, novecentista.

8. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de. **Estereótipos de gênero sobre mulheres vítimas de estupro**: uma abordagem a partir do viés de gênero e do estudo de teóricas feministas do direito. 2017. Dissertação (mestrado em Ciências) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, 2017. 149 f. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-05022019-093155/publico/GabrielaPALmeidaCorrigida.pdf>. Acesso em: 20 de setembro de 2023.

ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de; NOJIRI, Sérgio. Como os juízes decidem os casos de estupro? Analisando sen-tenças sob a perspectiva de vieses e estereótipos de gênero. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 8, n. 2, p. 825-853, maio/ago. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5291>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5291>. Acesso em 05 de setembro de 2023.

BRASIL, Lei n.º 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei n.º 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. **Diário Oficial da União**, 10 ago. 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm. Acesso em: 10 de março de 2024.

BRASIL. Decreto-lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 27 de agosto de 2023.

CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos da parte especial do Código Penal. **Diário das Leis**. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/103238-exposiuuo-de-motivos-da-parte-especial-do-cudigo-penal.html>. Acesso em 07 de maio de 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero** [recurso eletrônico] / Conselho Nacional de Justiça. — Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados—Enfam, 2021. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br> e www.enfam.jus.br eISBN n.º 978-65-88022-06-1. Acesso em: 21 de agosto de 2023.

DÍAZ-BENÍTEZ, María Elvira. O gênero da humilhação. Afetos, relações e complexos emocionais. **Horizontes antropológicos**, v. 25, p. 51-78, 2019.

FERNANDES, Camila; RANGEL, Everton; DÍAZ-BENÍTEZ, Maria Elvira; ZAMPIROLI, Oswaldo. As porosidades do consentimento. Pensando afetos e relações de intimidade. **Sexualidad, Salud y Sociedad (Rio de Janeiro)**, n. 35, p. 165-193, ago./aug. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/1984-6487.sess.2020.35.09.a>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sess/a/vRMRnWn968qCt8XhbwH4csd/?lang=pt>. Acesso em: 20 de agosto de 2023.

FROTA, Hidemberg Alves da. A vitimização secundária pela justiça criminal: os casos RV Wagar e Bárbara. **Revista de Doutrina Jurídica**, v. 111, n. 2, p. 317-334, jan-jun. 2020. DOI: <https://doi.org/10.22477/rdj.v111i2.631>. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/631>. Acesso em 05 de maio de 2023.

IMBELLONI, Luiz Eduardo. Títulos de trabalhos científicos: obrigado pela informação contida em seu título. **Revista Brasileira de Anestesiologia**, v. 62, n. 2, p. 140-140, março-abril 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-70942012000200001>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rba/a/yGVr4FXgmyLGjPRRZnsGXqD/>. Acesso em: 02 de setembro de 2023.

LEITE, Mariana Silva; LIMA, Marília Freitas; CAMARGO, Beatriz Corrêa. Coerção e consentimento no crime de estupro: a valoração dos atos sexuais em um campo de disputas. **Cad. Espaço Feminino**, v. 33, n. 1, p. 198-216, jan./jun. 2020. DOI: <https://doi.org/10.14393/CEF-v33n1-2020-9>. Disponível em:

<https://seer.ufu.br/index.php/neguem/article/view/55581/29869>. Acesso em: 20 de maio de 2023.

MASCARENHAS, Rauali Kind. O delito de estupro diante das teorias feministas do Direito. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 116-136, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/redppc>. Acesso em: 05 de setembro de 2023.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal 1.0024.12.096645-2/001**. Des.(a) Márcia Milanez. Belo Horizonte, Minas Gerais, 14 de maio de 2013. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=E153365CE12B9D7C472F77C357C52A51.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.12.096645-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 01 de julho de 2023.

PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. **Pelas Mãos da Criminologia. O Controle Penal Para Além da Desilusão**. Rio de Janeiro: REVAN, 2012.

ROST, Mariana; VIEIRA, Miriam Steffen. Convenções de gênero e violência sexual: A cultura do estupro no ciberespaço//Gender and sexual violence conventions: the rape culture in cyberspace. **Contemporânea Revista de Comunicação e Cultura**, v. 13, n. 2, p. 261-276, maio-ago. 2015. DOI: <https://doi.org/10.9771/contemporanea.v13i2.13881>. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/contemporaneaposcom/article/view/13881/9878>. Acesso em: 05 de setembro de 2023.

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

SENRA, Laura Carneiro de Mello. Gênero e autonomia: o caso da ação direta de inconstitucionalidade n. 4.424. **Revista Direito e Práxis**, v. 9, n. 2, p. 749-780, 2018. DOI: 10.1590/2179-8966/2017/25639. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/8QHvD3R6pj5GtJcDgQhGsKJ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 de agosto de 2023.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ZIMMERMANN, Tânia Regina; PORTELA, Jaqueline Cardoso. Do amor romântico à violência sexual: a manutenção do discurso generificado nos relacionamentos e suas implicações no direito. **Revista Thesis Juris – RTJ**, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 5-30, jan./jun. 2023. <http://doi.org/10.5585/rtj.v12i1.19317>. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/19317>. Acesso em 07 de setembro de 2023.