

Coerção e consentimento no crime de estupro: a valoração dos atos sexuais em um campo de disputas.

Coercion and consent in the crime of rape:
the valuation of sexual acts in dispute.¹

*Mariana Silva Leite*²

*Marília Freitas Lima*³

*Beatriz Corrêa Camargo*⁴

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a questão do consentimento da vítima para a caracterização do crime de estupro no Brasil. Isso será feito a partir de uma reflexão sobre a disputa de narrativas no campo jurídico brasileiro. Assim, este estudo se ocupa, primeiramente, das discussões mais recentes acerca do conceito de consentimento no Direito Penal Sexual em âmbito internacional. Em seguida, apresenta-se um panorama sobre o crime de estupro no direito brasileiro, fazendo o contraponto com algumas decisões colhidas na jurisprudência. Ao fim, conclui-se sobre a exigência da resistência da vítima como resquício simbólico de um discurso patriarcal, que nega sobretudo à mulher a autonomia de decisão sobre a própria sexualidade.

PALAVRAS-CHAVE: Consentimento. Estupro. Campo Jurídico. Gênero. Crimes Sexuais.

ABSTRACT

The purpose of the present research is to analyze the issue of the victim consent to tipify the crime of rape in Brazil. This will be made from a reflection about the dispute of narratives in the Brazilian legal field. Thus, this study deals primarily with the most recent discussions on the concept of consent in Sexual Criminal Law at the international scope. Then, it is presented a panorama of the crime of rape in Brazilian law by making the counterpoint with some decisions gathered from the jurisprudence. At the end, the demand for victim's resistance is concluded as a symbolic remnant of a patriarchal speech that denies women, above all, the autonomy to decide on their own sexuality.

KEYWORDS: Consent. Rape. Legal Field. Gender. Sexual Crimes.

* * *

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Ex-pesquisadora do Programa PIBIC/CNPq.

³ Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia/MG.

⁴ Professora de Direito Penal na Universidade Federal de Uberlândia. Professora visitante nas Universidade de Halle e na Universidade de Humboldt em Berlim. Pós-doutora e doutora em Direito Penal pela USP. Mestra em Direito Penal pela Universidade de Bonn.

Introdução

O sistema punitivo se define pela lógica de controle social e de normalização do agir em sociedade. Neste sentido, o Direito Penal é capaz construir narrativas a partir das quais se estabelecem comportamentos aceitáveis e reprováveis. Apesar de o campo jurídico possuir código normativo próprio, ele recebe a interferência direta do campo político e social, que, por sua vez, impõe determinadas posições ideológicas nos símbolos e ritos jurídicos.

Neste sentido, os crimes sexuais, que foram pautas de lutas feministas pela igualdade de direitos e proteção estatal contra violência de gênero, sofreram profundas alterações oriundas do debate político, além de serem constantemente ressignificados a partir de interpretações jurídicas. A presente pesquisa apresenta uma análise sobre os processos históricos, políticos e sociojurídicos que influenciaram a interpretação do crime de estupro, a partir do elemento do dissenso da vítima. Assim, a partir da conceituação jurídica do consentimento, este artigo pretende discutir, na atual legislação penal brasileira, o impacto da ausência de consentimento para a interpretação do crime de estupro, especialmente pela análise da disputa de narrativas existente sobre a matéria. Para tanto, oferece uma análise qualitativa da jurisprudência brasileira, a fim de apresentar os diversos argumentos que permeiam o tema.

A fim de atingir o escopo pretendido, o trabalho abordará, em um primeiro momento, a discussão sobre o conceito de consentimento no Direito Penal Sexual na atualidade. Em seguida, far-se-ão considerações acerca da construção social do consentimento, em particular referência aos papéis atribuídos aos gêneros na interação sexual, tematizando, em particular, o problema da resistência da vítima. Após, o estudo do crime de estupro no direito brasileiro, apresentará: (i) a divergência de argumentos sobre o consentimento da vítima; (ii) os impactos de uma compreensão androcêntrica sobre os crimes sexuais; (iii) uma análise qualitativa acerca de como a jurisprudência nacional se posiciona sobre o consentimento nas relações sexuais.

Consentimento: conceito e consequências práticas para o crime de estupro

Em geral, entende-se por consentimento o ato de permissão, por meio do qual as partes envolvidas em qualquer atividade acordam mutuamente a prática e o desenvolvimento da atividade em questão. Embora aparentemente bastante compreensível, no campo das relações sexuais, a determinação do consentimento entre as partes pode se tornar bastante complexa.

Uma tentativa de definição do consentimento no Direito Penal Sexual é feita por Schulhofer (2016). Para tanto, o autor considera a necessidade de uma comunicação da outra parte no sentido de permitir o ato sexual. Semelhante permissão não precisa ser verbal, podendo ser inferida do comportamento do parceiro sexual. Neste tocante, porém, Schulhofer observa que nem o silêncio, nem o comportamento passivo da outra parte, são sinônimos de aquiescência, já que, por vezes, a vítima pode estar procedendo dessa maneira em decorrência do amedrontamento que a consterna. Em síntese, o autor elucida que:

- (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) (*tradução nossa*).

No plano político, diversos movimentos de reforma foram implementados no sentido de garantir o reconhecimento do direito de recusar a prática de atos sexuais indesejados, particularmente a partir das pautas trazidas pelos movimentos feministas a partir dos anos 70. Nesse sentido, o debate internacional

mais recente culminou na gênese de dois modelos distintos para a definição do consentimento nos crimes sexuais. Em síntese, o modelo do “não é não” (“*no means no*” / “*nein heißt nein*”) predispõe que todo ato sexual é lícito, desde que não haja manifestação de desacordo com a prática por uma das partes. Já o modelo “apenas sim significa sim” (“*yes means yes*” / “*nur ja heißt ja*”), consiste na ideia de que todo ato sexual é, em um primeiro plano, ilícito, a não ser que as partes expressem, afirmativamente, o consentimento com a sua prática (BRODOWSKI, 2017, p. 22 – 24).

O ponto de distinção dos modelos em questão é a forma de reconstrução da comunicação e do contexto da relação sexual. O modelo “não é não” adota a percepção de que, caso exista, por alguma das partes envolvidas no ato sexual, manifesta discordância – seja ela expressa ou tácita –, há de se respeitar sua escolha. Caso a outra parte não acate a discordância e prossiga com a ação, considera-se praticado o crime de estupro, independentemente da existência de resistência por parte da vítima. Por outro lado, o modelo segundo o qual “apenas sim significa sim” designa que qualquer conduta realizada sem a anuência expressa da pessoa já representa por si só uma ofensa a sua autodeterminação sexual (KRAMER, 2018).

A construção social do consentimento e da resistência contra ações indesejadas no contexto sexual

Primeiramente, é importante observar que a discussão jurídica sobre o tema do “consentimento” costuma se limitar a um problema de escolhas individuais, sem levar em consideração as estruturas socioculturais alheias nas quais está imerso. Entretanto, é fundamental salientar que as dimensões desse fenômeno vão além da esfera jurídica, reverberando para as mais diversas situações cotidianas. Com efeito, o consentimento nas relações sexuais se insere em um contexto que, em conformidade com a lógica social, cabe à mulher resistir ou conceder, enquanto ao homem, cabe buscar ativamente o consentimento feminino. Sendo assim, entende-se geralmente ser a incumbência da mulher estabelecer limites às investidas masculinas (HERNÁNDEZ, 2016).

Nesse sentido, Hernández (2016) observa que a “capacidade de consentimento” é resultado de fenômenos estruturantes. Para as mulheres, esse processo é intrincado e complexo, pois o direito de recusar as relações sexuais, enquanto expressão da liberdade sexual e da autodeterminação, é recente, e se coloca como resultado dos esforços angariados pela luta política feminista. Se no início da modernidade, filósofos, tal como Rousseau, descreveram o consentimento como um exercício de vontade, esse era reservado somente aos homens. Sendo paulatinamente reconhecido esse direito também às mulheres, cabe, então, interpretá-lo, analisá-lo e definir seus limites e escopos. O Direito protege, a princípio, o direito de escolha das vítimas para decidir onde, quando e com quem ter relações sexuais, em respeito à liberdade sexual. Entretanto, em se tratando de crimes contra a dignidade sexual, o sistema punitivo as responsabiliza por sua incapacidade de prevenir a agressão ou por não ter tido força o suficiente para resistir a ela.

Ainda hoje, percebe-se uma grande dificuldade em aceitar que o “não” da mulher, frente a um ato sexual, expresse seriamente o seu dissentimento. Tanto que o imaginário do “não” como parte de um “jogo de sedução” ou “ritual de conquista” ainda hoje faz parte do discurso jurídico dominante. Todavia, a conceituação de semelhante “ritual de conquista” é fruto de uma construção cultural. Famosa é a passagem da obra “A Arte de Amar”, escrita pelo poeta romano Públio Ovídio Naso, ainda no início da era cristã. No livro, escrito em versos, o autor descreve o “jogo de sedução” e como o “não” da mulher quer, na verdade, dizer “sim”:

Qual o homem experiente que não combina beijos e palavras de amor? Ainda que não te retribua, rouba-os. Talvez de início te resista e pode até chamar-te de “insolente” - mas saiba que, mesmo resistindo, deseja ser vencida. Mas não vá machucá-la com beijos desajeitados nos lábios delicados, e cuide para que não tenha queixas da tua rudeza. Roubar um beijo e não colher o resto, merece perder até os favores concedidos. O que esperas, depois de um beijo, para realizares os teus desejos? Que pena! Isto seria fazer papel de tolo, e não de sensato. Poderás dizer que isso seria violentá-la, mas essa violência é grata às mulheres. O que elas gostam de conceder, não é sem resistência. Uma mulher tomada à força por um rapto amoroso repentino, regozijase; tal insolência é para ela como um presente. (OLVÍDIO, 2005, p. 47).

Da literatura da Roma Antiga aos livros jurídicos atuais, é possível visualizar a falta de legitimidade na palavra feminina, muitas vezes tendo-a como enganadora e artificial (VENTURA, 2015, p. 84). O que se deve apreender, porém, é que, se após um “não” o agente, ainda assim, impõe sua vontade à vítima, encontramos-nos diante da perpetração de um crime de estupro. À vítima não cabe exigir a justificação do seu “não”, que deve ser simplesmente verificado, independente da forma como é exteriorizado. Deve-se, ainda, considerar que a constatação sobre a existência do dissentimento não precisa decorrer de uma expressão verbal, pois pode resultar do contexto, a exemplo da vítima que fica em estado de choque quando é pega de surpresa. Da mesma maneira, não se deve supor que a “verdadeira” vítima é aquela que entra em luta corporal com o agressor. O temor pela própria segurança é fator suficiente para que a vítima se sinta impotente perante um ato sexual realizado sem a sua aquiescência (MOREIRA, 2016).

Violência, grave ameaça e consentimento no crime de estupro (art. 213, CP), segundo a doutrina majoritária no Brasil

O crime de estupro encontra-se tipificado no art. 213 do Código Penal. Frente a esse tipo penal, tem-se por finalidade a proteção da liberdade e da dignidade sexual, proveniente do macro princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (GRECO, 2017, p. 1.127). Segundo o texto normativo, o estupro se substancializa no ato de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. Percebe-se, assim, que, para a consumação do estupro, é preciso que o constrangimento ilegal se dê por meio de submissão da vítima, por meio da violência ou da grave ameaça, em uma situação de dissenso, ao que a doutrina exige, ainda, a resistência da vítima às práticas sexuais desejadas pelo agressor (GRECO, 2017, p. 1.124).

Cezar Roberto Bitencourt (2019, p. 50) enfatiza que o crime de estupro viola a liberdade sexual, a qual condiz com a disposição livre das necessidades sexuais. A liberdade sexual se estende, então, à autodeterminação sexual, a qual permite

que toda pessoa possuidora da capacidade de autodeterminação o faça com “liberdade de escolha e vontade consciente”. Todavia, compreende o autor que para a configuração do tipo penal, é necessário que o agente ativo constranja, force, obrigue a vítima à conjunção carnal ou qualquer outro ato de natureza libidinosa. Para tanto, deve o agente utilizar, via de regra, a violência (força física), com a finalidade de vencer a resistência da vítima, ou a grave ameaça, tida também como violência moral. A grave ameaça, por sua vez, deve se consubstanciar em ameaça que “efetivamente imponha medo na vítima (...), opondo-se à sua liberdade de querer e agir”. (BITENCOURT, 2019, p. 56).

Para Fernando Capez (2019, p. 81), a força intimidatória da grave ameaça, além de precisar ser capaz de anular a capacidade de querer da vítima, deve prometer dano maior que o próprio ato de conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Além disso, considera ser preciso que se analise o nível de resistência do(a) ofendido(a). A respeito do problema da resistência da vítima, explica Bitencourt que:

A ordem jurídica não pode exigir de ninguém a capacidade de praticar atos heroicos. Também aqui vigem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, recomendando-se, concretamente, a avaliação da correlação de forças, especialmente a superioridade do agente. Assim, não é necessário que se esgote toda a capacidade de resistência da vítima, a ponto de colocar em risco a própria vida, para reconhecer a violência ou grave ameaça. (...). **Exige a lei que a resistência da vítima à consumação seja sincera**, mas não exige que se prolongue até o desfalecimento. (BITENCOURT, 2019, p. 59) (*grifo nosso*).

Em relação à resistência da vítima frente ao ilícito causado, salienta-se a posição de André Estefam (2019, p. 729), que avulta que a resistência seja “séria e inequívoca”. Apesar disso, o autor entende ser suficiente que a vítima manifeste sua discordância com um “não”, não entendendo ser necessária a resistência violenta por parte da mesma. Neste tocante, Fernando Capez (2019, p. 82) acentua que “a resistência física do sujeito passivo, no entanto, não é imprescindível, pois, muitas vezes, o temor causado pode ocasionar paralisação dos movimentos da vítima ou a perda dos sentidos (desmaio)”.

Entretanto, autores como Estefam (2019, p. 729) deixam em aberto a possibilidade de licitude da conduta caso se verifique a existência de “um jogo de

sedução”, presente na hipótese de o “dissenso” não ter sido “sério”. Ainda nesse sentido, Rogério Greco (2017, p. 1.139) acrescenta que, caso o agressor não tenha entendido de forma clara o dissenso da vítima, é possível a alegação de erro de tipo, no qual o homem entende a negativa da vítima como parte do “jogo de sedução”. A negativa da mulher frente a um ato sexual ao qual parecia estar condizente momentos antes, poderia ser chamada, conforme Leonardo Castro (2013), de “falso não”. Ou seja: a equivalência de um “não” a um “sim”, perante a crença de que a negativa faria parte de um ritual de conquista.

Para provar a materialidade e a autoria do delito, caso a infração deixe vestígios, é feito o exame de corpo de delito, de acordo com o que dispõe o artigo 158 do Código de Processo Penal. A prova pericial, neste sentido, é regra, ou seja, o meio de comprovar a materialidade delitiva. No entanto, a jurisprudência dos tribunais superiores tem se posicionado no sentido de atenuar os rigores da regra em questão, possibilitando, dessa forma, a valoração de outros meios de prova, desde que não sejam ilícitas. Caso o crime tenha sido praticado às ocultas, isto é, sem a presença de quaisquer testemunhas, entende-se que a palavra da vítima pode ser aceita como meio probatório, mas com “reservas”. (CAPEZ, 2019, p. 89 e 90). A despeito disso, a palavra da ofendida teria importância, “principalmente quando se trata de pessoa recatada, de bons costumes, de vida anterior honesta e ilibada, recatada, e acima de suspeitas”. (CAPEZ, 2019, p. 92).

Crime de estupro e o direito penal androcêntrico

Apesar de não estar presente nas elementares do tipo penal, a resistência inequívoca da vítima faz parte de uma narrativa jurídica que pode ser considerada androcêntrica e hegemonicamente construída. Os entendimentos acima descritos são resquícios de uma interpretação normativa pautada pela construção de um imaginário de mulher honesta, consolidado ao longo do tempo, segundo o qual o padrão de respeito e credibilidade devido à vítima depende de seu histórico de vida, da sua personalidade, das condições em que aceita a realização de um encontro de natureza sexual. Nesse sentido elucida Bourdieu que:

O papel desempenhado pelo Estado se reforça através das “prescrições e [d]as proscições do patriarcado privado com as de um patriarcado público”, ou seja, através da imposição de regras públicas e de regulação do cotidiano, baseadas em ideais conservadores, estabelecendo o princípio patriarcal enquanto ordem moral. O posicionamento diferenciado entre os sexos na estruturação social se faz presente na atuação estatal, inclusive na redação legislativa. Deste modo, a divisão de papéis e o modelo de moral patriarcal trazidos das relações privadas, são determinantes para consolidar a condição da mulher ao longo do tempo e a criação dos *habitus* e do direito. (BOURDIEU, 2012, p. 105)

Assim, a necessidade de averiguação do histórico social da vítima, sobretudo da vítima mulher, para consideração de sua palavra, é produto de uma estrutura social preexistente, de origem patriarcal. Semelhante exigência perpassa pela construção jurídica do conceito de mulher honesta, totalmente retirada do Código Penal desde a alteração da Lei nº 11.106/2005, porém ainda presente nas narrativas jurídicas. (MELLO, 2010, p. 139). Neste tocante, é importante ressaltar que o estereótipo da vítima do crime sexual foi cunhado na figura feminina, embora se apresente também de maneira deletéria perante a vitimização masculina. Logo, apesar do estabelecimento da igual proteção dos gêneros no crime de estupro, desde o advento da Lei 12.015/2009 (BRASIL, 2009), o problema do julgamento da conduta da vítima como parte do reconhecimento ou não do crime de estupro, é tema que precisa ser avaliado, primeiramente, desde a perspectiva da vítima do gênero feminino.

Nesse sentido, o estudo sobre a responsabilização por crimes sexuais no Brasil não pode deixar de destacar a permanência de leituras ainda antigas, tais como as de Francisco José Viveiros de Castro, sobre os crimes sexuais⁵. Em clara postura androcêntrica e patriarcal, Viveiros de Castro fazia ao final do século XIX uma atribuição direta da influência negativa da vida urbana sobre os costumes e aumento dos crimes contra a honra da mulher. (SILVA, 2012, p. 20). Nota-se que o referido jurista oferece, em sua obra, a ideia de categorização das mulheres, a partir de conceitos morais dominantes:

⁵ *Atentados ao Pudor, A Nova Escola Penal e Delitos contra a Honra da Mulher*, foram obras que impulsionaram também a Nova Escola Penal no Brasil. O terceiro livro de Viveiros de Castro foi dedicado a Nina Rodrigues, pioneiro na Antropologia Criminal e na Medicina Legal. Ambos tiveram fortes inspirações da teoria lombrosiana sobre o crime e o criminoso.

Umás são em verdade dignas da proteção da lei e da severidade inflexível do juiz. Tímidas, ingênuas, incautas, foram vítimas da força brutal do estuprador ou dos artifícios fraudulentos do sedutor. Mas há outras corrompidas e ambiciosas que procuram a lei para fazer chantagem, especular com a fortuna ou com a posição social do homem, atribuindo-lhe a responsabilidade de uma sedução que não existiu, porque elas propositalmente a provocaram, ou uma violência imaginária, fictícia. (CASTRO, 1897, p. XIX).

Tempos depois, acerca do histórico de criação do Código Criminal de 1940, destaca-se a exposição de motivos do anteprojeto elaborado por Alcântara Machado, que especificamente sugeriu alteração de nomenclatura de crimes contra a segurança da honra para crimes contra o pudor individual e a moralidade pública. Porém, a aprovação do título se deu por crimes contra os costumes, atrelando a moralidade sexual ao disciplinamento social. Neste sentido, Nélson Hungria, em seus *Comentários ao Código Penal*, enfatizava o entendimento sobre o conceito de mulher honesta, atribuindo a moral sexual à decência dos bons costumes. “Desonesta é a mulher fácil, que se entre a uns e outros, por interesse ou mera depravação” (HUNGRIA, 1980, p. 139).

Com efeito, o fenômeno criminal é construído a partir da dicotomia “certo” e “errado”, a qual é influenciada pelo sistema de normas e de valores forjados socialmente e recebidos pelo Sistema Jurídico-Penal. Portanto, por uma perspectiva sociológica e crítica, pode-se pressupor que as normas criminais são postuladas por um sistema de valores e modelos de comportamentos extraídos de um imaginário coletivo. Uma vez cristalizado esse imaginário nas normas legislativas, são instrumentalizadas por um Sistema Jurídico-Penal, através de interpretações da norma e também via preleções jurídicas em compêndios e livros científicos.

Deste modo, uma análise histórica e crítica dos fenômenos jurídicos demonstra a porosidade da construção normativa que, aberta a valores dominantes, revela sempre uma relatividade da tutela penal e das estruturas sociais, explicitando, inclusive, uma oposição entre os grupos sociais e os valores hegemonicamente construídos (BARATTA, 2002, p. 75 e 76). Em especial o sistema de justiça criminal, enquanto um subsistema de controle social, exerce impacto sobre as vítimas. Neste sentido, Vera Regina P. de Andrade (2005, p. 75) considera

que há um complexo controle social sobre esta mulher (vítima) que se reproduz em violência institucional. Em suas palavras:

A passagem da vítima mulher ao longo do controle social formal acionado pelo sistema de justiça criminal implica, nesta perspectiva, vivenciar toda uma cultura da discriminação, da humilhação e da estereotipia. Pois, e este aspecto é fundamental, não há uma ruptura entre relações familiares (pai, padrasto, marido), trabalhistas ou profissionais (chefe) e relações sociais em geral (vizinhos, amigos, estranhos, processos de comunicação social) que violentam e discriminam a mulher, e o sistema penal que a protegeria contra este domínio e opressão, mas um continuum e uma interação entre o controle social informal exercido pelos primeiros (particularmente a família) e o controle formal exercido pelo segundo. (ANDRADE, 2005, p. 76)

O controle social é construído a partir das relações do mundo social e de suas divisões. Para Bourdieu (2012, p. 17-18), as estruturas sociais e estruturas cognitivas se estabelecem a partir de mecanismos profundos de “efeitos simbólicos de legitimação” e que “decorrem de uma ordem de representação mais ou menos consciente e intencional”. Deste modo, o sociólogo francês se refere a uma ordem social androcêntrica estabelecida através de uma “máquina simbólica”, que se propõe como neutra, e dispensa qualquer justificção. Tais aspectos, também são reproduzidos pelo sistema penal, vez que, historicamente, houve uma atenção da legislação penal em caracterizar a mulher (vítima) quanto a sua honestidade, e diferenciá-la do papel masculino. Assim, o sistema criminal segue uma lógica de seletividade binária, apresentando uma maior preocupação quanto à figura do autor e da vítima envolvidos, do que ao fato criminoso ocorrido⁶.

Nos tribunais, a reconstrução dos fatos é realizada conforme os padrões de moral sexual já estabelecidos. Neste sentido, e conforme Andrade (2005, p. 92), muitas vezes o julgamento de crimes sexuais estão para além do reconhecimento da violência sexual ou da violação do bem jurídico tutelado, qual seja a dignidade e a liberdade sexual. Em verdade, o processamento dos delitos sexuais perpassa por uma complexidade simbólica que conformará os aspectos subjetivos do autor e

⁶ “[...] nisto o SJC replica a lógica e a função real de todo mecanismo de controle social que se, em nível micro, implica ser um exercício de poder e de produção de subjetividades (a seleção binária, entre o bem e o mal, o masculino e o feminino), em nível macro, implica ser um exercício de poder (de homens e mulheres); reprodutor de estruturas, instituições, simbolismos e o SJC ocupa um importantíssimo lugar na manutenção do status quo social”. (ANDRADE, 2005, p. 83)

da vítima, tal como o comportamento e a reputação social e sexual, “que é – ao lado do status familiar – uma variável tão decisiva para o reconhecimento da vitimação sexual feminina quanto a variável status social o é para a criminalização masculina”. Por serem crimes que possuem como forte apoio probatório o depoimento da vítima, as afirmações e as motivações se tornam importantes para o resultado decisório.

Dissenso e consentimento da vítima na jurisprudência

Seguindo a discussão sobre o predomínio da leitura androcêntrica e patriarcal na formação do direito brasileiro, é importante observar que tal predomínio também se configura no entendimento jurisprudencial sobre o consentimento da vítima no crime de estupro. Majoritariamente, os tribunais mantêm o entendimento de que, para a consumação do delito de estupro, se deve caracterizar a resistência da vítima ao ato, de forma “verdadeira, sincera, constante e proporcional ao seu ânimo”, de modo a deixar vestígios (GRECO, 2017, p. 1.141; COULOURIS, 2010, p. 17-20). A fim de exemplificar esta postura, abaixo serão apresentadas algumas decisões que indicam visões conflitantes acerca deste entendimento, considerando, principalmente, os fatores do dissenso, da coerção e da resistência da vítima.

O primeiro caso a ser exemplificado corresponde a uma apelação criminal, julgada no Estado do Mato Grosso do Sul, no dia 30 de julho de 2015. Na ementa da decisão, o julgador ressalta o fator “ausência de dissenso relevante”. Neste sentido, o acórdão absolutório firma o entendimento de que, para que haja caracterização do tipo penal, é preciso que exista, por parte da vítima, dissenso “razoável, sincero, efetivo, visível e detectável, que transmita ao próprio ofensor a mensagem de contrariedade”, assim como propalam grande parte dos juristas pátrios. No caso, a defesa alegou que a reação da vítima deveria ter sido outra, visto que, o que se espera nessas hipóteses, é uma defensiva violenta e enérgica, a qual, dessa forma, certamente deixaria marcas de luta entre vítima e agressor. Ainda sustentou o argumento de que a vítima possuía praticamente o mesmo porte físico que o agressor, além de questionar o pouco empenho da mesma em se livrar

do mal injusto. A mesma argumentação do advogado de defesa foi utilizada pelo Desembargador relator quando do julgamento da apelação, a fim de absolver o apelante, no que foi seguido com unanimidade pelos demais desembargadores. (TJMS, 2015). Em suas palavras:

Salvo entendimento em sentido contrário, que respeito, nenhum garoto de 16 anos de idade, com 1,80 m de altura, deixa-se violentar em tais circunstâncias. (...). Conforme o quadro desenhado, [o ofendido] ficou com um dos braços livre. Sob minha ótica, com toda a sua envergadura, e com um braço livre, alguma espécie de reação poderia ter sido apresentada. Relativamente fácil seria mover o braço livre para trás e agarrar o órgão viril do agressor, por exemplo. (...). Sem nenhuma dúvida a reação que se espera de um adolescente (16 anos completos), 1,80 metros de altura, aproximadamente a mesma do agressor, sadio, dentro de sua própria casa, para evitar violência sexual de tamanha envergadura, seria muito mais enérgica do que a apresentada [pelo ofendido], que foi praticamente nula. (TJMS, 2015).

Outra apelação criminal a ser analisada foi proposta no Estado de Rondônia e julgada em 08 de agosto de 2019. Apesar da comprovação do uso da violência no ato sexual, segundo o laudo de exame de corpo de delito, o Desembargador relator do acórdão se posicionou no sentido da absolvição do agressor, tendo em vista que a vítima não teria apresentado, de fato, resistência ao ato então praticado. No caso concreto, a vítima afirmara possuir hérnia de disco, razão pela qual encontrava-se imóvel em sua parte superior do corpo, não podendo oferecer resistência. Ainda assim, declarou que tentou se desvencilhar do agressor fechando as pernas e empurrando-o, até que se viu sem forças para impedi-lo. Além disso, segundo a perícia, a vítima contava com lesões em seus membros inferiores, o que confirmava o seu relato de agressão por parte do réu. Por fim, as mensagens de celular comprovavam que o ato sexual havia sido gravado pelo réu com seu celular em mãos, também sem o consentimento da vítima. Todavia, ao invés de inferir desses elementos indícios de que não havia consentimento com os atos praticados, como um todo, o Desembargador considerou que:

[...] em momento algum, [a vítima] fala sobre a ocorrência de crime de estupro, mas, sim, que [o réu], durante a prática sexual, foi grosseiro, e que a machucou, extraíndo-se daí que ele foi deveras indelicado, agindo em determinados momentos com força desproporcional, ou seja, praticou o ato sem o cuidado desejado [pela vítima]; contudo, isto é insuficiente para que, com a necessária certeza, chegue-se ao entendimento de que a situação vivida configure a prática de estupro. (TJRO, 2019).

Em mais um exemplo de interpretação, a nosso ver, equivocada, figura o julgamento da apelação crime da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, datada do dia 23 de junho de 2017. No caso em comento, vítima e agressor mantiveram relacionamento amoroso pelo período de oito anos. Durante esse período, o agressor demonstrou ser bastante violento, configurando um caso de violência doméstica. Em inúmeras oportunidades, a vítima foi ameaçada de morte, exigindo o agressor nesse contexto a presença da vítima em sua casa, para que com ela pudesse manter relações sexuais. Em tais episódios, deixava sempre uma arma de fogo à vista durante os atos sexuais. A vítima alegou que atendia às exigências sexuais do agressor de forma robotizada e que o mesmo detinha poder sobre ela, fazendo-a sentir-se uma escrava sexual. Entretanto, segundo o Desembargador relator do acórdão:

[...] Por certo, ela se sentia contrariada em manter a relação e não conseguia encerrá-la, em parte devido ao temor que tinha de o réu consumir as ameaças, mas também em razão de lhe trazer algum ganho secundário. Relacionamento tão longo com semelhante contorno deve-se presumir, quando menos, fosse uma *folie a deux*, patologia bilateral, com assunção de papéis sádico-masoquista, cujos *scripts* são conhecidos. (TJRS, 2017).

Nesse caso, quanto ao dissenso, o Desembargador relator arguiu que a vítima não tomou a iniciativa de romper com os atos sexuais praticados, embora pudesse oferecer resistência. Por conta disso, considerou razoável ponderar que a vítima consentia objetivamente com a relação sexual. Afirmou também que, em se tratando de parceiros, não é incomum que um dos parceiros participe de uma “brincadeira adulta” – termo utilizado pelo próprio desembargador – sem estar em momento propício para tanto, mas que semelhantes casos não configurariam crime de estupro, tendo em vista a capacidade da outra parte dissentir e não o fazer de forma expressa, apesar disso. Por consequência, o relator afastou o tipo penal com o argumento de que não houve, no caso, incapacidade de consentir. Logo, não oferecer resistência seria o mesmo que consentir com o ato. A presença da arma no recinto em que ocorriam as práticas sexuais foi, então, justificada pelo Desembargador no sentido de que, sendo o réu policial militar a arma ali se encontrava nessas ocasiões. (TJRS, 2017).

Sem dúvida, são possíveis outras interpretações sobre o sentido do consentimento no crime de estupro. Mencione-se aqui a decisão em sede de apelação criminal, julgada no Estado de Santa Catarina, no dia primeiro de agosto de 2019. Na ementa, o julgado destaca ser “desnecessária demonstração de demasiada resistência por parte da ofendida. Prática ocorrida após a recusa verbal que é suficiente para identificar ofensa à dignidade sexual da parte”. Em seu julgamento, a Desembargadora relatora enfatiza o fato de a vítima não necessitar agir heroicamente para que haja configuração do estupro e que basta a negativa verbal para que se demonstre a ausência de consentimento para o ato. Na apelação acusatória, apresentada pelo Ministério Público, havia sido levantado o argumento de que o consentimento para o ato sexual, no caso, consistia, na verdade, em receio por parte da vítima. O ilícito sexual ocorrera em um motel, contra a vontade da vítima, que alegava não ter resistido, já que não possuía mais forças para lidar com a situação (TJSC, 2019). Para tanto, a desembargadora argumentou que:

[...] a partir do momento em que uma das pessoas que figuram a cena afirma que não tem vontade de manter a relação sexual, é uma agressão. Qualquer relação sexual havida após a negativa do outro configura estupro. Já passou do tempo em que o consciente coletivo tem de ser reformado. Não se mantém mais o pensamento de que o homem deve insistir para “conseguir o que quer”, e que o “não” da mulher é um jogo de sedução. O não é uma negativa consciente da parte de que não tem vontade de manter com o outro a conjunção carnal e deve ser respeitado, independentemente de se exigir resistência física ou gritos de socorro por parte da vítima. (TJSC, 2019).

A partir das decisões descritas, é possível perceber que a jurisprudência majoritária não considera, por si só, a ausência de consentimento para a consumação do delito. Por ser um campo de intensa disputa de narrativas, é importante perceber também a existência de decisões que apresentam uma possibilidade de interpretação que considere a discordância verbalizada da vítima e que colocam luz sobre a permanência de valores patriarcais limitantes ao pleno respeito da autonomia sexual.

Considerações finais

Frente a atual disposição normativa do crime de estupro no Brasil, percebe-se no discurso jurídico a tendência de transferir à vítima a responsabilidade por

atos sexuais praticados contra a sua vontade. Com efeito, são resquícios de uma tradição jurídica pautada na lógica da classificação e categorização da pessoa da vítima. Igualmente, é preciso compreender que as narrativas postas no campo social e familiar são transferidas para o sistema jurídico, que também se encontra sujeito à reprodução dos papéis, expectativas e poderes atribuídos aos gêneros.

Semelhante tendência se percebe particularmente na reconstrução do conceito de consentimento nas relações sexuais. Nesse sentido, para que haja a configuração do tipo penal do estupro, costuma-se exigir, como prova do dissenso, a resistência da vítima para com o ato sexual, inclusive em situações nas quais semelhante resposta é pouco plausível. Da mesma maneira, sustenta-se que a falta de vestígios que indiquem a violência ou a grave ameaça são condizentes com a existência de consentimento da vítima, muito embora, por exemplo, a ameaça, se esgote em uma conduta meramente verbal.

Conforme se apreendeu da análise de algumas decisões colhidas na jurisprudência, a aplicação do crime de estupro acaba por não considerar o medo paralisante da vítima frente ao cometimento do ato, assim como a relação de subordinação em que, por vezes, a vítima se insere. Ademais, como fator contribuinte para a lógica de culpabilização da vítima, há a descrença quanto aos relatos das mulheres, visto que há uma construção cultural e social que desvaloriza a mulher frente a um ato sexual.

As relações sociais são pautadas por disputas de narrativas entre os que dominam os espaços de poder e os grupos dominados, estando em constante disputa dentro do campo político e do campo jurídico. O movimento feminista tem conquistado relevantes avanços normativos pelo mundo que precisam reverberar também em nossa legislação. Assim, as mudanças recentes do Direito Penal Sexual no mundo representam um avanço importante ao colocarem o consentimento como fator axiomático para a configuração do estupro.

Além disso, a existência de decisões judiciais brasileiras que contrapõe o entendimento majoritário sobre o consentimento da vítima, em crimes sexuais, também demonstra uma disputa de narrativa no país, e não apenas uma mera

reprodução da hegemonia de outrora. É preciso, desta forma, que se consolide no direito pátrio um conceito de consentimento que considere a negativa de qualquer pessoa e que, efetivamente, garanta a autonomia individual no livre exercício da sexualidade.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de Andrade. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Sequência*, nº 50, p. 71-102, jul. 2005. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185/13811>>. Acesso em: 30 jun 2020.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

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

BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. 11. ed. Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 2012.

BRASIL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Rondônia. *Apelação criminal nº 1000401-79.2017.8.22.0007*. Apelante: Ministério Público do estado de Rondônia. Apelado: M. F. Y. Relator: Desembargador José Antonio Robles. 08 ago. 2019. Disponível em: <<https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748016496/apelacao-apl-10004017920178220007-ro-1000401-7920178220007/inteiro-teor-748016556>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

_____. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação criminal nº 0002827-50.2015.8.24.0022*. Relatora: Desembargadora Hidemar Meneguzzi de Carvalho. Curitiba, 01 ago. 2019. Disponível: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742435295/apelacao-criminal-apr-28275020158240022-curitibanos-0002827-5020158240022/inteiro-teor-742435341?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

_____. 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. *Apelação criminal nº 0002755-90.2012.8.12.0017*. Apelante: Mauricio Araujo Souza. Apelado: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Desembargador Luiz Claudio Bonassini da Silva. Campo Grande, 30 jul. 2015. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/219924958/apelacao-apl-27059020128120017-ms-0002705-9020128120017/inteiro-teor-219924972?ref=amp>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

_____. 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação criminal nº 70073123770*. Relator: João Batista Marques Tovo. 23 jul. 2017. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/474934833/apelacao-crime-acr-70073123770-rs/inteiro-teor-474934851?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

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

_____. *Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009*. Exposição de Motivos. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>>. Acesso em: 02 jun 2020.

BRODOWSKI, Dominik. Protecting the right to sexual self-determination: models of regulation and current challenges in European and German sex crime laws. In: DINIZ, Eduardo Saad (Org.). *O lugar da vítima nas ciências criminais*. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 15-25.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 3, parte especial: arts. 213 a 359-H*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CASTRO, Leonardo. *Legislação comentada – artigo 213 do CP – estupro*. Disponível em: <<https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943503/legislacao-comentada-artigo-213-do-cpestupro>>. Acesso em: 21 set. 2019.

CASTRO, Francisco José Viveiros de. *Delictos contra a honra da mulher*. Rio de Janeiro: João Lopes da Cunha, 1897.

COULOURIS, Daniella Georges. *A desconfiança em relação à palavra da vítima e o sentido da punição em processos judiciais de estupro*. 2010. 242 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

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

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 11. ed. Impetus: Niterói, 2017. ISBN: 978-85-7626-929-8.

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

HUNGRIA, Néelson. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal, volume I, tomo I: arts. 1. ao 106*. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980

KRAMER, Renato. *Proteção à autodeterminação sexual no direito penal brasileiro e alemão: os modelos de consentimento como forma de delimitação da*

responsabilidade penal. DELICTAE: *Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S.I.], v. 3, n. 5, p. 47-60, dez. 2018.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Da mulher honesta à lei com nome de mulher: o lugar do feminismo na legislação penal brasileira. *Revista Videre*, Dourados, MS, ano 2, n. 3, p. 137-159, jan./jun. 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/Mar%C3%ADlia/Downloads/885-2108-1-PB.pdf>. Acesso em: 30 jun 2020.

MOREIRA, Vânia Pereira. *O crime de violação à luz do bem jurídico liberdade sexual*: reflexões acerca da alteração ao nº 2 do artigo 164º do Código Penal. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Criminal) – Escola de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto.

OVÍDIO, Públio. *A Arte de Amar*. 2005. Tradução de Pietro Nasseti, São Paulo, Martin Claret.

SILVA, Carolina Rabelo Moreira da. *Francisco José Viveiros de Castro: Sexualidade, Criminologia e Cidadania no Fim do Século XIX*. Dissertação. Maio/2012. Disponível em: <<http://www.repositorio-bc.unirio.br:8080/xmlui/handle/unirio/12169>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

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

VENTURA, Isabel. Um corpo que seja seu – podem as mulheres [não] consentir? *Ex aequo*, Lisboa, n. 31, p. 75-89, jun. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/aeq/n31/n31a07.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2020.

Recebido em janeiro de 2020.

Aprovado em jul. de 2020.