

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

IVAN MACHADO DE AZEVEDO BOSSONARO

SUBJETIVISMO JUDICIAL E VIÉS DE GÊNERO

A valoração probatória das declarações das mulheres vítimas de estupro

SÃO PAULO – SP
2021

IVAN MACHADO DE AZEVEDO BOSSONARO

SUBJETIVISMO JUDICIAL E VIÉS DE GÊNERO

A valoração probatória das declarações das mulheres vítimas de estupro

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,
como parte dos requisitos para a obtenção do título de
Bacharel em Direito

Orientador: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

SÃO PAULO – SP

2021

RESUMO

A presente pesquisa tem por objeto analisar a atividade jurisdicional de valoração probatória das declarações das mulheres vítimas de estupro. Tem-se a hipótese de que, na ausência de outros meios de prova idôneos, a reconstrução histórica dos fatos se desloca à perquirição do comportamento pregresso dos envolvidos, enquadrando-os em estereótipos de gênero. Nesse cenário, haveria uma tendência a se credibilizar a narrativa da vítima apenas quando ela se enquadrasse no padrão discriminatório de “mulher honesta”. Para isso, na primeira parte da tese se analisará a teoria da prova no âmbito do Direito Processual Penal, em particular no que toca à busca da verdade dos fatos e à atividade de valoração dos meios de prova erigidos em contraditório, conforme os ditames da epistemologia. Na segunda parte, discutir-se-á a evolução jurídico-legislativa do crime de estupro no Brasil, de modo a identificar a “lógica da honestidade” da mulher que lhe é estrutural, para além da redação atual do tipo. Por fim, na última parte se analisará o efetivo fenômeno de construção da verdade em processos judiciais de estupro, relacionando o subjetivismo inerente à valoração da palavra da vítima aos parâmetros epistêmicos de racionalidade exigidos a essa etapa probatória. Expor-se-á a influência de vieses de gênero na formação de convencimento do magistrado e como o fenômeno impacta a neutralidade da decisão, contribuindo para a violência institucional.

Palavras-chave: Estupro; prova; gênero; viés; subjetivismo.

ABSTRACT

This paper intends to analyze the jurisdictional activity of the evidentiary valuation of the rape victims' statement. The hypothesis is that, under the absence of more adequate types of evidence, the alleged abuser's and the victim's past behaviors are shaped into social gender stereotypes and used for the factual reconstruction. In this scenario, there would be a bias to validate the victim's version of the event just when she fits a "honest woman" pattern. The paper is decomposed into three parts. In the first one, the paper analyzes the Theory of the Evidence in the Law of Criminal Procedure framework, more specifically the search for the truth and the valuation of contradictory. In the second part, there is an analysis of the evolution of the rape crime in Brazil under the law perspective, so that a woman's "honesty logic" can be identified as structural. In this final part, the paper investigates the effective phenomenon towards the truth construction in rape suits, associating the inherent subjectivism to the valuation of the victim's allegation. The paper intends to expose the gender biases in the judges' convictions and how this fact not only affects their neutral decision-making process but also contributes to the institutional violence.

Key words: rape; evidence; gender; bias; subjectivism

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	1
2	TEORIA GERAL DA PROVA	3
2.1.	Verdade e certeza no processo penal	3
2.2.	Fenômeno probatório: breves considerações.....	8
2.2.1.	Direito à prova	10
2.2.2.	Objeto e admissibilidade da prova.....	12
2.2.3.	Classificações da prova.....	13
2.2.4.	Meios de prova.....	16
2.3.	Valoração probatória: o livre convencimento motivado.....	24
2.4.	Standard probatório e presunção de inocência	28
3	O CRIME DE ESTUPRO E A LÓGICA DA HONESTIDADE.....	30
3.1.	A evolução jurídico-legislativa do crime de estupro.....	31
3.2.	A redação atual: alterações da lei 12.015/2009	37
3.3.	A percepção da “mulher honesta”	44
4	A VALORAÇÃO DA PALAVRA DAS MULHERES VÍTIMAS DE ESTUPRO ..	48
4.1.	Dificuldades probatórias: as declarações da vítima	48
4.2.	A aferição do comportamento pregresso das partes	52
4.3.	Subjetivismo e revitimização.....	60
5	CONCLUSÃO	64
	REFERÊNCIAS.....	70

1 INTRODUÇÃO

Os crimes sexuais, por sua própria natureza, dificilmente podem ser comprovados, quanto à materialidade e autoria, por provas documentais, materiais ou testemunhais. Com esse impasse, a doutrina e a jurisprudência vêm cristalizando o entendimento de que, nesses casos, as declarações do ofendido adquirem especial valor probatório, por vezes apto inclusive a fundamentar, isoladamente, uma condenação.

Não há consenso, todavia, quanto aos requisitos necessários para tanto. De um modo geral, exige-se que a narrativa seja firme, segura e coerente com os demais elementos dos autos. Ausentes outros meios efetivos de prova, pois, a instrução judicial passa ao exame da credibilidade da palavra da vítima, o que se dá, sobretudo, pela aferição de seu comportamento pregresso. É dizer, o convencimento se constrói a partir de traços da vida pessoal dos envolvidos, em detrimento à neutra e racional reconstrução histórica dos fatos.

Diante desse cenário, identificou-se aparente subjetivismo na atividade jurisdicional de valoração probatória das declarações das vítimas de estupro. Não há critérios claros e objetivos que conduzam o juízo de fato do magistrado, isto é, que elucidem em quais situações a palavra da vítima deve ou não adquirir credibilidade e ser reputada como meio idôneo de prova. Esse subjetivismo é estranho ao Direito Processual Penal, e é particularmente perigoso nos casos de estupro em que a vítima é mulher.

Nesse ressoar, a presente pesquisa tem como principal objetivo investigar como se dá a formação de convencimento do magistrado, sob a ótica da teoria processual da prova. Como hipótese central, tem-se que os julgadores incorporam vieses de gênero ainda presentes no imaginário popular, relacionando a credibilidade das declarações da ofendida ao seu enquadramento, ou não, em padrões androcêntricos e tradicionais de “mulher honesta”.

O trabalho foi desenvolvido, sobretudo, por uma revisão bibliográfica de caráter interdisciplinar, levantando obras doutrinárias e jurisprudenciais, publicações científicas e pesquisas qualitativas e quantitativas referentes à violência sexual no Brasil. Como recorte, tem-se os casos de estupro perpetrados pelo homem sobre a mulher, ainda que o diálogo com o estupro de vulnerável e os demais crimes sexuais seja inexorável. O estudo se dará preponderantemente no âmbito da ciência processual.

Para fins didáticos, a monografia foi dividida em três etapas.

Em um primeiro momento, cingir-se-á a compreender a teoria da prova na ótica do Direito Processual Penal. O objetivo, aqui, será o de analisar a formação de convencimento do magistrado em uma perspectiva teórica, auferindo de que modo a epistemologia concebe a

busca da verdade no processo e o fenômeno de valoração dos meios probatórios erigidos em juízo. Em um sistema de livre convencimento motivado, como o vigente, o juízo de fato não se atrela a uma ordenação prévia de valor das provas constituídas, mas tampouco admite que a decisão do magistrado seja subjetiva e arbitrária. Analisar-se-á, nesse sentido, de que forma se garante que a convicção do magistrado seja racional e motivada, e a sua relevância para fins de legitimidade da decisão proferida.

Na segunda etapa da tese, será feita uma breve análise sobre a evolução jurídico-legislativa do crime de estupro no Brasil. Ainda que a pesquisa seja de Direito Processual, a adequada compreensão da tipificação do delito no âmbito do Direito Penal material é instrumental à etapa seguinte, em que efetivamente se analisará o discurso do juízo. Nesse sentido, buscar-se-á identificar elementos moralistas estruturais à criminalização dos delitos sexuais, os quais, conforme a hipótese, ainda seriam propagados por nossas instâncias jurisdicionais. Em sequência, a redação atual do crime de estupro será analisada, descrevendo-se o seu núcleo típico, sujeitos ativo e passivo.

Por fim, a última etapa tratará do efetivo fenômeno de valoração das declarações das mulheres vítimas de estupro. Serão analisados, principalmente, os seguintes trabalhos: *Estupro: Crime ou “Cortesia”? Abordagem Sociojurídica de Gênero*, de Pimentel, Schritzmeyer e Pandjiarjian (1998a), sobre 50 processos judiciais arquivados e 101 acórdãos publicados no País de 1985 a 1994; a dissertação de Mestrado (2004) de Coulouris, referente a 53 processos judiciais registrados entre 1995 e 2000, e sua tese de Doutorado (2010), sobre 30 processos registrados na cidade de São Paulo de 2000 a 2005; e a dissertação de Mestrado de Almeida (2017), que avaliou 63 sentenças de primeira instância proferidas em 2016.

Com isso, discutir-se-á a forma pela qual se atribui credibilidade à palavra da mulher vítima de estupro, relacionando a formação de convencimento dos magistrados com a perspectiva epistêmica da valoração da prova. Como será demonstrado, o subjetivismo intrínseco a esses casos colide com a racionalidade exigida do juízo de fato em um sistema legítimo de livre convencimento motivado. Para além do risco de arbitrariedade, o fenômeno merece atenção por reproduzir estereótipos discriminatórios de gênero, revitimizando as mulheres e, assim, dificultando o seu acesso à justiça.

2 TEORIA GERAL DA PROVA

2.1. Verdade e certeza no processo penal

O processo penal tem por função legitimar o exercício do poder de punir estatal. É dizer, ao menos em um Estado de Direito, a observância a um rito processual juridicamente estabelecido é condição basilar para a legitimidade de eventual punição cominada ao indivíduo. Caso contrário, haverá arbítrio.

Pode-se afirmar, nesse sentido, que o resultado do processo penal só será legítimo se respeitadas as seguintes condições: um correto juízo sobre os fatos, com vistas à reconstrução histórica dos fatos imputados ao acusado; um correto juízo de direito, com uma acertada interpretação da lei e subsunção da norma aos fatos; e a observância ao rito processual, atentando-se aos direitos e garantias das partes (BADARÓ, 2019, p. 20-21).

Essas três condições são pressupostas à justiça e à legitimidade do exercício do direito de punir do Estado. O conhecimento verdadeiro dos fatos, auferido com patente desrespeito ao devido processo legal, por exemplo, é inadmissível, não podendo fundamentar um *decisum* condenatório. De mesmo turno, uma condenação que observe rigorosamente aos ditames processuais, mas contrarie texto expresso de lei penal ou elementos probatórios idôneos produzidos nos autos, é inválida, autorizando inclusive revisão criminal.

Destarte, com vistas à finalidade institucional do processo penal deve-se cumprir essas três condições, conciliando-se a busca pela verdade com o devido respeito às garantias processuais e materiais. Eventual sanção criminal só será legítima se cominada em sede de um processo penal constitucional e legalmente idôneo, com base em um adequado juízo de fato e uma correta interpretação e aplicação da lei penal.

Feitas essas ressalvas, é notório que, salvo exceções, o processo penal se desenvolve a partir da controvérsia fática entre a acusação e a defesa, que afirma ou nega a ocorrência de fatos penalmente relevantes. Isto é, a *dúvida* quanto à efetiva ocorrência dos eventos narrados é o que propulsiona a atividade do juízo, que, diante de um conhecimento incerto, deve buscar a verdade dos fatos por sua reconstrução histórica, à luz de uma decisão correta e justa.

Nesse diapasão, resta claro que, em um processo penal de inspiração democrática, a própria legitimidade da decisão judicial se atrela à existência de elementos probatórios que sustentem as conclusões do juízo, impedindo-se assunções arbitrárias (LOPES, 2013).

Relevante, no ponto, o entendimento de Badaró (2003). Partindo-se da premissa de que a busca da verdade seja condição basilar ao processo penal, o juiz deve procurar atingir o

conhecimento verdadeiro dos fatos para, diante da certeza quanto à sua ocorrência ou inocorrência, promover a justiça no caso concreto. Ou seja, a busca pela verdade processual traduz-se em um valor que legitima a atividade jurisdicional, “*não se podendo considerar como justa uma sentença que não tenha sido precedida de um processo que aspire a uma correta verificação dos fatos (ibid., p. 26).*

Para a realização do juízo de fato, todavia, enfrentam-se problemas epistemológicos intrínsecos, inarredáveis.

Em um primeiro ponto, exclusivamente pelo fato de que a produção probatória se sujeita a certos limites legais e constitucionais, já decorre que o seu potencial de atingir o conhecimento da verdade não é pleno. Limita-se a atingir a chamada *verdade juridicamente condicionada, a verdade processual*, por vezes desconexa à efetiva realidade dos fatos.

Tal percepção poderia induzir a uma noção equivocada de que, em um processo acusatório – em que, como condição *sine qua non*, há uma clara separação das funções de acusar e julgar, bem como de defender -, a busca da verdade seria menos eficaz que a proporcionada em um processo inquisitório – em que há confusão entre essas funções. Ou seja, a noção de que, atribuindo-se ao juiz a competência para investigar e acusar, seria possível uma melhor compreensão dos fatos e, logo, a prolação de uma decisão mais compatível com a realidade, menos suscetível a erros.

Ocorre que, no processo inquisitório, a atividade probatória se contamina por um vício inato, a saber: o julgador, atuando também como acusador, busca não a verdade, mas a confirmação de uma hipótese já previamente escolhida e por ele formulada (*id.*, 2019, p. 65). Na delimitação da acusação, manifesta-se uma preferência pela versão dos fatos, a qual inexoravelmente interfere na posterior avaliação, pelo mesmo agente, da presunção de inocência ter ou não sido superada pelos elementos probatórios por ele próprio reunidos.

No processo acusatório, diversamente, substitui-se a atuação isolada e concentrada do juiz pelo contraste de narrativas, argumentações e estratégias das partes. Adota-se, com isso, a premissa de que a busca da verdade é epistemologicamente mais eficaz quando realizada pelo exercício do direito à prova pelos sujeitos processuais, no confronto de versões fatídicas.

Em outros termos, poder-se-ia, em um primeiro momento, ter a impressão de que as garantias intrínsecas ao sistema acusatório seriam entraves à efetiva busca da verdade. Comparando-o com o sistema inquisitório, porém, resta claro haver maior probabilidade de a decisão ser justa, quanto ao juízo de fato, quando a prova se forma a partir da atividade das partes na dialética processual - ao invés da investigação isolada e unilateral do órgão instrutório (*ibid.*, p. 66).

É nesse ressoar que Cecarelli (2011) sustenta que a correta aplicação do direito material ao caso concreto pressupõe a ampla defesa das partes, isto é, a possibilidade efetiva das partes trazerem, no curso processual, suas versões sobre os fatos ocorridos, a partir de todos os elementos de prova admitidos em direito. Busca-se, com isso, a chamada *verdade dos fatos*, a saber, a mais fiel reprodução possível dos fatos ocorridos, de modo a fomentar a prolação de uma decisão justa. Conforme dispõe:

“Logo, percebe-se que o direito à prova há que ser o mais amplo possível, pois é a partir dele que se possibilita a realização do grande escopo do Direito: a efetivação de Justiça no caso concreto.

Por certo, a busca da verdade, entendida como meio apto a fomentar a boa aplicação do direito e a concretização de uma decisão justa, em conjunto com o respeito aos direitos individuais, deve ser o norte a guiar o processo penal.” (*ibid.*, p. 15).

Assim sendo, não se abandona, de modo algum, a busca pela verdade no processo acusatório. Há, todavia, uma diferença quanto à *verdade* a ser buscada. É dizer, no processo inquisitório historicamente prepondera a concepção de uma *verdade objetiva*, uma *verdade absoluta* a ser descoberta; o real e incontroverso desdobrar dos fatos. A *verdade processual*, no sistema acusatório, tem um caráter aproximativo, probabilístico, inevitavelmente condicionado à falibilidade da reconstrução histórica e aos já debatidos limites trazidos pelas garantias legais e constitucionais. Busca-se o conhecimento *relativo* da verdade, erigido com base na produção probatória em contraditório e pela inferência lógica do juízo.

Isso posto, cabe discorrer sobre as diferenças entre os conceitos de *certeza*, ou *crença*, e *verdade*, de forma a melhor compreender o fenômeno probatório e a sua função enquanto legitimador das decisões jurisdicionais.

A *verdade* é o reflexo fiel da coisa no pensamento humano. Isto é, um conhecimento é verdadeiro quando a percepção do sujeito sobre algo se identifica com aquilo que a coisa efetivamente é. A *certeza*, nesse cenário, é o estado de ânimo seguro da verdade de uma proposição, por um sujeito. Trata-se da manifestação da verdade no intelecto humano. Como tal, por vezes a *certeza* do indivíduo não corresponde à *verdade* dos fatos, seja por construir-se em torno de um erro, seja pela verdade não soar crível.

Avaliando-se a prestação jurisdicional sob essa ótica, pois, a *certeza* do juiz configura a *verdade processual*, de modo que o *animus* subjetivo do magistrado quanto à veracidade dos fatos – e não a verdade em si – é o que, efetivamente, deriva da atividade probatória e fundamenta a decisão judicial, atribuindo-lhe legitimidade. É nesse sentido que, em uma perspectiva processualista, definir o que é a *verdade dos fatos*, isto é, em que medida, e de que

modo, se dá a superação do estado da *dúvida* para o estado da *certeza*, pelo juiz; é mais relevante do que discutir a inviabilidade do efetivo acertamento dos fatos, ou seja, a impossibilidade epistemológica de se descobrir a *verdade absoluta*.

Explica-se. A função da prova enquanto instrumento de busca da verdade no curso do processo suscita três principais entendimentos divergentes, de natureza substancialmente epistemológica.

Em uma primeira compreensão, poder-se-ia rejeitar, em absoluto, a ideia da *verdade* no processo penal - isto é, negar que seja possível o estabelecimento racional da verdade dos fatos *sub judice*. A prova, nessa lógica, seria meramente ritualística, tendo por intuito reforçar a crença de que a decisão judicial seria justa e neutra, fruto de uma racionalidade científica do magistrado. Sua finalidade, pois, seria meramente instrumental, perpetuando, artificialmente, a ilusão de um processo judicial efetivo.

Um segundo posicionamento sustenta que a prova teria função predominantemente persuasiva. É dizer, a atividade probatória não se voltaria a apurar o que de fato ocorreu, ou seja, a *verdade*, mas a criar uma alegação verossímil, capaz de convencer o magistrado e solucionar o conflito jurídico. Em outros termos, a *verdade* não seria elemento essencial do processo, mas a *certeza*, bastando-se uma narrativa factível que seja capaz de persuadir o juiz quanto à veracidade de uma dada versão.

O presente artigo se alinha com a terceira corrente, conforme a qual a busca da verdade processual, em si mesma, é elemento imprescindível à legitimação da atividade jurisdicional penal.

Para melhor compreender essa perspectiva, cumpre destacar que o objeto da atividade probatória não é o fato em si, mas um enunciado sobre ele, um enunciado fático. Por decorrência, o juízo de fato no processo penal implica a verificação de correspondência entre a linguagem, a proposição que enuncia o que ocorreu, e a realidade, isto é, o que efetivamente ocorreu. A verificação de acertamento da verdade, pois, está na verificação de “*congruência da proposição a ser provada com as premissas probatórias, rectius, com as proposições que descrevem as provas legitimamente produzidas*” (BADARÓ, 2019, p. 88)

Entender a *verdade* em um sentido correspondentista implica reconhecê-la como um conceito absoluto: o enunciado fático corresponde, ou não, ao que efetivamente ocorreu. A *verdade*, nesse sentido, foge ao conhecimento humano, uma vez que não é epistemologicamente possível atingir uma verdade absoluta - quanto mais processualmente, em meio à atividade probatória. O que se pode atingir, isto sim, é um conhecimento

aproximativo, probabilístico, dos fatos objetos do enunciado, a constituir, no julgador, uma *crença* verdadeira e justificada sobre a verdade, a aludida *certeza*.

“Assim sendo, afirmações no sentido de que a verdade é aproximativa, contingente, provável ou relativa, devem ser entendidas, principalmente em relação àqueles que adotam uma posição de que a verdade possui natureza correspondente, no sentido de que o conhecimento sobre a verdade é aproximativo, contingente, provável ou relativo. No sentido elíptico, é possível continuar a falar em ‘busca da verdade dos fatos’, significando a ‘busca de um conhecimento verdadeiro sobre os enunciados fáticos’.” (*ibid.*, p. 92).

Destarte, conforme leciona Badaró (*id.*, 2003), diante de casos processuais em que há questão fática a ser resolvida, o resultado da atividade probatória somente poderá ser a *certeza* ou a *dúvida*.

Quanto à *certeza*, não se trata de uma certeza absoluta. Como exposto, a reconstrução histórica dos fatos na busca pela *verdade* não tem o condão de auferir a certeza absoluta, indubitável, acerca dos eventos ocorridos, mas tão somente uma aproximação, maior ou menor, dessa certeza – a chamada *certeza possível*. A saber, a verdade judicial, “*necessariamente relativa, deve ser entendida como uma ‘verdade’ que o juiz busca nas provas existentes nos autos e que seja a ‘maior aproximação possível’ daquilo que se denomina verdade*” (*ibid.*, p. 37).

A impossibilidade de se atingir a verdade absoluta dos fatos, todavia, não implica que a decisão judicial seja tomada com base em critérios desordenados ou irracionais.

A disciplina legal do procedimento probatório, nesse sentido, delimita o grau de verdade, ou seja, a maior ou menor aproximação da *verdade absoluta*, que o *conhecimento relativo da verdade* sobre os fatos processuais necessariamente deve atingir, para considerar-se aperfeiçoada uma *certeza idônea* a fundamentar uma decisão jurisdicional. Analisando-se as provas, o magistrado somente poderá concluir que o fato narrado é, em maior ou menor grau, provável. Diante do elevado grau de probabilidade de um fato, atinge-se a *verdade relativa* – feitas as ressalvas terminológicas - entendendo-se aperfeiçoada a *certeza processual idônea* a racionalizar uma decisão judicial, tornando-a legítima.

Com efeito, na busca pela *verdade* dos fatos processuais, exige-se um determinado *sucedâneo de certeza* do juiz para que possa, com base em sua persuasão ou convencimento, condenar ou absolver o acusado. Não aperfeiçoada a *certeza* necessária, cabe ao magistrado decidir o processo recorrendo-se às regras de ônus da prova, que disciplinam, em sua acepção objetiva, qual será a regra de julgamento no caso da *dúvida*.

Nesse ressoar, aduz Cecarelli (2011):

“Em outras palavras, para a aplicação do direito material ao caso concreto considera-se imprescindível buscar, com fulcro nos limites legais e constitucionalmente estabelecidos, a verdade dos fatos trazidos à análise judicial, com vistas a obter uma decisão equânime e racionalmente justificável.

(...)

Para que o julgador decida um processo-crime ele precisa, com fundamento nas provas produzidas em juízo, formar sua convicção jurídica de que as alegações trazidas aos autos por alguma das partes corresponde ao que efetivamente ocorreu no mundo fático. Ou seja, baseado nas provas produzidas no caso, ele precisa efetivamente acreditar que o quanto alegado ocorreu no caso sub judice. Em outras palavras, ele precisa ter certeza.” (CECARELLI, 2011, p. 17-19).

Admite-se, pois, a impossibilidade de se atingir no processo penal um conhecimento absoluto da realidade externa, de modo que a *verdade processual* será, sempre, *relativa*.

Tal assertiva, contudo, não desnatura a racionalidade da decisão judicial, que só será legítima, no processo penal, se fundamentada em elevado grau de probabilidade na representação dos fatos por desdobramento da atividade probatória. Não sendo este o caso, entende-se que não há *certeza*, e a questão fática deve ser resolvida com base em regras que disciplinam a *dúvida*, referentes ao ônus da prova em sua acepção objetiva.

Quanto ao ponto, sustenta Ibañez (2006):

“Quando ao final desse processo de conhecimento o juiz aventura uns fatos como provados, terá formulado, por sua vez, uma hipótese sobre a forma como os mesmos ocorreram. Uma hipótese probabilística, como consequência de que na inferência indutiva a conclusão vai além das premissas, apresenta algo que não está contido, necessariamente, nestas e supõe, nessa medida, um certo salto para frente.” (IBAÑEZ, 2006, p. 97).

Conquanto inatingível, a *verdade absoluta* atua como ideal regulativo, para o legislador, ao fixar as regras concernentes ao sucedâneo de certeza e ao ônus da prova; e para o juiz, na valoração dos meios probatórios e na formação de sua *certeza*. Destarte, a busca pela *verdade objetiva*, isto é, a finalidade institucional de alcançá-la - ainda que isso seja, epistemologicamente, inviável -, é elemento precípua à legitimidade do processo penal, não podendo ser desconsiderado.

2.2. Fenômeno probatório: breves considerações

Diante das ponderações até então realizadas, fica claro que a *prova*, à semelhança da *verdade processual* e da *certeza*, também tem um valor sempre relativo.

Como dispõe Nucci (2020, p. 426), *provar* um fato juridicamente relevante, em sede de investigação preliminar ou de instrução processual, refere-se a induzir o convencimento sobre a credibilidade de uma alegação, levando à sua presunção de veracidade. A meta da parte, nesse sentido, é convencer, fundamentadamente, o magistrado, de que a sua noção da realidade é a correta, ou seja, de que a realidade é perfeitamente identificada com a narrativa constante de sua petição. Atingida a convicção, tem-se o estado de certeza necessário para se proferir uma decisão condenatória ou absolutória, caso contrário haverá dúvida, e a resolução se dará pelas regras de distribuição do *onus probandi*.

Interessante destacar, vem sendo superada, pela doutrina, a concepção tradicional de contraste entre a verdade material, a ser buscada no processo penal, e a verdade formal, entendidamente suficiente ao processo civil. A *verdade*, como discutido, é una e inatingível, não comportando decomposição em graus distintos. É dizer, “(...) *busca-se no curso do processo a reprodução dos fatos ocorridos da forma mais fiel em relação ao que efetivamente ocorreu, respeitadas as limitações naturais e metodológicas impostas a essa busca*” (CECARELLI, p. 22). O que pode variar é o grau de conhecimento da verdade que é exigido, por lei, para fundamentar uma decisão judicial, o chamado *standart probatório*.

Assim sendo, a finalidade da prova é convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso (NUCCI, 2020, p. 432).

Por *prova*, contudo, tem-se um termo sabidamente polissêmico, que, mesmo dentro do Direito, adquire significados diversos. O seu esclarecimento é vital para evitar incongruências terminológicas.

A principal distinção se refere à percepção da prova como *atividade probatória, meio de prova e resultado probatório*.

Por *atividade probatória*, tem-se o conjunto de atos praticados para a verificação de um fato, primordialmente pelas partes e, subsidiariamente, pelo juiz. O *meio de prova* é o instrumento por intermédio do qual os elementos probatórios são inseridos no processo. O *resultado probatório*, por fim, é a formação, ou não, do convencimento do juiz frente aos meios de prova dos autos, quanto à credibilidade de uma determinada hipótese fática.

Os *meios de prova* distinguem-se das *fontes de prova*, dos *elementos de prova* e dos *meios de obtenção de prova*.

Por *fontes de prova*, entende-se tudo aquilo que é idôneo a fornecer ao juiz meios de prova apreciáveis para a formação de seu convencimento; são anteriores ao processo. Os *meios de prova*, por sua vez, são os instrumentos que emanam das fontes de prova, efetivamente aptos a oferecer ao juízo informações úteis à sua decisão; são produzidos no

bojo do processo, em contraditório judicial na presença das partes e do juiz. Os *elementos de prova* são dados brutos extraídos das fontes de prova, ainda não valorados pelo juiz. Os *meios de obtenção de prova*, por fim, são instrumentos de colheita de elementos ou fontes de prova.

Vale dizer, a *atividade probatória* envolve a produção de *meios de prova* a partir do contraditório judicial, sobre *elementos probatórios* contidos nas *fontes de prova* trazidas pelas partes ou obtidas à luz de *meios de obtenção de prova*. A valoração desses meios de prova perfaz o *resultado probatório*, desdobramento do juízo de fato.

Tais distinções são relevantes para a devida compreensão da disciplina da prova veiculada por nosso ordenamento processual, conforme segue.

2.2.1. Direito à prova

A prova é instrumento idôneo a formar o convencimento do juiz quanto à verdade de um fato em litígio. Especificamente no processo penal, sua função primordial, a rigor, é demonstrar a ocorrência ou a inocorrência de atos típicos imputados ao acusado, atribuindo legitimidade a uma eventual decisão condenatória.

Assim sendo, é evidente que, em um Estado Democrático de Direito, deve-se assegurar às partes o direito de influir no convencimento do julgador pela produção de provas que corroborem os fatos sobre os quais se assentam as suas pretensões (LOPES, 2013, p. 96). Do contrário, o juízo seria absolutamente arbitrário.

O direito à prova, nesse ressoar, é corolário do direito de acesso à justiça - art. 5º, XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) -, em suas manifestações enquanto direito de ação e de defesa. De mesmo turno, emerge das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa - art. 5º, LV (*ibid.*), porquanto imprescindível à efetiva possibilidade de influenciar na convicção do julgador.

Nos termos de Antonio Magalhães Gomes Filho, o direito à prova se caracteriza em um “*verdadeiro direito subjetivo à introdução do material probatório no processo, bem como de participação em todas as fases do procedimento respectivo; direito subjetivo que possui a mesma natureza constitucional e o mesmo fundamento dos direitos de ação e de defesa*” (GOMES FILHO, 1997, p. 84)

Tem-se, assim, a íntima vinculação do conceito de prova à observância do contraditório, positivada, expressamente, no atual Código de Processo Penal em seu art. 155: “*O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos*

colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” (BRASIL, 1941).

Com efeito, só podem ser consideradas provas, no sentido jurídico-processual, os dados de conhecimento introduzidos no processo com a participação das partes perante um juiz, em contraditório (GOMES FILHO, 2008, p. 250). A observância do contraditório, pois, é verdadeira condição de existência da prova.

A ideia, aqui, é que, pela contradição de versões fáticas entre as partes, enriquece-se o material probatório à disposição do juiz, aumentando a base cognitiva para o estabelecimento da verdade dos fatos. Nada impede que o juízo de fato se fundamente em elementos informativos colhidos em investigação preliminar, em que não há contraditório. A disposição legal, todavia, é no sentido de que esses dados não podem ser a única fonte de referência do juiz para a formação de seu convencimento. No lugar, é essencial que um elemento de prova produzido em contraditório seja convergente com o dado de conhecimento contido no inquérito, a demonstrar-se a efetiva probabilidade de ocorrência de um fato.

Isso posto, o direito à prova é um direito público. Seus titulares são os sujeitos ativos da ação penal – Ministério Público e ofendido -, o assistente de acusação, o acusado e o investigado. Conquanto o juiz tenha poderes instrutórios garantidos pelo ordenamento - art. 156, I e II, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) -, não pode ser investigador de fontes de provas – ainda que, diante da notícia, nos autos, de sua existência, possa determinar a sua introdução no processo pela produção do meio de prova correspondente (BADARÓ, 2015, p. 382-383).

É direito garantido em múltiplos momentos da persecução penal, devendo permeiar todo o fenômeno probatório (ARANTES FILHO, 2011, p. 30).

O direito à prova, pois, é complexo, exercendo-se nos chamados momentos probatórios, a saber: (i) investigação; (ii) propositura; (iii) admissão; (iv) produção e (v) valoração (LOPES, 2013, p. 97).

O primeiro momento se relaciona ao *direito à investigação*. Isto é, o direito da parte de pesquisar elementos de informação e fontes de prova que sejam úteis à formação de convencimento do julgador. O segundo momento se traduz no *direito à proposição* da prova, caracterizado pela prerrogativa das partes de apresentarem em juízo os dados de conhecimento de que dispõem, pleiteando a produção das provas que consideram necessárias ao exercício de suas pretensões. Tem-se, então, o *direito à admissão*, é dizer, o direito de terem acolhidas as proposições probatórias que sejam lícitas, pertinentes e relevantes.

Proposta e admitida, a parte tem *direito à produção* em juízo da prova, em contraditório, e, em seguida, *direito de tê-la valorada*, de modo a efetivamente influenciar na *opinio delicti*.

2.2.2. Objeto e admissibilidade da prova

A prova tem por objeto os *fatos* que as partes pretendem demonstrar (NUCCI, 2020a, p. 432). No que se refere a esses *fatos*, porém, não são os *fatos* em si mesmos, enquanto trechos inatingíveis da realidade, mas *afirmações sobre fatos* trazidas aos autos.

Conforme aduz Badaró (2019, p. 71):

“*O que se prova são as alegações dos fatos feitas pelas partes como fundamentos da acusação e da defesa. O que pode ser verdadeiro ou falso, verídico ou inverídico, ou ‘probo’, são as alegações sobre o fato, sustentadas por provas*”.

Ou seja, é a enunciação de um fato, e não o próprio fato, que é o objeto da prova.

O direito à prova, todavia, não assegura um suposto direito à admissão de todas as provas. Admitida a percepção da verdade processual enquanto verdade possível, abandona-se o ideário da busca pela verdade absoluta - intrínseco a um processo inquisitório, em que se admite quaisquer meios aptos a encontrá-la. Aceita-se, assim, que a lei estabeleça hipóteses de exclusão probatória, tornando inadmissível a utilização de elementos de prova aptos a servir de fundamento para a reconstrução de fatos (*ibid.*, p. 155).

Dentre as restrições de admissibilidade da prova no processo penal, tem-se os chamados limites lógicos: excluem-se as provas irrelevantes, as impertinentes e as protelatórias.

Pela redação do art. 400, §1º, do Código de Processo Penal, “*As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias*” (BRASIL, 1941).

Ressalvadas as controvérsias doutrinárias, a prova é *pertinente* quando o meio de prova requerido se relaciona com os fatos controvertidos; é *relevante* quando se relaciona com fato secundário, através do qual é possível realizar uma inferência lógica do fato principal. Por fim, é *protelatória* quando se destina unicamente a causar delonga à prestação jurisdicional.

Guilherme de Souza Nucci vai além, sustentando a aplicação, no possível, da sistemática do processo civil, conforme prevista no art. 374 do NCPC (*id.*, 2015): devem ser

provados os fatos pertinentes, relevantes e que não sejam notórios, presumidos nem impossíveis (NUCCI, 2020a, p. 432).

Os fatos *notórios* são os fatos atuais nacionalmente conhecidos. Compreendem os fatos evidentes, consensuais no meio científico; e os intuitivos, oriundos da experiência e da lógica. Os fatos *presumidos*, absolutamente, são aqueles que não comportam prova em contrário; relativamente, aqueles que a lei dispensa a demonstração de prova, conquanto ela seja admitida. Quanto aos fatos *impossíveis*, são os que causam aversão ao espírito da pessoa informada, por óbvia falsidade. Os fatos *irrelevantes* ou *impertinentes*, por fim, não dizem respeito à solução da causa.

Em reiteração, pois, admite-se, na disciplina probatória, certas restrições lógicas à admissibilidade de provas requeridas pelas partes, a denotar que o direito à prova não é absoluto. Fatos impertinentes, irrelevantes, notórios, presumidos ou impossíveis, nesse sentido, devem ser excluídos da instrução processual.

Em esclarecimento, aduz Badaró (2015, p. 401):

“Somente as provas manifestamente irrelevantes não devem ser admitidas. Consequência disso é que os motivos lógicos de exclusão das provas somente justificarão o indeferimento em casos extremos, de evidente ausência de conexão entre o fato a ser demonstrado pelo meio de prova requerido e o thema probandum. (...) Repita-se, a regra é a admissão, a exceção é a não admissão. Ou seja, somente na hipótese em que o juiz estiver convicto da irrelevância do fato, ou de que a prova proposta é impertinente, deverá indeferir a diligência requerida pela parte. No caso de dúvida, a prova deve ser aceita, qualificando sua atendibilidade ou não no momento da sentença”.

2.2.3. Classificações da prova

A disciplina da prova no processo penal brasileiro é notoriamente extensa, de modo que não se pretende esgotá-la no âmbito desta pesquisa. A classificação da prova e os meios de prova em espécie, nesse sentido, serão analisados superficialmente, na medida do relevante à adequada compreensão do tema.

Pois bem. Estabelecida a teoria geral concernente ao direito à prova e seu objeto, cabe tecer algumas considerações sobre as suas exceções.

A primeira classificação relevante, nesse contexto, dá continuidade à matéria de vedações probatórias: as provas *ilegais*, *ilícitas* e *ilegítimas*.

Ainda que controverso, pode-se entender que a ilicitude e a ilegitimidade de uma prova decorrem da ilegalidade operada em sua obtenção ou produção (ARANTES FILHO, 2011, p. 42). É dizer, *provas ilegais* são provas que se perfazem com a violação de normas ou

princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Do gênero *provas ilegais*, tem-se as espécies *provas ilegítimas* e *provas ilícitas*. As *provas ilegítimas* são produzidas com a violação de normas processuais; as *provas ilícitas*, com a violação de normas de direito material ou de garantias constitucionais (BADARÓ, 2015, p. 401).

Normalmente, a ilegalidade da prova ilícita se dá quando de sua obtenção, isto é, quando da execução de um meio de obtenção de prova, violando direitos materiais ou disposições constitucionais. A ilegalidade da prova ilegítima, por sua vez, se dá no curso do processo, lesando-se alguma prescrição processual quando de sua produção.

A classificação das provas ilegais é relevante, com efeito, para delimitar a sanção processual a elas aplicável. Vale dizer, tanto a prova ilícita quanto a prova ilegítima não poderão ser valoradas pelo juiz, excluindo-se da última etapa do fenômeno probatório. Todavia, a *prova ilícita* é considerada *inadmissível*, coibindo-se o seu ingresso no processo; a *prova ilegítima*, por sua vez, é considerada *nula*, invalidando-se a sua produção em uma sanção *ex post factum* (*ibid.*, p. 404).

Por conseguinte, enquanto a prova ilícita não pode ser renovada, sendo inadmissível no processo e, uma vez constante nos autos, desentranhada; a ilegítima será renovada ou retificada, nos termos do art. 573 do CPP (BRASIL, 1941).

A divisão doutrinária é essencial como norte interpretativo à redação confusa do art. 157 do CPP, conforme o qual “*São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*” (*ibid.*). Tal vedação foi erigida à condição de garantia constitucional, estabelecendo o art. 5º, LVI, da Carta Magna que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”. Eventuais provas ilícitas por derivação também não são admissíveis, vide art. 157, §1º (*ibid.*).

Adiante, tem-se classificação das provas em *típicas* e *atípicas*; *nominadas* e *inominadas*; *irrituais* e *anômalas*, que orbita o conceito de tipicidade probatória.

Em apartada síntese, a prova é *nominada* se o meio de prova respectivo estiver previsto em lei - ao menos uma referência quanto à sua denominação. As provas nominadas serão *típicas* se a disciplina legal delimitar os seus critérios de admissibilidade e o seu procedimento probatório. Ou seja, a mera indicação em lei de um meio probatório não é suficiente para que ele seja considerado típico; deve haver uma disciplina exauriente, que defina em quais situações ele pode ser admitido, e por qual método ele pode ser produzido, para que venha a ser valorado.

Em outros termos, a tipicidade probatória de um determinado meio de prova é integrada pela admissibilidade e pelo rito probatório. A referida admissibilidade engloba a nomeação do meio e os seus requisitos, os quais, somados ao procedimento probatório, devem conformar a disciplina legal do meio de prova, da qual se extrai o tipo probatório (ARANTES FILHO, 2011, p. 47).

Conforme se conclui, a prova típica é prevista em lei, com o respectivo procedimento probatório; a atípica, nominada ou não em lei, mas sem previsão sobre seu procedimento. A prova nominada pode ser típica ou atípica, bastando que esteja prevista em lei; a inominada, por sua vez, não tem previsão legal.

As provas atípicas e inominadas, atendidos os requisitos legais e o contraditório, são admitidas no processo penal por aplicação analógica do art. 369 do NCPC, conforme o qual: “*As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz*” (BRASIL, 2015).

No que toca à distinção entre as *provas irrituais* e *anômalas*, refere-se à inobservância de um procedimento legal estabelecido para um determinado meio de prova.

É dizer, as *provas anômalas* são provas típicas produzidas em desrespeito ao procedimento probatório estatuído em lei, mas em conformidade com o procedimento de outro meio típico. As *provas irrituais*, por sua vez, são provas típicas produzidas em desrespeito ao rito probatório legal, mas sem que se observe a procedimento de meio diverso.

Em ambos os casos, pois, tem-se o desrespeito ao procedimento probatório legalmente prescrito ao meio típico. A previsão de um rito específico, porém, relaciona-se à sua credibilidade, por delimitar critérios que assegurem a sua incolumidade e a sua efetiva capacidade de demonstrar o fato em litígio. A inobservância do meio, nesse sentido, desvirtua a finalidade da prova, tornando-a inadmissível.

A *prova emprestada* é aquela que, regularmente produzida em uma instância processual, é transladada como prova documental a outro processo. Ostenta o mesmo valor probatório que detinha na origem, mas a sua admissibilidade requer o atendimento a diversos pressupostos, como a observância ao contraditório. O instituto não é pacífico, mas o tema foge à finalidade desta pesquisa.

Cabe, por fim, discorrer brevemente sobre as provas *cautelares*, *antecipadas* e *irrepetíveis*, exceções legais em que se admite a valoração de elementos informativos colhidos no inquérito policial, sem contraditório. Verte a ressalva do já citado art. 155 do CPP (*id. 1941*).

Partindo-se da doutrina de Badaró (2015, p. 420-422), a *prova irrepetível* não é produzida nem submetida a contraditório; a *prova cautelar* não é produzida mediante contraditório, mas a ele é submetida quando de sua admissão no processo; a *prova antecipada* é produzida com contraditório antecipado, na fase de inquérito policial.

Explica-se. A *prova irrepetível* é caracterizada por uma situação em que, por fatores externos à fonte de prova, é impossível que o meio de prova seja produzido em contraditório. Exige-se que essa impossibilidade decorra de fatores imprevisíveis, a citar o exemplo clássico em que, colhido o depoimento de uma testemunha em sede de inquérito, ela venha a falecer em um acidente antes da instrução.

Na *prova cautelar* há contraditório diferido, caracterizado pela urgência de se realizar, de pronto, a obtenção ou o exame do elemento probatório, não se podendo adiá-lo até a superveniência da instrução processual. Na *prova antecipada*, por sua vez, a urgência em sua realização decorre do risco conhecido e previsível de perecimento da fonte de prova, ou mesmo da grande dificuldade em produzi-lo no momento procedural adequado. O contraditório, aqui, é antecipado à ocasião do inquérito.

Assim sendo, não obstante, em regra, só sejam valorados os meios probatórios produzidos no bojo do contraditório judicial, as provas *irrepetíveis*, as *cautelares* e as *antecipadas* são admissíveis ainda que, respectivamente, não haja contraditório, ele seja diferido ou antecipado.

2.2.4. Meios de prova

Os meios de prova são os instrumentos por meio dos quais se leva ao processo elementos de prova aptos a formar a convicção do juiz quanto à verdade de um fato litigioso (*ibid.*, p. 384). Em definição alternativa, são todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo (NUCCI, 2020a, p. 427).

Com efeito, atentando-se às ressalvas epistemológicas atinentes à concepção da verdade processual, os meios de prova influem no convencimento do magistrado quanto ao conhecimento certo ou provável de um fato relevante à acusação ou à defesa. Somente com base nos meios de prova é que o magistrado pode fundamentar uma eventual decisão absolutória ou condenatória quanto ao juízo de fato - salvo nos casos em que, não havendo certeza, se decidirá pela dúvida.

O Código de Processo Penal vigente (BRASIL, 1941) disciplina os seguintes meios de prova: exame de corpo delito e perícias em geral (capítulo II, arts. 158 a 184); interrogatório

do acusado (capítulo III, arts. 185 a 196); confissão (capítulo IV, arts. 197 a 200); depoimento do ofendido (capítulo V, art. 201); prova testemunhal (capítulo VI, arts. 202 a 225); reconhecimento de pessoas e coisas (capítulo VII, arts. 226 a 228); acareação (capítulo VIII, arts. 229 e 230); prova documental (capítulo IX, arts. 231 a 238); indícios (capítulo X, art. 239); e busca e apreensão (capítulo XI, arts. 240 a 250).

Essa classificação é controversa em diversos aspectos. Em exemplo, o interrogatório do acusado não é, propriamente, um meio de prova, mas um meio de defesa. O indício também não o é, ainda que instrumental à inferência indutivo-dedutiva do juiz ao conhecimento de outro fato.

De todo o modo, o elenco de provas típicas do CPP não é taxativo. Há consenso de que, à semelhança do processo civil, não vigora no campo penal um sistema rígido de taxatividade dos meios de prova, de modo que o art. 369 do NCPC (*id.*, 2015) seria aplicável por analogia. Assim sendo, vigora a prescrição de que, também no processo penal, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, podem ser utilizados para provar a verdade dos fatos e influir eficazmente na convicção do julgador.

Equivale dizer: todas as provas, desde que não contrariem o ordenamento jurídico, podem ser produzidas no processo penal (NUCCI, 2020a, p. 428). Como dispõe Nucci, para além dos meios de prova ilegais, ilícitos ou ilegítimos, por violação expressa à disposição de lei, material ou processual, ou à garantia constitucional, estariam vedados, também, aqueles “*imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito*”.

Isso posto, foge ao escopo da presente pesquisa a análise exauriente de todos os meios de prova típicos e atípicos admitidos em nosso processo penal.

Como adiante será analisado, os crimes sexuais se caracterizam por uma peculiaridade processual, a saber, a escassez de meios de prova idôneos a, casuisticamente, demonstrar a materialidade e a autoria do delito. Comumente praticados em lugares ermos ou privativos, esses crimes raras vezes são constatados por testemunhas diretas, ou dão azo a exames periciais conclusivos. Ou seja, a dificuldade probatória dos crimes sexuais, *in casu* o estupro, e a maneira pela qual ela é manejada por nossas instâncias jurisdicionais, é justamente o que motivou o presente estudo.

Como tal, pouco frutífero seria expor minuciosamente as condições e os procedimentos probatórios inerentes a meios de prova que, como aludido, são pouco eficazes à demonstração do tipo. Nesse contexto, proceder-se-á a uma descrição sucinta acerca dos principais meios probatórios buscados nos processos judiciais de estupro, não exaustiva. A

sua limitada eficácia na instrução dos processos penais correlatos e o fenômeno que daí se manifesta serão mais profundamente analisados nos próximos tópicos da pesquisa.

Pois bem. A *prova pericial* objetiva trazer ao processo informações fundadas em conhecimentos científicos, técnicos ou artísticos especializados. Para Antonio Magalhães Gomes Filho (2008, p. 274), “é o instrumento para ingresso de elementos de prova apoiados em um saber especializado que o juiz e demais operadores do direito, como homens comuns, normalmente não possuem”.

No processo penal, a perícia mais importante é o exame de corpo delito.

Por corpo delito, entende-se o conjunto dos elementos materiais deixados pelo crime (BADARÓ, 2015, p. 435). Tem-se o *corpus criminis*, a pessoa ou coisa sobre a qual o crime é praticado; o *corpus instrumentorum*, os objetos ou instrumentos utilizados pelo criminoso; e o *corpus probatorium*, referente a todas as circunstâncias hábeis à reconstrução histórica do delito investigado. Em sentido amplo, pois, “é a prova da existência do crime” (NUCCI, 2020a, p. 441), isto é, de sua materialidade.

Nesse sentido, o exame de corpo delito é “um meio de prova pericial, destinado à apuração dos elementos físicos, materiais, da prática criminosa, mediante a sua constatação direta e imediata” (BADARÓ, 2019, p. 436). Em outra definição, é a “verificação da prova da existência do crime, feita por peritos, diretamente, ou por intermédio de outras evidências, quando os vestígios, ainda que materiais, desapareceram” (NUCCI, 2020a, p. 441).

Existem os crimes que deixam vestígios, *delicta facti permanentis*, e os que não os deixam, *delicta facti transeuntis*. Esses vestígios podem ser materiais ou imateriais. Materiais são aqueles que os sentidos acusam; imateriais são os que se perdem assim que a conduta termina, não sendo mais captáveis pelos sentidos humanos (*ibid.*, p. 441).

No que concerne aos vestígios materiais, o art. 158 do CPP determina que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado” (BRASIL, 1941). Trata-se, realmente, de hipótese de prova tarifada, imposição de lei em exceção à liberdade probatória reconhecida ao processo penal pátrio. Sua inobservância acarreta nulidade absoluta, vide art. 564, III, alínea “b”, do CPP (*ibid.*).

Para Badaró, trata-se de limite epistemológico à busca da verdade, fundado na premissa de que, sendo possível a produção de prova com melhor idoneidade e potencial cognitivo, não se poderia aceitar uma prova menos qualificada (BADARÓ, 2019, p. 436).

Se os vestígios desaparecerem, contudo, pela ação do tempo ou pela ação humana, o exame de corpo delito direto fica inviável. Nessa hipótese, pela redação expressa dos arts. 158

e 167 do CPP (BRASIL, 1941), seria o caso de, em um primeiro momento, realizar-se o exame indireto, também por um perito mas sobre elementos alheios ao corpo de delito, como fotografias ou imagens. Apenas na impossibilidade de se realizar tanto o exame direto quanto o indireto, pois, que se admitiria a sua substituição por prova testemunhal.

Ainda que haja divergência doutrinária, porém, tem prevalecido a compreensão de que, desaparecidos os vestígios, a comprovação da materialidade delitiva por ser feita diretamente por prova testemunhal, dispensando-se a obrigatoriedade do exame de corpo delito indireto (BADARÓ, 2019, p. 438-439).

Com efeito, é bem verdade que o exame de corpo delito, bem como as perícias em geral, têm elevado potencial probatório, dificilmente sendo afastado por outro meio de prova que sinalize informações colidentes. Todavia, compartilha-se da preocupação de Antonio Magalhães Gomes Filho, no que toca ao risco de o juiz e as partes se tornarem “*destinatários passivos de informações incompreensíveis, cuja idoneidade para a reconstrução dos fatos nem sempre pode ser concretamente verificada*” (GOMES FILHO, 2008, p. 274).

Exemplo disso, realmente, é o então debatido fenômeno probatório concernente ao crime de estupro, uma vez que o exame de corpo delito, nesses casos, por vezes é considerado obrigatório, mas raramente se logra conclusivo. Isso será melhor debatido no segundo tópico, mas, de um modo geral, a elevada crença no potencial elucidativo da prova pericial pode acabar induzindo o julgador a interpretar um resultado não conclusivo como um resultado negativo, como se a ausência de vestígios implicasse que eles nunca existiram.

Deve-se, realmente, encontrar um equilíbrio entre o saber especializado do perito e a argumentação coerente e compreensível da decisão judicial (*ibid.*, p. 274). É dizer, o laudo não pode ser seguido de pronto, mas condicionado ao raciocínio crítico do juiz e ao contraditório das partes, perante a valoração sistemática junto aos demais elementos de prova dos autos.

Adiante, tem-se o *interrogatório do acusado*.

Em alusão à divergência doutrinária quanto à sua natureza jurídica, Badaró (2015, p. 442) afirma que, diante do direito constitucional ao silêncio, previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o interrogatório deve ser considerado um ato de defesa, no lugar de um meio de prova.

É bem verdade que, ao exercer sua autodefesa, o acusado pode fornecer algum elemento de convicção que pode ser considerado pelo juiz na formação de seu convencimento; pode, também, proceder à confissão. Todavia, o silêncio de modo algum

pode ser interpretado em seu prejuízo, o que reforça a sua natureza enquanto meio de autodefesa.

Quanto ao ponto, esclarece Guilherme de Souza Nucci:

“Denomina-se interrogatório judicial o ato processual que confere oportunidade ao acusado de se dirigir diretamente ao juiz, apresentando a sua versão defensiva aos fatos que lhe foram imputados pela acusação, podendo inclusive indicar meios de prova, bem como confessar, se entender cabível, ou mesmo permanecer em silêncio, fornecendo dados apenas de qualificação. O interrogatório policial, por seu turno, é o que se realiza durante o inquérito, quando a autoridade policial ouve o indiciado, acerca da imputação indicária” (NUCCI, 2020a, p. 464).

Nesse sentido, é imprescindível que o réu tenha a oportunidade de ser ouvido em interrogatório, apresentando a sua versão sobre a acusação. É por essa razão que Nucci (*ibid.*, p. 465) sustenta ser um ato facultativo, autorizando a condução coercitiva do acusado, vide art. 260 do CPP (BRASIL, 1941), tão somente, quando o interrogatório se cingir a sanar dúvida quanto à identidade do réu.

A *confissão*, já citada, é um meio de prova. Consiste, conforme definição de Nucci (NUCCI, 2020a, p. 482), em:

“Admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso.”

Outrora considerada a prova por excelência, atualmente não tem valor probatório maior ou menor que qualquer outro meio de prova (BADARÓ, 2015, p. 449). No lugar, deve ser valorada casuisticamente pelo juiz, confrontando-se com os demais meios probatórios.

Como dispõe o art. 197 do CPP (BRASIL, 1941), “*o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância*”. Eventual calúnia do acusado quanto à confissão pode consubstanciar o crime de autoacusação falsa, tipificado no art. 341 do CP (*id.*, 1940b).

Além de confessar a autoria do delito, o acusado pode atribuir a terceiro a participação no crime como seu comparsa. Trata-se da chamada *delação*, ou *chamamento do corréu*, considerada meio de prova perante o terceiro tão somente se submetida ao contraditório e corroborada por outros elementos de prova contidos nos autos (BADARÓ, 2015, p. 451).

Na sequência da disciplina dos meios de prova pelo vigente CPP (BRASIL, 1941), tem-se o mais relevante à presente pesquisa: as *declarações do ofendido*.

O ofendido é o sujeito passivo do crime. É a vítima, a pessoa que teve diretamente o seu interesse ou bem jurídico violado pela prática da infração penal.

Há consenso de que o ofendido não pode ser considerado testemunha. Com efeito, não tem o dever de falar a verdade, não presta compromisso e não comete crime de falso testemunho (BADARÓ, 2015, p. 461). Ainda que não seja parte no processo penal, é inegável que tenha interesse no resultado do processo, senão interesse jurídico na condenação – habilitando-se a pleitear reparação na esfera cível (NUCCI, 2020a, p. 496) -, ao menos por um senso geral de justiça e satisfação. Essa distinção é inclusive terminológica: enquanto o ofendido presta *declaração* (art. 201, CPP), a testemunha presta *depoimento* (art. 202, CPP).

Conquanto não seja testemunha, a vítima, sempre que possível, será qualificada e ouvida em juízo, que lhe perguntará sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor e as provas que possa indicar (art. 201, *caput*, CPP). Mesmo que, no limite, se entenda que possa ser parcial, é evidente que, por conhecer de perto as circunstâncias da infração, suas declarações são úteis à reconstrução histórica dos fatos da acusação, influindo na formação de convencimento do juiz.

Basilar à busca da verdade processual, a oitiva do ofendido seria obrigatória (NUCCI, 2020a, p. 496), devendo o magistrado determinar, de ofício, a sua inquirição, ainda que na inércia da defesa e do Ministério Público: ocorrerá “sempre que possível” (art. 201, CPP). Em outros termos, a oitiva do ofendido é dever do juiz (BADARÓ, 2015, p. 461), sob pena de se enfraquecer a racionalidade do *decisum*.

Se a inquirição do ofendido é ponto pacífico, a valoração de suas declarações não o é. Ponto extremamente controverso e sensível na temática da avaliação probatória, não há consenso quanto à oitiva da vítima constituir, ou não, meio de prova, bem como o valor que deveria assumir.

É comum na doutrina a preocupação de que a vítima do crime, ao prestar as suas declarações, poderia ser levada “*pela paixão, pelo ódio, pelo ressentimento ou pela emoção*” e narrar os fatos como lhe pareçam convenientes, e não como eles efetivamente ocorreram (*ibid.*, p. 463). Diretamente envolvida no crime, tendo algum bem ou interesse jurídico violado, poderia estar coberta de perturbações psíquicas que, pela ira, pelo medo, pelo desejo de vingança, dentre outros, a levariam a uma narrativa errônea ou deturpada. Isto é, a preocupação de que, por aspectos ligados ao sofrimento pelo qual passou a vítima quando do delito, poderia haver “*distorções naturais em suas declarações*” (NUCCI, 2020a, p. 497).

A temática, contudo, é complexa. A efetiva tendência a declarações maliciosas não é amparada pela prática forense, que, conforme aduz Nucci (*ibid.*, p. 497), nos revela “*haver*

vítimas muito mais desprendidas e imparciais do que as próprias testemunhas, de forma que suas declarações podem se tornar fontes valorosas de prova". Tampouco é suportada, ao menos tão incontrovertivamente quanto, em uma primeira análise, nos possa parecer, pela própria psicologia - que atesta, no lugar, que mulheres violentadas ou agredidas por entes queridos tendem a amenizar ou desculpar seus atos.

Assim sendo, frente à divergência doutrinária conclui-se que deve prevalecer o entendimento de que as declarações do ofendido são, realmente, meios idôneos de prova, no lugar de meros esclarecimentos ao juiz.

É bem verdade que a prova é precária, porquanto sujeita a distorções inclusive inconscientes e involuntárias da vítima. Compartilha-se, portanto, do entendimento de Nucci (*ibid.*, p. 497), conforme o qual “*a palavra isolada da vítima, sem testemunhas a confirmá-la, pode dar margem à condenação do réu, desde que resistente e firme, harmônica com as demais circunstâncias colhidas ao longo da instrução*”.

Trata-se de meio probatório a ser manejado com cautela, casuisticamente valorado frente aos demais elementos de prova colhidos ao longo da instrução. Por sua sensibilidade, aduz Badaró, em hermenêutica diversa: “*(...) a palavra do ofendido, quando isolada, e sem estar corroborada por outros elementos de prova, ainda que circunstanciais, não pode ser considerada fundamento suficiente para a condenação*” (BADARÓ, 2015, p. 463).

O tema é, realmente, controverso. Não obstante a disciplina geral, a presente pesquisa versa sobre a valoração probatória das declarações das vítimas de estupro, que consubstancia fenômeno processual ímpar. Como é cediço, a já aludida dificuldade de prova no processamento de crimes sexuais instaura uma situação em que, gradativamente, tem-se reconhecido um maior valor probatório à palavra do ofendido, que aperfeiçoa importante elemento de convicção do julgador.

Geralmente clandestinos, esses crimes raras vezes podem ser reconstruídos por meios de prova materiais ou testemunhais, de sorte que a declaração da vítima, salvo exceções, acaba por configurar o único elemento idôneo à sua comprovação. Daí a nítida tendência doutrinária e jurisprudencial em reconhecer-lhe, nesses casos, um especial valor de prova, com vistas a se evitar a generalização da impunidade. A matéria será melhor analisada no terceiro tópico da tese, cabendo aqui, tão somente, a ressalva.

Seguindo adiante, a *prova testemunhal* é produzida pela oitiva de terceiro desinteressado no feito, que “*depõe perante um juiz sobre fatos pretéritos relevantes para o processo e que tenham sido percebidos pelos seus sentidos*” (*ibid.*, p. 464).

É meio de prova conforme o qual se colhe o depoimento de pessoa que “*declara ter tomado conhecimento de algo, podendo, pois, confirmar a veracidade do ocorrido, agindo sob o compromisso de ser imparcial e dizer a verdade*” (NUCCI, 2020a, p. 502). A falta com a verdade, prestado o compromisso, configura o crime de falso testemunho, tipificado no art. 342 do Código Penal (BRASIL, 1940b).

Conforme Antonio Magalhães Gomes Filho, a prova testemunhal é a mais antiga e relevante forma de se obterem elementos de convicção para o juízo sobre fatos objeto do processo penal (2008, p. 283). Produzida, necessariamente, em contraditório, “*a idoneidade das informações trazidas pela testemunha geralmente pode ser verificada de imediato, pela simples observação do comportamento do depoente, de sua segurança ao narrar os fatos ou, ao contrário, de suas hesitações e contradições*” (*ibid.*, p. 283).

Como exposto, quanto mais hábil a demonstrar a materialidade e a autoria dos crimes sexuais, a prova testemunhal raras vezes é direta e conclusiva nesses processos, haja vista que, de um modo geral, são crimes praticados na ausência de terceiros, em lugares ermos ou privativos.

Quanto ao *reconhecimento de pessoas e coisas*, é meio de prova através do qual uma pessoa afirma como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa. Pode ser realizada tanto pela vítima quanto por uma testemunha.

Ainda que útil à instrução de crimes sexuais, como afirma Nucci (2020a, p. 538): “*O juiz jamais deve condenar uma pessoa única e tão somente com base no reconhecimento feito pela vítima, por exemplo, salvo se essa identificação vier acompanhada de um depoimento seguro e convincente, prestado pelo próprio ofendido, não demovido por outras evidências*”.

Quando feito por terceiros, deve ser manejado com cautela em razão de seu subjetivismo intrínseco. Além da possibilidade de deturpação da memória, a proporcionar identificações casuísticas e falsas, há o risco de a pessoa ser induzida a fazê-lo, de modo que imprescindível a devida observância ao procedimento legal (arts. 226 a 228 do CPP).

Sobre a *acareação*, consiste em colocar duas ou mais pessoas em presença umas das outras, para que esclareçam pontos controvertidos de seus depoimentos, sobre fatos ou circunstâncias relevantes para a solução da causa (BADARÓ, 2015, p. 474).

Ainda que se admita a acareação entre testemunhas, acusados e ofendidos, “*normalmente, (...) não dá o resultado esperado. Se o acareado estava de má-fé, tendo mentido deliberadamente, dificilmente modificará sua narrativa*” (*ibid.*, p. 476).

Especificamente quanto à acareação entre a vítima e o acusado, é “*hipótese de remoto sucesso, pois são partes antagônicas no processo e com relação ao fato delituoso, ambos*

prestando esclarecimentos sem o compromisso de dizer a verdade” (NUCCI, 2020a, p. 541).

Todavia, pode servir de elemento para que o juiz possa valorar, em etapa subsequente, as declarações do ofendido e o interrogatório do acusado, conquanto tenha, em si mesmo, um valor probatório limitado.

A *prova documental* constrói-se a partir de documentos, em geral, pré-constituídos, a saber, qualquer suporte material que represente um fato juridicamente relevante. “*É todo e qualquer objeto que serve para demonstrar a verdade de um fato, como escritos, fotografias, pinturas, filmes*” (BADARÓ, 2015, p. 481).

Os *indícios*, como aludido, não são, propriamente, meios de prova, mas resultados probatórios de meio diverso. São fatos provados que permitem, mediante inferência indutivo-dedutiva, concluir pela ocorrência de outro fato. A *busca e apreensão*, por fim, também não é um meio de prova, mas um meio de obtenção de prova.

Todos os meios de prova, típicos e atípicos, têm o potencial de levar ao processo elementos de prova aptos a formar a convicção do juiz quanto à verdade de um fato litigioso. Conforme a natureza do delito, porém, alguns meios adquirem maior relevância do que outros - como é o caso dos delitos sexuais, em que há uma escassez de meios idôneos.

Buscou-se nesse tópico tecer um panorama geral das espécies previstas no vigente Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), com particular destaque para a declaração do ofendido, que prepondera nos processos judiciais de estupro. A baixa eficácia dos demais meios probatórios será analisada em momento oportuno.

2.3. Valoração probatória: o livre convencimento motivado

Como exposto, adota-se para essa pesquisa o conceito epistemológico de verdade como correspondência, admitindo-se ser inatingível, embora almejado, o conhecimento absoluto da identidade entre o enunciado fático e o fato em si.

A verdade processual, nesse sentido, é relativa, de modo que é impossível fornecer ao juízo um conhecimento que corresponda integralmente à realidade dos eventos narrados. Mas, como aduz Badaró (*id.*, 2019, p. 123), ela não é subjetiva, no sentido de ser fruto do mero convencimento pessoal do julgador ou mesmo de sua persuasão independentemente de dados objetivos. No lugar, o parâmetro de correspondência do conhecimento é a realidade dos fatos empiricamente constatável.

É dizer, embora se reconheça a falibilidade do acertamento judiciário quanto aos fatos – observada a inviabilidade de sua absoluta reconstrução histórica -, isso não implica que a

valoração dos meios probatórios erigidos no processo seja arbitrária e irracional. A inferência probatória, por certo, é impreterivelmente probabilística, de modo que sempre poderá incorrer em erro. Todavia, é possível, com base em uma probabilidade lógica, considerar racionalmente que um enunciado fático é preferível a outro com ele incompatível ou mesmo apenas divergente, diante da maior corroboração do primeiro (*ibid.*, p. 124).

Assim sendo, a valoração probatória consiste na verificação, pelo juiz, de qual hipótese fática trazida pelas partes é melhor corroborada pelas provas dos autos, bem como se resiste a hipóteses contrárias suportadas por elementos probatórios mais fracos. Cabe à epistemologia conceber o melhor método para se considerar um conhecimento fundado em provas como verdadeiro, de modo que, em outros termos, a valoração probatória não é arbitrária, mas obedece a regras epistêmicas.

Feita a valoração, a efetiva decisão jurisdicional se subsome a regras legislativas concernentes ao *standard* de prova; isto é, a normas jurídicas – e não epistêmicas – que delimitam o nível de suporte probatório que uma hipótese fática deve ter para poder ser considerada processualmente provada. É dizer, para se considerar aperfeiçoado o convencimento do juízo, fundamentando sua decisão.

Em suma: ainda que o magistrado entenda pela maior probabilidade de um determinado enunciado fático ser verdadeiro, frente às provas dos autos e aos demais enunciados fáticos a ele contrários (contexto de valoração), o seu nível de convencimento pode não ser suficiente para amparar uma condenação ou uma absolvição, o que será definido pelo legislador (contexto de decisão). Atingido o *standard* probatório, entende-se configurada a *certeza* e, a partir dela, proferir-se-á a decisão, positiva ou negativa. Não atingido esse *standard*, tem-se a *dúvida*, e o provimento jurisdicional amparar-se-á nas regras atinentes à distribuição do *onus probandi*.

Pois bem. O contexto da decisão será melhor analisado no tópico subsequente, de modo que, em um primeiro momento, cabe discorrer sobre o fenômeno da valoração.

Historicamente, merecem destaque três sistemas distintos de valoração da prova: o da prova legal, o da íntima convicção e o do livre convencimento.

O *sistema da prova legal* foi aplicado do século XIII ao XVIII. Passando por uma fase rudimentar, em que se atribuía o juízo de fato a resultados de duelos e manifestações divinas, o sistema de prova legal evoluiu para o chamado *sistema de prova tasada ou tarifada*. Por ele, a lei determinava, de antemão, uma rígida hierarquia entre os meios de prova viáveis, preestabelecendo quais deles teriam o condão de comprovar quais fatos, bem como aqueles que deveriam prevalecer em casos de confronto.

A definição prévia e abstrata do valor probatório, como aduz Ibañez (2006, p. 88-89), remetia a uma noção processual de verdade formal, por vez que o convencimento judicial se desvinculava da cognição específica do magistrado sobre o caso concreto, sendo previamente determinado em lei. Havia, pois, uma desconfiança quanto ao arbítrio do juiz, preferindo-se delimitar, abstratamente, quais meios probatórios seriam necessários para se considerar determinado fato verdadeiro, do que delegar tal atividade à pessoa do magistrado.

Quanto ao *sistema da íntima convicção*, ligado ao júri, surgiu em substituição à prova legal no final do século XVIII, abandonando-se a vinculação do juízo de fato a uma prévia hierarquia de provas estabelecida pelo legislador.

Também chamado de julgamento *secundum conscientiam*, autorizava que o julgador decidisse conforme o seu convencimento pessoal, sem a necessidade de motivá-lo ou justificá-lo sequer com base em provas constantes dos autos. Vale dizer, “*tingido de subjetivismo*” (*ibid.*, p. 91), o juízo, aqui, poderia decidir à luz dos ditames de sua consciência, baseando-se até mesmo em elementos extraprocessuais, como seus conhecimentos e impressões pessoais, suas paixões, preferências e ideologias. Contraponto à aritmética probatória intrínseca ao sistema da prova legal, a íntima convicção se relacionava à percepção de uma verdade absoluta, delegando-se ao julgador amplos poderes para convencer-se sobre o acertamento dos fatos da causa.

O *sistema de livre convencimento*, por fim, é adotado pelo Código de Processo Penal vigente, que dispõe, em seu art. 155 (BRASIL, 1941), que “*O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial (...)*”.

Também chamado de *sistema da persuasão racional* ou do *livre convencimento motivado*, confere liberdade ao juiz para formar, casuisticamente, seu convencimento quanto aos fatos, desde que o fundamente com base nas provas existentes nos autos. Trata-se, realmente, de uma “*liberdade de seleção e de valoração dos elementos probatórios obtidos que reclama controles sobre a introdução das provas no processo e sobre a utilização pelo juiz na formação do convencimento*” (GOMES FILHO, 2008, p. 249).

Com efeito, reconhece-se ao magistrado a prerrogativa de um convencimento livre das regras legais da prova tarifada, mas adstrita a regras e critérios racionais de determinação da verdade dos fatos. Como aduz Badaró (2019, p. 210), uma decisão racionalmente orientada permite que a escolha da hipótese fática tida como verdadeira, por encontrar maior suporte nas provas dos autos, possa ser intersubjetivamente controlável.

Em suma, o sistema da persuasão racional abandona as amarras legais da definição apriorística e abstrata do valor da prova, sem, contudo, perpetuar os abusos intrínsecos ao

sistema da íntima convicção, que legitimava a formação irracional, incontrolável e arbitrária de convencimento. No lugar, contempla um livre convencimento baseado na racional e motivada valoração das provas legitimamente produzidas, para verificar se a hipótese fática deve ou não ser considerada verdadeira. Há um controle racional a ser exercitado sobre a atividade do magistrado, delimitado no âmbito da epistemologia.

Nos termos de Antonio Magalhães Gomes Filho, comparando o sistema de íntima convicção com o do livre convencimento motivado (2008, p. 248-249):

“No primeiro caso, é possível identificar uma ideologia autoritária do julgamento que, sob o rótulo da certeza moral, desvaloriza os aspectos lógicos e gnosiológicos das operações realizadas pelo juiz para chegar ao conhecimento dos fatos, desprezando em consequência as garantias da racionalidade e controlabilidade das escolhas por ele empreendidas no exercício da função de julgar.

Na segunda acepção, ao contrário, a liberdade na apreciação das provas não se confunde com uma autorização para que o juiz adote decisões arbitrárias, mas apenas lhe confere a possibilidade de estabelecer a verdade judicial com base em dados e critérios objetivos e de uma forma que seja controlável.”

Estabelecida a racionalidade do sistema vigente de valoração da prova, cabe discorrer sobre o método que o legitima.

Nesse diapasão, elucida Badaró (2019, p. 200-204), com maestria, que o procedimento de valoração da prova pode ser dividido em três etapas que se sucedem em relação de prejudicialidade: *confirmação, falsificação e definição comparativa*.

Todas as hipóteses fáticas trazidas em juízo, para seguirem à próxima etapa, devem ser *confirmadas* por dados probatórios produzidos nos autos. Devidamente corroboradas, submetem-se à *falsificação*, contrastando com outros elementos probatórios que, eventualmente, ilidam a sua credibilidade, dando suporte a hipóteses contrárias ou com ela incompatíveis. Nesse caso, as hipóteses colidentes – em geral, a tese acusatória e a tese de defesa –, ambas amparadas por provas idôneas, passam por uma *definição comparativa*, auferindo-se, dentre elas, qual é mais provável, dotada de uma probabilidade lógica prevalecente.

Trata-se, realmente, de um método racional de valoração da prova, adstrito a regras epistêmicas. Diante de hipóteses fáticas divergentes, o juiz deve analisar todas as provas produzidas nos autos, verificando quais delas dão suporte aos fatos alegados, bem como quais os contrariam. Eventual juízo de fato que deixe de ponderar algum elemento probatório lícito, adotando uma hipótese que, muito embora confirmada, não tenha sido submetida à falsificação ou à definição comparativa com outra hipótese contrastada, comete vício epistemológico, comprometendo a sua legitimidade.

É que, pela valoração probatória, possibilita-se que o juiz, partindo de critérios racionais, decida qual das hipóteses fáticas a ele apresentadas é a mais crível, isto é, qual é melhor corroborada pelos elementos probatórios dos autos. Seguir o método adequado, nesse sentido, é imprescindível para legitimar o juízo de fato, aperfeiçoando uma efetiva reconstrução histórica das hipóteses enunciadas.

“Se o juiz ignorar um segmento de prova, porque ele vai contra uma hipótese já previamente escolhida como preferível, isso implicará uma grave quebra da imparcialidade, indicando que o resultado do processo não foi fruto de uma atividade de verificação desinteressada da prova, mas de um preconceito cognitivo, em que se buscava apenas confirmar uma hipótese já eleita.” (ibid., p. 201-202).

Em sentido consonante, Ibañez (2006, p. 95-97) aduz que o juízo de fato sobre a hipótese acusatória deve dar-se por uma inferência judicial que permita o efetivo controle sobre a sua racionalidade. Busca-se, com isso, evitar que, sob a aparência de enunciados descritivos, a valoração probatória seja, substancialmente, um juízo de valor.

Destarte, para que a hipótese fática seja considerada válida, deve ser confirmada por múltiplos elementos probatórios dos autos. Ademais, deve resistir às contraprovas erigidas pela defesa, bem como desvirtuar todas as hipóteses alternativas. A hipótese que se entender melhor corroborada, nesse sentido, é probabilística, enquanto fruto de uma inferência indutiva do magistrado – que transcende os elementos contidos nos autos. Ainda que sujeita a certa margem de incerteza, porém, a conclusão do juízo de fato decorre de um método racional passível de controle lógico, o que impreterivelmente evita uma decisão arbitrária, um juízo de valor sem qualquer fundamento epistêmico.

Daí a relevância do livre convencimento motivado, ou da persuasão racional, como sistema de valoração probatória: é verdadeira garantia inerente ao devido processo legal, protegendo o acusado contra a arbitrariedade do julgador.

2.4. Standard probatório e presunção de inocência

Como estabelecido, a atividade de valoração probatória tem por objeto os meios de prova, confrontados mediante regras lógicas e racionais epistêmicas. Desdobra-se na formação de convicção do julgador quanto à veracidade de uma determinada afirmação sobre fatos, à luz do livre convencimento motivado.

Finda a atividade valorativa, o juiz profere a sua decisão quanto ao juízo de fato. Deve-se analisar, aqui, se o grau de convencimento atingido satisfaz os *critérios de decisão*,

modelos de constatação ou standards probatórios, estabelecidos pelo legislador como necessários para decidir-se, processualmente, que um fato está provado.

É didático o seguinte trecho de Badaró (2019, p. 263):

“Na dinâmica probatória, é no momento da decisão que o julgador terá que considerar se uma determinada afirmação fática foi ou não provada. Um enunciado fático será considerado provado se, depois de um processo racional de valoração, com base na probabilidade indutiva, tiver obtido o grau de suporte probatório necessário para satisfazer o standard de prova aplicável à espécie: mera preponderância, ou prova clara e convincente, ou prova além de qualquer dúvida razoável”.

É dizer, em uma primeira etapa, o contexto de valoração, deve-se analisar os meios de prova dos autos com o fim de aperfeiçoar a convicção quanto à veracidade de uma alegação fática. Superada essa etapa, segue-se para o contexto de decisão, em que o julgador verificará se o grau de convencimento atingido satisfaz o mínimo estabelecido por lei para que aquele fato, naquele processo, possa ser considerado provado.

Os *standards probatórios* que poderiam ser adotados pelo legislador são, em escala crescente de grau de convencimento: (i) *simples preponderância das provas*; (ii) *prova clara e convincente*; e (iii) *prova além de qualquer dúvida razoável*.

Ocorre que, pelo princípio da presunção de inocência de força constitucional (BRASIL, 1988, art. 5º, LVII), exige-se que o modelo de constatação adotado pelo processo penal pátrio represente o mais elevado nível de confirmação probatória que seja racionalmente exigível, para que a proposição acusatória seja considerada provada (BADARÓ, 2019, p. 247). Eventual adoção de um *standard probatório* rebaixado, pois, violaria a presunção de inocência, de modo que, para eventual decisão condenatória, é necessário que o convencimento do juiz seja pela existência de *prova além de qualquer dúvida razoável*.

Trata-se, é fato, de uma decisão política de se favorecer sistematicamente o acusado, evitando que um inocente venha a ser condenado por acusação infundada.

Com efeito, se as provas que corroboram a tese de acusação aperfeiçoarem, no julgador, um grau de convencimento que supra o elevado *standard probatório* exigido ao processo penal, de prova além de qualquer dúvida razoável, entende-se configurada a *certeza* necessária para fundamentar uma decisão condenatória.

Caso contrário, isto é, se o julgador, valorando as provas dos autos, não estiver suficientemente convicto da veracidade da acusação, não haverá *certeza*, mas *dúvida*. Não se atingindo o *standard probatório* necessário para se afastar a presunção de inocência, a decisão

será pela regra de julgamento veiculada pela distribuição do ônus da prova objetivo, *in casu*, ou *in dubio pro reo*, absolvendo-se o acusado.

Com aduz Badaró (*id.*, 2003, p. 240), diante da presunção de inocência o acusado jamais poderá ser prejudicado pela dúvida sobre um fato relevante para a decisão do processo, ao menos nos casos de ação penal condenatória. Ou seja, diante do *in dubio pro reo*, o encargo concernente ao ônus probatório incumbe, exclusivamente, ao acusador, que, se não desincumbir de seu ônus, sucumbirá em seu interesse em ver acolhida a tese acusatória.

A matéria referente ao ônus da prova no processo penal é notoriamente complexa. Todavia, para os fins do presente estudo, cabe apenas compreender como se dá o contexto da decisão do magistrado após a valoração das provas dos autos. Em suma, tanto o acusador quanto o acusado desempenham atividade probatória, porquanto interessados na comprovação de suas respectivas teses. Diante da dúvida, porém, a decisão será em favor do segundo, haja vista a presunção constitucional de inocência que institui o *in dubio pro reo*.

3 O CRIME DE ESTUPRO E A LÓGICA DA HONESTIDADE

Neste segundo tópico da pesquisa, objetiva-se compreender como se deu a criminalização do estupro ao longo da história, máxime quanto ao regime aplicável em território nacional – desde o Período Pré-Colonial até o Código Penal de 1940. A partir daí, será analisada a atual redação do tipo, à luz das substanciais alterações trazidas pela Lei nº 12.015/2009, atentando-se especialmente aos pressupostos, objetivos e subjetivos, exigidos à sua caracterização, e ao bem jurídico tutelado.

Como se demonstrará, o tratamento institucional do crime de estupro é historicamente atrelado a padrões androcêntricos de gênero, refletindo concepções tradicionais quanto ao comportamento sexual e social esperado da mulher perante a família e a sociedade. Nesse sentido, entende-se que o diálogo com o direito penal material é essencial para investigar a hipótese central dessa pesquisa, a saber, que os Tribunais pátrios refletem, ainda hoje, estereótipos arcaicos de gênero, vinculando a credibilidade da palavra da mulher sobretudo ao seu enquadramento nesses padrões.

E isto porque, conquanto o fenômeno probatório e o aperfeiçoamento da convicção judicial sejam revestidos por discursos aparentemente racionais e neutros, a admissibilidade das declarações da vítima como meio de prova é subjetiva, permeável a eventuais noções ideológicas pré-concebidas do julgador. Assim sendo, constatada a lógica sexista que ampara,

desde as origens, o tipo penal do estupro, será possível avançar ao próximo tópico, qual seja, a efetiva análise do discurso judicial, sob a ótica de gênero.

3.1. A evolução jurídico-legislativa do crime de estupro

Os crimes sexuais são reprimidos com penas severas desde a Antiguidade, em especial quando praticados com violência física (BITENCOURT, 2020, p. 47).

Em exemplo, os hebreus impunham pena de morte a quem perpetrasse ato sexual forçado quando a vítima fosse desposada, isto é, mulher prometida em casamento. No Egito Antigo, ao estuprador cominava-se mutilação (ESTEFAM, 2016, p. 246).

A acepção atual do estupro, todavia, remonta ao Direito Romano. À época, compunha crime patrimonial, entendendo-se violador não à liberdade sexual da mulher, mas ao patrimônio do homem a quem ela se subordinava (ROSSI, 2015). Vale dizer, as mulheres não eram sujeitos de direito, mas objetos de propriedade do chefe familiar, que era indiretamente lesado pela agressão sexual. Assim sendo, via-se o crime, essencialmente, como a “*abdução da propriedade feminina de seu guardião*” (ESTEFAM, 2016, p. 246).

Nesse primeiro momento, o estupro, ou *stuprum*, em sentido lato, representava qualquer ato impudico praticado contra a mulher, inclusive o adultério e a pederastia (PRADO, 2019, p. 546).

Ao final do Período Clássico, no ano de 18 d. C, a *Lex Julia de Adulteriis Coercendis* distinguiu a figura do *adulterius*, apoderação sexual de mulher casada, do *stuprum*, apoderação de mulher virgem, criança ou viúva (BITENCOURT, 2020, p. 47). Posteriormente, os jurisconsultos especificaram outras modalidades, a saber, o *stuprum non violentum*, a *illicita virginis defloratio*, o *stuprum in vidua* e o *stuprum puero*, cuja punição variava conforme a condição social do agente.

O regime concernente ao *stuprum violentum*, porém, só recrudescia. Praticado contra a vontade do sujeito passivo, aproximava-se da figura contemporânea do delito. Era punido com a pena capital pela *Lex Julia de Vi Publica*, enquadrando-se como *crimen vis*.

Já à Idade Média, diferenciou-se o *stuprum violentum* do *stuprum voluntarium*, este dividido entre o *stuprum proprium*, que provocava a *defloratio*, e o *stuprum improprium*, notoriamente menos gravoso (PRADO, 2019, p. 548). Mantinha-se, aqui, o rigor punitivo da Idade Antiga, punindo-se o ato violento com a pena de morte – inclusive, durante o Império de Justiniano (século VI), independentemente da condição social do agente (ESTEFAM, 2016, p. 247).

A partir daí, a crescente influência da Igreja Católica acabou por modificar o paradigma repressivo do estupro. Sobretudo no curso dos séculos XVI e XVII, o estupro abandonou a sua natureza substancialmente patrimonial para se tornar um crime sexual.

À ocasião, todavia, não se tutelava a liberdade sexual da mulher, tampouco sua integridade física e moral, ou sua dignidade. No lugar, prezava-se pelos valores cristãos da castidade e da virtude. Uma mulher que perdesse a sua virgindade fora do matrimônio perderia a sua honestidade, a sua pureza, levando desonra ao núcleo familiar. Daí porque, realmente, a ocorrência da *defloratio*, bem como a condição social da vítima e do agressor, eram fatores determinantes à gravosidade da pena – que transitava da sanção pecuniária à pena capital (ROSSI, 2015, p. 29-30).

Nessa sociedade profundamente estratificada em que o patriarcalismo cristão se impunha, pois, é de se esperar que houvesse um descompasso entre a rigidez penal referente ao estupro, e a sua efetiva aplicação pelas cortes eclesiásticas. André Estefam (2016, p. 247-248) afirma que, na Idade Média, raras eram as vítimas de estupro que o denunciavam. As poucas denúncias, em geral, eram descreditadas pelas autoridades, que concluíam que as mulheres teriam concordado com o ato, ou não oferecido suficiente resistência ao agressor.

A situação era ainda mais extrema em alguns casos específicos. Por exemplo, quando o estupro resultava em gravidez, o saber da época sugeria que a concepção pressupunha a ejaculação masculina e feminina, a denotar que o ato sexual fora consentido. Quanto ao estupro no matrimônio, não configurava crime. É dizer, o marido teria o direito a subjugar a mulher à prática do ato sexual, fazendo cumprir um suposto dever familiar, o *debitum conjugalis*.

No que toca ao regime jurídico pátrio, a criminalização do estupro remonta às Ordenações do Reino, a saber, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, durante o Período Pré-Colonial.

As Ordenações Afonsinas, ou Código Afonsino, vigoraram em Portugal durante o reinado de D. Afonso V, de 1500 a 1514. Seguiam a tradição romana, distinguindo o *estupro voluntário* do *estupro violento*.

O *estupro voluntário* era descrito no Título IX do Livro V, “*Do que dorme com moça virgem, ou viúva por sua vontade*” (PORTUGAL, Ordenações Afonsinas). A ideia seria de punir os “*pecados muito maus, contra a vontade de Deus*”, ensejando a obrigatoriedade do matrimônio ou, se a vítima assim não desejasse, um dote conveniente. O *estupro violento*, por sua vez, era descrito no Título VI do Livro V, “*Da mulher forçada e como se deve provar a*

força”, impreterivelmente sancionado com a pena capital. A ideia, aqui, seria de proteger as mulheres virgens, religiosas, casadas ou viúvas honestas (ESTEFAM, 2016, p. 252).

Adiante, as Ordenações Manuelinas, ou Código Manuelino, vigoraram de 1514 a 1603, por determinação de D. Manuel I. Trouxeram um regime semelhante, mas expandiram o polo passivo com vistas a abarcar como vítimas, também, as escravas e as prostitutas.

O *estupro violento* era trazido pelo Título XIV do Livro V, “*Do que dorme por força com qualquer mulher, ou trava dela, ou a leva por sua vontade*” (PORTUGAL, Ordenações Manuelinas), sancionado com pena capital. O *estupro voluntário* era trazido pelo Título XXIII do Livro V, “*Do que dorme com moça virgem, ou viúva honesta por sua vontade, ou entra em casa de outrem para com cada uma delas dormir, ou com escrava branca de guarda. E do que dorme com mulher, que anda no Paço*”, acarretando, a critério da vítima, casamento ou pagamento de um dote.

Por fim, as Ordenações Filipinas, ou Código Filipino, vigoraram de 1603 até 1830, com o estabelecimento do Código Criminal do Império.

O *estupro voluntário*, previsto no Título XXIII do Livro V, dava-se, tão somente, sobre mulher virgem ou viúva honesta. A pena cominada era o casamento ou, alternativamente, o pagamento de dote arbitrado pelo julgador. Se o réu não tivesse bens, era degredado, sofrendo, também, açoite, se não fosse fidalgo (ESTEFAM, 2016, p. 252). Quanto ao *estupro violento*, era previsto no Título XVIII, culminando pena de morte não relevável por casamento: “*Todo homem, de qualquer stado (sic) e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher posto que ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava (sic), morra por ello (sic)*” (PORTUGAL, Ordenações Filipinas). Se a ofendida fosse prostituta ou escrava, todavia, a execução ficava sujeita ao arbítrio da Coroa, não sendo automática (ESTEFAM, 2016, p. 252).

Assim sendo, é evidente que, no Brasil Colônia, a criminalização do estupro pelas Ordenações Reais visava a tutelar, primordialmente, a honra da mulher virgem e da viúva honesta. “(...) *As mulheres que não se enquadravam nesse ‘perfil’ não eram merecedoras de proteção jurídica*” (ROSSI, 2015, p. 35).

E isto porque, como dispõe Coulouris (2011, p. 99), tinha-se por objetivo “*punir aquilo que era considerado, ao mesmo tempo, uma ofensa grave à honra e ao patrimônio da família, instituição protegida pelo Estado e pela Igreja, e também, uma grave ofensa ao Deus e ao Soberano*”. O crime muito se relacionava à percepção medieval do pecado cristão.

Proclamada a independência do Brasil, foi promulgado, em 1830, o Código Criminal do Império, deixando-se de aplicar as Ordenações do Reino.

O estupro, aqui, é tratado no Capítulo II do Título II, referente aos crimes contra a “segurança da honra” (BRASIL, 1831). Em seu art. 222, prescreve o delito de “*Ter copula (sic) carnal por meio de violencia (sic), ou ameaças, com qualquer mulher honesta*”, com pena de prisão por três a doze anos e dever de dote, e, “*Se a violentada fôr (sic) prostituta*”, de prisão por um mês a dois anos.

Assim sendo, o crime de estupro deixa de compreender quaisquer relações sexuais voluntárias, abrangendo, tão somente, as forçadas mediante violência ou ameaça. Quanto ao sujeito passivo, limita-se, em sua figura comum, às mulheres *honestas*, prevendo pena notadamente menos gravosa quando a vítima for prostituta. Com efeito, o bem jurídico tutelado, aqui, é a *honra* da mulher e da família, de modo que, sob essa ótica, só poderia ser vítima quem tivesse honra a resguardar. A prostituta, portanto, se deslocaria do padrão esperado de honestidade, de modo que a ofensa por sua violação seria pouco relevante.

Como aduz Coulouris (2010, p. 106), “*Nesse caso era preciso estabelecer, no texto da lei, que somente as mulheres ‘honestas’ (com honra a preservar) eram passíveis de serem consideradas, juridicamente, vítimas (ofendidas) de estupro (desonra)*”.

Outra modificação relevante, aqui, é a substituição da pena de morte, até então aplicável, à pena de encarceramento, o que sinaliza a superação do paradigma do crime como pecado capital. Tornava-se, realmente, apenas uma ofensa à honra.

Com a proclamação da República, sobreveio o Código Penal de 1890.

O estupro, aqui, estava tipificado no Título VIII, “*Da corrupção de menores, dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor*” (BRASIL, 1890), em seu Capítulo I, “*Da violência carnal*”. A criminalização dá-se pelo art. 268, *caput*, “*Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta*”, com pena de prisão por um a seis anos, e §1º, “*Si (sic) a estuprada for mulher pública ou prostituta*”, com pena de seis meses a dois anos.

Por estupro, entendia-se “*o acto (sic) pelo qual o homem abusa com violencia (sic) de uma mulher, seja virgem ou não*” (art. 269). Já por violência, “*não só o emprego da força physica (sic) como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas (sic), e assim da possibilidade de resistir e defender-se (...)*”.

Assim sendo, não houve grandes alterações quanto ao Código Criminal de 1830 (BRASIL, 1831). É bem verdade que, por disposição expressa do tipo, o *estupro* passa a ser cometido também contra *mulheres públicas* e prostitutas. Ou seja, assim como na legislação medieval, “*qualquer mulher passa a ser considerada juridicamente passível de denunciar um homem à justiça por estupro*” (COULOURIS, 2010, p. 111). Todavia, o tipo permanece

tutelando o bem jurídico da honra familiar, de sorte que, quando cometido contra *mujeres honestas*, enseja uma pena mais gravosa. E isto porque, contra *mujeres honestas*, o crime é contra a sociedade; contra prostitutas e *mujeres públicas*, o crime é contra a liberdade pessoal, uma agressão física.

A próxima alteração significativa veio com a promulgação do Código Penal de 1940, pelo Decreto-Lei nº 2.848/1940 (BRASIL, 1940a).

Em sua redação originária, o Código de 1940 inseria os crimes sexuais no Título VI, “*Dos Crimes Contra os Costumes*”. O Capítulo I, “*Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual*”, distinguiu quatro delitos: estupro (art. 213), atentado violento ao pudor (art. 214), posse sexual mediante fraude (art. 215) e atentado ao pudor mediante fraude (art. 216).

O estupro propriamente dito (art. 213) compreendia o ato de “*Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça*”, com pena de reclusão de três a oito anos. Distinguiu-se do atentado violento ao pudor (art. 214), referente a “*Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal*”, com pena de reclusão de dois a sete anos.

Com efeito, o aludido diploma demarca uma reforma relevante no tipo penal: o bem jurídico tutelado deixa de ser a honra familiar para se tornar, expressamente, a liberdade sexual da vítima. De mesmo turno, a *honestidade* da mulher deixa de ser fator relevante tanto à configuração do delito, quanto à graduação da pena.

Por outro lado, o conceito de *mujer honesta* permanece vigente no Código, constante dos tipos penais de posse sexual mediante fraude (art. 215), atentado ao pudor mediante fraude (art. 216), e rapto violento ou mediante fraude (art. 219):

Posse sexual mediante fraude

Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude:

Atentado ao pudor mediante fraude

Art. 216. Induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Rapto violento ou mediante fraude

Art. 219. Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso:

De mesmo turno, tem-se o pressuposto de *mujer virgem* como qualificadora do crime de posse sexual mediante fraude (art. 215, parágrafo único), e no crime de sedução (art. 217):

Art. 215 (...) Parágrafo único. Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze anos:

Sedução

Art. 217. Seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança:

Além disso, os crimes sexuais permaneciam enquadrados como “*crimes contra os costumes*”, a denotar, ainda à época, a percepção dessas violações como ofensivas a um ideário coletivo de moralidade, de bons costumes e honra. Como aduz Coulouris (2010, p. 118-120), ainda que não fossem mais considerados crimes contra a honra da família, também não eram ofensas contra os indivíduos vitimados. No lugar, violava-se o pudor, os costumes, a conservação social.

Também por essa razão é que, quanto ao tipo objetivo do estupro, consumava-se apenas pelo constrangimento à “*conjunção carnal*”. É dizer, apenas o coito vaginal teria o potencial de ferir com tamanha gravosidade o pudor público, não perfazendo estupro o coito anal ou quaisquer outros atos libidinosos ainda que igualmente invasivos. Isto porque, com a conjunção carnal forçada, lesava-se o que, na moralidade cristã, é sagrado e inviolável, a saber, a castidade, a virgindade feminina, privando a vítima de pureza.

Daí porque, em seu art. 108, inciso VIII (BRASIL, 1940a), previa como causa extintiva de punibilidade o casamento da vítima com o agente. Outrossim, com a superveniência da Lei 6.416/1977, o casamento da vítima com terceiro (art. 108, inciso IX). Em ambos os casos, a vítima, ao contrair matrimônio, veria sanada a lesão que sofrera quanto da agressão, por vez que atinente à sua “*impureza*”, à sua “*desonra*”. Realmente, o bem jurídico protegido, ainda que, expressamente, a liberdade sexual da vítima, ainda se relacionava à moral sexual coletiva, em alusão a um problemático conservadorismo.

Para fins elucidativos, segue infeliz interpretação de Nélson Hungria acerca da impossibilidade de marido figurar como sujeito ativo de estupro sobre sua esposa, conforme a disciplina vigente à época:

“*Questiona-se sobre se o marido pode ser, ou não, considerado réu de estupro, quando, mediante violência, constrange a esposa à prestação sexual. A solução justa é no sentido negativo. O estupro pressupõe cópula ilícita (fora do casamento). A cópula intra matrimonium é recíproco dever dos cônjuges. (...) O marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma (...), pois é lícita a violência necessária para o exercício regular de um direito (art. 19, nº III)”. (HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981, p. 114-115).*

Assim sendo, o Código Penal de 1940 trouxe notórios avanços frente às legislações penais precedentes. Todavia, persistiam traços sexistas na redação dos tipos, dando azo às alterações legislativas subsequentes, máxime a Lei 8.072/1990, dos crimes hediondos, a Lei 11.106/2005, e a Lei 12.015/2009, que trouxe a redação atual.

3.2. A redação atual: alterações da lei 12.015/2009

Com a promulgação da Lei 8.072/1990 (BRASIL, 1990), o estupro passa a se enquadrar como crime hediondo (art. 1º, inciso V), tanto em sua forma simples quanto na qualificada (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º), bem como o estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 3º e 4º), a partir da Lei 12.015/2009.

Categoria jurídico-penal introduzida pelo art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), comprehende delitos que, assim como a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e o terrorismo, são inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia. Com elevada gravosidade, esses crimes se submetem a um regime executório rígido, com restrições como o início de cumprimento de pena em regime fechado (art. 2º, §1º).

Nos termos de Bitencourt (2020, p. 62), a Lei de Crimes Hediondos representa uma “*obsessiva vontade de exasperar brutalmente a punição de determinadas infrações penais, ignorando-se, inclusive, os princípios do bem jurídico e da proporcionalidade*”. Em outros termos, insere-se em uma política criminal punitiva de exasperação de penas e endurecimento dos regimes de encarceramento. Não há, realmente, um critério claro que determine quais dos delitos devem ser enquadrados como crimes hediondos, de modo que práticas atrozes como o genocídio (art. 1º, §ún, I) recebem o mesmo tratamento, por exemplo, que a adulteração de cosméticos – a saber, a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 1º, VII-B).

Não obstante, resta claro que, com a superveniência da Lei 8.072/1990 (BRASIL, 1990), o estupro passa a receber uma maior proteção jurídica do ordenamento, dando azo, ao menos teoricamente, a respostas penais recrudescidas.

Isso posto, é de se analisar a disciplina trazida pela Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, que, propulsora da redação atual, trouxe significativas reformas no tratamento penal do crime de estupro.

O referido diploma comprehende-se em um movimento de “*neutralização sexista*” (ANDRADE, 1997, p. 107) dos tipos penais concernentes aos crimes sexuais. Como exposto, o Código de 1940, em sua redação originária, ainda reproduzia valores retrógrados atinentes à

moralidade sexual feminina, a reiterar a alusão aos crimes sexuais como *crimes contra os costumes*, e a *honestidade* da mulher como pressuposto à configuração de certos delitos. A persistência de um regime jurídico abertamente androcêntrico contrastava com as crescentes reivindicações do movimento feminista, sobretudo em meados do século XX. Pressionava-se pela descriminalização de condutas como o *adultério*, a *sedução* e o *aborto*, e pela redefinição de tipos como o *estupro*.

Nesse sentido, uma das mais importantes reformas trazidas pela Lei 12.015/2009 foi a alteração da nomenclatura do Título IV do Código Penal, “*Dos Crimes Contra os Costumes*”, para “*Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*”.

Com efeito, pela redação originária o foco da proteção dos crimes sexuais incidia sobre os *bons costumes*, a *moralidade pública* que restava violada pela conduta do agressor. Tutelava-se a moralidade sexual e o pudor público no lugar da integridade física e psíquica da vítima, manifesta por sua liberdade sexual (AOKI, 2018, p. 40).

Com a expressa proteção à *dignidade sexual*, nesse ressoar, reconhece-se que a reprovabilidade dos crimes sexuais decorre da violação da liberdade da vítima, em seu direito de escolher quando e com quem se relacionar, isto é, seu direito de escolha de parceiros, se assim desejado (BITENCOURT, p. 47). O bem jurídico tutelado, assim sendo, deixa de ser a moral coletiva, o pudor sexual que é esperado do comportamento feminino. No lugar, protege-se a liberdade sexual do indivíduo, em paralelo à sua integridade e autonomia sexual; o pleno direito à inviolabilidade carnal e à autodeterminação (PRADO, 2019, p. 551).

A liberdade sexual diz respeito ao livre consentimento ou à formação da vontade em matéria sexual. Para Prado (*ibid.*, p 551), comprehende o direito de cada um de se autodeterminar de forma livre, isto é, em plenas condições de liberdade no âmbito de sua sexualidade. Enquanto objeto de tutela da lei penal sexual, busca-se garantir a toda pessoa que tenha capacidade de autodeterminação sexual que possa exercê-la com liberdade de escolha e vontade, segundo suas próprias convicções. Em sentido amplo, os crimes sexuais atingem diretamente “*a dignidade, a liberdade e a personalidade do ser humano*” (BITENCOURT, 2020, p. 47).

Destarte, foi com a Lei 12.015/2009 que, institucionalmente, o crime de estupro desvinculou-se em absoluto da tutela dos costumes, da moralidade sexual sobre o corpo da mulher. Apenas então, poder-se-ia conceber os crimes sexuais como violações à dignidade e à liberdade sexual da pessoa humana, enquanto direitos individuais vulneráveis.

Essa mudança de paradigma se reflete nos demais objetos da reforma. Quanto à redação do tipo do estupro, tornou-se a que segue:

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

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

Como se nota, a Lei 12.015/2009 unificou os crimes de *estupro* e *atentado violento ao pudor*, até então tipificados, respectivamente, nos arts. 213 e 214 do Código Penal de 1940. Com a atual redação, passam a ser conjugadas, em um único dispositivo, as condutas de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a (i) *ter conjunção carnal* ou a (ii) *permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*.

Por *conjunção carnal*, tem-se a *cópula vagínica*, o relacionamento sexual entre homem e mulher em que há a penetração, completa ou incompleta, do órgão genital masculino na cavidade vaginal (BITENCOURT, 2020, p. 48).

Por *ato libidinoso*, em seu turno, entende-se “*todo ato carnal que, movido pela concupiscência sexual, apresenta-se objetivamente capaz de produzir a excitação e o prazer sexual, no sentido mais amplo, incluindo, logicamente, a conjunção carnal*” (*ibid.*, p. 48). Em definição semelhante, seria “*toda conduta perpetrada pelo sujeito ativo de cunho sexual, que se consubstancia numa manifestação de sua concupiscência*” (PRADO, 2019, p. 552).

Compreendem atos libidinosos, pois, o sexo oral, o coito anal, a masturbação, os toques com conotação sexual, e até mesmo o beijo e a contemplação lasciva, entre outros. É libidinoso, pois, qualquer ato “*lascivo, voluptuoso, que objetiva prazer sexual*” (BITENCOURT, 2020, p. 54). Tanto a *conjunção carnal* quanto os *atos libidinosos diversos* são espécies do gênero *atos de libidinagem*, cuja prática mediante constrangimento configura crime de estupro (art. 213).

Isso posto, o elemento objetivo do tipo consubstancia-se em *constranger* alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique *ato de libidinagem*, a saber, *conjunção carnal* ou *ato libidinoso diverso*. *Praticar* implica condutaativa da vítima; *permitir que se pratique*, situação passiva (PRADO, 2019, p. 553). Por *constranger*, núcleo verbal do tipo, entende-se “*tolher a liberdade, forçar ou coagir*” (NUCCI, 2020a, p. 945). Para Prado (2019, p. 553), “*forçar, compelir, obrigar*”.

Nesse diapasão, o *constrangimento ilegal* alia-se ao *dissenso da vítima*, duas elementares típicas que “*devem ser longamente demonstradas*” (BITENCOURT, 2020, p. 54).

No que toca ao *constrangimento*, como exposto, deve perpetrar-se mediante *violência* ou *grave ameaça*.

A violência é a “*força física, material, a vis corporalis, com a finalidade de vencer a resistência da vítima*” (*ibid.*, p. 54). Pode ser imediata, quando empregada diretamente contra o ofendido, ou mediata, quando movida contra terceiro ou coisa a que a vítima esteja vinculada. Não é necessário que a força seja *irresistível*: basta que seja idônea a coagir a vítima a permitir que o agente realize seu intento.

A grave ameaça, por sua vez, é a violência moral, “*a vis compulsiva, que exerce uma força intimidativa, inibitória, anulando ou minando a vontade e o querer da ofendida, procurando, assim, inviabilizar eventual resistência da vítima*” (*ibid.*, p. 55). É aquela que “*causa temor à vítima, a ponto de, com receio de sofrer o mal prometido pelo autor, sujeitar-se à conjunção carnal ou ao ato libidinoso*” (PRADO, 2019, p. 553).

Com efeito, tanto a violência física quanto violência moral subjugam a resistência da vítima, aperfeiçoando constrangimento. A violência moral, todavia, materializa-se em gestos, palavras, atos, escritos ou qualquer outro meio simbólico, que intimidem a vítima, ameaçando-a de um mal grave e sério, apto a impor medo, receio, temor, compelindo-a a agir contrariamente à sua liberdade e desejo. Para Bitencourt, o mal prometido deve ser “*futuro*”, “*imediato*”, “*determinado*”, “*verossímil*”, “*iminente*”, “*inevitável*” e “*dependente*” (BITENCOURT, 2020, p. 55). É dizer, a ameaça grave deve ter idoneidade intimidativa, ou seja, condições de efetivamente constranger o ofendido.

Quanto ao *dissenso* da vítima, é a resistência à cópula carnal ou ao ato libidinoso, superada pela violência ou grave ameaça do autor. A resistência deve ser sincera, real e autêntica, mas não precisa ser heróica, isto é, não se exige o emprego de esforço sobre-humano para resistir à violência sexual (*ibid.*, p. 56).

Em outros termos, não é necessário que a vítima esgote a sua capacidade de resistência, colocando em risco a própria vida, para que se reconheça ter dissentido com o ato: a configuração do crime de estupro independe da verificação de lesões corporais.

Como dispõe Bitencourt, “*também aqui vigem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, recomendando-se, concretamente, a avaliação da correlação de forças, especialmente a superioridade de forças do agente*” (*ibid.*, p. 56). A vítima, realmente, não precisa agir com heroísmo; “*basta que exprima o seu não consentimento de modo objetivo e com clareza*” (PRADO, 2019, p. 553).

Em consonância, dispõe Nucci:

“(...) o principal requisito da resistência é ser verdadeira. Sua intensidade não precisa ser tal que se deva chamar de heróica ou desesperada. (...) Cuidando-se da vítima, com a atual redação do art. 213, tanto a mulher quanto o homem não

precisam ser heróis para resistir bravamente, colocando em risco a vida ou a integridade física, quando obrigados à prática sexual. Demanda-se, apenas, um dissenso visível e detectável, dentro dos limites da razoabilidade” (NUCCI, 2020b, p. 956).

Quanto ao momento do dissenso, pode dar-se no início do ato sexual ou no seu decorrer. É dizer, se a relação se iniciar consensualmente, mas uma das partes exprimir seu dissenso em continuá-la, eventual persistência do agente por constrangimento físico ou moral consuma o crime de estupro, em pleno enquadramento no delito do art. 213. Isto é:

“A partir do momento em que surge o dissenso, ocorrendo insistência por parte do agente, emerge o constrangimento ilegal, configurador do estupro. Em suma, a conjunção carnal, ou outro ato libidinoso, não pode ser equiparada à assinatura de um contrato, que se dá de maneira instantânea” (ibid., p. 956).

Em suma, o tipo objetivo do estupro pressupõe o constrangimento do agente, que não precisa ser absolutamente irresistível, e o dissenso da vítima, que não precisa ser heroico, à prática de qualquer ato libidinoso, não necessariamente conjunção carnal.

No que toca ao elemento subjetivo, exige-se o dolo, a vontade consciente de perpetrar os elementos objetivos do tipo, não se admitindo modalidade culposa.

O dolo seria qualificado pelo elemento subjetivo especial do injusto, a saber, o “*especial fim de constranger a vítima (homem ou mulher) à prática de ato de libidinagem*” (BITENCOURT, 2020, p. 61). Ou seja, a “*particular tendência ínsita no sujeito ativo (...), e em outro dizer, a presença de um ânimo lúbrico (sensual, lascivo, devasso, libidinoso)*” (PRADO, 2019, p. 554). Em derradeiro, a “*finalidade de obter a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, satisfazendo a lascívia*” (NUCCI, 2020b, p. 951). Não se exigiria, contudo, a efetiva satisfação da lascívia, apenas a execução do ato com vistas a essa finalidade.

Há divergência doutrinário-jurisprudencial quanto ao ponto. Dissonante, Estefam sustenta que “é absolutamente irrelevante avaliar se o autor da conduta buscava o prazer sexual. O que se deve exigir é a compreensão do agente (não da vítima) acerca da natureza libidinosa do ato que pratica” (ESTEFAM, 2020, p. 760).

Cabe destacar, não se desconhece que, sob a ótica das teorias feministas, a finalidade última do estupro não é a efetiva satisfação de lascívia, mas a imposição de padrões de gênero, sintomático de uma cultura de subordinação social das mulheres (ALMEIDA, 2017, p. 73). Todavia, adere-se à compreensão de Nucci (2020b, p. 951), conforme a qual o ânimo lúbrico se manifesta ainda que implicitamente, mesmo nos casos em que o agente age por vingança. E isto porque, é inconteste, almeja-se envolver a vítima em um contexto sexual.

Adotando-se a doutrina de Estefam, de todo o modo, isso seria irrelevante, bastando a compreensão da natureza do ato.

Adiante, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, assim como o sujeito passivo. A disciplina da Lei 12.015/2009, nesse sentido, rompeu a tendência histórica de conceber-se o tipo como crime próprio, perpetrado exclusivamente pelo homem contra a mulher, mediante cópula vagínica. Pela redação atual, pois, é crime comum: pode ser praticado ou sofrido, indistintamente, por homem ou por mulher, sobre homem ou sobre mulher, sem qualquer discriminação no tocante a gênero.

Sobre o sujeito ativo, nesse diapasão, cabe o destaque: inclui o marido ou a esposa, uma vez que “*o cônjuge não é objeto sexual, cada qual possuindo iguais direitos no contexto da sociedade conjugal*” (*ibid.*, p. 951). Historicamente, reconhecia-se um suposto débito conjugal da esposa de sujeitar-se à relação sexual com seu marido; o ato poderia, realmente, ser forçado, que não configuraria estupro. Durante a Idade Média, aliás, admitia-se até mesmo a execução dessa demanda perante as cortes eclesiásticas. Ainda em um passado recente, admitia-se não mais a prática do estupro, mas o término da sociedade conjugal na esfera cível, por infração a um dos deveres do casamento. Eventuais imposições jurídicas à sujeição do corpo feminino à relação carnal, por óbvio, estão revogadas, de modo que o estupro pode ser perpetrado por qualquer agente, independentemente de sua relação prévia com a vítima.

Como aduz Prado:

“Aliás, é inadmissível que a esposa ou companheira não tenha o direito de se recusar a manter qualquer relação de caráter sexual com o marido ou companheiro pelo simples fato de estarem ambos ligados pelo matrimônio ou pela união estável. Admitir eventual causa justificativa em tal caso significa um retorno à sociedade primitiva” (PRADO, 2019, p. 552).

A reforma, porém, é ainda mais marcante no que concerne ao sujeito passivo. Como analisado, em legislações anteriores a mulher só poderia ser vítima de estupro se atendesse a certos requisitos, como ser *virgem* ou *viúva honesta*, não ser *pública* ou *prostituta*. Nas ordenações do reino, no Período Pré-Colonial, esses pressupostos eram verdadeiros elementos constitutivos do tipo. No Código Criminal do Império, de 1830, e no Código da República, de 1890, distingua-se a violência sexual sobre *mulher honestas* daquela praticada sobre prostitutas e *mulher públicas*, com notória gradação de pena. No Código Penal de 1940, por fim, deixou-se de exigir a *honestidade* da vítima como requisito à consumação do tipo, conquanto ainda só pudesse ser perpetrado pelo homem contra a mulher.

Nesse contexto, a Lei 12.015/2009 suprimiu, por completo, o ranço sexista que, até recentemente, ainda assolava a legislação penal pátria quanto à redação do crime de estupro. Pelo regime vigente, pois, qualquer pessoa pode figurar como sujeito passivo do delito, independentemente de suas qualidades. Isto é, “*honesta ou desonesta, recatada ou promíscua, virgem ou não, casada ou solteira, velha ou moça*” (NUCCI, 2020b, p. 950), sempre que a pessoa for obrigada à prática sexual contra sua vontade, sofrerá estupro. E isto, à obviedade, também abrange a violência contra o homem.

Vale destacar, ademais, que, contrariando diplomas legislativos precedentes e o senso comum, não há qualquer óbice para que a pessoa prostituída figure no polo passivo de crime de estupro (*ibid.*, p. 950). A prostituída é sujeito de direitos e, independentemente de seu labor, também tem direito de escolha quanto à autodeterminação sexual. Isso inclui não só o direito de recusar eventuais clientes, como, aceitando o trabalho, de impor, a qualquer tempo, limites ao seu consentimento, que devem ser respeitados. Nos termos de Bitencourt, “*ninguém é escravo de ninguém, e a própria prostituta também tem assegurada a sua dignidade sexual, que não pode ser ignorada pela ordem jurídica*” (BITENCOURT, 2020, p. 50).

Com efeito, já não se admite a perquirição da *honestidade* da vítima como pressuposto à configuração do crime de estupro. Esse requisito, nitidamente androcêntrico e arcaico, não pode, em nossos Tribunais, sequer ser considerado quando da aferição do juízo de fato. Isso, todavia, é exatamente o que ocorre, como será analisado na terceira parte.

Nesse ressoar, segue a conclusão de Bitencourt (*ibid.*, p. 50): “*No crime de estupro não se pode perquirir sobre a conduta ou honestidade pregressa da ofendida, podendo dele ser sujeito passivo até mesmo a mais vil, odiada ou desbragada prostituta*”.

Por fim, o art. 213 do Código Penal (BRASIL, 1940b) concebe três hipóteses qualificadoras do crime de estupro, a saber: (i) quando da conduta decorre lesão corporal de natureza grave (§1º, primeira parte); (ii) quando a vítima for menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos (§1º, segunda parte); ou (iii) se da conduta resulta morte (§2º). Dos arts. 226 e 234-A, emanam as causas de aumento de pena.

Distingue-se da figura típica do estupro de vulnerável, que se dá, na hipótese do art. 217-A, *caput*, sobre o menor de 14 (quatorze) anos. É dizer: o ato sexual com menor de 14 anos configura, impreterivelmente, estupro de vulnerável (art. 217-A); o ato sexual com maior de 14 e menor de 18 anos, por sua vez, é lícito se consentido, mas, não consentido, perfaz estupro em sua modalidade qualificada (art. 213, §1º).

No que se refere à natureza processual do tipo, o estupro é crime de ação penal pública e incondicionada (art. 225, Código Penal), não mais uma ação penal pública condicionada à

representação. De mesmo turno, já não subsiste, como tendência à aludida neutralização sexista dos crimes sexuais, as causas extintivas de punibilidade do delito pelo casamento da ofendida com o agressor ou terceiro (AOKI, 2018, p. 41) – prescritas no art. 107, VII e VIII, do Código de 1940 após a Lei 7.209/1984 -, revogadas pela Lei 11.106/2005.

Quanto às demais alterações relevantes, merece destaque a revogação dos crimes de sedução (art. 217) e rapto violento ou mediante fraude (art. 219), pela Lei 11.106/2005, e dos crimes de posse sexual mediante fraude (art. 215) e atentado ao pudor mediante fraude (art. 216), pela Lei 12.015/2009. Com isso, suprimem-se do Código as últimas alusões expressas à *honestidade* e *virgindade* da mulher como pressupostos jurídicos à configuração de tipos penais, com conotação substancialmente discriminatória e conservadora.

Por conseguinte, a atual redação do crime de estupro, no art. 213 do Código Penal, reflete um movimento histórico de gradual superação à extremamente vigorosa base moralista que, por séculos, assolou a tipologia pátria dos crimes sexuais.

Não por outra razão, até recentemente o estupro se inseria no título dos crimes contra os costumes, se limitava à conjunção carnal sobre a mulher, e tinha a sua punibilidade extinta com o casamento da ofendida. De fato, conquanto imprescindível, “*essa mudança de rúbrica ainda encontra barreiras para deixar de ser mais do que uma mera modificação formal*” (ESTEFAM, 2016, p. 21). O moralismo e o conservadorismo são fundantes de nosso sistema criminal, de modo que a reforma legislativa, por si só, não tem o condão de impedir o seu reflexo na aplicação dos crimes sexuais ao caso concreto.

3.3. A percepção da “mulher honesta”

Analizando-se a evolução jurídico-legislativa do crime de estupro, é evidente que a “honestidade” da mulher sempre foi essencial à configuração do tipo, senão como elemento objetivo do injusto, ao menos como fator de graduação da pena.

Desde os primórdios o crime ensejou penas severas, como a mutilação no Egito Antigo e a execução entre os hebreus. A pena capital também era aplicada, de um modo geral, no Direito Romano clássico. À ocasião, todavia, o estupro não era um crime sexual, mas de natureza patrimonial. É dizer, a mulher não era sujeito de direitos, mas objeto integrante do patrimônio do chefe familiar, este sim vítima de esbulho em razão da violência sexual.

A percepção do estupro como crime patrimonial se alterou no curso da Idade Média, com a crescente influência da Igreja Católica sobre a sociedade e o Estado. Delito de natureza substancialmente sexual, não tutelava, porém, a dignidade sexual da mulher, mas a moral e os

bons costumes à luz dos valores cristãos, sobretudo no decorrer dos séculos XVI e XVII. Daí a distinção entre o *stuprum proprium*, que provocava a *defloratio*, e o *stuprum improprium*, notoriamente menos gravoso: o primeiro agredia a castidade, a virgindade esperada da mulher “pura”, atentando contra Deus e a ordem social. A honestidade feminina, pois, era essencial à delimitação da pena, que poderia variar da pecuniária à capital.

No regime jurídico pátrio, a criminalização do estupro remonta ao Período Colonial, com as Ordенаções do Reino. Em síntese, as Ordenações Afonsinas (1500-1514), Manuelinas (1514-1603) e Filipinas (1603-1830) seguiam a tradição romana, distinguindo o “estupro voluntário” do “estupro violento”.

O “estupro voluntário”, de um modo geral, só podia ser cometido sobre mulher “virgem” ou viúva “honesta”, obrigando o agressor ao casamento ou ao pagamento de um dote. O “estupro violento”, por sua vez, passa a realizar-se também sobre “escravas” e “prostitutas” com as Ordenações Manuelinas, ensejando a pena capital. É incontroverso, também aqui, a percepção da honestidade feminina como elemento intrínseco ao polo passivo do crime de estupro. Mulheres que não atendessem a essa “qualidade”, isto é, que não atendessem aos padrões de moralidade esperados, não mereciam a mesma proteção jurídica.

Com a independência do Brasil, o Código Criminal do Império, de 1830, enquadrhou o estupro no capítulo dos crimes contra a “*segurança da honra*”. Relações sexuais voluntárias deixam de ser criminalizadas, limitando-se o tipo às forçadas mediante violência ou grave ameaça. Em sua figura comum, todavia, restringia o sujeito passivo à “mulher honesta”, prevendo modalidade menos gravosa se a vítima fosse “prostituta”.

Pelo Código Penal da República, de 1890, o estupro se insere no título “*Da corrupção de menores, dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor*”. Por disposição expressa, passa a enquadrar todas as mulheres no sujeito passivo, virgens ou não. Todavia, seguindo a disciplina precedente, veicula uma pena mais gravosa ao estupro de “mulher virgem ou não, mas honesta”, quando comparado ao estupro de “mulher pública ou prostituta”.

Com efeito, o crime de estupro, nos primeiros diplomas penais do Brasil, tutelava o bem jurídico da *honra* da mulher e de sua família. A mulher “virgem ou não, mas honesta”, nessa ótica, ainda teria honra a resguardar, atendendo aos valores sexuais de uma sociedade profundamente moralista. A mulher “pública ou prostituta”, por outro lado, já não seria “pura”, isto é, já não teria honra a ser lesada pela violência sexual, de modo que o estupro sofrido seria uma mera agressão física, menos gravosa. Não por outra razão, tanto no Código

de 1830 quanto no de 1890 admitia-se a extinção da punibilidade do agressor pelo casamento da ofendida, por vez que o matrimônio repararia o dano sofrido, a mácula à honra.

Nesse contexto, o Código Penal de 1940 trouxe mudanças significativas à disciplina jurídica do estupro. Não obstante, ainda reproduzia, em diversos aspectos, preceitos arcaicos e retrógrados atinentes à moralidade sexual feminina.

Em sua redação originária, enquadrava os crimes sexuais no título “*Dos Crimes Contra os Costumes*”, de modo que, ainda à época, tutelava-se a honra familiar sobre a efetiva dignidade sexual da vítima. Conquanto, no tipo de estupro, não mais constasse alusão expressa à honestidade da mulher como pressuposto à configuração do tipo nem à delimitação da pena, esse conceito ainda aparecia na redação de crimes como a posse sexual mediante fraude (art. 215) e o atentado ao pudor mediante fraude (art. 216), dentre outros. A previsão da virgindade da vítima, de mesmo turno, figurava como qualificadora da posse sexual mediante fraude (art. 215, parágrafo único) e no crime de sedução (art. 217). No mais, ainda se previa o casamento da ofendida como causa extintiva de punibilidade do agente.

O moralismo intrínseco aos crimes sexuais pela redação originária do Código Penal de 1940, salvo poucas alterações, persistiu até a primeira década dos anos 2000, quando da promulgação das Leis 11.106/2005 e 12.015/2009.

Inserindo-se em um movimento que Andrade (1997, p. 107) chamou de “neutralização sexista” dos tipos sexuais, esses diplomas legislativos, dentre muitos outros pontos: alteraram a redação do Título IV do Código, que se tornou “*Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*”; revogaram os tipos penais que ainda reproduziam os requisitos da honestidade e virgindade da vítima; e alteraram a redação do crime de estupro, suprimindo qualquer discriminação no tocante a gênero.

Assim sendo, resta claro perceber-se, historicamente, a mulher honesta como vítima por excelência do crime de estupro.

Seja como elemento constitutivo do injusto ou como causa qualificadora, a honestidade da mulher sempre foi condição relevante à avaliação jurisdicional do tipo.

Nélson Hungria assim conceitua a “mulher honesta”:

“(...) não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o minimum de decência exigido pelos bons costumes. Só deixa de ser honesta (sob o prisma jurídico-penal) a mulher francamente desregrada, (...), ainda que não tenha descido à condição de autêntica prostituta. Desonesta é a mulher fácil, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação (...). Não perde a qualidade de honesta nem mesmo a amásia, a concubina, a adúltera, a atriz de cabaré, desde que não se

despeça dos banais preconceitos ou elementares reservas de pudor (HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981, p. 139).

Nesse sentido, a percepção jurídico-penal da honestidade da vítima se relaciona a um moralismo androcêntrico e retrógrado que recai sobre o corpo da mulher e seu comportamento sexual. Honesta é a mulher que se alinha aos bons costumes, que conserva pudor público quanto à sua sexualidade; desonesta é a mulher “pública”, “desregrada”, “indecente”. O estupro de mulher honesta é verdadeira agressão aos costumes vigentes, que ordenam a sociedade à luz de padrões conservadores “moralmente corretos”. O estupro de mulher desonesta, se incriminado, é conduta de menor desvalor, dando azo a uma resposta penal pouco recrudescida.

Essa “lógica da honestidade”, vale dizer, ampara a tipificação do estupro, bem como dos demais crimes sexuais, desde a sua origem. Discriminatória e irracional, não encontra respaldo na disciplina jurídica vigente.

Pela redação atual do delito, vide art. art. 213 do Código penal, o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da pessoa humana. Como ilustra Bitencourt (2020, p. 49), o direito de “*dispor livremente de suas necessidades sexuais, ou seja, a faculdade de comportar-se, no plano sexual, segundo suas aspirações carnais, sexuais ou eróticas, governada somente por sua vontade consciente, tanto sobre a relação em si como em relação a terceiros*”. Em outros termos, protege-se, acima de tudo, a dignidade sexual do indivíduo, que pode livremente escolher como se comportar quanto à sua sexualidade.

Independente de quaisquer atributos, pois, a mulher, bem como o homem, tem o direito de negar-se a se submeter à prática de quaisquer atos sexuais que não queira realizar. No exercício dessa liberdade, pode, inclusive, “*escolher o momento, a parceria, o lugar, ou seja, onde, quando, como e com quem lhe interesse compartilhar seus desejos e manifestações性uais*” (*ibid.*, p. 49).

Nessa lógica, é incontestável que, qualquer que seja a sua postura quanto à própria sexualidade, a mulher pode ser vítima de estupro e de outros crimes sexuais, de modo que o seu enquadramento em padrões arcaicos de “honestidade” não tem, atualmente, qualquer vínculo com a tipificação do delito. No lugar, revela verdadeira porosidade do magistrado a concepções sexistas que, até recentemente, ainda eram reproduzidas por nossa disciplina jurídico-penal. Em outros termos, a estereótipos discriminatórios de gênero.

Realmente, a “moral sexual” e os “bons costumes”, o “pudor público”, são elementos estranhos à atual tipificação dos crimes sexuais, máxime com a promulgação da Lei 12.015/2009. Como aduz Bitencourt (*ibid.*, p. 50), “*no crime de estupro não se pode perquirir*

sobre a conduta ou honestidade pregressa da ofendida (...)", sob pena de violação à legalidade e à imparcialidade jurisdicional.

Isso posto, é cediço que, não obstante o conceito de “mulher honesta” tenha sido excluído da tipificação vigente dos crimes sexuais, isso, por si só, não é suficiente para suprimir a “lógica da honestidade” que, historicamente, a ampara. É dizer, “*por tratar-se de um complexo e antigo sistema de opressão (...) essa discriminação em relação às mulheres não supera totalmente com uma simples alteração legislativa*” (ROSSI, 2015, p. 47).

Como será demonstrado, o pressuposto da honestidade da mulher ainda permanece implicitamente auferido quando da atuação jurisdicional na valoração da palavra da vítima.

E isto porque, diante das dificuldades probatórias intrínsecas aos crimes sexuais, a instrução processual geralmente se desenvolve pela contradição entre as narrativas do acusado e da ofendida, ocasião em que caberá ao magistrado, com notório subjetivismo, decidir a qual versão conferir credibilidade, aperfeiçoando o seu convencimento. Isso se dá, primordialmente, pela avaliação de seu comportamento pregresso, com vistas ao enquadramento, ou não, nos aludidos padrões. É este fenômeno que será analisado no próximo tópico.

4 A VALORAÇÃO DA PALAVRA DAS MULHERES VÍTIMAS DE ESTUPRO

4.1. Dificuldades probatórias: as declarações da vítima

Como já adiantado no curso da tese, os crimes sexuais raramente podem ser comprovados por meios de prova materiais, documentais ou testemunhais.

São crimes clandestinos, praticados longe de testemunhas, em locais ermos, isolados ou em ambientes privados (COULOURIS, 2004, p. 70). Não raro testemunhas são arroladas para discorrer sobre os fatos em litígio, mas poucas vezes presenciaram a prática e podem contribuir, efetivamente, para a sua reconstrução histórica. Os depoimentos, nesse sentido, geralmente se cingem a apoiar as teses de acusação ou de defesa com base em opiniões pessoais sobre o passado dos envolvidos, senão a relatar indícios.

Quanto ao exame de corpo delito, geralmente não é conclusivo.

Como exposto, o tipo objetivo do estupro configura-se pelo constrangimento mediante violência ou grave ameaça à prática de ato libidinoso. A violência é a agressão física, *vis corporalis*; a grave ameaça, a violência moral, *vis compulsiva*. Como tal, quando perpetrado mediante grave ameaça o estupro não deixa vestígios do constrangimento, configurando, por

sua própria natureza, *delicta facti transeuntis*. Quando perpetrado mediante violência, pode deixar vestígios eventualmente constatáveis pelo exame pericial, como marcas de agressão.

Ocorre que, mesmo nesses casos, o exame, em regra, nada comprova, principalmente quando a vítima, à ocasião dos fatos, é adulta e não-virgem (*id.*, 2010, p. 18). Isto porque, para além do constrangimento ilegal do agente, deve-se demonstrar, também, o ato libidinoso em si e a efetiva resistência da vítima, o seu dissenso.

É dizer, ainda que comprovada a violência, daí não se conclui, de pronto, que houve relações sexuais não consentidas. Essas relações tanto podem ser a conjunção carnal, que eventualmente deixa vestígios, como quaisquer outros atos libidinosos, inclusive práticas pouco invasivas, como o beijo lascivo. Diversamente, se comprovadas as relações sexuais, daí não se conclui, diretamente, que elas não foram consentidas; ou, mesmo que não consentidas, que a vítima efetivamente transpareceu seu dissenso de modo claro e positivo.

Assim sendo, o estupro pode consumar-se por um espectro amplo de variáveis. Em um extremo, mediante grave ameaça a práticas como a contemplação lasciva, em que sequer há toque na vítima. Em outro, mediante violência física à conjunção carnal. É dizer, diante de toda a gama de possibilidades de se praticar o estupro, poucas são aquelas em que sequer na teoria poderiam ser comprovados tanto o constrangimento, quanto a resistência da ofendida e o ato libidinoso, por perícia.

Mesmo nos extremos em que essa constatação teoricamente é viável, ainda assim é raro um exame de corpo delito conclusivo. Como dispõe Coulouris (*ibid.*, p. 19), além de extremamente difícil comprovar que houve uma conjunção carnal - ou, em especial, os “outros atos libidinosos” de que trata o tipo -, quando o ato sexual é constatado é preciso também comprovar que não houve consentimento. Pior, que o dissenso foi expresso de modo claro e positivo, vencido pela agressão física ou moral do agente.

A rígida exigência probatória do crime conjuga-se, ainda, com o fato de que “*a grande maioria das vítimas de estupro não apresenta lesões ou apresenta lesões leves*” (*ibid.*, p. 18), a dificultar a constatação do constrangimento. De mesmo turno, com o fato de que a maioria das vítimas registra a violência após as quarenta e oito horas tecnicamente necessárias para a análise, a dificultar a constatação do ato sexual. Mesmo quando se apresentam nesse tempo, todavia, ainda assim o exame raramente é conclusivo, máxime quando a vítima já não era virgem. Não suficiente, mesmo a perda da virgindade não é determinada com precisão, dada a possibilidade de não rompimento do hímen, o chamado “*hímen complacente*” (*ibid.*, p. 18).

Em conclusão, não obstante o exame de corpo delito tenha o potencial de comprovar a materialidade do crime de estupro, pela própria natureza do tipo isso não é comum.

É dizer, “*a comprovação material do delito de estupro constitui uma das questões de maior dificuldade, notadamente quando inexistem outros registros de fato, senão as declarações da vítima*” (ESTEFAM, 2020, p. 768).

Nesse sentido, Nucci sustenta que o exame é prescindível, “*podendo-se demonstrar a ocorrência do estupro por outras provas, inclusive pela palavra da vítima, quando convincente e segura*” (NUCCI, 2020b, p. 958). E isto porque, mesmo nos casos em que há violência, “*o estupro pode ocorrer através de vias de fato, que não deixam marcas visíveis e passíveis de constatação por exame delito*” (*ibid.*, p. 958). De toda a sorte, havendo vestígios a perícia é obrigatória, como dispõe o art. 158, *caput*, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), ainda que não indispensável (art. 167), se revelada infrutífera.

Inconteste a dificuldade probatória dos crimes sexuais, *in casu* do crime de estupro (art. 213, Código Penal), a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo o especial valor probante das declarações da vítima.

Geralmente o único meio de prova idôneo à reconstrução histórica da acusação, a palavra da ofendida, quando coerente, harmônica e consonante com os demais elementos dos autos, tem sido admitida como suficiente à condenação do réu.

Conforme o entendimento de Nucci (2020a, p. 497), exposto outrora, “*a palavra isolada da vítima, sem testemunhas a confirmá-la, pode dar margem à condenação do réu, desde que resistente e firme, harmônica com as demais circunstâncias colhidas ao longo da instrução*”.

Em mesmo ressoar, aduz Estefam (2020, p. 768):

“*Não tendo ocorrido contatos sexuais mais intensos (...), e sem que tenha havido utilização de violência, somente grave ameaça, a palavra da vítima ganhará relevo e poderá, sempre analisada em confronto com outros elementos de informação, assumir papel decisivo no deslinde do processo penal*”.

Badaró, por seu turno, conquanto não desconheça a importância probante das declarações da vítima no processamento de crimes sexuais, afirma hermenêutica diversa, conforme a qual “*(...) a palavra do ofendido, quando isolada, e sem estar corroborada por outros elementos de prova, ainda que circunstanciais, não pode ser considerada fundamento suficiente para a condenação*” (BADARÓ, 2015, p. 463).

Isso posto, é certo que, no caso concreto, deve-se empregar todos os meios de prova em direito admitidos para elucidar os fatos em litígio. Todavia, diante da reconhecida escassez de meios de prova idôneos à comprovação dos crimes sexuais, as declarações da vítima

adquirem particular relevância, sendo imprescindíveis à formação de convencimento do magistrado quanto ao objeto da denúncia.

Reconhecer essa força probante não implica, à obviedade, rebaixar o elevado *standard probatório* exigido no Direito Penal, tampouco renunciar ao *in dubio pro reo* que recai em benefício do acusado. Implica, tão somente, que a narrativa da vítima, se convincente, pode vir a aperfeiçoar a certeza do magistrado quanto ao juízo de fato, amparando uma decisão condenatória. Com efeito, a valoração não é automática, mas casuística.

O especial valor probante das declarações das vítimas de crimes sexuais, amparada por parcela da doutrina, tem-se tornado pacífica na jurisprudência pátria, encontrando respaldo inclusive nos Tribunais Superiores.

Segue julgado do C. Superior Tribunal de Justiça (STJ) nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. OFENSA AO ART. 619 DO CPP. ENFRENTAMENTO DOS PONTOS RELEVANTES À SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR ALEGADA FALTA DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PALAVRA DA VÍTIMA. ESPECIAL RELEVÂNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.”

(...)

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte superior, nos crimes sexuais, a palavra da vítima possui especial relevo, tendo em vista sobretudo o modus operandi empregado na prática desses delitos, cometidos, via de regra, às escondidas.”

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.784.535 - AM 2020/0289625-5, Relator: Min. Olindo Menezes, Julgamento: 15 jun. 2021, Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 18 jun. 2021).

Em mesmo ressoar:

“É cediço por este Tribunal Superior que a palavra da vítima, como espécie probatória positivada no art. 201 do CPP, nos crimes praticados – à clandestinidade – no âmbito das relações domésticas ou nos crimes contra a dignidade sexual, goza de destacado valor probatório, sobretudo quando evidencia, com riqueza de detalhes, de forma coerente e em confronto com os demais elementos probatórios colhidos na instrução processual, as circunstâncias em que realizada a empreitada criminosa”.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.275.084 - TO 2018/0081488-7, Relatora: Min. Laurita Vaz, Julgamento: 28 maio 2019, Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 05 jun. 2019).

Por conseguinte, a doutrina e a jurisprudência têm pacificado o entendimento de que, nos crimes sexuais, as declarações do ofendido adquirem especial valor probante. Segura e

coerente, a palavra da vítima, contrastada com os demais elementos de prova dos autos, pode aperfeiçoar o convencimento do magistrado, fundamentando uma decisão condenatória.

A valoração probatória dessas declarações, todavia, é notoriamente subjetiva, privando-se dos critérios racionais e lógicos oriundos da epistemologia. Como será demonstrado, por vezes reproduz o viés de gênero dos magistrados, amparando a lógica da honestidade intrínseca à criminalização do tipo.

4.2. A aferição do comportamento pregresso das partes

Como analisado até então, os processos judiciais de estupro, à semelhança dos demais crimes sexuais, caracterizam-se por uma realidade probatória ímpar. Em face de um exame de corpo delito inconclusivo e da inexistência de prova testemunhal idônea, a instrução se desloca à perquirição do comportamento pregresso das partes, auferindo-se as declarações da vítima, naquele caso, devem ou não adquirir especial valor probante.

O fenômeno da reconstrução histórica das acusações de estupro foi estudado com profundidade por Daniella Georges Couloris, em duas ocasiões: em sua dissertação de Mestrado (2004) e em sua tese de Doutorado (2010), sobre processos penais sentenciados, respectivamente, de 1995 a 2000, e de 2000 a 2005.

Extremamente relevante em sua pesquisa foi a conclusão de que, no tocante à vida pregressa dos envolvidos, é comum a aferição de seu comportamento social e sexual, enquadrando-o em certas categorias de diferenciação que auxiliam no processo de interpretação dos indícios dos autos, em uma suposta tentativa de reconstrução da verdade.

É dizer, o aparente benefício processual conferido às vítimas de estupro, consistente na prerrogativa de ter as suas declarações compreendidas como meios de prova suficientes à condenação, acaba por sustentar um fenômeno de desconfiança em relação à sua palavra. Ausentes outros elementos probatórios que sustentem a acusação, a narrativa da ofendida, enquanto único meio probante, é contestada frente à narrativa do acusado, com vistas a se auferir se é consistente e harmônica, consonante com os demais elementos dos autos.

Nesse ressoar, Couloris (2010, p. 55) sustenta que a “*desconfiança em relação à palavra da vítima (...) é a engrenagem que movimenta os processos*”, partindo-se do pressuposto de que o ato sexual não ocorreu ou foi consentido, cabendo à vítima demonstrar o contrário. Essa suposta demonstração dar-se-ia pelo interrogatório exaustivo sobre aspectos anteriores ou posteriores à violência, questionando-se o seu comportamento em sociedade e quanto à própria sexualidade.

A desconfiança em relação à palavra da mulher é uma manifestação social, estudada pela sociologia, compreendida perante as teorias de gênero e perceptível no âmbito das ciências jurídicas.

Transcreve-se trecho de difícil leitura de Hungria, Lacerda, Fragoso (1981, p. 116-118), do curso do século XX, tratando da prova no crime de estupro:

“Quando a queixosa, isenta de qualquer lesão corporal, afirma ter sido violentada por um só agente, suas declarações devem ser recebidas com a máxima reserva ou desconfiança. Como já assinalamos, o êxito da violência física com unidade de agente não é crível ou, pelo menos, rarissime accidit. (...) Cumpre, entretanto, precatar-se contra a simulação (não infreqüente (sic) para apoiar acusações de estupro). Algumas vezes (como demonstra a experiência), a pretensa vítima (levada por espírito de vingança ou por chantagem) produz em si mesma equimoses por meio da sucção com a boca; outras vezes, obtém-nas esfregando a pele com uma lâmina de chumbo ou um colorante, etc. Há ainda as chamadas equimoses espontâneas (sobretudo nas histéricas).”

Ainda hoje, na verdade, não raro a doutrina e a jurisprudência ressaltam a bíblica “Síndrome da Mulher de Potifar”, alegórica quanto à simulação de estupro por uma mulher que, por vingança, busca incriminar o parceiro que a rejeitou (NUCCI, 2012, p. 40).

É bem verdade que, ao menos no campo teórico, uma mulher poderia se alegar vítima de violência sexual com vistas a incriminar falsamente outrem. Todavia, a crença generalizada de que isso é recorrente foi o que, no curso de nossa história legislativa, amparou o ideário de que apenas a mulher dita “honesto” poderia ser vítima de estupro. De mesmo turno, é o que, atualmente, sustenta a noção de que os julgadores devem conseguir diferenciar, dentre todas as vítimas que, supostamente, poderiam, em suas declarações, prejudicar um inocente por vingança ou chantagem, quais delas efetivamente estariam dizendo a verdade.

Esse cenário, todavia, em que se reconhece ao magistrado o poder de nomear, dentre os indivíduos, quais homens teriam o “perfil de estuprador” e quais mulheres teriam o “perfil de vítima”, no contraste entre crença e descrença à sua palavra, torna o fenômeno instrutório desses crimes notoriamente subjetivo e, frisa-se, arbitrário, amparado em generalizações preconceituosas sobre padrões de gênero, estranhas ao Direito Processual Penal.

Como elucida Coulouris (2010, p. 90), “*no regime de verdade do exame, não se trata mais de ‘descobrir’ a verdade. Mas, sim, de observar, avaliar, classificar os indivíduos através de seus comportamentos ‘passados’ (...) para projetar um comportamento futuro*”.

Distinguem-se os homens “normais” dos “anormais”; os “cidadãos de bem” dos que efetivamente poderiam cometer estupro, os “inimigos”. Já as mulheres são distinguidas entre as “honestas”, plenamente conformadas aos padrões sociais e sexuais de gênero, sujeitas ao

estupro por “*anormais*”, das demais, cujas declarações, pela “Síndrome da Mulher de Potifar”, devem ser vistas com cautela e, salvo comprovação irrefutável, rechaçadas.

Realmente, “*para ser considerado estupro é preciso que o ato seja praticado em determinadas situações, contra determinadas vítimas e por determinados homens*” (*ibid.*, p. 64). É essa situação, e não a supostamente racional e neutra reconstrução histórica dos fatos, que se busca auferir a partir das circunstâncias pessoais dos envolvidos, elementos que sequer deveriam ser objeto de perquirição probatória.

Esse fenômeno não é recente. Em pesquisa intitulada “*Estupro: Crime ou ‘Cortesia’? Abordagem Sociojurídica de Gênero*” (PIMENTEL, SCHRITZMEYER, PANDJIARJIAN, 1998a), foram analisados 50 processos judiciais de estupro e 101 acórdãos, com o intuito de verificar se, no curso da construção da verdade, o julgamento do acusado se confundiria, por vezes, com o próprio julgamento moral da vítima.

Em conclusão, aos autoras apontaram que “*a atuação do Poder Judiciário continua reproduzindo, acriticamente, estereótipos e preconceitos sociais, inclusive de gênero, impedindo, assim, a efetivação da igualdade, calcada em princípios de solidariedade, equidade e justiça*” (*id.*, 1998b, p. 63).

Conforme sustentam, estereótipos, preconceitos e discriminações de gênero estão presentes em nossa cultura e profundamente enraizados na consciência dos indivíduos, sendo absorvidos, ainda que inconscientemente, pelos operadores do Direito. As vítimas e os acusados teriam seus comportamentos progressos julgados durante o processo, em conformidade com os papéis de gênero tradicionalmente imputados aos homens e às mulheres.

No tocante à ofendida, os aspectos de sua vida sexual, afetiva e familiar teriam especial relevância. Na prática, para se classificarem como vítimas de estupro as mulheres teriam de se enquadrar no arcaico conceito jurídico de “mulher honesta”, não obstante já não persistisse esse requisito na redação do tipo.

Em seus termos, “*prevalece, pois, o julgamento moral da vítima em detrimento de um exame mais racional e objetivo dos fatos*” (*ibid.*, p. 64). Ainda que a palavra da vítima constituísse o vértice das provas nos crimes sexuais, então crimes contra os costumes, as autoras concluem que pouco ou nenhum valor seria atribuído às suas declarações se não fosse demonstrado, incontrovertivamente, a sua “honestidade”.

Daí porque, em estratégia retórica, tanto a defesa quanto a acusação teceriam argumentos em torno do enquadramento ou não da ofendida nesse conceito, por vezes que a

estereotipia seria determinante ao resultado do juízo de fato. No lugar do clássico princípio do *in dubio pro reo*, prevaleceria o que chamaram de “*in dubio pro stereotypo*” (*ibid.*, p. 66).

Essa visão é amparada por Gabriela Perissinotto de Almeida (2017), que elaborou sua dissertação de Mestrado analisando 63 sentenças judiciais de estupro proferidas em 2016.

Conforme sustenta, os estereótipos são usados como heurística, isto é, como atalhos cognitivos na tentativa de reduzir a incerteza no momento da tomada de decisão ou em julgamentos sobre um determinado grupo. Decorrem de processos de categorização do entorno, agrupando certos grupos a partir de características comuns e generalizando a sua reiteração para todos os indivíduos desse coletivo. O gênero, nesse sentido, seria uma dimensão fundamental de categorização, na medida em que conjuga preconceitos e estereótipos sociais de raízes históricas, compartilhados a ponto de soarem consenso, regras válidas da experiência.

Sob essa ótica, os padrões de gênero atuariam a nível sociocultural de construção da realidade. O chamado viés de gênero, no contexto de decisões judiciais, refletiria o direcionamento do juiz a partir de noções pré-concebidas dos papéis sexuais, em detrimento a julgamentos justos e imparciais no caso concreto. Em certos aspectos, o senso comum seria levado em consideração até mesmo em detrimento a provas idôneas produzidas em contraditório. É dizer, “*os indivíduos, conscientemente ou não, ancoram suas impressões em todo esse arsenal de mitos, o que produz efeitos claramente discriminatórios*” (*ibid.*, p. 42).

A influência de estereótipos de gênero na interpretação dos crimes sexuais é facilmente perceptível. Como exposto na segunda parte da tese, pela redação atual do crime de estupro (art. 213, Código Penal) o núcleo típico pode ser cometido por “grave ameaça”, de sorte que prescinde de efetiva violência física do agente. De mesmo turno, dá-se por “*conjunção carnal*” ou “*outro ato libidinoso*”, não pressupondo, necessariamente, o ato sexual em si, senão qualquer ato de libidinagem, de conteúdo lascivo. Por fim, o termo “*stranger*” denota dissenso da vítima, ou seja, não consentimento ao ato, mas isso não implica que a vítima tenha de oferecer resistência física, heróica, ao infrator.

Não obstante essas considerações, o conceito de estupro no imaginário dos agentes jurídicos ainda reflete aquele que persiste no imaginário popular *lato sensu*, a saber, o ato violento, praticado substancialmente por um desconhecido agressivo e perverso contra uma mulher inocente, recatada, honesta (COULOURIS, 2004, p. 11). Daí porque, realmente, acusações de estupro contra conhecidos raramente prosperam, bem como aquelas em que a vítima não demonstra sinais claros de agressão extrema, a comprovar irrefutavelmente que o dissenso foi declarado de modo claro e efetivo.

O conceito clássico e enviesado de estupro, com efeito, é a principal referência ao paradigma da desconfiança em relação à palavra da vítima. Partindo de vieses discriminatórios de gênero, a prática jurídica, sob o discurso de máximas da experiência, constrói o perfil da “*verdadeira vítima*” (*id.*, 2010, p. 97) de estupro, identificada a partir de sua sexualidade. Aspectos pessoais e absolutamente alheios à reconstrução histórica dos fatos, como o histórico sexual da vítima, seu modo de vestir, comportamento e condição familiar, por exemplo, são resgatados e discutidos nas instâncias jurisdicionais como elementos idôneos a demonstrar se ela teria ou não sido violentada.

Como aduz Coulouris (*ibid.*, p. 97), “*de acordo com os discursos midiáticos e jurídicos, o estupro só aconteceu realmente quando a vítima e o acusado encarnam determinada sexualidade masculina e determinada sexualidade feminina, respectivamente*”. Ainda que os meios probatórios a embasem, a tese acusatória tende a prosperar apenas quando esses estereótipos de gênero são satisfeitos. Casos que muito destoem dificilmente dão azo a uma condenação, ainda mais quando dependerem da valoração das declarações da vítima.

Todo esse fenômeno pode ser compreendido a partir das contribuições criminológicas de Vera Regina Pereira de Andrade, que argumenta que o sistema de justiça criminal tem por finalidade construir a criminalidade de modo seletivo e estigmatizante, reproduzindo material e ideologicamente, no processo, as desigualdades e assimetrias sociais, de classe, gênero e raça, intrínsecas a uma sociedade capitalista patriarcal (ANDRADE, 2005, p. 79).

Nesse sentido, a vitimação e a criminalidade seriam classificações desigualmente distribuídas de acordo com estereótipos, respectivamente, da vítima e do agressor, que operam no sistema comum e jurídico, com o fulcro de reproduzir e legitimar um controle seletivo classista e sexista. Atuaria, destarte, na “*manutenção do status quo social*” (*ibid.*, p. 83).

Com efeito, para a jurista o tratamento jurisdicional dos crimes sexuais refletiria o “*simbolismo de gênero com sua poderosa estereotipia e carga estigmatizante*” (*ibid.*, p. 85).

O estereótipo do homem ativo do espaço público contrasta com o estereótipo do criminoso no processo penal, que é o homem improdutivo, dissonante do padrão esperado ao seu gênero. O estereótipo da mulher passiva do espaço privado, por sua vez, a identifica com o estereótipo da vítima no crime sexual, em contraste com a mulher vil, maliciosa, sedutora. A linha divisória entre a vítima e a mentirosa, acionada na criminalização das condutas sexuais, seria a aludida “lógica da honestidade”, que reparte as “mulheres honestas”, sujeitas ao estupro, das “mulheres desonestas”, cujo comportamento sexual viola a moralidade patriarcal imposta ao gênero feminino.

Retomando a tese de Almeida (2017, p. 69), a partir dos estereótipos de gênero a sociedade cria hierarquias que reforçam a situação de subordinação das mulheres, violando a igualdade e restringindo direitos máxime àquelas que se comportam de maneira contraestereotípica. Em seus termos, esses padrões não apenas consagrariam prescrições de conduta, como naturalizariam a violência contra as mulheres integrando a cultura do estupro.

De raízes históricas e estruturais, os padrões de gênero estariam cristalizados na consciência coletiva de modo tal que, ainda que inconscientemente, seriam absorvidos e reproduzidos também pelos operadores de direito, repercutindo em seu dizer jurisdicional. Seria uma discriminação institucional velada, acobertada “*pelo suposto paradigma de neutralidade que vige no Direito, que naturaliza estereótipos e impõem padrões de conduta, não apenas, mas especialmente às mulheres*” (*ibid.*, p. 70-71).

Daí porque, dentre os estudos casuísticos discutidos nessa tese, há consenso quanto à persistência, ainda hoje, da supracitada “lógica da mulher honesta”, revogada do Código Penal pátrio apenas em 2005.

É dizer, um julgamento de crime de estupro, bem como de qualquer outro crime sexual, não seria, propriamente, a apuração de uma violação a bem jurídico universal, mas “*uma arena onde se julgam simultaneamente, confrontados numa fortíssima correlação de forças, a pessoa do autor e da vítima: o seu comportamento, a sua vida pregressa*” (ANDRADE, 2005, p. 91-92).

Escassos os meios probatórios dos autos, a valoração das declarações das vítimas perpassa pela aferição de sua vida pregressa, que será contrastada com a vida pregressa do acusado, de modo a enquadrá-los, ou não, nos estereótipos de “vítima” e “estuprador”.

Assim ocorre o deslocamento da pauta do julgamento, em especial, do crime para a vida pregressa da mulher, “*de modo que sua conduta familiar, afetiva e sexual será investigada a fim de deliberarem sobre a lisura da sua reputação e, com isso, sobre a credibilidade atribuída à sua palavra*” (ALMEIDA, 2017, p. 96).

Trata-se, efetivamente, da velada percepção da “mulher honesta”, definida por Almeida (*ibid.*, p.100) como:

“*(...) aquela que se comporta de acordo com os padrões de conduta impostos pela sociedade, defende sua honra bravamente e, se for sexualmente agredida, parecerá ser vítima, de modo que se comportará de maneira emotiva e apresentará marcas físicas da violência praticada contra ela, que terá como agressor um desconhecido. Admitidos todos esses pressupostos, a vítima terá sua credibilidade reconhecida pelo juiz*”.

Ainda, para Coulouris (2004, p. 12):

“(...) a configuração do conceito de mulher honesta compreendia a forma de se comportar socialmente, as roupas utilizadas, o tipo de trabalho que realizavam (ou que de preferência não realizavam), o ambiente social que freqüentavam (sic) ou em que residiam, sua adequação à moral sexual discursivamente prescrita em textos legais, orientações religiosas, médicas, familiares, educativas, manuais de etiqueta social e revistas femininas populares no Brasil desde o início do século XX”.

Em suma, à luz da já discutida desconfiança em relação à palavra da vítima a valoração de suas declarações em juízo é feita sob a ótica da honestidade, aferindo se o seu comportamento está ou não em plena conformidade com os padrões de gênero impostos pela moral sexual dominante. Mulheres que destoam desses estereótipos tendem a ser enquadradas como “desonestas” e ter as suas palavras descredibilizadas, principalmente se o acusado não corresponde ao estereótipo de “estuprador”.

Enquanto o estereótipo do feminino se refere sobretudo ao seu comportamento sexual, o do masculino diz respeito ao trabalho, ao prestígio junto à sociedade e à família. Haveria, por certo, um distinção criminológica entre os “homens normais” e os “homens anormais”.

Conforme aduz Coulouris (*ibid.*, p. 72), alguns predicados permitiriam que um homem fosse enquadrado como “normal”, como “cidadão de bem”. Em suma, seria um pai de família, trabalhador, com residência fixa e reputação ilibada. Diferiria do homem “anormal”, doente, mentalmente perturbado e emocionalmente desequilibrado (ROSSI, 2015, p. 58), incapaz para o trabalho, adepto a drogas e à bebida, sem compromisso com a instituição familiar.

Os homens “anormais”, nesse sentido, seriam “predadores sexuais”, procurando suas vítimas e as seduzindo (COULOURIS, 2010, p. 72-73). Os homens “normais”, por outro lado, não seriam, nesse imaginário, sequer passíveis de cometer estupro (*id.*, 2004, p. 71). Se cometesssem atos sexuais aparentemente não consentidos, poderiam ter sido seduzidos e influenciados por “mulheres desonestas”, ou mesmo não ter compreendido o dissenso, que não fora externado de modo claro e preciso.

É dizer, quanto a vítima se enquadre no arcaico estereótipo de “mulher honesta”, ainda assim pode ser descredibilizada se o acusado não se enquadrar no estereótipo de “estuprador”. Isso se dá, principalmente, nos casos em que o suspeito é conhecido, como o parceiro, um vizinho ou um familiar (ALMEIDA, 2017, p. 108-109). Quando esse é o caso, levanta-se novamente a temida “Síndrome da Mulher de Potifar”, suspeitando-se que a vítima poderia estar mentindo, movida, por exemplo, por vingança ou interesse financeiro.

Contrariando o senso comum, porém, os crimes sexuais não são delitos perpetrados unicamente por desconhecidos, integrantes desse suposto perfil de “anormalidade”. Em 2011 (IPEA, 2014a), quanto ao estupro e ao estupro de vulnerável, 88,5% das vítimas eram mulheres, e 70% dos agressores eram seus conhecidos, sejam parentes, namorados ou amigos. Em vítimas adultas, 97,5% eram mulheres, e, 96,66% dos agressores, homens, dentre os quais 60,5% eram desconhecidos. Já em 2017 e 2018 (FBSP, 2019, p. 114-119), 81,8% das vítimas de ambos os crimes eram do sexo feminino, e 96,3% dos agressores eram do sexo masculino. Das vítimas, 75,9% conheciam os autores. Em 2020 (FBSP, 2021b, p. 114), 85,2% dos autores eram conhecidos das vítimas, 96,3% do sexo masculino. Apenas 14,8% dos estupros no Brasil foram de autoria de desconhecidos das vítimas.

É dizer, “*quanto à autoria, sabe-se hoje que os crimes sexuais são condutas majoritárias e ubíquas e não de uma minoria anormal, conforme preconiza o discurso jurídico-penal e criminológico oficial e o senso comum*” (ANDRADE, 2005, p. 95). Muitas vezes a vítima e o autor se conhecem, e os estupradores “*nada têm de tarados, desviados sexuais ou ‘anormais’, mas um vínculo forte com a vítima*” (*ibid.*, p. 95).

Isso também foi demonstrado na pesquisa de Pimentel, Schritzmeyer e Pandjiarjian, que concluíram que, dentre os casos estudados, os réus e as vítimas eram geralmente parentes, amigos, vizinhos ou conhecidos. Em seus termos:

“*Inexiste um só tipo de estuprador e o mais comum é o de indivíduos com uma orientação e vida normais. Não prevalece, portanto, a idéia (sic) de que o estuprador seja necessariamente um ‘anormal’, portador de uma patologia como muitos acreditavam. A maioria dos agressores é de jovens de até 30 anos. A maioria absoluta das vítimas não tinha 18 anos e era virgem à época do estupro, sendo que muitas foram violadas, reiteradamente, desde crianças, por seus próprios pais e padrastos*” (PIMENTEL, SCHRITZMEYER, PANDJIARJIAN, 1998b, p. 63).

Com efeito, o estupro não é uma agressão isolada, fruto de lapsos psicológicos e emocionais episódicos. No lugar, é uma violência simbólica, física, sexual e psicológica, praticada sobretudo pelo homem contra a mulher. Conforme nota do IPEA (2014a, p. 2), decorre de relações hierárquicas de poder entre os gêneros, reflexo de uma ideologia patriarcal que demarca e perpetua a superioridade do homem, constringindo a mulher a um papel social subalterno.

Assim sendo, percebe-se que a valoração das declarações das vítimas de estupro, casuisticamente, é permeada por estereotipias de gênero estranhas à racionalidade exigida pela epistemologia a essa etapa probatória.

Não raro as mulheres terão a sua vida pregressa investigada à exaustão quanto a fatos absolutamente alheios à acusação. Aspectos como o seu comportamento sexual, as vestimentas que usa, os seus hábitos de lazer, entre outros, em nada se relacionam à controvérsia que deveria ser apurada em instrução, a saber, se o acusado cometeu ou não a agressão sexual, no que concerne à redação vigente do tipo. Esses aspectos da vida pessoal dos envolvidos, ainda que, na teoria processual, não tenham o condão de sustentar um convencimento racional dos fatos, enquanto compreendidos em padrões subjetivos, arbitrários e discriminatórios, no caso concreto ainda são tidos por juridicamente relevantes.

Em decorrência, tanto a acusação quanto a defesa terão como estratégia processual enquadrar os envolvidos em estereótipos distintos, integrantes dessa lógica retrógrada e reducionista fundada em preconceitos de gênero.

Como sustenta Coulouris (2010, p. 49), a defesa buscará provar que o acusado é um “cidadão de bem”, trabalhador, casado, pai de família. Buscará, igualmente, descaracterizar as declarações da vítima, tecendo-a como maliciosa ou vingativa, e o fará demonstrando que não é uma “mulher honesta”, indicando envolver-se sexualmente com muitas pessoas, beber ou usar drogas, vestir-se sem pudor, não conviver com a família, por exemplo. Em paralelo, a acusação argumentará que o réu é o aludido “homem anormal”, violento, inapto ao trabalho e desvirtuado dos valores sociais. Arguirá, também, que a vítima é “honesta”, recatada, trabalhadora, ingênua às práticas sexuais.

É sobretudo a partir do contraponto entre teses narrativas estereotipadas, pois, que, finda a instrução, o magistrado decide por atribuir ou não especial valor probatório à palavra das mulheres vítimas de estupro, na ausência de outros meios de prova idôneos.

4.3. Subjetivismo e revitimização

No curso da tese, demonstrou-se que os crimes sexuais, geralmente praticados na clandestinidade, raramente podem ser comprovados por meios de prova materiais ou documentais. O exame de corpo delito, em geral, é inconclusivo, e poucas vezes o ato é flagrado por testemunhas diretas. Frente a essa cediça escassez probatória, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecendo especial valor probante às declarações das vítimas, desde que consistentes, seguras e harmônicas com os demais elementos dos autos. Ainda que controverso, não raro se defende a tese de que a palavra da vítima, isoladamente, poderia inclusive fundamentar uma decisão condenatória.

Ocorre que, diante das pesquisas levantadas neste terceiro tópico, restou evidente que a atribuição de credibilidade às declarações da vítima decorre sobretudo de um método de aferição de sua vida pregressa, em particular quanto ao seu comportamento social e sexual.

Concluindo a sua dissertação de Mestrado, Coulouris aduz que:

“(...) em sua busca pela verdade dos fatos, o sistema jurídico, personificado através da forma de operação de seus agentes – advogados, promotores e juízes, orienta-se de acordo com uma lógica que relaciona o grau de adequação dos comportamentos sociais da vítima e do acusado com a credibilidade de seus depoimentos. Durante nossa pesquisa foi possível constatar que (...), mais do que os fatos em si, serão os perfis sociais dos envolvidos construídos durante o processo que fornecerão os elementos necessários para a visualização do provável resultado da sentença” (id., 2004, p. 9).

Em casos de estupro, pois, a reconstrução histórica dos fatos se desloca à perquirição do comportamento pregresso da vítima e do réu, com vistas a enquadrá-los em estereótipos de “mulher honesta” ou “mulher desonesta”, “cidadão de bem” ou “homem anormal”.

A coerência das declarações da vítima, nesse diapasão, é diretamente influenciada pela credibilidade que, nesse processo, será a ela atribuída, credibilidade esta que se confunde com a percepção tradicional de idoneidade moral. Para Vera Regina Pereira de Andrade, “*a palavra da vítima perde credibilidade se não for ela considerada ‘mulher honesta’, de acordo com a moral sexual patriarcal*” (ANDRADE, 2005, p. 93) ainda vigente na justiça criminal.

Há notório subjetivismo, pois, no fenômeno de valoração jurisdicional das declarações das vítimas de estupro.

A carência de meios de prova idôneos a comprovar essas denúncias instaura um cenário em que a única possibilidade de apurar a materialidade e a autoria do crime é atribuir especial valor probante às declarações das vítimas. Por óbvio que a narrativa do ofendido deve ser analisada com cautela, por vez que, efetivamente, se sujeita a distorções psicológicas, emotivas e sensitivas esperadas de quem esteve diretamente envolvido na violência. Por conseguinte, naturaliza-se a atividade de reconstrução dos fatos a partir do levantamento de aspectos da vida pregressa dos envolvidos, de modo a concluir, pela colisão de versões narrativas contrapostas, qual deve prevalecer.

Ocorre que, como exposto, a perquirição da credibilidade da palavra da vítima, ao menos nos casos de estupro praticado pelo homem sobre a mulher, transcende um juízo meramente racional e neutro dos fatos, acabando por reproduzir estereótipos discriminatórios de gênero. Qualidades aparentemente isonômicas, como a coerência das declarações, a firmeza e a segurança da declarante, o seu estado emotivo e a consistência da narrativa com os

demais elementos dos autos, casuisticamente são usados para ocultar um juízo sobretudo moral da vítima e do acusado.

“Tal como naquele período, o saber jurídico nos casos de estupro estudados ainda está permeado por elementos de gênero, classe e etnia. O próprio conceito de estupro presente no imaginário dos agentes jurídicos é composto de elementos de valoração, de critérios de diferenciação entre indivíduos em nossa sociedade.”

(...)

O resultado é uma prática jurídica que observa os comportamentos sociais dos indivíduos de forma a estabelecer partilhas, criar conceitos, classificar indivíduos e, assim, organizar de forma racional e positiva a sua produção da verdade jurídica, a verdade que toma a sua forma legítima, sob a forma de sentença” (COULOURIS, 2004, p. 220-221).

Partindo da “lógica da honestidade”, estrutural na história jurídico-legislativa pátria, os agentes jurídicos levantam aspectos pessoais da vida da vítima, sobretudo em seus aspectos sexual e familiar. A “mulher honesta” é a vítima de estupro por excelência, ao passo que a “mulher desonesta” poderia estar maliciosamente imputando o delito ao réu com o intuito de satisfazer interesse financeiro ou sentimento de vingança.

O acusado, em paralelo, também passa pela perquirição de seu enquadramento em estereótipos de gênero. Enquanto a integridade e a lisura da mulher remontam principalmente ao seu comportamento sexual, o homem é julgado máxime de acordo com seu trabalho, sua postura em uma sociedade produtiva. O “homem normal”, “cidadão de bem”, é incapaz de cometer estupro, enquanto o “homem anormal”, o “inimigo”, é psicologicamente deturpado, maníaco, e geralmente desconhece a vítima.

Dependendo do resultado desse juízo de valor, pois, tender-se-á a reconhecer ou não a prática do estupro, amparando resultados por vezes até desconexos dos efetivos indícios constantes dos autos: “(...) os resultados de alguns processos, independentemente do convencimento dos julgadores de que determinado episódio descrito pela vítima possa ter, de fato, ocorrido (...), as absolvições dos acusados são previsíveis” (*id.*, 2010, p. 227).

Com efeito, não raro os critérios adotados para valorar as declarações das mulheres vítimas de estupro são puramente subjetivos, conexos à percepção moral e estereotipada do julgador sobre a personalidade dos envolvidos. O juízo moral é velado, oculto por um discurso jurídico que resguarda a aparência racional e neutra do Poder Judiciário, teoricamente alheio a subjetivismos.

Não obstante, “*o discurso jurídico, tal como o concebemos, não pode ser considerado neutro, pois está organizado através de critérios de diferenciação*” (*id.*, 2004, p. 221). Realmente:

“(...) é uma ilusão falar em imparcialidade jurídica, uma vez que, ao julgar um processo de estupro, os magistrados não analisam tão somente o caso em si, mas principalmente o comportamento social do autor e da vítima em conformidade com os papéis impostos socialmente – os chamados estereótipos de gênero -, o que acaba reproduzindo as desigualdades existentes entre homens e mulheres, bem como naturalizando ou justificando a violência sexual sofrida pela ofendida” (ROSSI, 2015, p. 81).

Assim sendo, a vítima que denuncia um caso de estupro acaba por se sujeitar a um extenso processo de exposição de sua vida pessoal, com vistas a demonstrar se, a partir de sua moralidade, seria “*uma vítima real e não simulada*” (ANDRADE, 2005, p. 93). O constrangimento e a humilhação inerentes a esse processo promovem a chamada “*violência institucional*” (*id.*, 1997, p. 108), uma “‘*duplicação’ da violência de gênero*” (PIMENTEL, SCHRITZMEYER, PANDJIARJIAN, 1998b, p. 68).

A reprodução desse fenômeno em nossas instâncias jurisdicionais consagra um ambiente hostil para as mulheres vítimas de estupro, o que contrasta com a elevada cifra oculta do delito: em pesquisa de 2013 (SENASA, 2013, p. 189), apenas 7,5% das vítimas de ofensas sexuais do período teriam notificado a polícia.

Realmente, é razoável inferir que muitas mulheres deixam de denunciar o crime pelo medo de que sua palavra não seja credibilizada, ou que o agressor não seja punido. Fatores que “*mostram que os espaços do Judiciário não são acolhedores para as mulheres e evidenciam os múltiplos obstáculos que impedem o acesso das mulheres à justiça*” (ALMEIDA, 2017, p. 77).

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa se desenvolveu sobre o fenômeno de valoração probatória das declarações das mulheres vítimas de estupro.

Como exposto em introdução, os crimes sexuais, de um modo geral, são praticados em locais ermos, isolados ou em ambientes privados. Enquanto clandestinos, raramente são flagrados por testemunhas cuja oitiva pode contribuir, com eficácia, à instrução. O exame de corpo delito, muito estimado, também tende a ser inconclusivo, principalmente quando a vítima, à ocasião dos fatos, é adulta e não virgem. Para além do constrangimento violento à conjunção carnal, aliás, o estupro pode ser perpetrado por ameaça, inclusive à prática de atos libidinosos pouco invasivos como, no extremo, o beijo lascivo. Por conseguinte, sequer na teoria a perícia é idônea a comprovar a autoria e a materialidade do crime, quanto mais no caso concreto, em que diversos elementos podem prejudicá-la.

Nesse cenário, os crimes sexuais, por sua própria natureza, são delitos de difícil comprovação por meios documentais, materiais ou testemunhais. Diante dessa evidente escassez probatória, a doutrina e a jurisprudência, visando a coibir a imunidade, vêm consolidando o entendimento de que, especificamente nesses casos, as declarações das vítimas em juízo adquirem especial valor de prova, desde que seguras, convincentes e harmônicas com os demais elementos dos autos. Em algumas visões, seriam inclusive suficientes para, isoladamente, fundamentar decisões condenatórias, na ausência de outros meios idôneos.

Não desconhecendo a divergência doutrinária quanto ao ponto, é inegável que, em processos de estupro, a narrativa do ofendido é essencial ao adequado aperfeiçoamento do juízo de fato, amparando a instrução probatória ao ser corroborada, ou confrontada, com os demais indícios e provas eventualmente levantadas pelas partes.

Ocorre que, no caso concreto, não há critérios claros e objetivos que determinem em quais situações a palavra da vítima efetivamente deve adquirir credibilidade, isto é, ser valorada como meio probatório relevante. Essa decisão é tomada, sobretudo, a partir de critérios abstratos cujo contorno é casuisticamente definido pelo magistrado, posteriormente reduzidos a fundamentos jurídicos que, ao menos na aparência, são neutros e racionais.

Identificar esse vácuo hermenêutico foi o principal propulsor da escolha do tema, haja vista que o fenômeno parece remontar a um subjetivismo que é estranho ao Direito Processual Penal, ao menos em um sistema acusatório de inspiração democrática. Tinha-se, realmente, a hipótese de que, dentre as causalidades que poderiam influenciar na atribuição de

credibilidade às declarações das vítimas, preponderava o seu enquadramento, ou não, em padrões discriminatórios inerentes à moral sexual dominante. Ou seja, a tese de que, ainda hoje, a “lógica da honestidade” da mulher, estereotipada e retrógrada, ainda seria reproduzida por nosso sistema de justiça criminal.

Essa hipótese foi desenvolvida a partir de três etapas, conforme segue.

A primeira etapa da pesquisa se voltou ao estudo da teoria da prova no âmbito da ciência processual. O objetivo, aqui, era entender como se dava, em uma perspectiva epistêmica, a construção da verdade no processo penal, em particular no que concerne à valoração dos meios de prova erigidos em instrução. É dizer, visava-se a compreender de que forma se aperfeiçoava a convicção do magistrado quanto ao juízo de fato, quando deparado com meios de prova idôneos de conteúdo contraposto.

Como imaginado, a busca da verdade, em si mesma, é tida como um fator de legitimidade da prestação jurisdicional. Conquanto a verdade absoluta, em sentido correspondentista, fuja à compreensão humana, atingi-la deve ser o norte de toda a atividade probatória. Consequentemente, as decisões judiciais só serão legítimas quando pautadas em elevado grau de probabilidade na representação dos fatos por desdobramento das provas debatidas, caso contrário não haverá racionalidade, mas arbítrio.

Assim sendo, a obtenção desse conhecimento probabilístico em juízo pressupõe que o método empregado para valorar os meios de prova disponíveis seja, efetivamente, racional, tornando o convencimento do magistrado passível de controle intersubjetivo.

Com efeito, cabe à epistemologia delimitar o método adequado para se reputar verdadeiro um conhecimento fundado em provas. A partir do raciocínio lógico, é possível considerar racionalmente que um enunciado fático é preferível a outro com ele incompatível ou apenas divergente, diante da maior corroboração do primeiro. É a racional e motivada valoração das provas legitimamente produzidas que ampara a convicção do juiz em um sistema de livre convencimento motivado, a verificar se a hipótese fática deve ou não ser considerada verdadeira.

Em outros termos, e em reiteração: há um controle epistêmico a ser exercitado sobre a atividade jurisdicional de valoração probatória, que não se reduz à mera opinião irracional e arbitrária do julgador. Não atingido o sucedâneo de certeza exigido por lei à comprovação de um determinado fato, a questão deve ser resolvida pela dúvida, conforme as regras de distribuição do *onus probandi* em sua acepção objetiva.

Esclarecida a importância do saber epistêmico na teoria da prova, em particular quanto à valoração probatória e à formação de convencimento do magistrado, buscou-se, em uma

segunda etapa, compreender como se deu, no Brasil, a evolução jurídico-legislativa do crime de estupro, identificando as suas particularidades.

O objetivo principal, aqui, era entender de que forma a criminalização pátria das violências sexuais incorporava o moralismo sexista da época sobre o corpo e o comportamento social das mulheres, com vistas a se interpretar criticamente a atual redação do tipo, aparentemente neutra e isonômica. Em resultado, logrou-se evidente que o fator “honestidade” da mulher sempre foi essencial à configuração do tipo, senão como elemento objetivo do injusto, ao menos como causa de gradação da pena.

É bem verdade que, desde os primórdios da história, as violências sexuais sempre deram azo a respostas penais recrudescidas, como a mutilação no Egito Antigo e, por muito tempo, a pena capital por influência do Direito Romano. Todavia, o bem jurídico tutelado não era, propriamente, a liberdade sexual da mulher, senão, em um primeiro momento, o patrimônio do chefe familiar, e, então, a moral e os bons costumes à luz dos valores cristãos, sobretudo no decorrer dos séculos XVI e XVII. Não por outra razão, o crime, em geral, era muito mais gravoso quando perpetrado sobre mulher virgem, provocando a *defloratio*.

No ordenamento nacional, a criminalização do estupro remonta ao Período Colonial, com as Ordenações do Reino. As Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas seguiam a tradição romana, distinguindo o “estupro voluntário”, cometido sobre mulher “virgem” ou viúva “honesta”, do “estupro violento”, que admitia “escravas” e “prostitutas” como sujeito passivo. A “honestidade” da vítima, pois, influía diretamente na qualificação jurídica do tipo.

Feitas as devidas ressalvas, essa tendência foi mantida nos diplomas legislativos subsequentes. O Código Criminal do Império, de 1830, enquadrava o estupro no capítulo dos crimes contra a “segurança da honra” e previa como sujeito passivo apenas a “mulher honesta”, reservando a violência à “prostituta” a modalidade menos gravosa. O Código Penal da República, de 1890, também o fazia, distinguindo os delitos perpetrados sobre “mulher virgem ou não, mas honesta” e sobre “mulher pública ou prostituta”, reunidos no título “*Da corrupção de menores, dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor*”.

Como se nota, o crime de estupro, à época, tutelava o bem jurídico da honra da mulher e, principalmente, de sua família. O próprio Código Penal de 1940 ainda reproduzia preceitos arcaicos sobre a moralidade sexual feminina. Os crimes sexuais se inseriam no título “*Dos Crimes Contra os Costumes*”, resguardando o pudor público sobre a efetiva dignidade sexual da vítima. Embora o delito de estupro já não aludisse expressamente à “honestidade” da mulher, o termo persistia na redação de crimes como a posse sexual mediante fraude, bem

como, o de “virgindade”, em tipos como a sedução. A efetiva neutralização sexista só sobreveio na primeira década dos anos 2000, com as Leis 11.106/2005 e 12.015/2009.

Pelo exposto, ficou nítido que, seja como elemento constitutivo do injusto ou como causa qualificadora, a honestidade da mulher sempre foi condição relevante à avaliação jurisdicional do tipo. Trata-se de conceito jurídico-penal que remonta a um moralismo androcêntrico que recai sobre o corpo da mulher e seu comportamento sexual. Enquanto a “mulher honesta” é alinhada aos bons costumes, retendo-se na expressão de sua sexualidade, a “desonesta” é “pública”, “desregrada”, “indecente”.

A chamada “lógica da honestidade”, com efeito, é estrutural à criminalização dos crimes sexuais, que têm a “mulher honesta” como vítima por excelência. Embora o conceito tenha sido excluído da tipificação expressa do crime de estupro, isso, por si só, não é suficiente para impedir que o pressuposto ainda seja reproduzido no imaginário popular e, em reflexo, na interpretação dos agentes jurídicos.

Foi em torno dessa hipótese que se desenvolveu a terceira etapa da pesquisa: a efetiva análise da valoração probatória das declarações das mulheres vítimas de estupro.

Conforme a atual redação do delito, vide artigo 213 do Código penal, o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da pessoa humana, o direito de dispor livremente de suas necessidades e vontades sexuais. O núcleo típico é constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, à prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Com efeito, não pressupõe, necessariamente, violência física nem conjunção carnal, podendo perpetrar-se até mesmo por ameaça à prática de ato de libidinagem menos invasivo, como o beijo lascivo.

Assim sendo, a redação vigente destoa da percepção tradicional do tipo, que seria o ato sexual violento, praticado substancialmente pelo homem desconhecido sobre a mulher “honesta”. No lugar, o estupro poderia ser praticado conforme todo um espectro de possibilidades, sem que em nenhuma delas haja qualquer diferenciação quanto ao sujeito passivo. É dizer, a “moral sexual”, os “bons costumes” e o “pudor público”, são elementos estranhos à atual tipificação dos crimes sexuais, de modo que, independentemente de sua postura quanto à própria sexualidade, a mulher pode ser vítima dessas violências.

Como tal, o enquadramento da ofendida em padrões arcaicos de “honestidade” não tem, atualmente, qualquer vínculo com a tipificação do delito. No lugar, revela verdadeira porosidade do magistrado a concepções sexistas que, até recentemente, ainda eram reproduzidas por nossa disciplina jurídico-penal. A aferição dessa suposta qualidade, todavia, não raro ainda é reproduzida por nossas instâncias jurisdicionais quando da valoração da palavra da vítima.

À ocasião deste trabalho, constatou-se que a persistência do fenômeno foi demonstrada por diversas pesquisas publicadas desde o fim dos anos 1990 até períodos mais recentes, em 2017. A conclusão de todas elas foi consonante quanto à influência dos estereótipos de gênero sobre a formação de convencimento do julgador, máxime em sua decisão de atribuir ou não credibilidade à versão fática narrada pela vítima.

Explica-se. Diante da já discutida escassez probatória inerente aos crimes de estupro, a instrução se desloca da reconstrução histórica dos fatos ao comportamento pregresso dos envolvidos. É inegável que a adoção da palavra do ofendido como meio idôneo de prova deve ser feita com cautela, haja vista que o declarante se sujeita a perturbações psíquicas, físicas e psicológicas, quando da agressão, que podem vir a influenciar em sua narrativa. Não obstante, a decisão de atribuir ou não credibilidade não segue critérios claros e objetivos, sujeitando-se à convicção pouco motivada do julgador.

Esse subjetivismo é estranho ao Direito Processual Penal. Conforme discutido na primeira etapa da tese, a busca da verdade é fator de legitimidade do dizer jurisdicional. Como tal, a valoração dos meios probatórios erigidos em contraditório deve ser feita à luz de uma racionalidade epistêmica que permita o controle intersubjetivo da formação de convencimento. A verdade probabilística deve ser passível de constatação lógica, a ser exaustivamente demonstrada na fundamentação do juízo de fato. A convicção alheia à epistemologia é arbitrária, típica de um sistema de íntima convicção, ora superado.

Daí a problemática do fenômeno. Exposta ao subjetivismo do julgador, a valoração das declarações das mulheres vítimas de estupro acaba, por vezes, a reproduzir vieses de gênero moralistas e conservadores.

Vítimas que se enquadrem no padrão de “mulher honesta” tendem a ter credibilidade perante nossas instâncias jurisdicionais. E isso, em especial, quando a denúncia recai sobre acusado que seja “homem anormal”, ou seja, perturbado psicologicamente, alheio a uma vida produtiva e à instituição familiar, o estereótipo de “estuprador”.

Vítimas que se desviam desse padrão, porém, tidas por “desonestas”, afetas a uma vida sexual moralmente reprovável, dificilmente terão suas declarações valorizadas. De mesmo turno, em particular quando o acusado é “cidadão de bem”, trabalhador, pai de família. Nesses casos, a desconfiança em relação à palavra da vítima, o receio de que a acusação remonte a interesse financeiros ou vingativos da mulher, sujeita à bíblica “Síndrome da Mulher de Potifar”, acaba por preponderar sobre a análise neutra e racional dos fatos.

Em suma, ainda hoje parece haver um julgamento substancialmente moral das mulheres que denunciam casos de estupro. Isso promove o que algumas autoras chamam de

segunda violência de gênero, a violência institucional. A revitimização das mulheres perante o Judiciário, pois, prejudica o acesso à justiça e contribui para a exacerbada cifra oculta dos crimes sexuais, não encontrando fundamento na disciplina jurídica vigente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de. **Estereótipos de gênero sobre mulheres vítimas de estupro:** uma abordagem a partir do viés de gênero e dos estudos de teóricas feministas do direito. 2017. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-05022019-093155/pt-br.php>. Acesso em: 17 jul. 2021.

ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de; NOJIRI, Sérgio. Como os juízes decidem os casos de estupro? Analisando sentenças sob a perspectiva de vieses e estereótipos de gênero. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 825-853, ago. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/244/showToc>. Acesso em: 04 set. 2021.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Seqüencia – Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 16, n. 30, p. 24-36, jan. 1995. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819>. Acesso em: 04 set. 2021.

_____. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?. In: DORA, Denise Dourado (org.). **Feminino Masculino:** igualdade e diferença na justiça. Porto Alegre: Sulina, 1997. p. 105-130. Disponível em: <http://themis.org.br/wp-content/uploads/2015/04/feminino-masculino-igualdade-diferenca-na-justica.pdf>. Acesso em: 04 set. 2021.

_____. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Seqüencia – Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 26, n. 50, p. 71-102, jan. 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1483>. Acesso em: 04 set. 2021.

_____. **A ilusão de segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

AOKI, Luiz Gustavo de Oliveira Santos. **A tutela penal do crime de estupro e o princípio da proporcionalidade.** 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/21860>. Acesso em: 16 jul. 2021.

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. **A interceptação de comunicação entre pessoas presentes como meio de investigação de prova no direito processual penal brasileiro.** 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03092012-090127/pt-br.php>. Acesso em: 13 jul. 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

- _____. **Processo Penal.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** v. 4: parte especial (arts. 213 a 311-A): crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, 08 jan. 1831. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 05 nov. 2021.
- _____. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. **Coleção de Leis da República do Brasil**, 13 dez. 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 05 nov. 2021.
- _____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, 31 dez. 1940a. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 05 nov. 2021.
- _____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, 31 dez. 1940b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 05 nov. 2021.
- _____. Decreto-Lei nº 3.689. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 05 nov. 2021.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Brasília**, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 nov. 2021.
- _____. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 05 nov. 2021.
- _____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 jul. 2021.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.275.084 – TO (2018/0081488-7), Relatora: Min. Laurita Vaz, Julgamento: 28 maio 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 05 jun. 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800814887&dt_publicacao=05/06/2019. Acesso em: 05 nov. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.784.535 – AM (2020/0289625-5), Relator: Min. Olindo Menezes, Julgamento: 15 jun. 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 18 jun. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002896255&dt_publicacao=18/06/2021. Acesso em: 05 nov. 2021.

BUENO, Mariana Guimarães Rocha da Cunha. **Feminismo e direito penal**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-14052012-161411/pt-br.php>. Acesso em: 04 set. 2021.

CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

CECARELLI, Camila Franchitto. **Prova ilícita por derivação no direito processual penal brasileiro**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-31072012-085213/pt-br.php>. Acesso em: 13 jul. 2021.

COULOURIS, Daniella Georges. **Violência, gênero e impunidade: a construção da verdade nos casos de estupro**. 2004. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista, Marília, 2004. Disponível em: <http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Biblioteca%20unesp.pdf>. Acesso em: 29 out. 2020.

_____. **A desconfiança em relação à palavra da vítima e o sentido da punição em processos judiciais de estupro**. 2010. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-20092010-155706/pt-br.php>. Acesso em: 04 set. 2021.

ESTEFAM, André. **Homossexualidade, Prostituição e Estupro: um estudo à luz da dignidade humana**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Direito Penal**. v. 2: parte especial (arts. 121 a 234-b). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 13. ed. São Paulo: FBSP, 2019. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-13/>. Acesso em: 04 nov. 2021.

_____. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 14. ed. São Paulo: FBSP, 2021a. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-14/>. Acesso em: 04 set. 2021.

_____. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 15. ed. São Paulo: FBSP, 2021b. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v6-bx.pdf>. Acesso em: 04 set. 2021.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**,

São Paulo, n. 65, p. 175-201, maio 2007. Disponível em:
<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/exibir/630>. Acesso em: 13 jul. 2021.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). **As Reformas no Processo Penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 246-297.

HUNGRIA, Nélson; LACERDA, Romão Côrtes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. v. VIII: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940: Arts. 197 a 249. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. **Valoração da Prova e Sentença Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da saúde. **Nota técnica**, Brasília, n. 11, mar. 2014a. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5780>. Acesso em: 04 set. 2021.

_____. Tolerância social à violência contra as mulheres. **Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS)**, Brasília, 3. ed., abr. 2014b. Disponível em:
https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=21826&catid=4&Itemid=2. Acesso em: 04 nov. 2021.

_____. Estupro no Brasil: vítimas, autores, fatores situacionais e evolução das notificações no sistema de saúde entre 2011 e 2014. **Texto para discussão**, Rio de Janeiro, n. 2313, jun. 2017a. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2313.pdf. Acesso em: 04 set. 2021.

_____. As atualizações e a persistência da cultura do estupro no Brasil. **Texto para discussão**, Rio de Janeiro, n. 2339, out. 2017b. Disponível em:
https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2339.pdf. Acesso em: 04 set. 2021.

KHALED JR, Salah H. **A Busca da Verdade no Processo Penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES, Anderson Bezerra. **Os conhecimentos fortuitos de prova no direito processual penal**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em:
<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-22082014-090055/pt-br.php>. Acesso em: 13 jul. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020a.

_____. **Código Penal Comentado.** 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020b.

OLIVEIRA, Maria de Fátima Cabral Barroso de. **Discursos e práticas:** mil e uma noites das (inter)faces feministas e jurídicas. 2011. Tese (Doutorado em Estudos Linguísticos e Literários em Inglês) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8147/tde-28062012-085425/pt-br.php>. Acesso em: 04 nov. 2021.

PASCHOAL, Nohara. **O estupro:** uma perspectiva vitimológica. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-08082016-143856/pt-br.php>. Acesso em: 04 nov. 2021.

PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore; PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro: crime ou “cortesia”?:** abordagem sociojurídica de gênero. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998a.

_____. Estupro: direitos humanos, gênero e justiça. **Revista USP**, São Paulo, n. 37, p. 58-69, maio 1998b. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/issue/view/1889>. Acesso em: 04 set. 2021.

PORTUGAL. **Ordenações Afonsinas.** Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>. Acesso em: 29 out. 2020.

_____. **Ordenações Manuelinas.** Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>. Acesso em: 29 out. 2020.

_____. **Ordenações Filipinas.** Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em: 29 out. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro.** v. 2: parte especial (arts. 121 a 249 do CP). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES, Roger de Melo. **A vítima e o processo penal brasileiro:** novas perspectivas. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29082013-135837/pt-br.php>. Acesso em: 04 set. 2021.

ROSSI, Giovana. **Os estereótipos de gênero e o mito da imparcialidade jurídica:** análise do discurso judicial no crime de estupro. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/134028>. Acesso em: 17 jul. 2021.

SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (SAL-MJ). Violência contra a mulher e as práticas institucionais. **Série Pensando o Direito**, Brasília, n. 52, abr. 2015. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/>. Acesso em 04 nov. 2021.

SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA (SENASA). **Pesquisa Nacional de Vitimização.** [S.I.]: SENASP, maio 2013. Disponível em: https://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Relat%C3%B3rio-PNV-Senasp_final.pdf. Acesso em 04 nov. 2021. sistema de saúde entre 2011 e 2014. **Texto para discussão**, Rio de Janeiro, n. 2313, jun. 2017. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2313.pdf. Acesso em: 04 set. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia; Revan, 2014.