

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**A PROVA NO CRIME DE VIOLAÇÃO EM CONFORMIDADE COM A
CONVENÇÃO DE ISTAMBUL**

ANA EMANUELA CORDEIRO ROSSI MEIRA
ALUNA N.º. 64073

MESTRADO EM DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA
ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:
DIREITO PENAL E CIÊNCIAS CRIMINAIS

LISBOA
2025

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**A PROVA NO CRIME DE VIOLAÇÃO EM CONFORMIDADE COM A
CONVENÇÃO DE ISTAMBUL**

ANA EMANUELA CORDEIRO ROSSI MEIRA
ALUNA Nº. 64073

MESTRADO EM DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA
ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:
DIREITO PENAL E CIÊNCIAS CRIMINAIS

Dissertação apresentada como requisito à
obtenção do título de Mestre em Direito na área
de Ciências Criminais – ano letivo 2020/2021.
Orientador Professor Doutor Paulo Manuel
Mello de Sousa Mendes.

LISBOA
2025

AGRADECIMENTOS

A finalização desta dedicada e enriquecedora jornada de investigação científica me impõe realizar alguns sinceros agradecimentos.

A Deus, que me protege, me guarda e me guia, conferindo coragem e resiliência para enfrentar todos os desafios.

A meu amado esposo Leandro, colega desde os tempos de faculdade, parceiro de curso e de trabalho e companheiro de toda vida, pelo amor, incentivo e apoio incondicional e por ter partilhado comigo mais uma marcante e transformadora experiência de vida e acadêmica, agregando momentos inesquecíveis na nossa história.

A meus amados filhos, Davi e Pedro, pelo afeto e por servirem de inspiração, dando-me força para seguir em frente, e por terem se permitido embarcar nessa jornada em outro país, construindo memórias afetivas que nos acompanharão para todo o sempre.

À minha mãe e aos meus irmãos, por sempre acreditarem em mim e pelos valores e exemplos transmitidos, que serviram de esteio em minha vida e me impulsionaram a concluir esta trajetória de conhecimento.

Ao amigo e colega de mestrado Filipe Bringhenti e sua querida família, pelos momentos de aprendizado e companheirismo.

Aos professores da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em especial ao professor Paulo de Sousa Mendes, pelas orientações e valiosos ensinamentos.

Às bibliotecas da FDUL, da PGR (Portugal), do MP/BA e suas equipes pelo prestimoso auxílio na disponibilização da bibliografia.

Aos membros do Conselho Superior do Ministério Público do Estado da Bahia, pela confiança em mim depositada, concedendo autorização para frequência ao mestrado em Portugal, agregando conhecimentos valiosos para o exercício funcional.

E, por derradeiro, ao Ministério Público do Estado da Bahia, instituição que tenho a honra de integrar há mais de vinte anos, com extremo compromisso e dedicação, meu sincero agradecimento pela oportunidade concedida de qualificação profissional e pessoal e meu reconhecimento pelo rigoroso cumprimento da nobre missão de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, promovendo justiça e melhorando a vida das pessoas.

Resumo:

O crime de violação é um infortúnio pessoal e coletivo para as mulheres, expressão da desigualdade entre os gêneros, produto de um sistema que ainda reproduz diversos mitos e coloca a figura feminina em situação de desconforto social, processual e probatório. Neste trabalho, parte-se da análise dos modelos típicos mais comuns, sobressaindo-se o que está em conformidade com a Convenção de Istambul, reconhecidamente a melhor resposta às violações cometidas entre conhecidos e sem reforço de violência, as mais frequentes. Em seguida, busca-se abordar aspectos relevantes da produção probatória, divisando-se as dificuldades apresentadas e como enfrentá-las à luz das diretrizes da referida normativa internacional. Neste percurso, inicia-se pelo ônus da prova, cujas nuances dependem fortemente do modelo típico escolhido e podem refletir o maior ou menor grau de respeito às questões de gênero. Na sequência, passamos pelo *standard* exigido para condenação, inclusive analisando a eventual possibilidade do seu rebaixamento, finalizando pela valoração da palavra da vítima, quando prova única, pesquisando sobre a necessidade de corroboração. De mais a mais, em se tratando de crime afetado especialmente à prova oral, designadamente o depoimento da vítima, aborda-se a sua escuta protegida, conforme o modelo brasileiro do depoimento especial e o formato português das declarações para memória futura, investigando a possibilidade ou conveniência da sua aplicação para mulheres vítimas da violação. Neste mesmo contexto, assume especial relevância a técnica do exame cruzado, cujos limites são abordados à luz do direito ao confronto e do caso *Y. v. Eslovênia* (2015) do TEDH, passando ainda pela recente Lei n.º 14.245, de 22 de novembro de 2021, do Brasil. Por fim, apresenta-se pesquisa sobre a prova pericial, de especial aplicabilidade neste tipo de criminalidade, nomeadamente os relatórios de cunho psicológico, alegadamente aptos a extrair elementos delineadores dos acontecimentos, ressaltando-se alguns aspectos reputados relevantes.

Palavras-chave:

Prova; violação; consentimento; Convenção de Istambul; processo penal.

Abstract:

Rape is a personal and collective misfortune for women, an expression of gender inequality and the product of a system that still reproduces several myths and places women in a situation of social, procedural and evidentiary discomfort. This paper begins with an analysis of the most common typical models, highlighting the one that complies with the Istanbul Convention, recognized as the best response to violations committed between acquaintances and without the reinforcement of violence, which are the most frequent. It then seeks to address relevant aspects of the production of evidence, identifying the difficulties presented and how to face them considering the guidelines of the international standard. This path begins with the burden of proof, the nuances of which depend greatly on the typical model chosen and may reflect the greater or lesser degree of respect for gender issues. It then goes on to the standard required for conviction, including an analysis of the eventual possibility of its lowering, concluding with the assessment of the victim's word, when it is the only evidence, and investigating the need for corroboration. Furthermore, in the case of a crime particularly subject to oral evidence, namely, the victim's testimony, the protected hearing of the victim is addressed, in accordance with the Brazilian model of special testimony and the Portuguese format of testimonies for

future reference, investigating the possibility or convenience of its application to women victims of rape. In this same context, the cross-examination technique assumes relevance, the limits of which are addressed considering the right to confrontation and the Y. v. Slovenia case (2015) of the ECHR, as well as the recent Law No. 14,245, of November 22, 2021, of Brazil. Finally, research is presented on expert evidence, particularly applicable in this type of crime, namely, psychological reports, supposedly capable of extracting elements that outline the facts, highlighting some aspects considered relevant.

Keywords:

Evidence; rape; consent; Istanbul Convention; criminal procedure.

ADVERTÊNCIAS

Este trabalho foi redigido em português do Brasil, de acordo com as normas do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, em vigor desde janeiro de 2009. Contudo, as transcrições e citações de obras, julgados e legislações seguem a redação original sem qualquer alteração ou adaptação.

Foram adotadas como regras de procedimento e estilo as normas da E-Pública – Revista Eletrônica de Direito Público.

A atividade investigativa relacionada ao presente trabalho teve como termo final o mês de dezembro de 2024.

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADPF	-	Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental
AgRg	-	Agravo Regimental
al.	-	alínea
art.	-	artigo
ADN/DNA	-	ácido Desoxirribonucleico/Deoxyribonucleic acid
cf.	-	conferir
coord.	-	coordenação
CEDH	-	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CI	-	Convenção de Istambul
CIDH	-	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CP	-	Código Penal
CPB	-	Código Penal do Brasil
CPP	-	Código de Processo Penal
CPPB	-	Código de Processo Penal do Brasil
dir.	-	direção, diretor(es), dirigido
DF	-	Distrito Federal
ECHR	-	European Court of Human Rights
ed.	-	edição
et al.	-	<i>et alia</i> (e outros)
n.º	-	número
ONU	-	Organização das Nações Unidas
org.	-	organização ou organizador por
p.	-	página
pp.	-	páginas
reimp.	-	reimpressão
Resp	-	Recurso Especial
ss	-	seguintes
STFB	-	Supremo Tribunal Federal do Brasil
STJ	-	Supremo Tribunal de Justiça
STJB	-	Superior Tribunal de Justiça do Brasil
TEDH	-	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TEPT	-	Transtorno de Estresse Pós-Traumático
TRP	-	Tribunal da Relação do Porto
v.	-	<i>versus</i>
vol.	-	volume
v. g.	-	<i>verbi gratia</i>

PLANO DE TRABALHO

INTRODUÇÃO

1. CAPÍTULO I – O CRIME DE VIOLAÇÃO

- 1.1 Noção do crime e o problema da sua compreensão
- 1.2 As deficiências dos sistemas jurídicos e o advento da Convenção de Istambul
- 1.3 Uma necessária distinção: a violação do imaginário coletivo *versus* a nova conformação da violação
- 1.4 Conclusões intercalares

2. CAPÍTULO II – ASPECTOS RELEVANTES DO TIPO PENAL DA VIOLAÇÃO

- 2.1 O tipo objetivo: o dissentimento
- 2.2 Os modelos típicos
 - 2.2.1 O modelo do constrangimento
 - 2.2.2 O modelo do não consentimento
 - 2.2.3 O modelo do consentimento afirmativo e o seu alinhamento à Convenção de Istambul
- 2.3 Conclusões intercalares

3. CAPÍTULO III – CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A PROVA NO CRIME DE VIOLAÇÃO

- 3.1 Os desafios probatórios
- 3.2 Os mitos, preconceitos e estereótipos: a “mitologia da violação”
 - 3.2.1 A exigência da resistência
 - 3.2.2 Os perfis predefinidos para o homem e a mulher e o “show de trauma”
 - 3.2.3 O receio de acusações infundadas
 - 3.2.4 O julgamento do comportamento feminino
- 3.3 A dignidade da mulher como limite ao princípio da liberdade probatória
- 3.4 A dependência exclusiva das declarações da vítima
- 3.5 A indevida desconsideração do comportamento do autor do fato
- 3.6 Conclusões intercalares

4. CAPÍTULO IV – O ÔNUS, O *STANDARD* E A VALORAÇÃO DA PROVA

- 4.1 O ônus da prova como regra útil para uma justa distribuição dos riscos
 - 4.1.1 O ônus no modelo do constrangimento
 - 4.1.2 O ônus no modelo do dissentimento
 - 4.1.3 O ônus no modelo do consentimento afirmativo

- 4.1.4 Para além do ônus da prova: o ônus de desempenho
- 4.1.5 O silêncio, o *frozen fright* e suas vicissitudes
- 4.2 O *standard* probatório e o balizamento entre condenações e absolvições
- 4.3 A valoração da palavra da mulher
- 4.4 Conclusões intercalares
- 5. CAPÍTULO V – A ESCUTA PROTEGIDA DA VÍTIMA
 - 5.1 Breves noções sobre a posição da vítima na persecução penal
 - 5.2 A Lei n.º 13.431, de 04 de abril de 2017, do Brasil e a sua (in)aplicabilidade à generalidade das vítimas de crime de violação
 - 5.3 O modelo português das declarações para memória futura em relação à vítima de crime contra a liberdade e a autodeterminação sexual
 - 5.4 Conclusões intercalares
- 6. CAPÍTULO VI – O EXAME CRUZADO
 - 6.1 Conceito e enquadramento do tema no âmbito do direito ao confronto e da persecução penal do crime de violação
 - 6.2 O caso *Y. v. Eslovênia* (2015) do TEDH
 - 6.3 A ofensa à dignidade da mulher e a necessidade de limites ao exame cruzado
 - 6.4 A Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021 – uma *rape shield law* brasileira
 - 6.5 Conclusões intercalares
- 7. CAPÍTULO VII – A PROVA PERICIAL
 - 7.1 Noções básicas e a importância deste meio de prova nos crimes sexuais
 - 7.2 A perícia psicológica, o dano psíquico e a sua relevância neste cenário
 - 7.3 Conclusões intercalares

CONCLUSÕES

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

INTRODUÇÃO

Dentre as formas de violência que historicamente se manifestam na humanidade, a violação sexual praticada por homens contra mulheres é, talvez, a mais carregada de significados e uma das mais complexas e difíceis de ser enfrentada. Ao mesmo tempo em que tal crime é considerado um ato vil, humilhante e devastador, despertando em suas vítimas e familiares sentimentos e reações intensas, que vão da depressão profunda ao desejo mais visceral de vingança, curiosamente nem sempre desafia uma resposta penal satisfatória, nada obstante as pesadas penas previstas para os violadores.

Isso se deve, e muito, às crenças que estruturam o nosso modelo de sociedade androcêntrica, que ainda reflete um pretense domínio do homem sobre a mulher em todos os seus aspectos físicos e psíquicos, incluindo a sua sexualidade. Neste âmbito, nossos sistemas jurídicos, a quem está confiada a relevante tarefa de promover a persecução penal, na medida em que estão ainda presos a estas convicções equivocadas, transmitidas culturalmente, desfilam sua incapacidade para o adequado enfrentamento deste que é um dos graves problemas de segurança pública da atualidade.

Seja durante a investigação policial, passando pela instrução probatória em juízo, os mitos, estereótipos e preconceitos que expõem este constrangedor desequilíbrio entre os gêneros ainda se fazem bem presentes, em pleno século XXI, em diversas das suas etapas.

Esta investigação se insere neste contexto porque objetiva apreciar construtivamente a produção probatória da persecução penal deste delito. E o problema jurídico de que nos ocuparemos começa com uma análise crítica da noção de que há uma notória dificuldade probatória na apuração do crime de violação, especialmente, veremos, quando ele está modelado em conformidade com a Convenção de Istambul, norma internacional cujas diretrizes são fundamentais na interpretação e confronto desta problemática.

Neste intento, vencida esta questão inicial, interessa-nos abordar, também de forma crítica e à luz das perspectivas lançadas pela Convenção de Istambul, alguns momentos específicos do *iter* probatório, descobrindo como potencializar o levantamento destas evidências, para, em última análise, proporcionar, a partir de um cenário que permita julgamentos mais qualitativos, uma redução da desigualdade entre homens e mulheres.

Neste percurso, a metodologia empregada envolve ampla pesquisa em monografias, estudos e artigos nas doutrinas nacional e estrangeira, além da busca de casos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e de tribunais nacionais.

Assim, dando início a esta caminhada acadêmica, no CAPÍTULO I veremos algumas noções do crime de violação e o problema da sua compreensão, agregando algumas breves notas criminológicas e vitimológicas. Na sequência, destacaremos as já assinaladas deficiências dos nossos sistemas jurídicos e como o advento da Convenção de Istambul tem contribuído para romper conceitos do passado, mas que ainda fazem parte do presente. A propósito, até mesmo para delimitarmos qual tipo de crime de que estamos a tratar, distinguiremos a “violação do imaginário coletivo” da que se denominou como a “nova conformação da violação”.

Antes de adentrarmos as questões propriamente processuais e probatórias, no CAPÍTULO II serão analisados alguns aspectos relevantes do tipo da violação, com destaque inicial para o dissentimento, elemento típico de enorme centralidade. De fato, as diferenças no seu tratamento dão surgimento a três modelos típicos distintos, que serão estudados: o do constrangimento, o do não consentimento e o do consentimento afirmativo, este último o efetivamente alinhado à Convenção de Istambul.

No CAPÍTULO III, iniciaremos a parte nuclear desta investigação, trazendo, preliminarmente, algumas considerações gerais sobre a prova no crime de violação. Nesta senda, após abordar criticamente aquela noção de que este tipo é difícil de ser provado, descobriremos alguns dos mitos, preconceitos e estereótipos que, compondo a chamada “mitologia da violação”, comprometem sobremaneira o funcionamento do sistema de persecução e a resposta penal para este grave comportamento ilícito.

Inclusive, justamente pela massiva utilização destas narrativas equivocadas, será imprescindível destacar a dignidade da mulher como um claro e necessário limite ao princípio da liberdade probatória. Para além disso, outras questões gerais desafiadoras, como a dependência exclusiva das declarações da vítima e a indevida desconsideração do comportamento do autor também serão trabalhadas como barreiras que merecem ser transpostas para uma melhor qualidade probatória.

Já no CAPÍTULO IV, temas integrantes da teoria da prova terão lugar. Principia-se pelo ônus da prova e nos propusemos a apontar e comentar os encargos fáticos e processuais nos modelos do constrangimento, do dissentimento e do consentimento afirmativo para revelar como se trata de regra útil para uma nova e justa distribuição dos riscos, historicamente em maior carga para a vítima mulher.

O ônus da prova ainda comportará outras discussões, como a existência de um ônus de performance para a vítima da violação, haja vista o papel central que ocupará na instrução, durante as suas declarações em juízo, além dos problemas do silêncio, do *frozen fright* e suas vicissitudes, que devem ser devidamente divisados para não gerar mais encargos processuais à

mulher ofendida. A ideia, adianta-se, é averiguar a possibilidade de reequilibrar o jogo entre os gêneros, conforme as perspectivas que irradiam da Convenção de Istambul.

Ainda nesta mesma direção, o tema do *standard* da prova merecerá nossa atenção, ensejo em que pesquisaremos a (im)possibilidade de rebaixamento do padrão para uma condenação, mais uma vez objetivando uma justa distribuição dos riscos, agora entre condenações e absolvições indevidas. Por fim, as discussões em torno da valoração da palavra da vítima, nomeadamente quando prova única, não escaparão da nossa apreciação.

Dando sequência, no CAPÍTULO V apreciaremos as modalidades de escuta protegida da vítima, instituto originalmente previsto para uma oitiva diferenciada de vítimas vulneráveis de violência. Neste intento, após algumas breves noções sobre a posição da vítima no processo penal, abordaremos o “depoimento especial”, previsto no ordenamento brasileiro pela Lei n.º 13.431, de 04 de abril de 2017 para crianças e adolescentes vítimas de violência, tratando da sua eventual aplicabilidade à generalidade das vítimas de crime de violação, e o modelo português das “declarações para memória futura”, com enfoque na vítima de crime contra a liberdade e a autodeterminação sexual.

Em seguida, no CAPÍTULO VI, é chegado o momento de estudar o exame cruzado, recorte probatório deveras importante para o tema. Inicialmente, traremos o seu conceito e enquadramento no âmbito do direito ao confronto e da persecução penal do crime de violação, para depois tratar do caso *Y. v. Eslovênia* (2015) do TEDH, que enfrentou este problema. A partir daí, despontou o interesse em estudar a necessidade de imposição de limites ao exame cruzado, designadamente diante de flagrantes ofensas direcionadas neste ato à dignidade da mulher vítima de violação. É dentro desta compreensão, inclusive, que escolhemos tratar também da Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021, uma *rape shield law* brasileira.

Por fim, chegando ao final da jornada investigativa, reservamos o CAPÍTULO VII para tratar da prova pericial, divisando suas noções básicas e a importância deste meio de prova nos crimes sexuais. Em um recorte temático ainda mais específico, destacamos a perícia psicológica, a possibilidade de demarcação do dano psíquico e a sua relevância no cenário probatório do crime de violação.

1. CAPÍTULO I – O CRIME DE VIOLAÇÃO

1.1. Noção do crime e o problema da sua compreensão

O crime de violação atrai alto grau de reprovabilidade, posicionando-se, nos diversos ordenamentos, dentre as figuras típicas mais severamente apenadas e censuradas pela sociedade. Em particular, para as mulheres, a violação é repudiada não somente por ser um infortúnio individual, mas também por ser um ato de dor e humilhação coletiva e compartilhada pelo universo feminino, uma lembrança de que ainda podem ser consideradas seres inferiores, domináveis e domesticáveis, expressão máxima da opressão patriarcal¹. Para os homens, excluídos aqueles letrados e empáticos dos novos e velhos tempos, o repúdio parece derivar muito mais do acinte pela violação e desonra da sua propriedade sobre o corpo da mulher².

Em sua forma basilar, a violação designa, normalmente, um ato de constrangimento que sujeita uma pessoa à prática de ato sexual indesejado pela via vaginal, anal ou oral, partes do corpo que, por razões biológicas e/ou culturais, resguardam sentimentos e sensações de prazer e intimidade³. É certo que outros comportamentos no campo da sexualidade ilícita são deveras comuns e causam efeitos igualmente nocivos às suas vítimas, guardando enquadramento em tipos residuais de gravidade atenuada. Mas a violação clássica, por tudo que carrega e pelos impactos incomensuráveis nas vidas das vítimas, é tipo que se destaca e de que se ocupará este trabalho. Mesmo no campo científico, diz-se se tratar de umas das experiências mais traumáticas a que uma pessoa pode ser exposta⁴.

Hoje, encontra-se superada a discussão em torno do bem jurídico protegido pelo tipo penal da violação, não remanescendo dúvidas de que ele salvaguarda a liberdade (de

¹ Cf. C. O. JACQUET, *The Injustices of Rape: How Activists Responded to Sexual Violence, 1950–1980*, The University of North Carolina Press, 2019, pp. 75/76. Por sua vez, A. E. TASLITZ, “Patriarchal Stories I: Cultural Rape Narratives in the Courtroom.”, *Southern California Review of Law and Women's Studies*, V, n. ° 2, 1996, p. 395, observa que a violação é uma forma de manter as mulheres passivas e sensíveis às necessidades masculinas. Cf. também ESPANHA, *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre* (2022), disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630>, acessado em 30/11/2024. A recente lei espanhola estabelece em seu preâmbulo que “*Las violencias sexuales no son una cuestión individual, sino social; y no se trata de una problemática coyuntural, sino estructural, estrechamente relacionada con una determinada cultura sexual arraigada en patrones discriminatorios que debe ser transformada. Al mismo tiempo que se inflige un daño individual a través de la violencia sobre la persona agredida, se repercute de forma colectiva sobre el conjunto de las mujeres, niñas y niños que reciben un mensaje de inseguridad y dominación radicado en la discriminación, y sobre toda la sociedad, en la reafirmación de un orden patriarcal*”.

² Cf. S. ELLIS MATHIASSEN, “The Rape Victim: A Victim of Society and the Law”, *Willamette Law Journal*, XI, n. ° 1, 1974, p. 37.

³ Cf. K. K. BAKER, “Why rape should not (always) be a crime”, *Minnesota Law Review*, C, n. ° 1, 2015, p. 228.

⁴ Cf. A. MÖLLER, HP SÖNDERGAARD e L. HELSTRÖM, “Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression”, *Acta Obstetricia et Gynecologica Scandinavica*, n.º 96, 2017, p. 933.

autodeterminação) sexual⁵, vale dizer, o direito, que compete a cada ser humano, de dispor do seu próprio corpo em matéria sexual⁶. Mais precisamente, pode ser definido como o direito de escolher se e quando manterá um contato sexualmente íntimo com outra pessoa⁷. E nada obstante a possibilidade de que homens e mulheres possam figurar no polo passivo desta modalidade delitativa, é inquestionável que a violação é precipuamente um crime praticado por homens contra mulheres. Esta ressignificação da proteção determinada pelo tipo penal revela, pois, uma clara e maior preocupação com a figura feminina.

Ainda dentro deste contexto, é importante reforçar que o crime de violação é a representação mais vil, cruel e violenta da ainda constrangedora desigualdade entre os gêneros. Raras são as pessoas do sexo feminino que, em algum recorte da vida, não tenham vivenciado, presenciado ou ouvido confidências de pessoas próximas, vítimas deste ato de violência. Ele espreita a existência feminina, como um assombro onipresente ou um mal que pode se manifestar a qualquer momento⁸, comprometendo e condicionando o comportamento, a autoestima e a paz da figura da mulher⁹. Com efeito, comumente são narradas descrições de profundo sofrimento físico e psíquico, de atingimento dos recantos mais profundos da alma da pessoa vitimada, de afetação do âmago do ser humano e dos atributos que definem a sua própria existência no mundo.

De fato, o risco provável de ser vítima de uma violência sexual desta natureza define e limita a personalidade feminina, tornando, ainda, o estabelecimento das suas relações psicossociais e afetivas algo muito mais complexo. Por certo, não há paralelo, neste quadrante, com as pessoas do sexo masculino, que ordinariamente não temem contatos triviais como ficar até mais tarde com um(a) colega em seu local de trabalho, após o término do expediente ou mesmo ir a um encontro, seja qual for a finalidade, com alguém do sexo oposto¹⁰. Normalmente,

⁵ Cf. C. L. ANDERSON DE SOUZA, *Direito Penal – Vol. 3* [livro eletrônico], São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2024, p. RB-1.306. O autor observa: “Quanto às criminalizações de cunho sexual, durante largo tempo, já se referiu à moral, ao pudor, à normalidade sexual, aos bons costumes, à honestidade e, mais recentemente, à liberdade sexual, ou à dignidade sexual...”.

⁶ Cf. C. MASSON, *Código Penal Comentado*, 8ª ed., São Paulo, Método, 2020, p. 980.

⁷ Cf. K. TONG, “Date Rape: Real Rape”, *UCL Jurisprudence Review*, 2002, p. 130.

⁸ Cf. C. E. LEGRAND, “Rape and Rape Laws: Sexism in Society and Law”, *California Law Review*, LXI, n.º 3, 1973, p. 919.

⁹ Cf. T. PIZARRO BELEZA, “«Consent – It’s as Simple as Tea»: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação”, in M. DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA (coord.), *Combate à violência de gênero: da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2016, p. 18 e TASLITZ, *SCRLWS*, p. 395.

¹⁰ Cf. M. CLARA SOTTOMAYOR, “A Convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de gênero”, Centro de Estudos e Investigação em Direito da Universidade Católica Portuguesa, *Ex aequo* [online], n.º 31, junho, 2015, disponível em <https://exaequo.apem-estudos.org/revista/revista-ex-aequo-numero-31-2015>, acedido

os perigos que os homens sofrem se relacionam muito mais a aspectos de natureza patrimonial e bem raramente a questões vinculadas à sua sexualidade¹¹. A mulher, diversamente, carrega consigo, ainda que inconscientemente ou quase nunca verbalize, um receio contido e latente de engrossar aquelas perversas estatísticas, vivendo diuturnamente o *state of fear* referido por SUSAN BROWNMILLER, que chega a dizer que toda pessoa do sexo feminino é treinada para (não) ser uma vítima desta tragédia física e psicológica¹².

1.2. As deficiências dos sistemas jurídicos e o advento da Convenção de Istambul

Como se não bastasse, os sistemas jurídicos, onde naturalmente desaguam os diversos conflitos decorrentes da desigualdade entre os gêneros, não estão conformados para um enfrentamento eficaz da questão. Ao contrário, pode-se dizer que estão arquitetados, com ainda raras exceções, para preservar esta estrutura, designadamente no que concerne à criminalidade no campo da sexualidade feminina. É forçoso lembrar que a sociedade foi construída com base em uma desigualdade institucionalizada¹³, garantida, sobretudo, intencionalmente ou não, a depender das circunstâncias de tempo e lugar, por seu próprio sistema jurídico.

Neste contexto, é inquestionável que as leis, seus operadores e praticamente todos os atores processuais estão impregnados de mitos, estereótipos e preconceitos que comprometem gravemente a resposta penal¹⁴. Diz-se, inclusive, que este é o único crime que permite dupla violação da vítima: primeiro pelo agressor sexual, depois pela sociedade, que se volta contra a mulher. Não há conjunto de leis e regras processuais que direta ou indiretamente protejam investigados e acusados de outros delitos, tal como ocorre nos casos de violação¹⁵.

Não por acaso, a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, ou simplesmente a Convenção de

em 20/09/2024, p. 106. Lembra a autora que a Convenção de Istambul, adiante mencionada, “reconhece a vida perigosa que as mulheres e as meninas têm de enfrentar no seu dia-a-dia – na família, na rua, na escola e no trabalho – bem como as práticas discriminatórias de que são alvo pelo único facto da pertença a um género, o feminino. É por isso, um documento virado para as mulheres e feito a pensar nelas, para garantir o seu direito a viver sem violência e sem medo”.

¹¹ Cf. LEGRAND, *CLR*, p. 919, que diz que a exceção seriam os homens custodiados em estabelecimentos prisionais, que vivem com a ameaça de uma violação homossexual, os únicos que experimentam medo comparável ao sentido por todas as mulheres.

¹² Cf. S. BROWNMILLER, *Against our will: men, women and rape*, Suffolk, Chaucer Press, 1975, pp. 15 e 309.

¹³ Cf. O. FUENTES SORIANO, “Perspectiva de género y enjuiciamiento”, in E. CERRATO GURI (dir.), *La prueba de la violencia de género y su problemática judicial*, La Ley, Madrid, 2022, disponível em <https://dspace.umh.es/bitstream/11000/34571/1/CL%20PERSPECTIVA%20DE%20G%20C3%89NERO%20Y%20ENJUICIAMIENTO.pdf>, acessado em 28/11/2024, p. 03.

¹⁴ Cf. JACQUET, *The Injustices*, p. 101: “Feminists termed this insensitive and often excessively harsh treatment of rape victims by the judicial system the « second rape »”.

¹⁵ Cf. LEGRAND, *CLR*, pp. 938-939.

Istambul (CI), adotada em 07 de abril de 2011 pelo seu Comitê de Ministros e disponibilizada para assinaturas em 11 de maio de 2011 (ratificada por Portugal pela Resolução da Assembleia da República n.º 04 de 21 de janeiro de 2013 e em vigor neste país desde 01 de agosto de 2014), estabelece, dentre outras disposições pertinentes e adiante comentadas, diretrizes que demonstram preocupação com as investigações e processos relacionados a vítimas destes crimes, exigindo dos Estados signatários a adoção das medidas legislativas necessárias¹⁶, inclusive demandando uma nova visão do sistema jurídico sob uma perspectiva de gênero, que se erige como um dos seus princípios informadores¹⁷. Trata-se, portanto, de instrumento de potencial transformador, fruto de muitas lutas do passado e responsável por fomentar um movimento de mudanças que oferecem um contributo essencial para a redução da violência, inclusive a sexual, contra a mulher, promovendo um encurtamento da desigualdade entre os sexos.

Seguindo este trilhar, pode-se dizer, inicialmente, que os modelos típicos previstos na maioria dos ordenamentos apresentam enormes dificuldades para cumprir a sua principal finalidade, que é a proteção da liberdade de autodeterminação sexual da mulher. De fato, a preservação do bem jurídico é fortemente posta em causa a depender da moldura típica adotada, como se verá. Além disso, ainda que porventura transposta a barreira penal, com a realização dos tipos objetivo e subjetivo, uma árdua batalha ainda terá lugar no curso da investigação policial e da instrução processual, que, dentre outras questões problemáticas, tendem a exigir da mulher a personificação do retrato estereotipado da vítima de violência sexual, que vai do choro copioso às roupas rasgadas e às marcas da resistência no corpo físico.

Nesta investigação, propusemo-nos, exatamente, dentro desta perspectiva de redução da desigualdade entre os gêneros brandida pela Convenção de Istambul, abordar a fase processual da persecução penal e suas principais e reais dificuldades probatórias, descortinando formas e métodos para evitar que as etapas do *iter* probatório resemelhanças sejam contaminadas pelos mitos, preconceitos e estereótipos ainda tão vivamente presentes neste campo. Não se pode perder de vista, que, embora, atualmente, os tipos penais dos crimes sexuais normalmente admitam uma variedade de sujeitos ativos e passivos, a violação praticada por homens contra mulheres ainda é a questão a ser enfrentada quando se fala em delitos envolvendo a (má) sexualidade.

Neste desiderato, todo o sistema jurídico, compreendendo inclusive a atividade

¹⁶ Cf. EUROPA, Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica – Convenção de Istambul (2011), disponível em <https://rm.coe.int/168046253d>, acessado em 20/09/2024.

¹⁷ Cf. FUENTES SORIANO, *La prueba*, p. 05.

probatória, deve estar atento a esta realidade. Como bem destacado por RAMÍREZ ORTIZ, “*En el ámbito jurídico la perspectiva de género puede servir para desvelar aquellas instituciones, reglas y prácticas del derecho que crean, legitiman y perpetúan la discriminación, con el propósito de derogarlas, transformarlas y/o sustituirlas por otra*”¹⁸.

É necessário destacar que a perspectiva apontada não está atrelada a qualquer posição ideológica e tampouco segue uma agenda feminista, por mais relevantes que sejam os serviços prestados por mulheres corajosas e desbravadoras desde a década de 70 do século passado, responsáveis por iniciar um movimento que resultou em diversas reformas legislativas em todo o mundo no campo da criminalidade sexual e da violência contra a mulher¹⁹. Trata-se, a rigor, de atender às diretrizes indicadas pela Convenção de Istambul, que busca, em última análise, seguir neste desiderato de promover uma igualdade real entre mulheres e homens, valor que deve ocupar sede constitucional nos regimes democráticos. Parece claro que esses preceitos devem se irradiar sobre todo o sistema jurídico, compondo o manancial de princípios aptos a influenciar as mais diversas etapas investigativas e processuais, como veremos.

Antes de avançarmos nesta análise, contudo, é importante abordar algumas noções do crime de violação, apreciando brevemente o tipo objetivo e seu elemento principal, para em seguida tratar criticamente de alguns modelos normalmente utilizados nos ordenamentos nacionais, um dos quais, obviamente, mais alinhado à Convenção de Istambul. Ainda, antes disso, é imperioso, para bem delimitar o percurso que estamos em via de percorrer, divisar aquelas violações mais problemáticas na modernidade, que, por mais paradoxal que isso pareça, nem de longe são aquelas mais explicitamente violentas.

1.3. Uma necessária distinção: a violação do imaginário coletivo *versus* a nova conformação da violação

Quando se fala no crime de violação, uma diferenciação relevante deve ser trazida à baila. Conquanto não se desconheça a existência de zonas cinzentas, há duas modalidades bem distintas e que ocupam dois extremos. A primeira delas, que não é o foco do presente trabalho,

¹⁸ Cf. J. LUIS RAMÍREZ ORTIZ, “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”, *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, n.º 1, 2020, p. 203.

¹⁹ Cf. S. CHAKIAN, “Vitimização de mulheres: histórico e diretrizes para uma proteção penal eficiente”, in C. VINÍCIUS ALVES RIBEIRO, J. NUNES FÉLIX e M. WEITZEL RABELLO DE SOUZA (coord.), *Os direitos das vítimas: reflexões e perspectivas*, II, Brasília, ESMPU, 2023, p. 326. A autora comenta que “Nesse contexto, somente graças a duas grandes transformações sociais – o paradigma da dignidade humana e o pensamento feminista –, tornou-se possível o surgimento de novos valores sobre as mulheres, finalmente relacionados à sua condição de sujeito de direitos. E foram essas novas concepções que conferiram substrato axiológico para a demanda por um novo Direito, no âmbito internacional, constitucional e infraconstitucional, tal como aplicamos hoje”.

é a que povoa o imaginário coletivo, fundada em mitos e preconceitos que orbitam a posição feminina na sociedade. Esta violação do senso comum é representada pela mulher sendo tomada violentamente na rua e levada a um beco escuro, um matagal ou local isolado por um estranho, normalmente uma pessoa em condição degradante, um maníaco ou um criminoso estereotipado, na posse de uma faca, de uma garrafa quebrada ou de uma arma de fogo, com a qual a submete a cópula forçada, rasgando suas roupas, vencendo sua resistência e a agredindo ferozmente²⁰. Esta, inclusive, é a cena projetada pelo legislador tradicional ao tracejar os contornos do tipo legal da violação²¹, como se a consumação deste crime dependesse necessariamente deste roteiro, cenário e personagens grotescos.

Efetivamente, é com base neste modelo que os sistemas jurídicos em geral normalmente foram e estão desenhados e funcionam, nomeadamente aqueles mais conservadores e que ainda não passaram por reformas legislativas. Ver-se-á, adiante, sua vinculação a uma modalidade típica mais tradicional e comum, que compromete seriamente a proteção da autodeterminação sexual da mulher. Com efeito, desde a fase investigativa à adequação do fato à moldura penal, passando pela atuação dos agentes processuais, aguarda-se que a história contada guarde correspondência com aquela violação cometida por um estranho empunhando uma arma qualquer, o que é garantia de condenação e de penas severas, por ser mais credível²², à parte o

²⁰ Cf. I. VENTURA, “They never talk about a victim’s feelings: according to criminal law, feelings are not facts” – Portuguese judicial narratives about sex crimes, *Palgrave Commun*, II, n.º 16101, 2016, disponível em <https://www.nature.com/articles/palcomms2016101#Bib1>, acedido em 16/09/2024, p. 04. Por sua vez, A. BOUCHERIE, « Du "vrai viol" aux "zones grises": juger du (non) consentement dans la sexualité contemporaine française », *Archives de philosophie du droit*, Paris, Tome n.º 61, 2019, p. 380, refere que esse mito serve inclusive para exercer um controle espacial sobre a mulher: “Ainsi, le mythe de l’agression commise dans un parking ou dans une ruelle, la nuit, par un inconnu racisé avec l’usage d’une arme, est une image qui continue d’être véhiculée comme risque pour les femmes (permettant par ailleurs de renforcer le contrôle de leurs déplacements par cette peur)”. A situação lembra o desabafo de AUDREY SAVAGE em seu livro *Twice Raped*, trazido por TASLITZ, *SCRLWS*, pp. 475-477. Ela disse a si mesma, ao perceber que seria violentada por um estranho enquanto acampava em local ermo no País de Gales: “*I know what they would say. They would say something like this: « what woman who wasn't asking for exactly this would have been out there camping alone in the first place? Why wasn't I home, under the protective care of my husband? Why wasn't I in my woman's place, taking care of my house and children, or my garden and dog, if I had no house and children? What right had I to travel alone to another country to camp alone on the Welsh country side, this Great Orme? Since I had refused to stay in my proper prison, I was only getting what I deserved »*”.

²¹ Cf. SOTTOMAYOR, *Ex aequo* [online], p. 109.

²² Cf. VENTURA, *PC*, p. 04: “*The more an accusation fulfils the imagery theorized by Martha Burt as rape myths (1980) the more credible it will be. The plausible script of a rape allegation emerging from the interviewees’ representations refers to the time between the offence and the disclosure of the attack (immediately), the crime scene (isolated, with no witnesses: a cane field), the victim’s resistance and marks of violence (wounds) or the use of weapons (knife). Furthermore, an unknown and asocial (beggar, smelly) attacker seals victim’s innocence, because, as the same interviewee observes: A complaint from a person against an unknown aggressor, with whom she has no relationship, has a presumption of veracity. It is something that no one does easily. There is no reason for a woman to accuse a man she does not know; to whom she is not related to or even has ever seen, of having raped her*”.

choro da vítima e a exigência de atuação conforme um *script* já conhecido, que compreende uma reação heroica e a exibição das marcas da luta no seu corpo, sob pena de ser suscitada sua vontade de adesão ao ato. Como se ser violada por um estranho fosse a garantia da manutenção do seu status de vítima limpa e imaculada²³.

No entanto, para além de não ser a mais comum, esta modalidade de violação não é a que suscita as principais questões psíquicas, sociológicas e, principalmente, jurídicas. Sem a pretensão de diminuir a gravidade e a barbaridade destes episódios delitivos, que merecem, sim, uma resposta penal eficiente, eles não representam o tamanho do problema relacionado à má sexualidade. Ao revés, acreditar que os crimes sexuais contra as mulheres se resumem às violações praticadas por estranhos em um “canto escuro” ou em uma “viela do bairro”, no dizer da professora MARIA FERNANDA PALMA²⁴, é reforçar a estrutura patriarcal ainda vigente e esconder a verdadeira questão de segurança pública que aflige o universo feminino: a pandemia de violações praticadas por homens tidos como “comuns” e conhecidos (mas não necessariamente íntimos²⁵), muitas vezes no início de um contato romântico ou até mesmo sexual, como nos chamados *date rapes*, nos quais alguns elementos de um encontro sexual normal podem estar presentes²⁶, pois normalmente não há emprego de (ou um reforço de) força física e nem são deixadas marcas visíveis no corpo (físico) da vítima²⁷.

Tais violações, igualmente violentas²⁸, ainda que prescindam dos rasgos e hematomas vislumbrados pelo legislador tradicional, são marcadas pela desconsideração da vontade feminina, conquanto seja comum que as vítimas cedam a alguns avanços indesejados, como medida de controle, especialmente quando o agressor é conhecido²⁹. Ao contrário do que se possa imaginar, estas violações são muito mais frequentes, vez que resultado de ensinamentos repassados por gerações e fundados na crença de uma natural (e supostamente tolerável)

²³ Cf. BROWNMILLER, *Against*, p. 351.

²⁴ Cf. M. FERNANDA PALMA, “Os temas e os problemas das propostas legislativas de 2019 sobre violência doméstica e crimes sexuais - O direito penal da intimidade sexual e familiar”, *Anatomia do crime*, n.º 9, 2019, p. 15.

²⁵ Cf. LEGRAND, *CLR*, p. 922. Em raciocínio singular, a autora refere que, quando autor e vítima possuem uma relação mais próxima, as violações tendem a ser praticadas com o reforço de violência.

²⁶ Cf. L. ANNE REMICK, “Read Her Lips: An Argument for a Verbal Consent Standard in Rape”, *University of Pennsylvania Law Review*, CXLI, n.º 3, 1993, p. 1104.

²⁷ Cf. SOTTOMAYOR, *Ex aequo* [online], p. 109.

²⁸ Cf. TONG, *UCLJR*, p. 132, destaca a gravidade dos *date rapes* em comparação às violações aleatórias: “Finally, being raped by someone you know may be worse than random violence, involving feelings of betrayal and the oppression and fear of a possible continuing relationship”.

²⁹ Cf. L. PINEAU, “Date Rape: A Feminist Analysis”, *Law and Philosophy*, VIII, n.º 2, 1989, pp. 220-221.

agressividade sexual masculina³⁰, dando origem a um processo cultural que se reproduz³¹.

Dados estatísticos de violações obtidos por meio de pesquisas de informações divulgadas na imprensa em Portugal já apontaram que em apenas 15,4% dos casos a vítima e o ofensor não se conheciam. Além disso, em 62,7% das situações em que se conhecia o local, o crime ocorreu na habitação da vítima ou do ofensor (às vezes até mesmo no seio de um relacionamento conjugal). E somente 8,8% dos crimes se passaram em local ermo³². De fato, e diversamente do que se apregoa, as violações são intra e não interraciais e se passam dentro de um ambiente fechado entre conhecidos³³.

Nada obstante, estas violações sem reforço de violência não estão imunes aos mitos, estereótipos e preconceitos comuns ao tema, ao contrário, sendo frequente conceber que uma mulher que alega ter sido violada por um conhecido provavelmente é alguém que se arrependeu de uma prática sexual consentida. Não fosse isso, o processamento destes crimes é prejudicado pela equivocada imagem daquela violação “clássica”, de tal modo que a justiça criminal, impregnada de uma herança cultural enviesada, tende a receber com ceticismo os relatos de uma violação cujo elementos destoam daquele *script*³⁴.

Enfim, derrubado, ao menos no âmbito acadêmico, o mito da prevalência (estatística) do “*rape by a stranger in a solitary alley*”, com a generosa contribuição de MARTHA BURT³⁵, desponta, muito claramente, que a questão a ser enfrentada, no tema da violência sexual contra a mulher, é a análise ao redor da criminalização destas violações cometidas sem o *plus* de força física e por homens do seu próprio círculo social ou cuja aproximação foi permitida por qualquer razão social, mas não necessária e obrigatoriamente consentida a investida sexual, o que desafia discussões muito relevantes, como visto. Por isso, é interessante analisar a seguir o tipo objetivo do crime de violação, com destaque especial para o dissentimento, elemento típico

³⁰ *Idem*, p. 228.

³¹ Cf. JACQUET, *The Injustices*, p. 77.

³² Cf. UMAR, Relatório sobre Violência Sexual em Portugal: os casos noticiados na imprensa nacional em 2021, UMAR-União de Mulheres Alternativa e Resposta, 2022, disponível em <http://www.umarfeminismos.org/>, acessado em 21/09/2024, pp. 16-19. Por sua vez, informa V. LE GOAZIOU, « Les viols en justice: une (in) justice de classe? », *Nouvelles questions féministes*, XXXIII, n.º 1, 2013, p. 18, que pesquisa realizada na França chegou a resultados semelhantes, malgrado tenha apontado maior incidência dentro de grupos pertencentes a classes economicamente menos favorecidas. Por fim, SOUZA, *Direito Penal* [livro eletrônico], p. RB-1.309, traz dados do Brasil no mesmo sentido, obtidos do Atlas da Violência 2018.

³³ Cf. T. M. MASSARO, “Experts, Psychology, Credibility, and Rape: The Rape Trauma Syndrome Issue and Its Implications for Expert Psychological Testimony”, *Minnesota Law Review*, LXIX, n.º 2, 1985, pp. 402-403. Acrescentamos que, à semelhança do que ocorre com a questão do gênero, o preconceito racial também vem à tona nas questões da criminalidade sexual.

³⁴ Cf. C. RAYBURN, “To Catch a Sex Thief: The Burden of Performance in Rape and Sexual Assault Trials”, *Columbia Journal of Gender and Law*, XV, n.º 2, 2006, p. 461.

³⁵ Cf. M. BURT *apud* VENTURA, *PC*, p. 02.

de inquestionável centralidade no enfrentamento deste problema à luz da Convenção de Istambul e da premissa da necessária igualdade de gêneros.

1.4. Conclusões intercalares

Neste CAPÍTULO I, trouxemos uma noção do crime de violação com recurso a um breve contexto vitimológico e criminológico. Neste sentido, mostramos os impactos deste delito sobre a personalidade e o universo feminino e como ele condiciona o comportamento da mulher, limitando sobremaneira suas interações sociais.

Além disso, notou-se que a violação representa o domínio de uma estrutura patriarcal ainda presente na sociedade, nada obstante os diversos avanços alcançados nas últimas décadas, a exemplo da indicação do bem jurídico a ser protegido, sendo hoje inquestionável que o tipo penal assegura a liberdade de autodeterminação sexual da mulher e não mais valores como os costumes ou a moral familiar, que, na verdade, ocultavam os traços de influência do homem e da religião sobre o corpo e a sexualidade feminina.

Por outro lado, pontuou-se que a violação, forma mais grave dentre os delitos sexuais, é um crime que deve ser enxergado sob uma perspectiva de gênero, representando a desigualdade ainda vista neste campo.

Na sequência, registramos como os sistemas jurídicos em geral ainda não estão integralmente adaptados para o eficaz enfrentamento da criminalidade sexual contra a mulher, notadamente em razão dos muitos mitos, estereótipos e preconceitos que circulam para a manutenção da estrutura de poder patriarcal.

Destaca-se que foi neste contexto que surgiu a Convenção de Istambul, trazendo consigo uma série de diretrizes penais e processuais, objetivando, especialmente, uma ressignificação do enfrentamento à violência sexual contra a mulher e a promoção da igualdade material entre os gêneros.

Por derradeiro, visando situar corretamente o problema, tratamos de desfazer o mito de que a violação é um crime cometido por um maníaco armado que arrebatava a mulher em um beco escuro. Esta é apenas a forma mais grave e estereotipada do crime, mas bem menos frequente.

Demonstramos que os sistemas jurídicos e a sociedade tendem a idealizar um crime de violação com todos estes elementos, o que compromete seriamente a resposta penal para a modalidade de violação que ocorre de forma pandêmica: aquela praticada por homens conhecidos, não necessariamente alguém com quem a mulher iniciou um contato afetivo ou sexual, e que nem sempre se utiliza de um reforço de violência para consumá-lo, mas é marcada

pela desconsideração da sua vontade.

Assim, absorvida a noção de que o problema a ser enfrentado está nas violações “entre conhecidos”, normalmente sem aquele *plus* de violência, partimos para o capítulo seguinte, abordando aspectos típico-penais do delito.

2. CAPÍTULO II – ASPECTOS RELEVANTES DO TIPO PENAL DA VIOLAÇÃO

2.1. O tipo objetivo: o dissentimento

É inegável que, na sua essência, a violação consiste na prática de determinado ato sexual contra a vontade da mulher. O dissentimento emerge, portanto, como elemento fundamental do tipo penal, ainda que nem sempre expresso por se apresentar camuflado ou sobreposto pela eventual exigência de camadas de constrangimento ou violência. Mesmo que do tipo se extraia, à primeira vista, a necessidade de uma atuação agressiva por parte da figura masculina, o mero dissentimento pode ser haurido como um dado latente, indispensável à consumação delitiva, afinal, na base de cada episódio criminoso, haverá sempre, objetivamente, uma mulher e o seu dissenso.

De fato, o tipo objetivo da violação está estruturado e balizado sobre o dissentimento, elemento típico de elevada importância. Uma vez que haja o consentimento da mulher acerca de determinado ato de natureza sexual, o tipo penal não se realiza³⁶, ao contrário, o bem jurídico resta protegido, eis que se garante o exercício da liberdade e da autodeterminação sexual feminina. Por outro lado, não havendo o consentimento, tem-se o preenchimento do tipo, caso em que o bem jurídico é exposto e violado.

Como já sinalizado, nem sempre o dissentimento está textualmente presente no tipo penal. Em alguns casos, muito por conta dos mitos e preconceitos arraigados na (in)compreensão da questão da sexualidade feminina, o legislador opta pela utilização de outras expressões que remetem à exigência de atos de violência ou grave ameaça, o que pode gerar uma proteção insuficiente do bem jurídico.

Por outro lado, é certo que a gestão da questão do consentimento nas ações da vida real é algo muito complexo. O que significa consentir, exigem-se palavras ou bastam gestos, expressão facial ou postura corporal, é dever da mulher expressar o consentimento ou o

³⁶ Cf. M. DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, “A tutela da liberdade sexual e o problema da configuração dos crimes de coação sexual e de violação - reflexão à luz da Convenção de Istambul”, in *Crimes Sexuais [livro eletrônico]*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, janeiro de 2020, p. 22, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_CrimesSexuais.pdf, acessado em 23/09/2024.

dissentimento e qual é papel do homem neste contexto são questionamentos pertinentes sobre a matéria, que influenciam diretamente a persecução penal, designadamente no campo probatório, mas também a formulação típica. Há, portanto, distintas abordagens, que dão ensejo a diferentes modelos, um dos quais se mostra mais alinhado à Convenção de Istambul, como se verá a seguir.

2.2. Os modelos típicos

2.2.1. O modelo do constrangimento

O primeiro modelo a ser mencionado é do constrangimento. Trata-se do modelo tradicional, que se vale de expressões como “constranger” ou “constrangimento”, que aludem ao recurso à força ou à violência³⁷, ou mesmo de outras ainda mais explícitas e óbvias, como “mediante violência ou grave ameaça”. É o caso, por exemplo, do Código Penal Brasileiro (CPB), cujo artigo 213, *caput*, estabelece, em sua forma básica, a pena de 06 (seis) a 10 (dez) anos para quem “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”³⁸.

O que marca este modelo é a exigência de um reforço de violência física ou psíquica para a caracterização da violação, o que decorre, seguramente, do mito de que este crime só se perfaz quando uma mulher é subjugada por um estranho armado ou agressivo e, para além disso, reage. Mesmo no meio psiquiátrico era corrente defender a noção de que a luta era um componente do ato sexual³⁹. Não por acaso, nos ordenamentos em que esta formação típica é adotada, são (ou eram) comuns decisões que exigem (exigiam) uma brava resistência da vítima⁴⁰. Nesta linha, tem-se o célebre Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (TRP), lembrado por M. DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, no bojo do qual, ainda sob a égide de uma versão anterior do tipo penal português da violação, decidiu-se que “O agente só comete o crime se, na concretização da execução do acto sexual, ainda que tentado, se debater com a pessoa da vítima, de forma a poder-se falar em « violência »” e, mais, que “A força física destinada a vencer a resistência da vítima pressupõe que esta manifeste de forma positiva,

³⁷ O professor PEDRO CAEIRO, diversamente, entende que a menção a “constrangimento” não implica uso da força e nem a necessidade de resistência da vítima. Neste sentido, P. CAEIRO, “Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 29, n.º 3, set-dez, 2019, pp. 645-646.

³⁸ Cf. BRASIL, Código Penal (1940), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm, acessado em 20/09/2024.

³⁹ Cf. JACQUET, *The Injustices*, p. 83.

⁴⁰ Cf. CONCEIÇÃO DA CUNHA, *Crimes Sexuais [livro eletrônico]*, p. 20.

inequívoca e relevante a sua oposição à prática do acto”⁴¹.

Como contraponto, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), julgou o caso *M.C. v. Bulgária* (2003)⁴², em que a justiça búlgara, em vista da legislação local, havia decidido pela inoportunidade da violação de uma jovem de 14 (quatorze) anos por dois homens adultos ante a inexistência de vestígios físicos da resistência⁴³. De fato, mostrou-se que, na prática, o dissentimento (e, por consequência, a violação) só restaria demonstrado (para a polícia e o órgão acusador búlgaros) se comprovada a resistência física, o que foi corrigido pela Corte de Estrasburgo, a qual apontou, inclusive, a evolução da legislação na maioria dos Estados europeus, bem como da própria jurisprudência, inclinando-se mais no sentido de considerar o dissentimento e não a força como elemento basilar e constitutivo do crime de violação⁴⁴. Por isso, concluiu que houve infringência das obrigações positivas do Estado de garantir uma proteção jurídica eficaz contra esta espécie delitiva.

No mesmo sentido, recentemente o Superior Tribunal de Justiça do Brasil (STJ) avançou um julgamento de natureza excepcional, quando definiu que, no crime de estupro (violação), nada obstante a redação legal do tipo, a desconsideração da vontade da vítima é que merece destaque: “Quanto à ausência de resistência mais severa, o dispositivo do Código Penal que tipifica o delito de estupro não exige determinado comportamento ou forma de resistência

⁴¹ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de abril de 2011, proferido no processo n.º 476/09.0PBBGC.P1, pesquisável em <https://encurtador.com.br/zIOXU>, acessado em 01/09/2024. O Sumário completo está nos seguintes termos: “I - O crime de Violação, previsto no artigo 164.º, n.º 1, do CP, é um crime de execução vinculada, i.é., tem de ser cometido por meio de violência, ameaça grave ou acto que coloque a vítima em estado de inconsciência ou de impossibilidade de resistir. II – O agente só comete o crime se, na concretização da execução do acto sexual, ainda que tentado, se debater com a pessoa da vítima, de forma a poder-se falar em « violência ». III – A força física destinada a vencer a resistência da vítima pressupõe que esta manifeste de forma positiva, inequívoca e relevante a sua oposição à prática do acto. IV – A recusa meramente verbal ou a ausência de vontade, de adesão ou de consentimento da ofendida são, por si só, insuficientes para se julgar verificado o crime de Violação”.

⁴² Cf. Acórdão do TEDH de 04 de dezembro de 2003, *M.C. v. Bulgária*, proferido no processo n.º 39272/98, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61521>, acessado em 20/09/2024.

⁴³ A defesa da jovem que recorreu à Corte de Estrasburgo fez um estudo de sentenças de violação em tribunais superiores da Bulgária. Como marca comum, havia sempre o uso substancial de força física e/ou ameaças, o que mostra a indevida preocupação com a comprovação destas circunstâncias, como exemplificou: “(v) *Almost all reported cases concerned rape accompanied by substantial use of physical force and/or threats. Those cases typically involved the following acts of violence: dragging the victim from a car to a house and locking her up; tearing clothes and hitting the victim; punching the victim on the head and kicking her; suffocating the victim; causing concussion and fracture of the nose; or beating causing substantial bleeding. In several cases the victim had been threatened with violence or other consequences. In three cases the victim had committed or attempted to commit suicide as a result*”. Cf. TEDH, *M.C. v. Bulgária*, § 113.

⁴⁴ Cf. TEDH, *M.C. v. Bulgária*, § 159. Note-se que o Governo da Bulgária, inicialmente, chegou a alegar, textualmente, dando concretude aos mitos e estereótipos que permeiam o tema, que “...*proof of physical resistance was required in cases of rape and that, moreover, in accordance with « international practice, including in France » rape was only possible between strangers, whereas the applicant knew the alleged perpetrators*”. Cf. TEDH, *M.C. v. Bulgária*, § 113.

da vítima. Exige sim, implicitamente, o dissenso, o que restou comprovado nos autos e que deveria ter sido respeitado prontamente”, concluindo que “O fato de a vítima não ter reagido física ou ferozmente não exclui o crime, já que, no caso concreto, como já dito, houve o dissenso claro, inclusive, reiterado. Aliás, pelos mesmos motivos expostos, tampouco o fato de ela, por fim, ter se submetido ao ato, esperando terminar, afasta o crime violento perpetrado, se demonstrada a expressa discordância”⁴⁵.

Assim, para além de outras questões penais que podem ser problematizadas e que fogem dos escopo deste trabalho⁴⁶, percebe-se muito claramente que esta modelagem típica, consequência natural da estrutura social patriarcal e dos mitos, estereótipos e preconceitos que a sustentam, contribui para dar vazão a situações de injustiça e desproteção da autodeterminação sexual feminina, demandando contorcionismos jurisprudenciais para desconsiderar o reforço de violência como elemento típico e parte necessária do *iter* criminoso⁴⁷. Não fosse isso, ela traz uma enorme dificuldade probatória para a mulher, que é obrigada a suportar o ônus de demonstrar, nomeadamente em seu corpo, as marcas do dissentimento, nem sempre presentes, como se já não bastassem o constrangimento e o julgamento familiar e social que sofrerá. O homem / autor da violação, por outro lado, posiciona-se confortavelmente como mero expectador processual da humilhação pública e dos esforços, por vezes inúteis, da ofendida, para comprovar que foi violada.

Por isso, vê-se que não há mais espaço para a sobrevivência de tipos penais com essa conformação⁴⁸, sob pena, em última análise, de cristalização da ineficiência do Estado na proteção de bens jurídicos essenciais à manutenção da ordem e da estabilidade social⁴⁹. O emprego da força ou da grave ameaça pode ser previsto não como elemento do crime básico de violação, mas como componente de uma figura agravada⁵⁰ ou mesmo para quantificar a pena a ser aplicada.

⁴⁵ Cf. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil de 13 de agosto de 2024, proferido no processo n.º AgRg no REsp 2105317 / DF, pesquisável em <https://scon.stj.jus.br/SCON/>, acessado em 01/09/2024, §§ 7 e 9 da ementa.

⁴⁶ Cf. CONCEIÇÃO DA CUNHA, *Crimes Sexuais [livro eletrônico]*, pp. 22-23.

⁴⁷ Cf. F. DESPREZ, « Preuve et conviction du juge en matière d'agressions sexuelles », *Archives de Politique Criminelle*, n.º 34, 2012, p. 51, que refere que isso acontece na França, onde a legislação prevê um tipo com o modelo do constrangimento.

⁴⁸ Cf. BAKER, *MLR*, p. 278, para quem, por um curto prazo, a lei penal deveria se concentrar apenas nas violações cometidas com força aparente, não por relativizar as violações sem reforço de violência, mas porque provar a força é tudo que o Direito Penal pode fazer por enquanto.

⁴⁹ Vale salientar, contudo, que parte da doutrina brasileira ainda entende que a violência e a grave ameaça fazem parte do tipo da violação, ou “estupro”, como lá denominado. Cf. SOUZA, *Direito Penal [livro eletrônico]*, p. RB-1.313.

⁵⁰ Cf. REMICK, *UPLR*, p. 1120.

2.2.2. O modelo do dissentimento

O segundo modelo é o que se pode denominar como o da comprovação da contradição ou do dissentimento, que se assenta na manifestação do desacordo por parte da mulher. Baseia-se na ideia de que “o não é não”, mas exige que a recusa seja enunciada de tal modo a poder ser captada pelo homem. Alguns doutrinadores defendem este modelo, no qual “a exteriorização da recusa aciona, a partir desse momento, o preenchimento do tipo”⁵¹. Seria criado, assim, um elemento que serviria como uma linha divisória entre as condutas típicas e atípicas. Entretanto, veremos que o estado de desproteção e exposição da vítima continua.

Não há qualquer referência ao reforço de violência, é verdade, por isso já representa enorme avanço em relação ao modelo antes descrito. Ainda assim, a doutrina aponta que alguns tribunais, mesmo diante deste modelo, mantinham a resistência (a outra face da moeda da violência) como um elemento típico oculto da violação⁵².

Esta formulação típica, adotada em Portugal por inspiração na redação do Código Penal da Alemanha, já busca alguma adequação ao disposto na Convenção de Istambul, mas não a cumpre integralmente, como já se percebeu. Seu grande problema, que toca fortemente na questão probatória, objeto de interesse deste trabalho, é exigir da mulher/vítima o anúncio da manifestação decisiva, o que merece algumas considerações.

Em primeiro lugar, não se está, com isso, empoderando a figura feminina. Não lhe caberá o controle da situação unicamente por ter o poder (em verdade, seria um dever) de dizer que “não é não”. Parece claro que sempre que a vítima diga o “não” (o que lhe será sempre facultado, por óbvio), este dissentimento deve ser respeitado. Mas não lhe pode ser exigível a obrigação de sempre dissentir para obstar a investida sexual. A noção de que um “não” deve ser obrigatoriamente explicitado pela mulher dá a (falsa e estereotipada) ideia de que o “sim” é a regra, o caminho fluido e natural para o encontro sexual, o que não se pode aceitar. O verdadeiro respeito à sua vontade e à sua liberdade de autodeterminação sexual é a garantia de se manifestar se assim quiser, de tal modo que o homem só avançará se ela disser o “sim”, como no modelo seguinte, logo mais analisado. Afinal, não se pode demandar qualquer comportamento ativo de uma mulher unicamente para ter controle do seu próprio corpo: isso é seu direito, não um privilégio ou uma obrigação⁵³.

Note-se, portanto, que, no conceito do “não é não”, a mulher, vítima histórica desta

⁵¹ Cf. CAEIRO, *RPCC*, p. 657.

⁵² Cf. REMICK, *UPLR*, p. 1113.

⁵³ *Idem*, p. 1112.

modalidade delitiva, de algum modo continua em situação de desvantagem, carregando o dever de exteriorizar a recusa da conduta sexual, algo que, além de não natural (uma vez que no exercício do seu livre arbítrio haveria de consentir de forma autônoma com a realização de qualquer ato), é muitas vezes difícil de ocorrer, em razão das circunstâncias fáticas por si vivenciadas, as quais podem estar envoltas de sentimentos perturbadores, que dificultam a sua manifestação, como o temor, a hierarquia ou a pressão psicológica, profissional ou social. Além disso, ela pode simplesmente paralisar, enfrentando o chamado *frozen fright*, muito comum diante de qualquer perigo. E, como se não bastasse, a vítima ainda herdará o ônus de provar, no futuro processo penal, que disse o “não” e que ele era perceptível ao violador. Por isso, este arquétipo, conquanto bem mais avançado que o anterior, não confere a proteção mais efetiva.

Por derradeiro, como visto, este modelo ainda não se desgarra de todos os mitos, estereótipos e preconceitos atrelados ao crime de violação, já que continua conferindo um tratamento desigual ao consentimento em relação a outros delitos, partindo de uma presunção de adesão aos contatos sexuais, especialmente nestes casos de silêncio ou *frozen fright*. Com efeito, lembra SUSAN SCHWARTZ *apud* L. ANNE REMICK que apenas na violação a prova da falta de consentimento da mulher seria insuficiente para demonstrar o não consentimento, já que seria necessário expressar e comprovar o seu dissentimento por palavras ou gestos. E a autora exemplifica com a subtração de um carro, pois se reputa bastante provar que o proprietário nunca deu permissão para demonstrar a ilicitude da posse. Assim, ela concluiu que “[t]he law presumes that one will not give away that which is his to a robber but makes no similar presumption as to the conduct of women and rapist. In fact, quite the opposite is true: in the context of sexual activity the law presumes consent”⁵⁴. Dito isso, passemos ao modelo seguinte.

2.2.3. O modelo do consentimento afirmativo e o seu alinhamento à Convenção de Istambul

Por fim, este terceiro modelo é o que está verdadeiramente alinhado à Convenção de Istambul⁵⁵, que significou um avanço ideológico e simbólico na teorização da violência contra as mulheres⁵⁶. Seu artigo 36.º prevê que os países signatários “deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar a criminalização da conduta de quem intencionalmente: a) Praticar a penetração vaginal, anal ou oral, de natureza sexual, de

⁵⁴ Cf. S. SCHWARTZ *apud* REMICK, *UPLR*, p. 1111.

⁵⁵ Cf. PALMA, *AC*, pp. 15-16.

⁵⁶ Cf. VENTURA, *Ex aequo* [online], p. 106.

quaisquer partes do corpo ou objetos no corpo de outra pessoa, sem consentimento desta última; b) Praticar outros atos de natureza sexual não consentidos com uma pessoa; c) Levar outra pessoa a praticar atos de natureza sexual não consentidos com terceiro, definindo, ainda, que o consentimento tem de ser prestado voluntariamente, como manifestação da vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes”⁵⁷.

Logo, pelo que orienta a Convenção de Istambul, esta formulação típica assegura a ideia de que “só o sim é sim”, vale dizer, o homem só pode avançar se a mulher assentir, mas é certo que, como já dito, a rigor ela sequer está obrigada a se pronunciar, seja para admitir ou negar a investida sexual masculina, pois assim exercerá plenamente sua liberdade e dignidade sexual e o controle sobre o seu corpo. De todo modo, somente diante do consentimento afirmativo o tipo penal não se realiza e, na sua falta, o homem já envereda por um caminho criminoso. O tipo se funda em uma espécie de presunção de não consentimento, vencida apenas por vontade explícita da mulher, o que é necessário em uma sociedade de estrutura patriarcal⁵⁸.

Mais uma vez, o foco é na questão do consentimento, não se concedendo margem para exigências de condutas violentas em desfavor da vítima, malgrado a prática de um ato sexual contra a vontade de uma mulher já seja uma violência (psíquica ou moral) em qualquer sentido⁵⁹. Ademais, ao contrário do modelo anterior, não há espaço para se demandar prova de eventual resistência da mulher.

A propósito, o Relatório Explicativo da Convenção de Istambul, remontando ao julgamento do paradigmático caso *M.C. v. Bulgária* (2003), refere que “*Conformément aux normes et aux tendances contemporaines en la matière, il y a lieu de considérer que les obligations positives qui pèsent sur les Etats membres en vertu des articles 3 et 8 de la convention commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte sexuel non consensuel, y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance physique*”⁶⁰.

O consentimento pode ser esquadrihado e se diz que, para consentir, a mulher deve saber com o que consente; ter a intenção de consentir; e comunicar seu consentimento à pessoa com quem pretende ter a intimidade sexual (o que pode se dar de maneira direta ou indireta)⁶¹.

⁵⁷ Cf. EUROPA, Convenção de Istambul (2011), artigo 36.º.

⁵⁸ Cf. TONG, *UCLJR*, p. 139.

⁵⁹ Cf. PALMA, *AC*, p. 17.

⁶⁰ Cf. EUROPA, Relatório Explicativo da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica – Convenção de Istambul (2011), disponível em <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d38c9>, acessado em 22/09/2024.

⁶¹ Cf. FLATHMAN *apud* TONG, *UCLJR*, p. 135.

Acrescente-se que um consentimento prévio não indica consentimento posterior e indiscriminado, mesmo no curso de uma prática sexual isso pode mudar⁶²; ademais, consentir em parte não é o mesmo que consentir no todo, o consentimento pode ser parcial, para um ou mais atos específicos, sendo certo que um ato não pode presumir o outro; por fim, pode ser tácito ou expresso, vocal ou gestual.

É relevante notar que, neste modelo do consentimento, atualmente adotado por 19 (dezenove) dentre os 31 (trinta e um) países que já ratificaram internamente a CI ⁶³, os riscos recaem sobre a figura masculina, o que parece mais justo e concorre para a redução da desigualdade entre os gêneros. De fato, cabe ao homem não apenas o ônus de provar que obteve o “sim” da mulher (o que o fará, pois, agir com muito mais cautela)⁶⁴, como também proceder a uma leitura da vontade da pessoa do sexo oposto, demonstrando-se atento às circunstâncias envolventes, de modo a obter um consentimento livre⁶⁵, o que não deve se limitar apenas ao início do contato sexual, pois o dissenso pode surgir a qualquer momento. Outrossim (e isso pode ser particularmente difícil, considerando o aprendizado cultural), devem interpretar os sinais sem pretender adequá-los aos padrões de masculinidade e feminilidade resultantes dos mitos, estereótipos e preconceitos vigentes⁶⁶.

Algumas críticas são direcionadas a este modelo e uma delas diz respeito à quebra da naturalidade da dinâmica sexual entre o homem e a mulher, inserindo um elemento não espontâneo⁶⁷. Entretanto, não se pode trabalhar com uma espécie de onisciência sexual

⁶² Cf. PINEAU, pp. 230-231: “Thus, even if we assume that a woman has initially agreed to an encounter, her agreement does not automatically make all subsequent sexual activity to which she submits legitimate. If during coitus a woman should experience pain, be suddenly overcome with guilt or fear of pregnancy, or simply lose her initial desire, those are good reasons for her to change her mind. Having changed her mind, neither her partner nor the state has any right to force her to continue. But then if she is forced to continue she is assaulted”. A autora complementa afirmando que um encontro sexual não é um escorregador no qual não se consegue parar no meio do caminho.

⁶³ A Amnistia Internacional informa que os seguintes países já possuem leis que criminalizam a violação como a atividade sexual sem consentimento feminino: Bélgica, Croácia, Chipre, República Tcheca, Dinamarca, Finlândia, Alemanha, Grécia, Islândia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Holanda, Polônia, Eslovênia, Espanha, Suécia, Suíça e Reino Unido, conforme informação disponível em <https://encurtador.com.br/jdy6h>, acessado em 27/09/2024. A Alemanha e a Suécia, malgrado tenham sido mencionadas, adotaram o segundo modelo (do dissentimento). VENTURA, in *Ex aequo* [online], p. 107, ressalta que “A resistência oferecida à transposição da Convenção de Istambul para a ordem jurídica prende-se com uma desconfiança da sociedade e do poder político em relação à visão das mulheres como um grupo historicamente discriminado. O reconhecimento da natureza estrutural e histórica da discriminação das mulheres constitui um desafio ao sistema patriarcal, que concentrou o poder de decisão (político, econômico e familiar) nas mãos dos homens”.

⁶⁴ Cf. PALMA, AC, pp. 15-16.

⁶⁵ Cf. CONCEIÇÃO DA CUNHA, *Crimes Sexuais* [livro eletrônico], p. 27.

⁶⁶ Cf. REMICK, *UPLR*, pp. 1147.

⁶⁷ Cf. K. COLE, “Better Sex through Criminal Law: Proxy Crimes, Covert Negligence, and Other Difficulties of Affirmative Consent in the ALI's Draft Sexual Assault Provisions”, *San Diego Law Review*, LIII, 2016, pp. 538-539.

masculina, pois assim a mulher continuará com uma tutela enfraquecida da sua liberdade sexual. Além disso, em lugar de interferir e prejudicar, uma interação mais clara entre o homem e a mulher, na linha de uma sexualidade comunicativa ou de um consentimento sexual esclarecido⁶⁸, vai potencializar os efeitos positivos que podem advir de um encontro íntimo, afinal, o homem acreditar que pode decifrar silenciosamente todos os desejos e vontades da mulher em uma interação sexual é, além de arriscado, algo presunçoso⁶⁹. De fato, a liberdade sexual da mulher está acima de interpretações subjetivas do homem, que deve estabelecer uma comunicação e, só diante do “sim”, avançar⁷⁰.

Por fim, o modelo que positiva a necessidade de obtenção de consentimento afirmativo ainda traz mais segurança jurídica, demarcando legalmente as condutas que são criminosas e as que não são, já que é edificada uma clara linha divisória⁷¹.

Pois bem. Este é o modelo típico que deve ser considerado, vez que, como visto, é o preconizado pela Convenção de Istambul e está amparado também pelo TEDH, que refuta a exigência de vestígios de violência física, assumindo uma visão mais protecionista da liberdade sexual feminina⁷². Foi necessário chegar a esta conclusão porque, uma vez que o tema deste trabalho é a prova do crime de violação em conformidade com a Convenção de Istambul, afiguravam-se essenciais a delimitação e a contextualização, indicando-se precisamente de qual violação e de qual tipo se trata. Mas, a despeito desta formulação típica representar um enorme avanço civilizatório, especialmente no que tange à sua contribuição para o enfrentamento da violência contra a mulher, é inegável que ela traz complexos desafios no campo probatório. É do que passaremos a tratar a seguir.

2.3. Conclusões intercalares

O CAPÍTULO II foi dedicado aos aspectos penais do crime de violação e, inicialmente, tratamos de um elemento típico basilar: o dissentimento. De fato, é importante conceber este crime essencialmente como a prática de um ato sexual em desconsideração da vontade

⁶⁸ Cf. B. CORRÊA CAMARGO EL AL, “Ausência de consentimento como fator central na tipificação do crime de estupro: Tendências no plano internacional e interpretação do art. 213 do Código Penal Brasileiro”, in M. REALE JÚNIOR e M. THEREZA DE ASSIS MOURA (coord.), *Coleção 80 Anos do Código Penal – Volume III – Parte Especial – Segundo Tomo* [livro eletrônico], São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021, p. RB-5.10.

⁶⁹ Cf. REMICK, *UPLR*, pp. 1148-1149. Ainda, cf. PINEAU, *LP*, p. 228: “*Sexologists are unanimous ... in holding that mutual sexual enjoyment requires an atmosphere of comfort and communication, a minimum of pressure, and an ongoing check-up on one's partner's state*”.

⁷⁰ Cf. C. REQUEJO CONDE, “Las últimas reformas de los delitos sexuales en el código penal español”, *Constructos Criminológicos*, IV, n. ° 7, 2024, p. 203.

⁷¹ Cf. REMICK, *UPLR*, p. 1141.

⁷² Cf. PALMA, *AC*, p. 14.

feminina, reconhecendo também que o tratamento do consentimento é algo naturalmente complexo, repercutindo tanto no campo processual probatório, como também na formulação típica.

Haurida esta noção, abordamos, após, os modelos típicos comumente utilizados nos ordenamentos, os quais trabalham a questão do consentimento de formas distintas.

Seguindo esta trilha, o primeiro modelo estudado foi o do constrangimento, pelo qual a desconsideração da vontade da mulher envolve a utilização de violência física ou psíquica, considerados elementos típicos. Esta formulação está atrelada ao mito de que toda violação é cometida com esse recurso de força, por um estranho, em uma via qualquer, o que, vimos, não corresponde à realidade. Por isso, compromete a resposta penal nas violações “entre conhecidos”, as mais comuns.

Neste contexto, abre-se espaço para se exigirem provas da resistência da vítima, o que não se concebe, como bem pontuado pelo TEDH no caso *M.C. v. Bulgária (2003)*, seja porque esse ato de heroísmo e de colocação da vida em perigo é uma falácia cultural e não pode ser exigido, seja também porque a reação mais esperada, diante do temor que acomete a mulher, é oposta, ou seja, de passividade.

O segundo modelo analisado foi o do dissentimento, o qual, conquanto não mais contenha elementos típicos relacionados ao uso de força, ainda deixa a mulher, vítima histórica dos crimes de violação, em situação fática e processual desconfortável.

Estruturado na ideia de que “o não é não”, ele exige que a mulher anuncie o dissentimento, de forma que seja percebido pelo homem. Deste modo, trabalha com a noção estereotipada de que o homem “sedutor” tem acesso livre ao corpo da mulher “que pede para ser violada em busca de prazer sexual”, a qual deve empostar o “não”, em alto e bom som, para impedir a realização do tipo.

Em lugar de lhe dar poder, o tipo penal, ainda agarrado a mitos, preconceitos e estereótipos, impõe-lhe um ônus, que se tornará também um encargo processual, vez que terá que provar tal circunstância. E enfrentará dificuldades nas situações de *frozen fright*, deusas comuns.

Por fim, foi apreciado o terceiro modelo, chamado o do consentimento afirmativo e fundado na tese de que “só o sim é sim”. Esta é a formulação que está alinhada às diretrizes da Convenção de Istambul, a qual exige que o consentimento deve ser dado voluntariamente, isto é, por livre deliberação da pessoa, e avaliado no contexto das circunstâncias envolventes.

Neste caso, garante-se uma efetiva proteção da liberdade sexual da mulher, que neste domínio não possui obrigações, exceto o direito de, se assim desejar, consentir com uma prática

íntima. O homem, para avançar, depende de um consentimento expresso, do contrário realizará o tipo, suportando ainda o ônus processual de provar que obteve a adesão feminina.

Não fosse isso, este modelo típico exige que o homem assuma mais obrigações, designadamente para avaliar o contexto das circunstâncias envolventes, como preconiza a Convenção de Istambul e, estabelecendo uma sexualidade comunicativa, obter um consentimento válido da mulher, que resta muito mais protegida. Essa e outras questões serão tratadas na perspectiva da produção probatória nos processos que julgam os crimes de violação, cuja análise se inicia agora no capítulo subsequente.

3. CAPÍTULO III – CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A PROVA NO CRIME DE VIOLAÇÃO

3.1. Os desafios probatórios

O tema desta investigação é a prova do crime de violação em conformidade com a Convenção de Istambul. O problema jurídico principal a ser enfrentado, como já anunciado, é analisar criticamente a noção de que há uma dificuldade probatória no crime de violação, em especial daquele plasmado na necessidade de tomada do consentimento afirmativo, desbravando o *iter* probatório e descobrindo formas de aprimorar a prospecção e o consumo das provas, objetivando, ao fim, um cenário de maior proteção à mulher, vítima natural deste tipo de criminalidade.

Com efeito, a fim de justificar uma desproteção do bem jurídico tutelado pelo crime, é lugar comum afirmar que a reconstrução histórica de uma violação é deveras difícil, por mais que isso nem seja sempre verdadeiro, para além do contexto enviesado dessa assertiva, como trataremos adiante. Infrações penais de dinâmicas semelhantes, mas que desbordam a questão da sexualidade feminina, não costumam desafiar tanta polêmica e asserções no mesmo sentido⁷³. É o prenúncio de que questões históricas, de ordem sociológica e psíquica, que divisam as relações heteronormativas e o papel exercido pelos gêneros, afetam o *iter* probatório, marcado pela má influência de diversos mitos, estereótipos e preconceitos.

Não se desconhece que o crime de violação é ordinariamente ocorrido na surdina, longe de testemunhas visuais e é raramente demonstrável por meio de elementos documentais, de modo que a investigação policial e a instrução processual, à míngua de maior criatividade e esforço dos agentes da persecução penal, dependem e giram em torno, em muitos casos, das

⁷³ Cf. BELEZA, *Combate*, p. 25 e LEGRAND, *CLR*, pp. 939-940.

declarações da vítima, que é submetida a escrutínios e sabinas sequenciadas, por vezes cruéis e vexatórias (voltaremos a este tema nos CAPÍTULOS V e VI), e/ou, quiçá, de uma prova pericial do local, de algum objeto ou do corpo físico, frequentemente imprestável, especialmente quando não há aquele *plus* de violência⁷⁴. Vê-se, inclusive, que até mesmo por exigir bastante da mulher, revitimizando-a e vulnerabilizando-a, a prova neste crime é desafiadora⁷⁵.

Por outro lado, é evidente que outros aspectos das circunstâncias envolventes podem e devem ser considerados na exploração probatória, a exemplo dos sintomas psicológicos e sentimentos dos envolvidos (do homem, inclusive)⁷⁶, como será abordado mais à frente, fato que, no entanto, não torna exatamente fácil (embora possível) a tarefa daqueles que vão lidar com a reconstituição dos acontecimentos. Não fosse isso, os órgãos investigatórios nem sempre se despem das pré-noções hauridas da estrutura patriarcal que contamina também os sistemas policial e judicial, o que compromete gravemente o *timing* e a higidez da coleta de provas em muitos casos irrepetíveis.

De mais a mais, quando se pensa no modelo típico da violação baseado no consentimento afirmativo (ou mesmo, se fosse o caso, no modelo do dissentimento cognoscível), as dificuldades probatórias são ainda mais manifestas, por isso esta formulação típica é alvo de críticas⁷⁷. O homem provar que a mulher disse o “sim” ou a mulher demonstrar que disse o “não” podem ser factuais de árdua comprovação, máxime quando há recurso único e exclusivo à prova oral, suscetível a todo tipo de influência. Não se pode olvidar, ainda, a existência de zonas cinzentas em que distinguir o consentimento da coerção é algo deveras penoso⁷⁸. Há situações em que o sexo não é desejado pela mulher, mas pode ser consentido por uma série de razões que lhe são válidas⁷⁹, hipóteses nas quais não cabe a intervenção do Direito Penal, já que estará na gestão do próprio corpo e da sua sexualidade. Enfim, se já é difícil

⁷⁴ Em alguns casos, a despeito da ausência de testemunhas visuais, “...as declarações de testemunhas ligadas emocionalmente à vítima e que tenham observado as consequências traumáticas do crime para esta, também são meios de prova que corroboram a palavra das vítimas”, como lembra SOTTOMAYOR, *Ex aequo* [online], p. 111.

⁷⁵ Cf. H. LUANA DE SOUZA e J. PEDRO BARIONE AYROSA, “O que existe além da palavra da vítima? A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a prova em crimes sexuais”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, IX, n. ° 3, 2023, p. 1422.

⁷⁶ *Ibidem* e VENTURA, *PC*, p. 06, que refere, com precisão: “*In addition, rape victims speak about their emotional state, which is juridical irrelevant since is not regarded an objective evidence of the crime. In the process of pursuing factualism, feelings are not viewed as facts, and therefore rarely appear in judicial narratives: Feelings are not part of legal system. In courts or judicial decisions, they never talk about the victim’s feelings, no one ever knows how the victim felt. (...)*”.

⁷⁷ Cf. BAKER, *MLR*, p. 223.

⁷⁸ Cf. RAYBURN, *CJGL*, p. 462.

⁷⁹ Cf. TONG, *UCLJR*, p. 136.

encontrar balizas aceitáveis para se entender quando há consentimento ou dissentimento, demonstrar o que realmente aconteceu, procedendo à reconstrução dos fatos, é tarefa ainda mais hercúlea⁸⁰.

Outrossim, ao cotejarmos os temas relacionados à teoria geral da prova, como, por exemplo, ônus, *standards* e valoração, percebemos que as regras existentes quase sempre desconsideram a influência deste processo cultural e histórico e o contexto de desigualdade que prejudica o universo feminino. Reinterpretá-los, à luz, inclusive, das diretrizes alinhadas pela Convenção de Istambul, é medida de rigor. Na mesma toada, é imprescindível manter este olhar diferenciado sobre determinados institutos e meios de prova de grande relevância nessa seara, como o depoimento especial, o exame cruzado e a prova pericial, especificamente a que resulta na produção dos laudos psicológicos em busca do dano psíquico, que igualmente desafiam a persecução neste tipo de criminalidade.

É importante, assim, identificar os fatores jurídicos e extrajurídicos que de algum modo colaboram para o insucesso das investigações policiais e instruções judiciais nos casos de violação, especialmente os assemelhados aos *dates rapes*. Neste desiderato, antes de trabalhar propriamente com as regras probatórias e com os meios de prova capazes de agregar um forte contributo neste campo, faz-se necessária uma verdadeira assepsia da matéria e da metodologia probatória, iniciando-se pela exposição daqueles mitos, preconceitos e estereótipos tão comuns nesta temática⁸¹.

3.2. Os mitos, preconceitos e estereótipos: a “mitologia da violação”

É relevante notar, previamente, que estes mitos, preconceitos e estereótipos que permeiam o crime de violação decorrem e reforçam a estrutura ainda patriarcal que domina diversos setores sociais, nomeadamente os organismos policiais e judiciais, de maioria masculina, por meio da qual os homens acabam por tomar as decisões mais importantes relacionadas à sexualidade feminina⁸². Trata-se de um recorte (bem relevante, é verdade) da luta travada pelas mulheres em diversos campos, visando a construção de uma igualdade material e enfrentando a resistência do patriarcado, que de certa maneira controla o sistema capitalista, a quem interessa que permaneçam mansamente adstritas aos serviços domésticos

⁸⁰ Cf. PINEAU, *LP*, p. 240.

⁸¹ Cf. MASSARO, *MLR*, p. 404: “*Despite this evidence, however, the rape mythology persists, and recent studies reveal that rape myths insidiously infect the minds of jurors, judges, and others who deal with rape and its victims*”.

⁸² Cf. BELEZA, *Combate*, p. 21.

não remunerados⁸³, alheias às questões da sexualidade.

Este processo antigo e histórico, denominado “mitologia da violação”⁸⁴, que talvez explique porque a violação é um dos crimes mais subnotificados⁸⁵, vem sofrendo forte resistência já há algumas décadas, especialmente com o avanço dos movimentos feministas, de que são expoentes autoras como SUSAN BROWNMILLER, CATHARINE MACKINNON e MARTHA BURT, dentre outras, que, por meio de pesquisas e estudos criteriosos e revolucionários, ajudaram a expor estas narrativas no campo da sexualidade⁸⁶, muitas, ainda de pé, lamentavelmente, influenciando os julgadores e outros atores da persecução penal.

São muitas ideias desconectadas da realidade⁸⁷, mas concebidas com o objetivo de perpetuar este estado de coisas, causando dor e sofrimentos às mulheres e desprotegendo sua dignidade sexual. Em resumo, visam culpabilizar a vítima, absolver o agressor e minimizar, legitimar ou racionalizar a violência sexual⁸⁸, influenciando não apenas a forma de agir e pensar da sociedade em relação às mulheres violadas, como também as decisões tomadas legalmente e como as informações são divulgadas ao público⁸⁹. Podem ser definidos como crenças descritivas ou prescritivas sobre agressão sexual (seu escopo, causas, contexto e consequências) que servem para negar, minimizar ou justificar um comportamento sexualmente agressivo⁹⁰. Vejamos pormenorizadamente algumas destas práticas.

3.2.1. A exigência da resistência

Neste contexto, é comum, no âmbito da polícia e da justiça, exigir da mulher vítima de violação que tenha uma postura ativa durante o ato, quando não de reação e bravura. Diz-se,

⁸³ Cf. SOTTOMAYOR, *Ex aequo* [online], p. 107.

⁸⁴ Cf. PINEAU, *LP*, p. 230.

⁸⁵ Cf. LEGRAND, *CLR*, p. 921. No mesmo sentido, SOUZA, *Direito Penal* [livro eletrônico], p. RB-1.309, que refere: “No Brasil, dados oficiais estimam que há um caso estupro (art. 213), ou estupro de vulnerável (art. 217-A), notificado a cada onze minutos no país, perfazendo 50.000 registros por ano. No entanto, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) calcula que isso represente apenas 10% dos acontecimentos, que então seriam algo em torno de 500.000 por ano, índice alarmante.”

⁸⁶ Cf. VENTURA, *PC*, p. 02. No mesmo sentido, cf. JACQUET, *The Injustices*, pp. 103, que pontua o seguinte: “*In their articles, feminist legal scholars argued that rape law was rooted in misconceptions and prejudice against women rape victims. In line with grassroots feminist activists, these scholars challenged widely circulated rape myths, arguing that most rapists were not deranged sex maniacs but normal men; the majority of rapes were not attacks on strangers in the heat of the moment but planned attacks on people the rapists knew; women did not secretly want to be raped; and false complaints were rare. These rape myths had been codified into law and kept women victims from accessing justice*”.

⁸⁷ Cf. LEGRAND, *CLR*, p. 941.

⁸⁸ Cf. K. M. EDWARDS ET AL., “Rape myths: History, individual and institutional-level presence, and implications for change”, *Sex Roles*, LXV, n. ° 11, 2011, p. 761.

⁸⁹ *Idem*, p. 763.

⁹⁰ Cf. H. HILL, “Rape Myths and the Use of Expert Psychological Evidence”, *Victoria University of Wellington Law Review*, XLV, n. ° 3, 2014, p. 472.

inclusive, que a violação é o único crime violento no bojo do qual se costuma exigir uma resistência da vítima⁹¹, o que vem conjugado com a equivocada ideia de que qualquer mulher saudável é capaz de resistir a um violador, caso assim deseje⁹², e que ela sempre disporia de recursos físicos suficientes⁹³. O julgamento do já mencionado caso *M.C. v. Bulgária* (2003) foi um marco na justiça europeia para sinalizar que a ausência de resistência não significa consentimento. De fato, o dissentimento pode ser silencioso por diversas razões, sendo muito mais comum, a propósito, a mulher dissentir (e demonstrar isso por outros meios, que não pela fala), mas exibir uma postura passiva, paralisar, assumindo o estado denominado *frozen fright*.

Diversos sentimentos podem acometer uma mulher quando sofre uma investida sexual indesejada e o principal e mais comum deles, sem dúvida, é o medo, que pode ser paralisante⁹⁴, tal como se passa, inclusive, em alguns casos, no reino animal. Efetivamente, vendo-se na iminência de ser violada, seu comportamento esperado não é reagir, mesmo porque isso pode agravar sua situação diante de um agressor fisicamente mais forte. A resposta aguardada, de acordo com as estatísticas, é permanecer em silêncio, na passividade, quiçá entrando em estado de alheamento da realidade, pois assim determinam o pânico e o instinto de sobrevivência⁹⁵.

Nada mais equivocado, portanto, exigir de uma vítima de violação atos heroicos de resistência e associar eventual passividade ao consentimento, mesmo porque, repita-se, o dissentimento pode ser tácito e inferido pelas circunstâncias. Em verdade, a exigência de tais circunstâncias convém para a não punição dos violadores conhecidos das mulheres, o que só reforça o estatuto masculino dominante. Trata-se, ademais, de ideia sustentada pela crença do “*real rape*”⁹⁶, ou seja, de que toda violação é praticada por um estranho mediante violência, o que, sabemos, nem de longe representa a maioria dos casos.

3.2.2. Os perfis predefinidos para o homem e a mulher e o “show de trauma”

Outro mito comum é a criação de estereótipos complementares para a vítima e para o autor da violação⁹⁷. A vítima deve-se encaixar no perfil da mulher casta, tímida, que chora na

⁹¹ Cf. BROWNMILLER, *Against*, p. 360.

⁹² Cf. M. R. BURT, “Cultural myths and supports for rape”, *Journal of Personality and Social Psychology*, XXXVIII, n. ° 2, 1980, p. 217. Este mito se baseia também em uma crença de Sigmund Freud, como lembra RAYBURN, *CJGL*, p. 448.

⁹³ Cf. G. VIGARELLO, *História da Violação: séculos XVI-XX*, 1ª ed., Lisboa, Editorial Estampa, 1998, pp. 60-61.

⁹⁴ Cf. CONCEIÇÃO DA CUNHA, *Crimes Sexuais* [livro eletrônico], p. 34.

⁹⁵ Cf. M. DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, “Não resistir não é consentir” - *Justiça com A* [revista online], n.º 36, 2020, disponível em <https://www.justicacoma.com/edicoes.php>, acessado em 20/09/2024, p. 21.

⁹⁶ Cf. HILL, *VUWLR*, p. 472.

⁹⁷ Cf. VENTURA, *PC*, p. 02.

polícia e na justiça⁹⁸, como se toda mulher sexualmente ativa consentisse indiscriminadamente e estivesse sempre apta ao sexo⁹⁹, ao passo que o violador há que se amoldar no perfil de um sujeito desviado, desocupado, com antecedentes criminais, um maníaco¹⁰⁰, normalmente de outra “raça”¹⁰¹. As complicações começam a surgir, sempre em desfavor da mulher, quando os relatos discrepam um pouco deste roteiro, perdendo em credibilidade.

Neste sentido, quanto mais exibir as marcas do sofrimento e se engajar no que se denomina “show de trauma”, na expressão de ISABEL VENTURA, as chances de a mulher ter como credível a sua versão são maiores. Mas se não apresentar ferimentos ou não provar o uso de uma arma, sua versão será posta em causa¹⁰², quiçá desaguando na vala das estatísticas da “*victim precipitation*”¹⁰³. Por outro lado, o homem de “boa aparência”, refinado e bem-sucedido econômica e socialmente terá maior facilidade de se defender de uma violação no estilo *date rape*, pois tende a convencer os agentes da polícia e da justiça de que a atividade sexual foi consentida e/ou, no máximo, enganou-se na interpretação dos sinais de recusa¹⁰⁴. Não fosse isso, caso os envolvidos sejam conhecidos, as alegações femininas serão recebidas com ainda mais ceticismo nas arenas policial e judicial¹⁰⁵. Inexplicavelmente, a sociedade exige que a mulher resista quando atacada por um estranho, mas questiona seu dissentimento quando o violador é alguém do seu relacionamento¹⁰⁶.

Outrossim, o desempenho emocional da mulher quando presta declarações, sobretudo nas audiências judiciais, é algo observado atentamente pelos atores da justiça, que não raro incorrem em excessos inescrupulosos, como já se passou em caso rumoroso no Brasil, em que uma vítima de violação foi ofendida e humilhada no curso do processo, fato que foi o ponto de partida para a aprovação da Lei nº 14.245, de 21/11/2021, adiante abordada¹⁰⁷.

Ainda dentro destes perfis idealizados para o homem e para a mulher, que correspondem aos papéis definidos pela heteronormatividade para as interações sexuais, é esperado que o sexo seja nada mais do que o resultado de uma “sedução magistral” do homem conquistador e

⁹⁸ Cf. CONCEIÇÃO DA CUNHA, *Crimes Sexuais [livro eletrônico]*, p. 37.

⁹⁹ Cf. TONG, *UCLJR*, p. 133.

¹⁰⁰ Cf. LEGRAND, *CLR*, p. 924.

¹⁰¹ Cf. MASSARO, *MLR*, pp. 402-403. Embora “raça” seja um conceito cientificamente contestável, foi assim citado pela autora, no ano de 1985, desconsiderando eventuais implicações discriminatórias.

¹⁰² Cf. EDWARDS ET AL., *SR*, p. 768.

¹⁰³ Cf. LEGRAND, *CLR*, p. 929.

¹⁰⁴ Cf. VENTURA, *PC*, p. 02.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 04.

¹⁰⁶ Cf. TONG, *UCLJR*, p. 133.

¹⁰⁷ Cf. <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/11/23/sancionada-lei-mariana-ferrer-que-protege-vitimas-de-crimes-sexuais-em-julgamentos>.

empilhador de troféus, a que a mulher romântica deve se submeter de forma silenciosa em troca do esperado prazer sexual¹⁰⁸. Assim, consentir parece natural e obrigatório para a mulher, na medida em que cada um, especialmente a figura masculina, assume rigorosamente o personagem que lhe é confiado socialmente, de modo que, aos olhos da sociedade, a passagem para a violência não seria necessária¹⁰⁹.

Todo esse contexto cria zonas cinzentas que dificultam a diferenciação entre uma verdadeira e legítima sedução ou mera inobservância de regras de etiqueta sexual de uma efetiva violação, como lembra PINEAU¹¹⁰, o que corrobora a necessidade de prevalência de um modelo típico em que o homem tenha o dever de, após analisar as circunstâncias envolventes, obter um consentimento claro e válido da mulher. Essa linha de raciocínio, evidentemente, deve ser observada durante a persecução penal na polícia e na justiça, inclusive durante as etapas de produção probatória, como abordaremos nos capítulos seguintes.

3.2.3. O receio de acusações infundadas

Lado outro, já se disse serem frequentes as alegações de que é sempre difícil a prova nos crimes de violação. Como sinalizado anteriormente, a questão a se colocar é a razão pela qual se invoca esta dificuldade. Em parte, trata-se de mecanismo de defesa do homem, que objetiva manter seu estatuto e evitar ser colocado como réu nos processos criminais das violações fundadas na ausência de consentimento. O “*Hale Warning*”, que esteve em uso no Reino Unido e nos Estados Unidos da América ainda durante quase todo o século XX, ratifica esta ideia¹¹¹. A exigência das marcas da violência vem neste mesmo sentido, garantindo que o homem seja acusado somente diante de provas irrefutáveis¹¹². Mas é certo que esse risco de

¹⁰⁸ Cf. PINEAU, LP, pp. 222-223.

¹⁰⁹ Cf. BOUCHERIE, APD, p. 381.

¹¹⁰ *Ibidem*. A autora traz uma situação fictícia de um encontro romântico e demonstra como a mulher pode ter ciência de ser violada, por não ter de fato consentido, quando a leitura cultural é no sentido de houve apenas uma sedução comum: “*The paradoxical feelings of the woman in our example indicate her awareness that what she feels about the incident stands in contradiction to the prevailing cultural assessment of it. She knows that she did not want to have sex with her date. She is not so sure, however, about how much her own desires count, and she is uncertain that she has made her desires clear. Her uncertainty is reinforced by the cultural reading of this incident as an ordinary seduction.*”

¹¹¹ Cf. EDWARDS ET AL., SR, p. 768, que explicam como funcionava o “*Hale Warning*”, uma advertência realizada antes dos julgamentos dos casos de violação no Reino Unido que expressava alguns dos mitos, estereótipos e preconceitos envolvidos no tema, dentre eles uma inquestionável dificuldade probatória que justificaria uma tendência da vítima a fazer imputações infundadas: “*The legal system is an institution that has a long history of perpetuating the belief that women lie about being raped (Ask 2010; MacKinnon 1982, 1987). The seventeenth century judge Sir Matthew Hale asserted that rape is “an accusation easily to be made, hard to be proved, and harder to be defended by the party accused, tho’ never so innocent” (Hale 1736, p. 635). This statement would become known as the “Hale Warning” and was often read in courtrooms during rape cases up until the late twentieth century, casting suspicion on the testimonies of women who reported being raped (Ferguson 1987)*”.

¹¹² Cf. SOTTOMAYOR, *Ex aequo* [online], p. 111.

queixas mentirosas não é significativa, em especial porque toda mulher sabe que será intimidada, questionada e terá sua vida devassada ao longo da dolorosa Via Crúcis policial e judicial¹¹³.

Seguindo esta trilha, acresça-se o mito de que as mulheres mentem com frequência e fazem acusações infundadas contra parceiros sexuais com o objetivo de vingança ou de resguardo da reputação, sobretudo quando supostamente arrependidas de um encontro íntimo¹¹⁴. A dúvida em relação à palavra da mulher, como se fossem “animais imperfeitos” ou “homens inacabados”, como bem lembrou ISABEL VENTURA¹¹⁵, também está inserida neste processo histórico de dominação, mais uma vez com o propalado fim de evitar falsas imputações, algo desprezível estatisticamente¹¹⁶.

Com efeito, muito ao contrário, dados recolhidos com rigor científico demonstram que a percentagem de vítimas que não denunciam é superior ao patamar de falsas denúncias, o qual, em solo lusitano, é de apenas 5%, conforme estudo do Instituto Nacional de Medicina Legal¹¹⁷. Na Europa, em mais de vinte e seis países, esse percentual gira entre 2 e 9%, demonstrando, destarte, que não há falar em riscos contundentes de simulações e/ou infundadas acusações, pelo menos não mais do que os existentes em quaisquer tipos de criminalidade e que podem ser afastados a partir de uma investigação efetiva e de instrução probatória justa e eficiente¹¹⁸.

E para além de incrédíveis, as mulheres seriam também seres de natureza pecaminosa,

¹¹³ Cf. BELEZA, *Combate*, p. 26.

¹¹⁴ Cf. VENTURA, *PC*, p. 04.

¹¹⁵ Cf. I. VENTURA, “Um corpo que seja seu – podem as mulheres (não) consentir?”, *Ex aequo* [online], n.º 31, 2015, disponível em <https://exaequo.apem-estudos.org/revista/revista-ex-aequo-numero-31-2015>, acedido em 23/09/2024, p. 77: “A dúvida que pende sobre a palavra feminina corresponde ao prolongamento da ideia de que as mulheres são «animais imperfeitos», «homens inacabados» dependentes dos caprichos de um corpo que se altera ciclicamente (Joaquim, 1997). A sua capacidade de pensamento crê-se muito reduzida e a idoneidade do seu testemunho encontra-se comprometida pela sua natureza pecaminosa e perversa. Esta inferioridade «inata» legitima a tutela masculina e explica a desigualdade: há uma hierarquia na diferença que torna o masculino mais apto à governança já que a desvantagem é intelectual (António Hespanha, 1995). Da exigência de confirmação masculina sobre a palavra feminina ouvida em testemunho, antevê-se a preocupação medieval em assegurar que a denúncia de vitimação sexual se valha de provas irrefutáveis e inabaláveis e não somente de fortes indícios”.

¹¹⁶ *Idem*, pp. 87-88 e MATHIASSEN, *WLJ*, p. 49. Cf. Também EDWARDS ET AL., *SR*, p. 767: “*Although there is great debate about the prevalence of unfounded accusations of rape (Marshall and Alison 2006), most researchers suggest that false rape allegations are highly infrequent (Patton and Snyder-Yuly 2007). In fact, an international report that reviewed studies and law enforcement estimates reported that approximately 2–8% of reported sexual assaults are believed to be false (Lonsway et al. 2007)*”.

¹¹⁷ Cf. R. CARVALHO MARTINS, *Pena de prisão suspensa nos crimes contra a liberdade sexual: prática judiciária em Portugal* (Dissertação de Mestrado), Lisboa, Universidade de Lisboa, 2020, p. 28, que refere o seguinte estudo: <https://www.publico.pt/2018/10/14/sociedade/noticia/so-3-4-das-situacoes-denunciadas-sao-simulacoes-1847441>.

¹¹⁸ Cf. I. VENTURA, “Violência Sexual: tensões entre mitos da violação e direitos humanos das vítimas”, *Revista Miscellanea APAV* n.º 3/4, 2017, disponível em https://vm.apav.pt/apav_v3/images/pdf/apav_miscelanea_03_04.pdf, acedido em 23/09/2024.

maliciosa e dissimulada¹¹⁹, para quem a recusa ao ato sexual, na verdade, seria um “sim”, parte do “jogo da sedução”, mito ardiloso provavelmente criado e/ou divulgado na Roma Antiga por OVÍDIO¹²⁰, mas muito bem aproveitado pela narrativa masculina ao longo dos séculos¹²¹, inclusive durante o período iluminista, como lembra G. VIGARELLO¹²². A “resistência simbólica” ou o “não que quer dizer sim” foi incorporado até mesmo em obras clássicas do cinema, como no filme “E o Vento Levou”, em que o personagem RHETT arrebatava uma relutante SCARLET para uma noite apaixonada¹²³.

3.2.4. O julgamento do comportamento feminino

O comportamento da mulher também é julgado sob enorme carga de preconceito, de modo que gestos e atitudes triviais podem ser interpretados como sinais de adesão e consentimento para o ato sexual ou mesmo servem como argumentos para responsabilizá-la, ainda que para compartilhamento da culpa. Este é um mito “guarda-chuva”, reforçado inclusive por estudos criminológicos¹²⁴, segundo o qual a mulher pede para ser estuprada¹²⁵, no bojo do qual são comuns afirmações de que a violação ocorreu porque a mulher se colocou em perigo, usando roupas e tendo postura insinuante ou andando sozinha à noite, bebeu, dançou, convidou o homem à sua casa e/ou aceitou uma carona, todos tidos como sinais de “consentimento implícito”¹²⁶ ou de que é “violável”¹²⁷.

Como se até mesmo um (legítimo) comportamento sexual “provocativo” justificasse uma violação, o que se agarra ao mito de que o homem não tem capacidade de segurar o seu

¹¹⁹ Cf. CHAKIAN, *Os direitos das vítimas*, p. 331. A autora explica que essa ideia de uma mulher como figura perigosa e temida, responsável pela desgraça da humanidade, perdurou até o movimento iluminista, que, embora pregasse a igualdade entre os seres humanos, paradoxalmente lhe atribuiu um modelo de comportamento pacato e subserviente.

¹²⁰ VENTURA, *Ex aequo* [online], p. 84.

¹²¹ Cf. EDWARDS ET AL., *SR*, p. 763.

¹²² Cf. VIGARELLO, *História da Violação*, p. 62. O autor relembra pensamento de ROUSSEAU: “A natureza dotou o mais fraco de tanta força quanto a necessária para resistir quando quizer”.

¹²³ Cf. TONG, *UCLJR*, p. 130.

¹²⁴ Cf. JACQUET, *The Injustices*, pp. 99-100. A autora cita um estudo criminológico de MENACHEM AMIR, da Hebrew University in Jerusalem, que apontou a culpa das mulheres pela má interpretação do agressor e de suas intenções, corresponsabilizando-as pela violação de que foram vítimas.

¹²⁵ Cf. EDWARDS ET AL., *SR*, p. 766.

¹²⁶ Cf. REMICK, *UPLR*, p. 1124. No mesmo sentido, VIGARELLO, *História da Violação*, p. 279, anota um caso esdrúxulo em 1983, na França, de absolvição de um acusado de violação: “...foi porque uma jovem viveu em concubinação com um vietnamita e trabalhou como « lavadora de pratos » num restaurante chinês que a violação cometida por dois laocianos de que ela se diz vítima, em 1983, não foi considerada totalmente credível, dada a demasiada proximidade com os « asiáticos », dizem os considerandos do veredicto”.

¹²⁷ Cf. O. SMITH, *Rape trials in England and Wales: Observing justice and rethinking rape myths*, Springer, 2018, p. 98.

impulso sexual¹²⁸ (o crime seria o resultado natural para a mulher por ter despertado o “monstro” dentro do homem e não satisfeito o seu apetite¹²⁹). E tudo se agrava se eles já tiveram algum flerte ou relacionamento anterior¹³⁰, o que pode servir para fragilizar o discurso feminino de que não consentiu com o ato sexual¹³¹ (afinal, se consentiu uma vez, o homem já teria acesso livre ao seu corpo, o que soa de veras absurdo). Entretanto, metaforicamente falando, uma vítima de roubo não perde sua proteção jurídica porque usou joias chamativas¹³². Por outro lado, a mulher não deve perder a proteção da sua liberdade sexual unicamente por ter uma vez consentido ou não apresentar o padrão de castidade. Não fosse isso, curiosamente somente o passado sexual da mulher, e nunca o do homem, é investigado¹³³.

Enfim, é pouco importante o que a mulher tenha feito ou como tenha se comportado em matéria sexual. A questão relevante é saber se naquela determinada ocasião ela consentiu expressamente para o ato íntimo em seu corpo¹³⁴. Nada obstante, apesar dos avanços notáveis nos últimos anos, inclusive no sentido de evitar buscas quanto à “moral” ou o histórico sexual da mulher, a fim de diminuir a credibilidade do seu relato¹³⁵, a persecução penal do crime de violação ainda se apresenta marcada por estes mitos, estereótipos e preconceitos nos mais diversos ordenamentos. É preciso identificá-los para que a produção probatória ocorra de forma limpa e as regras jurídicas sejam aplicadas tecnicamente, propiciando condenações e absolvições justas. Neste cenário, destacamos a necessidade de que os sistemas jurídicos adotem estratégias e se utilizem dos melhores recursos para efetivamente coibir a veiculação destas matérias, designadamente nos processos criminais, construindo uma verdadeira limitação da liberdade probatória em nome dos valores constitucionais em causa.

3.3. A dignidade da mulher como limite ao princípio da liberdade probatória

Com efeito, uma vez que nas ações penais se percebe uma utilização massiva destas

¹²⁸ Cf. PINEAU, *LP*, p. 227. Lembra MATHIASSEN, *WLJ*, p. 50, que, em seu estudo criminológico, o próprio MENACHEM AMIR identificou, em contradição a este mito das maiores necessidades sexuais masculinas, que as violações, em sua maioria, são eventos premeditados e planejados e não decorrentes de um impulso sexual repentino. Outrossim, lembra JEREMY HORDER, *apud* REMICK, *UPLR*, pp. 1134-1135, que o desejo sexual e o anseio de satisfação sexual, embora possam obscurecer os pensamentos do homem, não são argumentos moralmente justificáveis para isentar ou atenuar (por erro) sua responsabilidade na obtenção do consentimento afirmativo da mulher. Pensar diferente seria fortalecer o mito dos impulsos sexuais masculinos incontroláveis.

¹²⁹ Cf. LEGRAND, *CLR*, p. 933.

¹³⁰ TONG, *UCLJR*, p. 134.

¹³¹ C. LE MAGUERESSE, “Viol et consentement en droit pénal français: réflexions à partir du droit pénal canadien”, *Archives de Politique Criminelle*, n.º 34, 2012, p. 224.

¹³² Cf. TONG, *UCLJR*, p. 136.

¹³³ Cf. MATHIASSEN, *WLJ*, p. 50.

¹³⁴ Cf. REMICK, *UPLR*, p. 1128.

¹³⁵ Cf. MATHIASSEN, *WLJ*, pp. 52-53.

noções hauridas da “mitologia da violação”, de flagrante nocividade, é de se pensar se alguns limites não devem ser impostos. De fato, pode-se dizer que, por conta dessas crenças, a mulher já adentra a persecução penal de uma violação com sua credibilidade experimentando um “saldo negativo”¹³⁶. Não custa lembrar que o artigo 54º (Investigação e Provas) da Convenção de Istambul estabelece que “As Partes tomarão as medidas legislativas ou outras necessárias para que, num processo civil ou penal, as provas relativas aos antecedentes sexuais e à conduta da vítima só sejam permitidas quando tal for relevante e necessário”¹³⁷. Assim, a busca de um reequilíbrio é fundamental.

Como recurso útil à análise desta questão, pode-se socorrer inicialmente da base principiológica que abastece este tema. Nestes termos, sabe-se que a produção probatória, em geral, obedece a alguns princípios, que são regras orientadoras de valores e funcionam como comandos de otimização¹³⁸.

Neste contexto, o primeiro princípio a ser mencionado é o da busca da verdade, que veicula o objetivo principal do processo penal e incentiva uma coleta probatória profícua pelas partes, de modo que o julgador disponha de um acervo capaz de permitir uma eficiente reconstrução dos fatos, tanto quanto possível¹³⁹. A este princípio agregamos o da liberdade probatória (também visto como um dos conteúdos da busca da verdade¹⁴⁰), segundo o qual, como regra geral, a atividade probatória é ampla, não se limitando a aspectos como o momento da sua produção, o tema e os meios empregados¹⁴¹.

Mas é claro que esta busca pela verdade real não pode ser ilimitada e nem pode justificar uma atividade que desrespeite regras e valores caros à sociedade. O direito à prova, assim como qualquer outro direito, não se reveste de caráter absoluto, de forma que o seu exercício deve respeitar normas e valores ético-jurídicos relevantes. A propósito, nem mesmo a defesa, tida como “ampla” e “plena”, é direito que se exerce de maneira absoluta, sob pena de se caracterizar um abuso de direito, de sorte que a compatibilização entre os interesses das partes se faz necessária¹⁴².

¹³⁶ Cf. HILL, *VUWLR*, p. 477.

¹³⁷ Cf. EUROPA, Convenção de Istambul (2011), Artigo 54º.

¹³⁸ Cf. ROBERT ALEXY *apud* P. DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 2020, p.201.

¹³⁹ Cf. G. SILVEIRA DE QUEIRÓS CAMPOS, *Princípios do Processo Penal – Teoria, Jurisprudência e Direito Internacional*, Salvador, Editora Juspodivm, 2021, pp. 94-95.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 95.

¹⁴¹ Cf. LIMA, *Manual*, pp. 715-717.

¹⁴² Cf. A. ARAÚJO DE SOUZA, *O abuso de direito no processo penal*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2022, pp. 137-138.

Há, portanto, limites no ordenamento jurídico que devem ser observados¹⁴³. Dentre estas limitações, existem: a) aquelas que visam repudiar provas supostamente suspeitas; b) as que se destinam a garantir um ordenado desenvolvimento do processo; e c) as que visam preservar valores constitucionais¹⁴⁴. Por sua vez, conforme a doutrina alemã, há proibições de prova que podem ser repartidas em proibições de temas, de meios e de métodos¹⁴⁵.

Seguindo esta trilha, entendemos, no particular da prova nos crimes de violação, que há limites que visam preservar valores constitucionais e que apontam para a proibição da utilização de determinados métodos ofensivos. Explica o professor P. DE SOUSA MENDES que “A velha máxima de que o processo penal é direito constitucional aplicado tem toda a razão de ser no campo da obtenção dos meios de prova. Ou então não é verdade que a Constituição elevou à categoria dos direitos fundamentais a conciliação das provas com a dignidade da pessoa humana”¹⁴⁶. De fato, a necessidade de proteção da dignidade da mulher impede que argumentos relacionados à “mitologia da violação” grassem pelas investigações policiais e processos criminais. Caso venham a ser alegadas tais questões, as provas eventualmente contaminadas devem ser excluídas dos autos e não podem ser valoradas pelo julgador.

Digno de nota que nem é necessário que exista na legislação norma específica que trate de proibições destas provas ofensivas à autodeterminação e à liberdade sexual, bem como à honra e à dignidade das mulheres vítimas de violação. Ora, cuidam-se de valores de ordem constitucional que merecem proteção, sendo cabível uma ponderação que sopesse os interesses em choque¹⁴⁷. Assim, no conflito entre o direito à prova do acusado e a honra, a dignidade e a tutela da sexualidade de uma mulher, vítima sobre a qual historicamente desaguam todos os mitos, estereótipos e preconceitos estudados, parece claro que estes últimos direitos merecem maior proteção, mesmo porque, em vista do princípio da liberdade da prova, o arguido terá à sua disposição uma gama generosa de métodos e matérias para explorar. Não há por que se valer, dentre tantas, de linhas defensivas depreciativas que levem em conta alegações como, por exemplo, “a mulher pede para ser violada” ou “a mulher tende a fazer acusações infundadas”, que alimentam a mitologia da violação.

Vale salientar, no entanto, que, no Brasil, algumas iniciativas já foram adotadas no

¹⁴³ Cf. S. RODRIGUES CAMPOS, in *(In)admissibilidade de Provas Ilícitas. Dissemelhança na Produção de Prova no Direito Processual?*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 69.

¹⁴⁴ Cf. CASTELO BRANCO, *A prova ilícita: verdade ou lealdade?*, 1.ª edição, Coimbra, Almedina, 2019, p. 85, que remete à categorização de G. FRANCO RICCI.

¹⁴⁵ Cf. SOUSA MENDES, *Lições*, p. 178.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 179.

¹⁴⁷ Cf. CAMPOS, *Princípios*, p. 106.

sentido de coibir essas teses ultrajantes, uma delas de cunho legislativo. Com efeito, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro a já mencionada Lei n.º 14.245, de 21/11/2021¹⁴⁸, que será objeto de análise mais aprofundada no CAPÍTULO VI, ao tratarmos do exame cruzado. A lei em questão, espécie de *rape shield law*¹⁴⁹, foi aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro após episódio traumático e midiático envolvendo uma mulher vítima de crime sexual. Esta norma determina que os sujeitos processuais não utilizem linguagem, informações ou material que ofendam a dignidade da vítima destes delitos.

Outrossim, em 01/08/2023, o plenário do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STFB) julgou procedente a ADPF n.º 779 para conferir interpretação conforme à Constituição a dispositivos do CPB e do CPPB, que tratam da legítima defesa. Em suma, registrou que não é juridicamente válido invocar uma tese denominada “legítima defesa da honra”, comumente utilizada em sessões do tribunal do júri para absolver acusados de feminicídio, que, em sua base, continha elementos ofensivos à mulher vítima, sempre pintada como adúltera e de moral sexual depravada. Assim, decidiu que se tratava de “recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra a mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões”, considerando-a linha de defesa que institucionalizava a desigualdade entre os gêneros e violava a dignidade da pessoa humana. Por isso, proibiu o seu uso no país, assinalando desde já a sua nulidade, em todo caso¹⁵⁰.

Note-se que, no seio deste mesmo julgamento, o Ministro GILMAR MENDES, ao proferir o seu voto, consignou a possibilidade de existência de limitações argumentativas às partes na justiça criminal de um Estado Democrático de Direito, fazendo referência, exatamente, às *rape shield laws*, diplomas que preveem restrições de conteúdo relacionado “ao histórico sexual de vítimas e crimes sexuais, além de suas opções e costumes correlatos”¹⁵¹.

Por derradeiro, é pertinente destacar uma condenação sofrida pelo Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no caso *Márcia v. Brasil* (2021)¹⁵², relacionado

¹⁴⁸ Cf. BRASIL, Lei n.º 14.245 (2021), disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/14245.htm, acessado em 30/09/2024.

¹⁴⁹ Cf. W. ARAS, “Uso de estereótipos de gênero no processo penal” [artigo online], *Consultor Jurídico: CONJUR*, 2022, disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jan-31/vladimir-aras-uso-estereotipos-genero-processo-penal/>, acessado em 21/12/2024, não paginado.

¹⁵⁰ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal do Brasil de 01 de agosto de 2023, proferido no processo n.º ADPF 779, pesquisável em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur488754/false>, acessado em 10/09/2024.

¹⁵¹ *Idem*, p. 52.

¹⁵² Cf. Acórdão da CIDH de 07 de setembro de 2021, *Márcia v. Brasil*, proferido no processo n.º 12.263/2019, pesquisável em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf, acessado em 20/11/2024.

a uma jovem de 20 (vinte) anos, vulnerável social e economicamente, vítima de feminicídio praticado por um ex-deputado estadual. Apesar de o acusado ter sido condenado, o caso chegou à CIDH em razão de deficiências na investigação, que durou longos anos. Ao fim, a Corte assinalou que a investigação e o processo penal foram marcados por práticas discriminatórias de gênero, assinalando que a conduta e a sexualidade da vítima foram objeto de especial atenção, o que levou à construção de sua imagem como alguém merecedora do ocorrido e afetou a percepção objetiva dos fatos¹⁵³.

E, ainda sobre a CIDH, embora não mais sobre o Brasil, esta Corte julgou também o caso *Veliz Franco e outros v. Guatemala* (2014), referente a deficiências na investigação da morte de uma jovem de 15 (quinze) anos, possivelmente também violentada sexualmente, em razão de preconceitos relacionado ao gênero. Restou consignado que “Segundo determinadas pautas internacionais em matéria de violência contra a mulher e violência sexual, as provas relativas aos antecedentes sexuais da vítima são, em princípio, inadmissíveis, pois a abertura de linhas de investigação sobre o comportamento social e sexual prévio das vítimas em casos de violência de gênero não é mais do que a manifestação de políticas e atitudes baseadas em estereótipos de gênero”¹⁵⁴.

Vê-se, portanto, que a atividade probatória na investigação e no julgamento do crime de violação pode e deve estar sujeita a limites, de modo que alegações e linhas defensivas que retratem os mitos, estereótipos e preconceitos comentados não podem ser toleradas nem admitidas.

A propósito, a Recomendação Geral n.º 33 sobre o acesso das mulheres à Justiça, do Comitê CEDAW da Organização das Nações Unidas (ONU), prevê, em seu item 26, que “Os estereótipos distorcem percepções e resultam em decisões baseadas em crenças e mitos preconcebidos em vez de fatos relevantes. Com frequência, juízes adotam rígidos estândares sobre comportamentos que consideram apropriados para as mulheres, penalizando aquelas que não agem conforme esses estereótipos. Os estereótipos também afetam a credibilidade dada às vozes, aos argumentos e depoimentos das mulheres, sistema de justiça, que pode, por como partes e testemunhas Esses estereótipos podem levar juízes a mal interpretarem ou aplicarem as leis. Isso tem profundas consequências, por exemplo, no direito penal, quando resulta que perpetradores de violações a direitos das mulheres não sejam considerados juridicamente

¹⁵³ Cf. ARAS, *CJ*, não paginado.

¹⁵⁴ Cf. Acórdão da CIDH de 19 de maio de 2014, *Veliz Franco e outros v. Guatemala*, proferido no processo n.º 277, pesquisável em <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2016/04/956a3ac32f95193db8aae1f7e5778f8b.pdf>, acessado em 20/11/2024, § 209.

responsáveis, mantendo-se assim uma cultura de impunidade. Em todas as áreas do direito, os estereótipos comprometem a imparcialidade e integridade do sistema de justiça, que podem, por sua vez, levar à denegação da justiça, incluindo a revitimização de denunciante”¹⁵⁵.

Por fim, gize-se mais uma vez que as *rape shield laws* são importante instrumento neste enfrentamento e ajudam na depuração do material probatório. Além disso, até mesmo o exame cruzado realizado na vítima deve passar também por um crivo ético – temático, como será abordado no CAPÍTULO VI. Nada obstante, ainda há outras questões mais genéricas que devem ser colocadas em causa no âmbito dos desafios probatórios dos crimes de violação, como o apego excessivo às declarações da vítima e a desconsideração do comportamento do autor do delito, conforme exposto a seguir.

3.4. A dependência exclusiva das declarações da vítima

Como já pontuado, em regra na violação estão presentes apenas o(s) agressor(es) e a vítima. Neste cenário, as declarações da ofendida assumem papel crucial na reconstituição dos fatos, apresentando-se como “prova rainha”¹⁵⁶. É natural, assim, como ocorre em outros crimes também praticados na clandestinidade, o hiperfoco no depoimento da pessoa ofendida, quando todos, inclusive, costumam enxergá-la como mero objeto de prospecção de prova e não como sujeito de direitos e pessoa portadora de dignidade¹⁵⁷.

Contudo, há que se deixar claro que a obsessão pela prova oral da vítima parece estar justificada muito mais pela desconfiança no relato feminino (e pela arraigada imposição de preservação da estrutura patriarcal vigente) do que pela indisponibilidade de outros meios de prova ou de obtenção de prova. Ainda que em muitos casos os órgãos responsáveis pela persecução não tenham à disposição o preparo teórico, os protocolos e as ferramentas necessárias para uma correta intervenção após a notícia de uma violação¹⁵⁸, propiciando, assim,

¹⁵⁵ Cf. ONU, Recomendação Geral n.º 33 sobre o acesso das mulheres à Justiça, do Comitê CEDAW (2015), disponível em <https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2016/02/Recomendacao-Geral-n33-Comite-CEDAW.pdf>, acessado em 20/09/2024. Cf. a referência feita por A. MAGALHÃES GOMES FILHO, A. ZACHARIAS TORON e G. HENRIQUE BADARÓ, *Código de Processo Penal Comentado* [livro eletrônico], Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022, p. RL-1.31.

¹⁵⁶ Cf. CONCEIÇÃO DA CUNHA, *Crimes Sexuais* [livro eletrônico], p. 34.

¹⁵⁷ Cf. H. MOREIRA DE OLIVEIRA, “A vedação à violência institucional e à revitimização no curso do processo: comentário à Lei n.º 14.245/2021 (Lei Mariana Ferrer), *Revista Internacional de Vitimologia e Justiça Restaurativa*, I, n.º 2, 2023, p. 134.

¹⁵⁸ Cf. JACQUET, *The Injustices*, p. 98, que traz relato chocante que uma vítima de violação fez durante um discurso no NYRF, grupo feminista formado em Nova York, Estados Unidos da América, no início da década de 1970, o qual demonstra, mais do que o despreparo e a ausência de protocolos na época, mas uma verdadeira hostilidade e desconfiança das instituições legais diante do relato feminino: “*The legal hostility to women rape victims began with the police. Hundreds of firsthand accounts by victims and activists attested to this. In a*

uma exploração probatória diversa e eficiente, pesa muito mais a influência de estereótipos, preconceitos e mitos, como, no particular, as histórias bíblicas da EVA sedutora e pecadora e de ZULEICA, a mulher de POTIFAR, que acusou falsamente seu escravo JOSÉ de violação, o qual fora fiel ao seu dono, resistindo bravamente às suas investidas sexuais¹⁵⁹.

Assim, desde o momento em que apresenta a notícia do crime perante um órgão de investigação, a vítima é questionada e seu relato é passado a limpo como não acontece em relação a nenhum outro tipo penal, tudo com o objetivo de que uma “denúncia infundada” não seja levada adiante. Por mais que iniciativas de combate à vitimização secundária tenham surgido aqui ou ali, idealmente a dependência do relato da mulher na justiça, algo sempre traumático, deveria ser cada vez menor, o que demandaria uma investigação estatal mais eficiente. Não por acaso a Convenção de Istambul, em seu artigo 5.º, n.º 2, estabelece que “As Partes tomarão as medidas legislativas e outras necessárias para agir com a diligência devida a fim de prevenir, investigar, punir e proporcionar reparação por actos de violência cobertos pelo âmbito de aplicação da presente Convenção cometidos por actores não estatais”¹⁶⁰.

Veem-se, de fato, em muitos processos criminais, as declarações da vítima como meio de prova exclusivo e preponderante, embora, a rigor, as expectativas devessem ser baixas, tendo em vista o contexto traumático, o eventual consumo de álcool e outras circunstâncias que não ajudam na memória e reprodução dos acontecimentos em juízo¹⁶¹. É certo que a palavra da vítima deve ser considerada como ponto central de embasamento do planejamento investigativo, mas o recurso a outras fontes de informações poderia atenuar a pressão que sofrem. Neste sentido, afastando-se os mitos, estereótipos e preconceitos que contaminam nossa compreensão sobre o tema, percebemos que diversos outros elementos podem e devem ser considerados com vistas à reconstrução histórica dos fatos.

Tome-se como exemplo o caso *I. G. v. Moldávia* (2012), julgado pelo TEDH¹⁶². Na

videotaped conversation among four rape victims, one participant, Sandra, told of her encounter with a policeman after her rape in the early 1970s. « So I went to a police station . . . and as I went to the desk, I explained I wanted to report a rape » Sandra said. « They said, ‘Whose?’ and I said, ‘Mine.’ The cop looked at me and said, ‘Aw. Who’d want to rape you?’ » One woman testified at the NYRF speak-out, « When it happened to me, one cop said, ‘Tell me the truth, don’t all women secretly want to get raped?’ » In response to the degradation and harassment she experienced at the hands of the police, a Berkeley rape victim said: « The rape was probably the least traumatic incident of the whole evening. . . . If I am ever raped again I will not report it to the police. ». Stories like these saturated the feminist literature on rape, demonstrating the level of hostility found within police forces nationwide”.

¹⁵⁹ Cf. VENTURA, *Ex aequo* [online], p. 78.

¹⁶⁰ Cf. EUROPA, Convenção de Istambul (2011), artigo 5.º, n.º 2.

¹⁶¹ Cf. BAKER, *MLR*, pp. 236-237.

¹⁶² Cf. Acórdão do TEDH de 15 de agosto de 2012, *I. G. v. Moldávia*, proferido no processo n.º 53519/07, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110904>, acessado em 20/09/2024.

hipótese, uma jovem de 14 (quatorze) anos foi vítima de violação praticada por um homem de 23 (vinte e três) anos que a levou para uma casa noturna, onde a induziu a ingerir vodca. Na volta, aproveitando-se do seu estado, a violou no interior do veículo em que estavam, não obstante os apelos da vítima para que não avançasse. O tema acerca do dissentimento era central neste processo, mas isso não foi objeto de atenção e o acusado acabou absolvido, tendo sido notados claro enviesamento e preconceito de gênero.

A Corte de Estrasburgo, ao apreciar o caso, anotou a deficiência da investigação, referindo que diversas outras diligências poderiam ter sido realizadas: *“The Court notes that this decision was adopted without some important investigative measures having been conducted. In particular, since the central task in this case was to determine whether the sexual intercourse had been consensual, it was imperative to form an opinion concerning each party’s credibility. That could have been done by questioning people known to the applicant and V.R., such as friends, neighbours, teachers and others who could have shed light on the trustworthiness of their statements”*. E, ainda: *“Finally, the Court considers that the investigating authorities could have also sought an opinion from a specialised psychologist”*¹⁶³.

Lado outro, policiais, promotores(as) e juízes(as) normalmente atêm-se insistentemente à narrativa dos fatos, buscando dados que muito raramente podem ser esgrimidos com a precisão pretendida. Com isso, são olvidados os sentimentos e o estado emocional da mulher, os quais quiçá possuam aptidão para dar um contributo mais relevante para a reconstrução da verdade¹⁶⁴. Tais circunstâncias ainda podem ter sido alvo de registro por outros meios, como conversas em aplicativos de mensagens entre a vítima e o próprio agressor ou mesmo entre a vítima e outras pessoas próximas, razão pela qual recorrer a estes elementos digitais pode ter grande valia probatória. Não fosse isso, estas últimas podem ser ouvidas como testemunhas que podem corroborar as declarações da ofendida.

Outrossim, todas as circunstâncias envolvidas devem ser examinadas minuciosamente¹⁶⁵, como o contexto do encontro, a existência de alguma relação de hierarquia, poder ou temor, o estado de ânimo e perfil dos envolvidos (idade, profissão, compleição física, etc.), as características do local, a presença de terceiras pessoas, o eventual consumo de drogas ou bebidas alcoólicas (sem embargo de exames periciais que o testifique) e o grau de percepção do homem acerca de tudo isso e dos sinais corporais e não verbais da mulher, como postura,

¹⁶³ *Idem*, § 43.

¹⁶⁴ Cf. VENTURA, PC, p. 06.

¹⁶⁵ Cf. CONCEIÇÃO DA CUNHA, *Crimes Sexuais [livro eletrônico]*, p. 34.

rigidez, tensão ou relaxamento muscular, o silêncio ou a passividade inesperada ou descontextualizada.

De mais a mais, outro meio de prova extremamente importante é a perícia psicológica (cuja ausência, inclusive, foi notada no caso *I. G. v. Moldávia*, como referido linhas atrás), que é capaz de extrair retratos fiéis do estado de ânimo da vítima (e eventualmente do próprio acusado), designadamente quanto à realização de um dano psíquico, como o TEPT (Transtorno de Estresse Pós-Traumático), fornecendo, assim, subsídios importantes ao julgador. De fato, para tentar desembaraçar aquelas zonas cinzentas e compreender, de fato, quando houve consentimento e qual o esforço empreendido pelo homem para buscá-lo, esta é uma ferramenta que pode se mostrar muito eficiente. Devido à sua relevância e complexidade, o tema será objeto de considerações mais detalhadas no CAPÍTULO VII.

3.5. A indevida desconsideração do comportamento do autor do fato

O homem também deve ser um dos focos da exploração probatória. Ainda que se deva atenção ao princípio da vedação da autoincriminação, que, em geral, autoriza a recusa do réu à produção de provas contra si mesmo, os órgãos de persecução devem buscar formas constitucionalmente lícitas e independentes no sentido de reconstruir o comportamento e os sentimentos do pretense violador, em especial, apurando o teor agressivo / criminoso das suas táticas sexuais e o quanto ele tentou se comunicar com a mulher (de forma verbal ou não) a fim de saber o que ela sentia e queria, uma espécie de “sexualidade comunicativa”, como planificada pela filósofa canadense LOIS PINEAU, fundada no respeito à dialética do desejo mútuo, a senha para não avançar sobre um dissentimento¹⁶⁶.

Esclarece a referida autora que a observância desta sexualidade comunicativa, que compreende a exigência de um estado de consciência maior do homem durante todas as etapas da interação sexual, tem como efeito destacar, muito claramente, quando o sexo é agressivo e, conseqüentemente, criminoso, tratando-se de recurso útil para a proteção legal da mulher nos chamados *date rapes*¹⁶⁷. Assim se expõe o seu elemento subjetivo, especialmente quando se percebe uma intenção do homem em se manter em estado de ignorância, o que abre espaço, inclusive, para se invocar teorias como a da *actio libera in causa* e da cegueira deliberada e se definir sua conduta como dolosa. Gize-se que esta solução, inclusive, foi inserida no *Code Criminel* do Canadá, onde o violador não pode alegar que houve consentimento feminino

¹⁶⁶ Cf. PINEAU, LP, pp. 224-225 e 237.

¹⁶⁷ *Idem*, pp. 239-240.

quando agiu de forma consciente a não obter e ignorar o seu estado¹⁶⁸.

Alguns sinais emitidos pela mulher são bem perceptíveis, como a expressão facial, eventual rigidez muscular e a própria passividade / *frozen fright* e dificilmente podem escapar de um olhar atento. Além disso, outras circunstâncias que revelem alguma anormalidade devem ser identificadas pelo homem, como um ambiente intimidador (local estranho para a vítima, ausência de pessoas conhecidas, etc.), compleições físicas discrepantes, relações assimétricas ou de hierarquia (chefe e funcionária, professor e aluna, etc.), estado de ânimo dos envolvidos (vítima muito retraída, sob o efeito de alguma substância, etc.), dentre outras¹⁶⁹.

Sopesando os deveres e interesses em jogo, o que se busca é o cumprimento de uma tarefa simplória por parte do homem, que propiciaria uma proteção substancial à autodeterminação sexual feminina. Recusar-se ou não se importar em buscar o consentimento da mulher é demonstrar indiferença indesculpável frente à sua integridade física, psíquica e sexual, o que justifica e autoriza moral e juridicamente sua responsabilização¹⁷⁰. Neste particular, são bem pertinentes as observações da filósofa britânica ONARA O'NEILL *apud* PINEAU, que disse que nos encontros íntimos temos a obrigação de adotar os fins dos outros como os nossos, do contrário arriscamos agir sem o consentimento¹⁷¹.

É curioso como os mitos, estereótipos e preconceitos eximem o réu de qualquer tipo de obrigação e, principalmente, daquele pesado escrutínio suportado pela vítima, que ainda é sempre instada, ainda que implicitamente, a exibir marcas de violência real e resistência. A conduta, o passado e a performance ou atividade sexual do homem não são alvo de julgamentos¹⁷². Por isso, repise-se, o mínimo que se lhe pode exigir é atenção às circunstâncias para obter um consentimento válido da mulher, consoante o terceiro modelo típico, alinhado à

¹⁶⁸ Cf. CANADÁ, *Code Criminel* (1985), disponível em <https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/c-46/page-36.html#docCont>, acessado em 29/09/2024. Vejamos o *article 273.2: Ne constitue pas un moyen de défense contre une accusation fondée sur les articles 271, 272 ou 273 le fait que l'accusé croyait que le plaignant avait consenti à l'activité à l'origine de l'accusation lorsque, selon le cas: a) cette croyance provient: (i) soit de l'affaiblissement volontaire de ses facultés, (ii) soit de son insouciance ou d'un aveuglement volontaire, (iii) soit de l'une des circonstances visées aux paragraphes 265(3) ou 273.1(2) ou (3) dans lesquelles il n'y a pas de consentement de la part du plaignant; b) il n'a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement; c) il n'y a aucune preuve que l'accord volontaire du plaignant à l'activité a été manifesté de façon explicite par ses paroles ou son comportement.*

¹⁶⁹ Cf. CONCEIÇÃO DA CUNHA, *Crimes Sexuais [livro eletrônico]*, p. 34.

¹⁷⁰ Cf. TONI PICKARD *apud* REMICK, *UPLR*, pp. 1136-1137. O referido autor diz o seguinte: “*In rape, we are dealing not with the kind of mistake that results from the complexity of our endeavours and inevitable human frailty, but with an easily avoided and self-serving mistake produced by the actor's indifference to the separate existence of another. When the harm caused is so great, it seems clear to me that making such a mistake is sufficiently culpable to warrant criminal sanction.*”.

¹⁷¹ Cf. ONARA O'NEILL *apud* PINEAU, *LP*, p. 234.

¹⁷² Cf. TONG, *UCLJR*, p. 139.

CI. Isso também deve repercutir nos ônus processuais e probatórios masculinos, bem como na definição dos *standards*, conforme abordado adiante.

3.6. Conclusões intercalares

Analisado tudo que se propunha neste CAPÍTULO III, é correto afirmar que reconstruir historicamente os acontecimentos em torno de um crime de violação não é tarefa fácil, já que se trata de evento para o qual normalmente concorrem apenas duas pessoas, as quais invariavelmente apresentarão versões opostas em juízo. Quando se trata da violação “entre conhecidos”, as dificuldades ficam mais evidentes, pois o senso comum cobra os (quase sempre ausentes) vestígios de violência física.

Mas não é menos verdade que essa propalada dificuldade também decorre dos diversos mitos, estereótipos e preconceitos que teimam em não se desgarrar de toda e qualquer narrativa que envolve esta figura delituosa. Este contexto é reflexo de uma cultura patriarcal ainda muito viva, que compromete a resposta penal, deixando a mulher em situação de desamparo. São ideias totalmente desconectadas da realidade, cuja finalidade é a manutenção do estatuto masculino. Vimos que figuras delituosas de dinâmica semelhante não desafiam os mesmos questionamentos e problemas, já que não estão sob a névoa da “mitologia da violação”.

A propósito, sobre este tema, abordamos alguns dos mitos, estereótipos e preconceitos mais comuns, como, em primeiro lugar, o mito de que toda mulher pode e deve resistir à violação. Embora seja legítima a reação, ela é rara. Esse mito ignora a passividade ou o *frozen fright*, que é muito mais frequente, convindo muito bem para aqueles autores de violações no estilo *date rape*, que interpretam este estado como adesão ao ato sexual.

Há também estereótipos predefinidos para o homem e para a mulher vítima. Idealiza-se sempre um confronto entre um estranho, maníaco e violento contra uma mulher casta e tímida, que não contém seu choro copioso e exhibe toda a sua dor e marcas da violência perante a polícia e a justiça.

Mas vimos que estes estereótipos não se amoldam às violações entre conhecidos, pois podem muito bem se apresentar uma mulher, com vida sexual ativa, com o histórico de parceiros que bem lhe aprouver, e um homem do tipo “normal”, bem-sucedido socialmente, o que conflita com os perfis do imaginário, algo muito difícil de se desfazer¹⁷³.

Tudo fica ainda mais complicado porque, pelo conceito da heteronormatividade concebido culturalmente, o homem tem o papel de seduzir e a mulher de se deixar seduzir. A

¹⁷³ Cf. BAKER, *MLR*, p. 247.

perplexidade e os conflitos vêm quando se entende como natural o consentimento feminino depois de cumprido o papel masculino. Todos tendem a achar que, neste caso, não há violação, mesmo porque não há (reforço de) violência. E é curioso como as responsabilidades masculinas, de colher o que se passa “nas circunstâncias envolventes”, não são devidamente atribuídas e nem cobradas.

Outrossim, a própria “dificuldade probatória” dos crimes de violação é baseada em um antigo preconceito contra as mulheres e no mito de que elas mentem com frequência e apresentam acusações infundadas apenas por vingança ou arrependimento. Mas todos os estudos estatísticos demonstram que as falsas imputações são extremamente raras e que seus dados não discrepam de qualquer outro tipo de criminalidade. Não fosse isso, não é razoável imaginar que as mulheres, em geral, vão enfrentar o doloroso e humilhante processo à toa, não há custo-benefício que se sustente. A propósito, os altos índices de subnotificação, também revelados por diversos estudos, demonstram o quanto de inverdade há nessa ideia.

Por fim, encerrando a breve passagem sobre a “mitologia da violação”, foi tratado o preconceito que recai sobre o comportamento da mulher, o qual resulta na interpretação equivocada de condutas triviais. Ela “pede para ser violada” quando “anda sozinha à noite”, “tem vida sexual ativa” ou até por “aceitar uma carona”. Além disso, o homem necessita satisfazer seu incontrolável impulso sexual. São questões que se desviam do foco principal, que é saber se a mulher consentiu ou não. O consentimento não se presume por nenhuma destas circunstâncias.

Em seguida, cuidamos da resposta que o sistema jurídico pode oferecer a este problema, a fim de que elementos probatórios contaminados não ingressem no acervo posto à disposição do julgador. Neste sentido, influenciados, inclusive, pelas diretrizes traçadas pela Convenção de Istambul, concluímos que a necessidade de proteção da dignidade da mulher autoriza a imposição de limites à liberdade probatória e à busca da verdade, que não são dogmas absolutos.

Nesta senda, ainda que não haja previsão legal específica, provas ofensivas podem ser inadmitidas ou mesmo excluídas. Para contextualizar, referimos, neste sentido, iniciativas relacionadas à ordem jurídica brasileira, como a Lei nº 14.425/2021 – Lei Mariana Ferrer, espécie de *rape shield law*, instrumento de essencial importância; uma recente decisão do STFB na ADPF nº 779, que instituiu clara limitação temática em matéria probatória, ao proibir a sustentação da tese da legítima defesa da honra em casos de feminicídio, por se tratar de linha defensiva que ofende a dignidade das mulheres e institucionaliza a desigualdade entre os gêneros; e, por fim, decisão da CIDH no caso *Márcia v. Brasil* (2021), por meio da qual o Estado brasileiro foi condenado por práticas discriminatórias no processo de base, que levou à

construção da imagem da vítima como alguém merecedora e responsável pela sua própria morte.

Mas os desafios probatórios não se esgotam nestas questões. Comentamos também como é problemático o hiperfoco nas declarações da vítima. Por mais que seja, de fato, a “prova rainha” nos casos de violação, há situações em que outras possíveis provas são simplesmente olvidadas pela tentativa de se descredibilizar o relato da mulher, que é lavada a depor diversas vezes, como um objeto, sem zelo pelos seus sentimentos (que podem servir também como elementos probatórios relevantes), sofrendo, assim, uma exploração probatória exaustiva e humilhante, especialmente durante o exame cruzado.

Finalizando, pontuamos como o homem também deve ser foco da atividade probatória, não sem descurar do seu direito à não autoincriminação, evidentemente. Mas é indispensável saber como se comportou, como foi a sua leitura do momento e como foi a sua comunicação com a vítima para obter o seu consentimento afirmativo, sob pena de se caracterizar uma atuação indiferente deliberada e definidora do seu elemento subjetivo intencional.

Enfim, tendo trazido à discussão todas estas questões, de suma importância para a correta análise e entendimento do tema trabalhado, tratemos agora do ônus da prova, começando, finalmente, a abordar concreta e especificamente as questões processuais e probatórias almejadas.

4. CAPÍTULO IV – O ÔNUS, O *STANDARD* E A VALORAÇÃO DA PROVA

4.1. O ônus da prova como regra útil para uma justa distribuição dos riscos

O ônus da prova é o encargo da parte processual de provar a veracidade das afirmações formuladas ao longo do processo, tendo como consequência do seu incumprimento uma situação de desvantagem perante o direito¹⁷⁴. O tema possui relevância no campo dos crimes sexuais, nomeadamente na violação, pois, como se viu, a depender de como for disciplinada a distribuição destes encargos, chega-se a um resultado de maior ou menor proteção da liberdade e da autodeterminação sexual da mulher. E tudo se principia a partir da escolha do modelo típico.

Antes de prosseguirmos, adverte-se que se está a adotar, malgrado relevante doutrina

¹⁷⁴ Cf. R. BRASILEIRO DE LIMA, *Manual de Processo Penal: volume único*, Salvador, Juspodivm, 2020, p. 675.

em contrário¹⁷⁵, posicionamento segundo o qual existe ônus que pode ser imputado à defesa acerca dos fatos que levantar, não cabendo todo o encargo probatório à acusação, a quem compete, genericamente, a prova do fato, da autoria e das circunstâncias e elementos relevantes para o juízo condenatório¹⁷⁶. Vale salientar que o Código de Processo Penal brasileiro (CPPB), ao contrário do Código de Processo Penal português (CPP), possui dispositivo que permite inferir um ônus para o acusado / arguido em relação às suas alegações de fatos que possam influenciar a decisão judicial¹⁷⁷. Logo, sempre que apresentar fatos que inovem em relação à matéria trazida pelo órgão acusador, deve atrair para si o ônus de comprovar o conteúdo da sua defesa, bastando gerar um ambiente de dúvida para não ficar em desvantagem.

Pensar e entender de forma diferente em matéria de tutela da liberdade e da autodeterminação sexual da mulher, inserida em um contexto histórico de violações dos seus direitos, seria legitimar o estado de desproteção vigente. Não há como se trabalhar em busca da redução da desigualdade entre os gêneros e no robustecimento da proteção da sexualidade feminina sem impor ao homem encargos fático-processuais que parecem mínimos e justos diante da posição que ocupa.

Como já salientado, o microsistema de regras e leis em torno do crime de violação, contaminado pelos mitos, estereótipos e preconceitos relatados, tem funcionado muito mais para evitar supostas “condenações injustas” e preservar o estatuto de direitos dos homens do que para efetivamente proteger a liberdade sexual e o controle da mulher acerca do seu próprio corpo. Lembra S. ELLIS MATHIASSEN que “*No other evidentiary rules in our legal system are so oversolicitous of the defendant and so suspicious of the victim*”¹⁷⁸. De fato, da maneira como este microsistema está conformado, malmente aquelas violações com reforço de violência, do estranho que sai do matagal e ataca a mulher que caminhava na rua, podem receber alguma resposta penal à altura. Sobretudo a perseguição penal das violações praticadas por homens conhecidos merece um tratamento diferenciado, com observância das particularidades que

¹⁷⁵ Cf. BADARÓ, *Processo Penal* [livro eletrônico], São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2024, p. RB-10.23. O autor esclarece: “No processo penal, diante da garantia constitucional da presunção de inocência, não há distribuição do ônus da prova, que pesa todo sobre a acusação. Trata-se de um ônus da prova unidirecional, não havendo, pois, distribuição do ônus da prova, como ocorre no processo civil.”. No mesmo sentido, G. MADEIRA DEZEM, *Curso de Processo Penal* [livro eletrônico], São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-11.12, refere que, no máximo, em determinadas situações, cabe ao acusado apenas atuar no sentido de gerar uma dúvida razoável no espírito do julgador.

¹⁷⁶ Cf. E. PACELLI e D. FISCHER, *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2020, p. 448.

¹⁷⁷ Cf. BRASIL, Código de Processo Penal (1941), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm, acessado em 20/09/2024, artigo 156.

¹⁷⁸ Cf. MATHIASSEN, *WLJ*, p. 37.

regem este tema.

É pertinente destacar que, como regra, a acusação será realizada pelo Ministério Público, órgão que, formalmente, terá o dever processual de se desincumbir do ônus da prova. Mas é inegável que parcela significativa deste peso terá que ser carregado pela mulher, uma vez que seu depoimento seguramente será o ponto de partida e a prova chave da investigação e do processo criminal. Como já ressaltado anteriormente, não são raras as situações em que uma vítima é ouvida diversas vezes, seja por razões procedimentais ou mesmo por desconfianças direcionadas ao seu relato. Além disso, a ofendida é frequentemente submetida a inquirições humilhantes e constrangedoras, que buscam devassar seu passado sexual na tentativa de desacreditar suas declarações (regressaremos ao tema nos CAPÍTULOS V e VI).

Dito isso, é certo que a mulher pode ter de suportar fardos mais ou menos pesados a depender do modelo típico adotado em determinado ordenamento, pois modelagens diferentes remetem a imputações e circunstâncias fáticas distintas, como veremos. Conquanto já se saiba que o modelo do consentimento é o preconizado pela Convenção de Istambul, por interesse prático e acadêmico abordaremos como se comporta o ônus da prova em cada uma das formulações típicas estudadas.

4.1.1. O ônus no modelo no constrangimento

Em primeiro lugar, na hipótese do modelo do constrangimento, o órgão acusador, caso se sujeite a uma interpretação mais literal e tradicional do tipo, terá o ônus de provar que a mulher foi forçada (por violência física ou psicológica) a praticar o ato sexual. Assim, pode ser necessário mostrar as marcas da violência no corpo da mulher, bem como exibir eventual instrumento utilizado na ameaça, sob pena de surgirem alegações de consentimento ao ato, especialmente se os envolvidos forem conhecidos. E a situação é ainda mais preocupante se ambos estiverem em algum clima de flerte, o que é comum, pois em muitos casos a violação é um desfecho malsucedido e inesperado (para a mulher, pois o homem frequentemente o premedita¹⁷⁹) de um encontro romântico.

Por outro lado, o homem, caso tenha tido sucesso em subjugar sexualmente a mulher sem o reforço de violência (ordinariamente se valendo de uma não surpreendente passividade da vítima), estará em posição confortável no que toca aos seus encargos processuais. Ele não

¹⁷⁹ Cf. PINEAU, *LP*, p. 227. Lembra MATHIASSEN, *WLJ*, p. 50, que, em seu estudo criminológico, o próprio MENACHEM AMIR identificou que as violações, em sua maioria, são eventos premeditados e planejados e não decorrentes de um impulso sexual repentino.

precisará fazer prova negativa de que não praticou atos de violência ou grave ameaça, vez que o corpo físico intacto falará por si só. E bastará lançar mão de toda sorte de mitos, estereótipos e preconceitos para justificar que o sexo foi consentido, aludindo a uma eventual aproximação anterior, uma carona, um convite aceito, um flerte, um sorriso, uma atração sexual prévia ou momentânea e, pronto, estará, ao menos, plantada a dúvida que garantirá a sua absolvição¹⁸⁰. Este tipo penal leva a uma distribuição de encargos processuais que dificulta sobremaneira a comprovação dos fatos articulados na imputação, especialmente nas violações do tipo *date rapes*, marcadamente mais comuns.

É bem verdade que esta formulação típica favorece este tipo de resultado, como visto. Idealmente deveria ser extirpada dos ordenamentos, mas essa ainda é uma realidade distante. Em muitos países, como no Brasil e na França, dentre outros, este é o modelo legal, razão pela qual devem ser utilizadas as estratégias devidas ao seu correto enfrentamento. Enquanto as reformas legislativas não avançam, a solução para evitar este tipo de resultado começa pela necessidade de se convencer o julgador de que, malgrado o texto escrito, violência e resistência não são elementos típicos da violação, que se perfaz com a mera desconsideração da vontade da mulher.

Um bom ponto de partida para compreensão desta questão foram os casos *M.C. v. Bulgária* (2003) e *I. G. v. Moldávia* (2012), julgados pelo TEDH, já analisados. Neste último, inclusive, que teve maior enfoque na deficiência investigativa, a Corte de Estrasburgo não deixou de consignar que a ausência de evidências de agressão física não deve conduzir ao entendimento de que o ato foi consentido¹⁸¹.

De mais a mais, por ocasião da produção probatória, todos os mitos, estereótipos e preconceitos devem ser identificados e afastados, cabendo ao magistrado, sob atento acompanhamento do Ministério Público, realizar este saneamento e controle, inclusive indeferindo e excluindo o que entender necessário. Assim, deve ser vedado ao acusado, ao se desincumbir do seu ônus processual, utilizar-se de alegações e insinuações que façam parte da

¹⁸⁰ Cf. REMICK, *UPLR*, p. 1129. No mesmo sentido, RAYBURN, *CJGL*, p. 462: “*Proving a reasonable doubt as to the accuser's non-consent is a much easier burden to meet than denying that penetration actually occurred*”.

¹⁸¹ Cf. Acórdão do TEDH, *I. G. v. Moldávia* (2012), § 38: “*As there had been no physical evidence of assault, the criminal justice system had been more inclined to believe the perpetrator, showing no concern for the need to protect her as a minor. The domestic authorities had failed to effectively assess the issue of consent by a minor and had therefore fallen short of the positive obligation to enact criminal law provisions effectively punishing sexual assault against minors. At the age of fourteen she had been victimised twice: first by the sexual assault inflicted on her; and then by the domestic proceedings, which had only intensified her feelings of humiliation, anguish and frustration without rendering an effective conviction. The applicant also submitted that she had been subjected to discriminatory treatment on the ground of her sex*”.

e/ou fortaleçam a mitologia da violação. Se a sua linha de defesa é negar o crime e sustentar que houve sexo consentido, buscará a comprovação da sua tese sem se valer daqueles recursos ultrajantes.

4.1.2. O ônus no modelo no dissentimento

Tratando agora da formulação típica do dissentimento (“não é não”), é certo que o órgão acusador deve provar que o homem praticou ato sexual com a vítima mesmo diante do seu expresso dissentimento. Em outra oportunidade foi pontuado que, neste modelo, a mulher também assume um encargo processual exagerado e até mesmo inusitado para a sua condição de vítima. Convém destacar a advertência de L. ANNE REMICK, que chama a atenção para o fato de que só mesmo no microsistema de leis e regras da violação a iminente vítima do crime deve assumir o ônus de expressar em alto e bom som o seu dissentimento, que, a rigor, deveria ser presumido: *“Only under the law of rape, therefore, the person whose rights may potentially be violated is burdened with the obligation of conveying her nonconsent affirmatively”*¹⁸².

O mesmo não se passa em outras figuras delituosas, como no roubo, em que a vítima não é obrigada a gritar para o assaltante: “não consinto que leve os meus pertences mediante violência física ou psíquica”, ou na invasão ao domicílio, em que o dono do imóvel também não precisa expressar seu dissenso quanto à entrada do invasor, isso, por óbvio, se presume. Como bem pontuou SUSAN ERLICH, de acordo com este modelo típico a mulher precisa se manifestar e dizer o óbvio para que não invadam seu corpo contra a sua vontade¹⁸³.

Nota-se, assim, que esta modelagem típica está estruturada sobre uma presunção de consentimento, um conceito em que a porta para o corpo feminino está aberta e, ao menos que ela a feche, qualquer homem pode acessá-lo mesmo contra a sua vontade. Isso tem efeitos nocivos que resultam em uma desproteção da mulher¹⁸⁴. Lembra L. ANNE REMICK que *“a woman should not be compelled to take affirmative action to protect her right to deny sexual access to her body”*¹⁸⁵.

E não fosse o encargo difícil e abusivo de ter, ela, a vítima, que se investir de coragem e bravura e exercer sua autodefesa, instantes antes do crime, certamente em momento de medo e fragilidade, suas obrigações não se encerrarão por aí. Na instrução processual, ela é quem carregará, junto com o Ministério Público, o peso de comprovar que emitiu o seu “não” muito

¹⁸² Cf. REMICK, *UPLR*, p. 1112.

¹⁸³ Cf. S. ESTRICH, “Rape”, *Yale Law Journal*, XCV, n. ° 06, 1986, p. 1126.

¹⁸⁴ Cf. REMICK, *UPLR*, p. 1114.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

claramente e que ele foi percebido pelo homem, demonstrando que ainda assim o agressor avançou sobre seu corpo para satisfazer seus impulsos sexuais, o que, definitivamente, não parece aceitável, considerando todos os fardos culturais que carrega.

4.1.3. O ônus no modelo no consentimento afirmativo

Por fim, chegamos ao modelo do consentimento afirmativo (“só o sim é sim”). Aqui a distribuição do ônus é mais equilibrada¹⁸⁶, eis que mais exigente para o homem¹⁸⁷, aliviando bastante a combalida posição feminina, sem que haja tanto espaço para a invocação da mitologia da violação. De fato, o órgão de acusação cumprirá sua missão se provar que ocorreu uma atividade sexual, bem como que inexistiu consentimento afirmativo da vítima naquele evento, o que na prática é presumido (de forma relativa), sendo corroborado com uma simples sustentação. Por certo, o Ministério Público não pode ser obrigado a fazer prova de um fato negativo (a ausência de consentimento), do contrário estaria sujeito a apresentar uma prova diabólica¹⁸⁸.

Ao arguido, por sua vez, recairá o ônus de refutar a presunção de não consentimento, tentando comprovar que a mulher efetivamente assentiu. Nesta hipótese, os argumentos “mitológicos”, como as evidências comportamentais da vítima, terão muito menos utilidade, já que o mais importante para o homem será a demonstração de um episódio fático específico¹⁸⁹. Sustentar que, neste regramento, será tarefa extremamente penosa descarregar esse ônus ao argumento de que o homem estará sujeito a “acusações infundadas” é, mais uma vez, retomar o “mito da mulher de POTIFAR” que, não correspondida ou insatisfeita, quer se vingar.

É de se lembrar que, no seio de um processo criminal, o qual em muitos casos ultrapassa as fronteiras dos fóruns e ganha as mídias, a exposição para a mulher é muito maior. Ainda que seja realizado um efetivo controle dentro dos autos que a resguarde, obstando alegações e linhas defensivas preconceituosas e estereotipadas, a mulher sempre se verá diante de dois julgamentos: um judicial, que, na verdade, não é dela, e sim do homem, mas a afeta direta e indiretamente (inclusive classificando-a como uma provocadora, uma prostituta, uma pessoa

¹⁸⁶ Cf. CONCEIÇÃO DA CUNHA, *Crimes Sexuais* [livro eletrônico], p. 35.

¹⁸⁷ Cf. PALMA, AC, p. 16.

¹⁸⁸ Cf. N. TORRES ROSSELL, “Análisis de tres de las modificaciones a la ley de enjuiciamiento criminal introducidas por la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (LO 10/2022, de 6 de septiembre)”, in P. GARCIA ALVÁREZ e V. CARUSO FONTÁN (dir.) e M. RODRÍGUEZ RAMOS (coord.), *La perspectiva de género en la ley del 'solo sí es sí*, Claves de la Polémica, Colex, pp. 317-318. Entretanto, a autora diz que o órgão acusador pode se desincumbir do seu ônus provando fatos dos quais o fato negativo (ausência de consentimento) pode ser inferido, como violência, intimidação, abuso de superioridade, situação de vulnerabilidade, dentre outros.

¹⁸⁹ Cf. REMICK, UPLR, p. 1129.

mentalmente instável ou, quem sabe, uma vítima¹⁹⁰); e outro moral / social / familiar, realizado pelo público, se for o caso, e por todos que estão a sua volta (ainda que inconscientemente), os quais vão questionar e buscar evidências de confiabilidade do seu relato, à míngua da ausência de vestígios de resistência.

Esta é a realidade paralela de uma acusação de violação sem reforço de violência. Logo, não há razões fundadas para se acreditar que as imputações serão falsas, em sua maioria. Trata-se de desgaste muito grande para um “projeto de vingança” deveras arriscado, ao qual ainda se agrega um dever de performance bem particular¹⁹¹, como abordaremos no ponto seguinte. Por isso, a transferência de parte do ônus probatório para o homem, além de decorrência lógica desta formulação típica, é medida justa, considerando todo o pacote de sofrimento e de dificuldades que a condição de vítima deste crime traz para a mulher. E não olvidemos que a violação é, na maioria esmagadora dos casos, um delito praticado por homens contra mulheres, de tal modo que, para o solucionar, é preciso levar a relação entre os gêneros no campo da sexualidade para um ponto de equilíbrio, procedendo-se às onerações e desonerações necessárias.

Dito isso e avançando um pouco mais sobre a análise do ônus da prova neste modelo típico, a doutrina indica que a prova da ausência de consentimento deve ser suficiente para a desincumbência dos encargos processuais, ou seja, não é necessário provar que houve o dissentimento (que a mulher disse “não”) e sim que não foi externalizada concordância (que ela não disse “sim”). Do contrário, a se exigir da mulher (e do órgão acusador) a prova do efetivo dissenso, na prática retornaríamos ao modelo anterior¹⁹². Claro que não é vedado provar o dissentimento e a verdade é que o Ministério Público dificilmente se contentará com a mera sustentação de que não houve consentimento¹⁹³. De igual sorte, não está a vítima impedida de enunciá-lo, mas é importante pontuar que o ônus probatório da acusação se satisfaz com a prova de que não houve o consentimento, o que é presumido. O homem violador, por sua vez, assume o encargo de provar que a mulher consentiu.

Com efeito, de acordo com a regra de distribuição do ônus preconizada, o arguido, ao alegar, em sua defesa, a existência de consentimento, deve fazer prova de tal alegação, sendo certo que a moldura típica da CI exige a ausência de consentimento, exatamente o que cabe ao

¹⁹⁰ Cf. RAYBURN, *CJGL*, p. 482.

¹⁹¹ *Idem*, p. 460.

¹⁹² Cf. REMICK, *UPLR*, p. 1114.

¹⁹³ Cf. TORRES ROSSELL, pp. 317-318, citada acima.

órgão acusador demonstrar¹⁹⁴. Assim, tendo aquele apresentado outra argumentação ao redor da acusação levada a efeito, incumbe-lhe a sua comprovação.

Neste contexto, é importante ressaltar a necessidade de uma maior participação e atenção da figura masculina em relação às circunstâncias envolventes, como referido pela Convenção de Istambul. O homem que não se preocupa em analisar devidamente as circunstâncias e estabelecer algum tipo de comunicação com a mulher para o fim de obter o seu consentimento demonstra desinteresse em relação à sua autonomia sexual, que merece mais proteção¹⁹⁵.

Sob a perspectiva da mulher, inclusive, este tipo de encontro sexual, em que o parceiro não estabelece uma comunicação e não demonstra se preocupar com o que sente, do que gosta e quais são os seus desejos, não é nem um pouco interessante do ponto de vista pessoal, ao contrário, deve-lhe ser até repugnante. Assim, com muito mais razão o homem deve assumir o ônus processual de demonstrar por quais razões a mulher consentiria com uma prática sexual tão pouco atrativa. Isso, inclusive, dificulta alegações de que “a mulher pediu ou foi provocativa”, um dos eixos da “mitologia da violação”¹⁹⁶. Como pedir ou provocar para obter algo que não lhe é atrativo sob uma perspectiva íntima / afetiva / sexual?

Não se trata de permitir, dentro de um processo criminal, discussões a respeito da performance, preferências e expectativas sexuais de cada um, mas de chamar a atenção para o fato de que o consentimento para o sexo em regra é dado quando existem interesse e atração entre os envolvidos, o que definitivamente não há quando a postura masculina desde o início se mostra egoísta e distante em relação à mulher. Lembra PINEAU os ensinamentos da sexologia no sentido de que a atividade sexual exige uma atmosfera de conforto e comunicação, de tal modo a exigir um “*ongoing check-up on one's partner's state*”¹⁹⁷.

Por fim, ressalte-se mais uma vez que sempre se presumiu que as portas para o corpo da mulher estavam abertas e o dissenso só se demonstrava com a sua reação ou, mais recentemente, com um “não” bem anunciado. O que se defende agora, à luz das novas perspectivas trazidas pela Convenção de Istambul, é uma presunção contrária, no sentido de que o acesso ao corpo e à sexualidade feminina possui uma barreira natural, que é a sua liberdade de autodeterminação sexual. Se, em consequência desse entendimento mais protetivo, o homem recebe um maior

¹⁹⁴ Cf. EUROPA, Convenção de Istambul (2011), artigo 36.º.

¹⁹⁵ *Idem*, pp. 1132-1133.

¹⁹⁶ Cf. PINEAU, *LP*, pp. 224 e 232-233, lembrando os conceitos de “sexualidade comunicativa” e “dialética do desejo mútuo”.

¹⁹⁷ *Idem*, p. 231.

encargo processual, assumindo o ônus de provar que a mulher disse o “sim”, isso é uma decorrência de como devem ser tratadas as próprias dinâmicas relacionais no campo da sexualidade. Resta-lhe, como dito, uma atuação mais cuidadosa.

4.1.4. Para além do ônus da prova: o ônus de desempenho

Antes de encerrar os comentários acerca deste tema, podemos falar que, devido às particularidades que cercam o julgamento de uma imputação de violação, incluindo sua forte dependência da prova oral (o que, como já sinalizado, é algo cultural e deve ser apreciado com cautela, o que faremos a seguir), os encargos acusatórios não se esgotam com o ônus da prova. Com efeito, além de lograr comprovar as proposições fáticas articuladas na imputação levada à juízo, a acusação (e leia-se também e, principalmente, a vítima/mulher), possui ainda um “ônus de desempenho”¹⁹⁸, que pode ser até mais importante do que o cenário processual / probatório.

Neste contexto, o relato oral da vítima acerca da violência sexual precisa ser levado ao órgão julgador de maneira convincente, com especial atenção para a linguagem, a retórica, a postura e toda a performance, sob pena de não ser credível¹⁹⁹. Parece claro que, no sistema da *common law*, em que pessoas leigas são as receptoras das provas e darão o veredicto criminal, este ônus de desempenho é ainda mais rigoroso. Mas, mesmo nos países da *civil law*, o fenômeno é igualmente marcante, pois o juiz também é afetado por vieses cognitivos, afinal, é um ser humano com suas idiossincrasias, incluindo sua herança cultural²⁰⁰.

Além disso, o ônus de desempenho certamente existe no julgamento de outros crimes, mas na violação ele assume uma importância singular. Durante todo o processo de apuração deste delito, que se finaliza com a sua oitiva em uma audiência judicial, a mulher vítima jamais assumirá um papel neutro, vez que alguma pecha ou personagem lhe será atribuída, dentre as culturalmente existentes, como “*the whore, the tease, the vengeful liar, the mentally or emotionally unstable, or, in a few instances, the Madonna*”²⁰¹, sendo este último normalmente destinado às vítimas das violações cometidas por estranhos, aquelas com reforço de violência. Ainda assim, a vítima casta corre o risco de ser tida como a vingativa ou arrependida, de modo que nenhum papel parece seguro para a mulher²⁰².

E o grande problema é que a idealização da violação na sociedade (na mídia, no cinema,

¹⁹⁸ Cf. RAYBURN, *CJGL*, p. 439.

¹⁹⁹ *Idem*, p. 440.

²⁰⁰ Cf. FUENTES SORIANO, *La prueba*, p. 04.

²⁰¹ Cf. KIMBERLÉ CRENSAHW *apud* RAYBURN, *CJGL*, p. 450.

²⁰² Cf. RAYBURN, *CJGL*, pp. 450-451.

nas artes) é a da violação com reforço de violência, o que compromete o espelhamento a ser realizado pelo julgador, exigindo um esforço de performance por parte da vítima, que se vê pressionada e eventualmente frustrada com um desempenho fora do esperado²⁰³. O mito da violação agressiva praticada por um estranho ainda é constrangedoramente dominante.

Certo também é que a dificuldade entre se diferenciar um consentimento de uma coerção assume contornos dramáticos por ocasião do relato feminino, de tal modo que a sua performance terá um papel fundamental no convencimento do órgão julgador²⁰⁴.

Por outro lado, o acusado, tanto em seu interrogatório quanto por ocasião da realização do exame cruzado da vítima, desafiará sua performance buscando uma linguagem que o favoreça, normalmente construindo uma narrativa passiva, em que é “atacado” ou levado a iniciar a atividade sexual, ao tempo em que habilmente transfere o papel ativo para a vítima²⁰⁵. É o que SUSAN EHRLICH trata com desenvoltura em sua obra como a “*grammar of non-agency*”²⁰⁶. Essa seria uma mera estratégia defensiva como outra qualquer, não fosse o contexto em que se insere. O objetivo é se agarrar a mitos, estereótipos e preconceitos que menoscabam e ainda responsabilizam a mulher pela violência que sofre, por isso não pode ser aceita. Como bem exemplificou C. RAYBURN, alegações de que um banco deixou as portas abertas não convencem nenhum julgador de que o ladrão não é culpado²⁰⁷.

Deste modo, o órgão acusador e a vítima devem estar preparados para enfrentar também este ônus de desempenho, encontrando e dispondo das ferramentas necessárias para que a narrativa prevalecente não esteja eivada destes vícios culturais. Assim, espera-se um julgamento qualitativamente superior.

4.1.5. O silêncio, o *frozen fright* e suas vicissitudes

Como já assinalado em outro momento neste trabalho, a reação mais comum e até esperada para uma mulher na iminência de sofrer uma agressão sexual é paralisar, ingressar no estado que a doutrina especializada costuma denominar como o *frozen fright*²⁰⁸, especialmente para aquelas que nunca foram incentivadas a gestos e atitudes fisicamente reativos²⁰⁹. Trata-se

²⁰³ *Idem*, p. 482.

²⁰⁴ *Idem*, p. 462.

²⁰⁵ *Idem*, p. 463.

²⁰⁶ Cf. S. EHRLICH, *Representing rape: Language and sexual consent*, London & New York, Routledge, 2001, p. 38.

²⁰⁷ Cf. RAYBURN, *CJGL*, p. 464.

²⁰⁸ Cf. MÖLLER ET AL, *AOGS*, p. 932. Os autores realizaram estudo e constaram que “*Of the 298 women, 70% reported significant tonic immobility and 48% reported extreme tonic immobility during the assault. Tonic immobility was associated with the development of post-traumatic stress disorder*”.

²⁰⁹ Cf. BELEZA, *Combate*, p. 23.

de uma resposta de defesa do organismo diante do medo, que evolui para uma imobilidade tônica²¹⁰. Longe de ser uma especificidade das vítimas de violação, é um comportamento adaptativo, evolutivo, involuntário, útil e comum na natureza, especialmente no encontro entre o predador e presa, que assim age para ter maiores chances de sobrevivência²¹¹.

Nada obstante, vimos que a passividade feminina diante de uma atividade sexual não consentida, especialmente quando não há um reforço de violência, é traduzida como uma postura de aceitação. De fato, os sistemas jurídicos, refletindo os valores culturais ainda vigentes, ao mesmo tempo em que contemporizam o comportamento sexual agressivo de alguns homens, punem a passividade de algumas mulheres, interpretando este estado como consentimento ao ato de violência²¹², ainda que as evidências científicas contradigam tal assertiva. É o mito de que, se a mulher não reagiu bravamente, é porque pediu e apreciou o sexo. E a vítima ainda tende a se culpar, pois, ao sofrer o julgamento social, arrepende-se de não ter reagido, revitimizando-se.

Transportando a discussão para o tema desta investigação e especificamente quanto ao ônus da prova, é importante registrar que a vítima não deve assumir o encargo de demonstrar que eventual passividade fruto do *frozen fright* significou consentimento ao ato. A rigor, deve-se partir do pressuposto de que o silêncio feminino não deve ser interpretado como adesão ao ato sexual. Como vimos, o modelo preconizado pela Convenção de Istambul desobriga a mulher de emitir qualquer pronunciamento ativo, cabendo ao homem se cercar dos cuidados para obter o seu consentimento afirmativo. Portanto, se houve passividade (decorrente ou não do *frozen fright*), não houve necessariamente concordância, cabendo, pois, ao homem a obrigação de demonstrar, de algum modo, que a mulher consentiu.

Do contrário, se toda passividade fosse interpretada como consentimento, a mulher seria forçada a lançar mão de uma “exceção de estado de *frozen fright*”, trazendo para si o encargo de comprovar que sua inação decorreu daquela imobilidade tônica involuntária. É certo que o silêncio pode significar também indecisão, mas indecisão não é consentimento e tampouco o homem está autorizado a avançar neste cenário. Somente no modelo do dissentimento o silêncio excluiria a tipicidade e esta é mais uma das críticas, inclusive, que pesam contra esta moldura. Assim, para que os riscos sejam distribuídos mais justamente, a passividade não desonera o homem de obter e depois comprovar o consentimento afirmativo.

²¹⁰ Cf. H. STEFAN RACHA, “Freeze, flight, fight, fright, faint: Adaptationist perspectives on the acute stress response spectrum”, *CNS Spectrums*, IX, n. ° 9, 2004, p. 680.

²¹¹ Cf. MÖLLER ET AL, *AOGS*, pp. 932-933.

²¹² Cf. ESTRICH, *YLJ*, p. 1092.

4.2. O *standard* probatório e o balizamento entre condenações e absolvições

Abordadas algumas questões pertinentes aos ônus assumidos pelas partes em um processo criminal que apura o crime de violação, é interessante também tratar dos *standards* exigidos, vale dizer, os critérios que indicam o grau de suficiência de prova necessária para se considerar comprovada determinada proposição fática²¹³. Enquanto o *burden of proof* diz respeito ao encargo de cada parte de apresentar os elementos probatórios, o *standard* ou medida da prova aponta quantas e quais provas são necessárias para que legitimamente se possa afirmar que um fato aconteceu²¹⁴.

Diz-se que o *standard* de prova exerce uma função importante na distribuição dos riscos de erros, pois, quanto mais exigente for, mais difícil será obter uma condenação. Neste cenário de rigor, teremos mais absolvições injustas (ante a dificuldade de se atingir aquele grau mínimo) e menos condenações injustas (pois se presume que o alcance do nível de suficiência exigido agrega um *quantum* de prova bastante para reduzir as chances de erro)²¹⁵. Por outro lado, se o *standard* for mais flexível, há chance de mais condenações injustas (pois se exigem menos provas) e de menos absolvições injustas (posto que será mais difícil absolver diante da menor exigência para condenar).

O professor espanhol J. FERRER BELTRÁN avança um pouco mais neste raciocínio, também apontando o *standard* probatório como um instrumento destinado a distribuir os riscos mais adequadamente às situações em concreto, contudo elegendo alguns critérios para tanto, um dos quais, a dificuldade probatória²¹⁶. E, na sequência, ilustra com o exemplo dos crimes sexuais, nos seguintes termos: “Veja-se um exemplo ilustrativo: a evolução da tipificação dos delitos sexuais, em muitos países do nosso entorno cultural, levou a eliminar a exigência de resistência física para determinar a falta de consentimento. Agora, basta a negativa à relação sexual. Pois bem, isso, sem dúvida, constitui um avanço em um sentido, mas, em outro, introduz sérios problemas probatórios, uma vez que é muito mais simples o cenário probatório em que ficam as marcas da resistência física, caso comparado ao cenário em que se deve provar uma

²¹³ Cf. F. DA SILVA ANDRADE, *Standards de Prova no Processo Penal*, 4.^a ed., São Paulo, Editora Juspodivm, 2024, p. 68, que cita LARRY LAUDAN, e J. PAULO BALTAZAR JÚNIOR, “Standards probatórios no processo penal”, *Revista AJUFERGS*, n. ° 4, 2007, p. 165.

²¹⁴ Cf. V. GOMES DE VASCONCELLOS, “*Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro*”, *Revista Direito GV*, XVI, n. ° 2, e1961, 2020, p. 02.

²¹⁵ Cf. ANDRADE, *Standards*, p. 70.

²¹⁶ Cf. J. FERRER BELTRÁN, “Prolegômenos para uma teoria sobre os *standards* probatórios. O *test case* da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea”, in D. DE RESENDE SALGADO, L. FELIPE SCHNEIDER KIRCHER e R. PINHEIRO DE QUEIROZ (coord.), *Altos estudos sobre a prova no Processo Penal*, Salvador, Juspodivm, 2020, p. 784.

ausência de consentimento, que pode ser verbal ou não verbal. Ademais, como os delitos sexuais não costumam ser cometidos em locais públicos, isso implica que se estará diante de um tipo de delito que envolve grandes dificuldades probatórias”²¹⁷.

Portanto, diante de um cenário probatório por vezes difícil, há justificativa para a diminuição do nível de exigência do *standard*, o que se apresenta como verdadeira medida de política criminal, com vistas a evitar a impunidade²¹⁸. No caso da criminalidade sexual contra as mulheres, a desproteção tem se mostrado ao longo dos anos, como visto. O panorama reportado é de uma aguda subnotificação e de poucas condenações e um dos principais fatores (para além do receio de exposição) é justamente a dificuldade probatória, causada não apenas pela modelagem típica que se reputa mais adequada (a do consentimento afirmativo, de complexidade probatória reconhecida), mas, principalmente, por uma engrenagem legislativa, jurídica, processual e social que se encontra contaminada por diversos mitos, estereótipos e preconceitos contra as mulheres, o que já foi amplamente tratado nesta investigação.

Trata-se claramente de uma escolha a ser feita entre a tutela da liberdade de autodeterminação sexual da mulher e os postulados da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, balizas que de algum modo serão afetadas em desfavor do arguido²¹⁹. No momento, a balança da injustiça tem pesado muito mais em desfavor das vítimas, muitas sequer encorajadas a registrar o fato na polícia, já vislumbrando a batalha humilhante que enfrentarão, máxime quando não têm um hematoma, um arranhão ou farrapos para exibir. Os homens, por sua vez, têm-se beneficiado da estrutura patriarcal e do emaranhado de regras jurídicas e culturais, que não apenas lhes têm garantido a impunidade, como também sempre estimulado novas investidas contra a sexualidade feminina.

Neste quadrante, medidas programáticas como melhorar a qualidade da investigação ou mesmo potencializar o relato da vítima não parecem suficientes para a alteração deste cenário e promover uma efetiva igualdade entre os gêneros²²⁰. Trata-se, sem dúvida, de providências relevantes. O ideal é que se siga um protocolo de investigação nos casos de violação, com obediência a diligências previamente definidas, a exemplo do determinado na Espanha pela

²¹⁷ *Idem*, p. 789.

²¹⁸ *Idem*, pp. 789-780.

²¹⁹ Cf. ANDRADE, *Standards*, p. 257. Cf. também A. SZESZ, “O standard de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade?”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, VIII, n.º 2, 2022, p. 1013, que, discordando da posição que assumimos, refere que “No processo penal há, por isso, uma relação direta entre a presunção de inocência e o *standard* probatório: parece claro que apenas um *standard* mais rígido é compatível com esse princípio, pois a predileção pela liberdade é a escolha política que guia o processo penal democrático”.

²²⁰ Cf. A. SZESZ, *RBDPP*, p. 1034.

recente *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre*²²¹. Além disso, instrumentos de proteção à palavra da vítima (como os que serão abordados nos CAPÍTULOS V e VI, a seguir), são indispensáveis. Afastar a “mitologia da violação” do contexto probatório é o mínimo que se deve fazer para um reequilíbrio.

Como já pontuado, a situação de desproteção vivida pelas mulheres demanda ações em todas as etapas do iter probatório. Em alguns casos, cobrar o mesmo *quantum* de prova exigido para outros crimes resultará sem dúvida na impunidade. Casos haverá em que o cenário probatório não oferecerá tantas opções, como a palavra da vítima contra do seu agressor, quiçá apoiada em algum outro elemento probatório de circunstância acessória.

É certo que a flexibilização do *standard* para condenação por crimes de violação dependeria de proposição legislativa em cada ordenamento, mas sem dúvidas se trata de uma ferramenta essencial para modificação deste quadro, especialmente, em última análise, para condicionar o comportamento masculino, que adotaria muito mais cautelas nas suas interações sexuais, evitando a culpabilização das vítimas e a banalização das suas traumáticas experiências²²².

Note-se que, nos *campi* universitários norte-americanos, onde também há uma cultura de violação enraizada, as autoridades têm demonstrado enorme preocupação quanto ao problema. Uma das medidas fomentadas é justamente a orientação para que as instituições educacionais adotem, nas suas apurações disciplinares internas²²³, um *standard* mais flexível, designadamente o *preponderance of the evidence* (escolha da hipótese mais provável considerando os meios de prova disponíveis), acreditando que ele harmoniza melhor os interesses em conflito entre vítimas e imputados²²⁴.

É certo, contudo, que a alocação dos riscos no Direito Penal tem repercussões muito mais severas do que em uma apuração estudantil, de sorte a não poder se submeter a um padrão tão brando. Assim, o *standard* penal se posicionaria entre o *clear and convincing evidence* (probabilidade elevada) e o *beyond a reasonable doubt* (probabilidade elevadíssima)²²⁵, sendo este último, mais severo, o preferencialmente acolhido no Brasil, inclusive por seus tribunais

²²¹ Cf. ESPANHA, *Ley Orgánica* (2022).

²²² Cf. D. L. BRAKE, “Fighting the Rape Culture Wars through the Preponderance of the Evidence Standard”, *Montana Law Review*, LXXVIII, n.º. 1, 2017, p. 133.

²²³ Cf. RUBENFELD *apud* BAKER, *MLR*, p. 234, que critica as apurações universitárias, que acabam afastando os casos da justiça criminal: “*that almost no college rapists are criminally punished*”.

²²⁴ Cf. BRAKE, *MLR*, p. 128.

²²⁵ *Idem*, p. 137 e ANDRADE, *Standards*, pp. 203-204.

superiores²²⁶, à míngua de previsão legal expressa e não obstante a imprecisão do seu conteúdo²²⁷. Deste modo, a despeito da preferência pelo segundo, o primeiro *standard* referido, que já exige uma probabilidade bem aceitável, eis que “elevada”, poderia ser adotado no julgamento de crimes de violação contra mulheres, pendente, claro, previsão legal para que tal regra se aplicasse em qualquer ordenamento.

Em suma, na hipótese do modelo típico do consentimento afirmativo, o órgão acusador (e, como já dissemos, a própria vítima, que carregará essa cruz com o Ministério Público, suportando ainda o ônus de desempenho, como vimos) deveria provar, mediante uma probabilidade elevada, ter havido uma relação sexual sem que tenha existido consentimento da vítima. Lembrando que o arguido, em todo caso, ainda que precise descarregar o ônus de demonstrar que obteve o consentimento da mulher, precisa apenas gerar a dúvida acerca deste fato para se beneficiar do *in dubio pro reo*, não lhe sendo exigível produção probatória que alcance o *standard* do *clear and convincing evidence* ou mesmo o do *beyond a reasonable doubt*.

Entretanto, admitir a modulação dos *standards* a depender de alguns critérios, a exemplo das dificuldades probatórias de determinados crimes, como proposto por J. FERRER BELTRÁN, não é medida facilmente aceita pela doutrina, especialmente em vista da já referida flexibilização de garantias como a presunção de inocência²²⁸. Neste sentido, V. VASCONCELLOS aponta para outra solução, assinalando que, nestas hipóteses, “O que pode, sim, variar é a possibilidade e a amplitude da utilização de provas indiciárias, além dos juízos inferenciais delas decorrentes. Em situações de complexidade e inviabilidade de comprovação direta, pode-se ampliar a consideração de provas indiciárias que permitam concluir pela ocorrência da tese acusatória e afastar qualquer hipótese alternativa de inocência viável, que apresente amparo probatório mínimo”²²⁹.

De toda sorte, no julgamento dos crimes de violação não parece medida salutar a manutenção das regras de medida da prova tradicionais. Como bem pontuou C. RAYBURN, lembrando as dificuldades enfrentadas por uma mulher em um julgamento: “*The accuser must prove that the rape was "real" and that there was no consensual sex or simulated rape. With*

²²⁶ Cf. ANDRADE, *Standards*, p. 267.

²²⁷ Cf. VASCONCELLOS, *RDGV*, p. 15.

²²⁸ Cf. A. SZESZ, *RBDPP*, p. 1034, que entende que a flexibilização do *standard* não é o melhor caminho para lidar com o problema social dos crimes sexuais, ressaltando que “historicamente as políticas penais se mostram decepcionantes na contribuição para solução efetiva de problemas sociais”.

²²⁹ *Ibidem*.

*only two witnesses to the alleged crime, the accused and the accuser, the accuser must establish what can rarely be proven beyond a reasonable doubt. The trial usually revolves around a single event of which there is almost never any visual or audio record*²³⁰.

Portanto, ou se flexibiliza o *standard* para uma condenação, o que sem dúvida reduzirá a enorme quantidade de absolvições excessivas (ou mesmo de subnotificações) pela não comprovação da violência, da resistência ou do dissentimento (o que gera o efeito deletério de se flexibilizar a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*), ou se busca outro critério que auxilie o julgador, como o recurso aos indícios e até mesmo inferências²³¹, que dependeriam da qualidade das premissas adotadas²³². Ou, acrescentamos, aceitemos as estatísticas atuais e a pandemia de violações “entre conhecidos” que assola o universo feminino, com a eternização das desigualdades.

Como este não é um cenário desejável, seguimos no curso da nossa investigação, agora tratando da valoração da palavra da mulher, designadamente quando prova única. Afinal, ainda que não se acredite na capacidade de o Direito promover mudanças sociais ou de alterar o cenário da segurança pública, ao menos se deve trabalhar para o aprimoramento do sistema jurídico. Neste sentido, prosseguimos.

4.3. A valoração da palavra da mulher

Por fim, antes de encerrar este capítulo que trata de temas nucleares da teoria da prova, é imprescindível abordar a valoração, que é a última etapa dos momentos probatórios, aquela em que o magistrado analisará o elemento de prova produzido e aferirá o seu potencial para comprovar a ocorrência de determinado enunciado fático²³³. FRANCESCO CARNELUTTI definiu que valorar a prova é o mesmo que “depositar cada elemento de prova numa balança com o propósito de pesá-lo”, ao passo que, para MICHELE TARUFFO, “a valoração das provas tem por objeto estabelecer a conexão final entre os meios de prova apresentados e a veracidade ou a falsidade dos enunciados relativos aos fatos em litígio”²³⁴.

Sem pretender aqui traçar um extenso panorama acerca dos critérios e sistemas de valoração da prova penal, importa dizer, apenas, que em Portugal e no Brasil as legislações estão ancoradas no princípio da livre apreciação da prova, a qual deve-se realizar de maneira

²³⁰ Cf. RAYBURN, *CJGL*, pp. 450-451.

²³¹ *Idem*, p. 460.

²³² Cf. SZESZ, *RBDPP*, p. 1019.

²³³ Cf. BADARÓ, *Processo Penal* [livro eletrônico], p. RB-10.10.

²³⁴ Cf. ANDRADE, *Standards*, p. 49, que cita os célebres autores italianos.

racional e crítica, sem subjetivismos²³⁵. É a concepção racionalista, guiada por critérios lógicos, coerentes e objetivos, difundida por autores como JORDI FERRER BELTRÁN, em contraposição à noção psicológica ou subjetivista, que se prende a crenças, à segurança e à íntima convicção do magistrado²³⁶. Esta noção é crucial no âmbito do julgamento dos crimes de violação, pois, como se sabe, esta atividade ainda sofre enorme influência de compreensões equivocadas da sexualidade feminina e dos papéis culturais do homem e da mulher, que comprometem uma análise racional da prova.

A vítima desempenha uma função relevantíssima na reconstrução histórica dos fatos, afinal, a ela pertencem as vivências, experiências e todas as sensações relacionadas ao acontecimento criminoso. Prescindir ou mesmo reduzir a importância da sua participação na persecução penal é uma diretriz inoportuna e que não se coaduna com os novos rumos do processo penal, ora influenciado pela Vitomologia moderna²³⁷.

A grande questão que se coloca, por isso efetuamos logo este recorte, é o valor que deve ser conferido à palavra da mulher, vítima do crime de violação, especialmente na vigência do modelo típico que exige o consentimento afirmativo, conforme a Convenção de Istambul. Um cenário bastante realizável é aquele em que há somente os relatos da vítima e do arguido, mas em sentidos diametralmente opostos, obviamente. Enquanto a mulher diz que não deu consentimento (ou que até mesmo dissentiu), o homem afirma que avançou porque foi autorizado a tanto. Em muitas situações nada mais há nos autos, quando muito um elemento ou outro dedicado a circunstâncias acessórias, mas que pouco servem para ratificar a prova oral. Assim, é interessante saber acerca da necessidade de provas que corroborem o relato da ofendida.

As declarações do réu, por não obedecerem a um dever de veracidade (conquanto isso não lhe assegure um direito de mentir, o que seria abusivo²³⁸), devem ser tomadas com extrema reserva, como se sabe. Por sua vez, o depoimento da pessoa ofendida, como regra, tem valor probatório relativo²³⁹, mas ganha um peso maior nas hipóteses de crimes cometidos às ocultas,

²³⁵ Cf. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, p. 328.

²³⁶ Cf. ANDRADE, *Standards*, p. 59.

²³⁷ O tema será abordado com mais detalhamento no CAPÍTULO V.

²³⁸ Cf. SOUZA, *O abuso*, pp. 132-133.

²³⁹ Cf. G. DE SOUZA NUCCI, *Manual de Processo Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 2020, p. 270, para quem "... 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".

de que são exemplo os delitos sexuais, como a violação²⁴⁰. De fato, em razão do seu natural interesse na realização da justiça e na reparação pelo mal causado (em muitos casos, esse interesse se traduz na expectativa de uma condenação, mas não é raro um total alheamento para evitar uma vitimização secundária), exige-se que a palavra da vítima de um crime, em geral, seja corroborada por outros elementos de prova²⁴¹.

Tal implica dizer que, por norma, as declarações de uma vítima não terão peso suficiente para, sozinhas, fundamentar uma condenação. Isto pode ser flexibilizado, no entanto, em algumas categorias de crimes, bem como a depender das características pessoais de determinadas vítimas²⁴², exatamente o que se passa no caso da violação praticada contra mulheres. Interessa-nos investigar a medida desta flexibilização, divisando os critérios que podem ser utilizados para valorar o relato da mulher, especialmente quando prova única, mas tendo em mira também as garantias fundamentais que caminham ao lado do acusado.

É certo que a presunção de inocência que milita em favor do arguido deve ceder diante de provas cujo conteúdo incriminatório racionalmente valorado permita que o magistrado tenha a hipótese acusatória como verdadeira de acordo com o *standard* exigido (tratamos no tópico anterior sobre a possibilidade do seu rebaixamento nos crimes de violação)²⁴³.

Como revelam E. CERRATO GURI e R. CASANOVA MARTÍ, o Tribunal Supremo da Espanha, em diversos julgados, traz critérios orientadores para uma valoração racional e objetiva da palavra da vítima (de qualquer crime, em geral, mas amplamente aplicados nos delitos sexuais desde a década de 80 do século passado)²⁴⁴. O primeiro é a credibilidade subjetiva, que permite a análise das capacidades da vítima, mas também eventual motivação espúria para depor.

Por óbvio, há que se ter bastante cautela na exigência desta credibilidade subjetiva, primeiro, para que não se tolerem questionamentos que constrojam a mulher e ofendam sua dignidade, como aqueles relacionados ao seu passado sexual e outros temas que não dizem

²⁴⁰ Cf. LIMA, *Manual*, p. 763.

²⁴¹ Cf. RAMÍREZ ORTIZ, *QFRIRP*, pp. 219 e 243. Este autor assevera que as contribuições da perspectiva de gênero não servem para aumentar o peso probatório da palavra da mulher vítima da violação, pontuando que são necessários elementos de corroboração.

²⁴² Cf. A. ALVES IULIANELLO, *Depoimento Especial: um instrumento de concretização da proteção integral de crianças e adolescentes submetidos a abuso sexual*, Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2019, p. 247.

²⁴³ Cf. E. CERRATO GURI e R. CASANOVA MARTÍ, “La prueba de los delitos sexuales en caso de ausencia de consentimiento y su valoración”, in J. R. AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, 2023, p. 160.

²⁴⁴ *Idem*, p. 161. Cf. também A. SZESZ, *RBDPP*, pp. 1029-1030 e FUENTES SORIANO, *La prueba*, p. 09, que também trazem os critérios levantados pela jurisprudência espanhola.

respeito ao tema principal da acusação, que se cinge à ausência de consentimento afirmativo, como já visto (voltaremos ao tema no CAPÍTULO VI). Segundo, o magistrado, ao valorar a credibilidade subjetiva das declarações da vítima, deve-se despir daquelas crenças culturais absorvidas do patriarcado, muitas, de tão arraigadas, já transformadas em máximas de experiência²⁴⁵.

O segundo é a credibilidade objetiva ou verossimilhança do depoimento, ou seja, deve estar apoiado em dados objetivos periféricos e, neste ponto, nada há que se apontar criticamente. De fato, em qualquer situação o relato de uma vítima ou de qualquer testemunha sofre este tipo de controle de confiabilidade, que começa no exame cruzado, a partir das perguntas que são direcionadas. É natural, assim, que o juiz verifique se o relato se sustenta mediante a checagem e confirmação, por exemplo, de aspectos espaciais e temporais referidos pela vítima.

Contudo, como adverte a professora espanhola O. FUENTES SORIANO, há que se ter atenção apenas acerca da natureza destes elementos de corroboração, os quais, como visto, devem ser de dados periféricos, pois, caso se exija alguma prova relacionada direta ou circunstancialmente ao fato criminoso (como, por exemplo, o depoimento de uma testemunha que tenha presenciado o fato ou uma mensagem de texto do acusado assumindo que não tomou o consentimento da mulher porque ela estava alcoolizada), na prática o depoimento da vítima terá um valor reduzido, pois se demandará outra fonte de prova para sua confirmação²⁴⁶. Esta posição não é aceitável, seja porque não é aplicada para outras figuras criminosas, seja também por refletir o mito da falibilidade e imperfeição da mulher, que mente e falseia acusações quando se arrepende de um sexo consentido.

O terceiro critério demanda que a vítima traga um relato sólido e que se mantenha ao longo do tempo, sem derivações substanciais acerca dos fatos (persistência da incriminação). Neste contexto, é comum exigirem-se confiabilidade, clareza, firmeza, consistência, coerência e outros elementos intrínsecos²⁴⁷, mas é forçoso lembrar o quão custoso para a vítima isso é. Com efeito, a mulher é ouvida diversas durante o percurso investigativo e judicial, enfrentando várias oportunidades de se revitimizar, nomeadamente em razão do despreparo dos agentes estatais e, não raro, da ausência de limites durante a coleta probatória. Deste modo, este critério deve ser visto também com alguma reserva.

A doutrina espanhola assinala que o preenchimento destes três critérios não torna esta

²⁴⁵ Cf. FUENTES SORIANO, *La prueba*, p. 19.

²⁴⁶ *Idem*, pp. 10-11.

²⁴⁷ Cf. J. MOURAZ LOPES e T. CAIADO MILHEIRO, *Crimes sexuais: análise substantiva e processual*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2020, p. 474-475.

prova única necessariamente condenatória. Nesta hipótese, ela terá adquirido confiabilidade e será valorada durante o julgamento pelo juiz, que decidirá mediante uma análise racional de todo o acervo (eventualmente) disponível, indicando se há grau de suficiência probatória para vencer o princípio da presunção de inocência. Por outro lado, também se diz, em tese, que o inverso é verdadeiro, vale dizer, o não atendimento de um ou mais critérios não fulminaria totalmente a prova, mas, a verdade é que isso é de difícil realização na prática, pois, faltante um daqueles requisitos, o relato perde muito do seu valor²⁴⁸.

Lado outro, importante mencionar que, no ordenamento jurídico brasileiro, é corrente o entendimento de que a palavra da vítima de crimes sexuais possui especial valor probatório, mas se exige um elemento adicional: deve estar em consonância com as demais provas dos autos²⁴⁹, conforme conclusão de interessante estudo de H. LUANA DE SOUZA e J. PEDRO BARIONE AYROSA sobre julgamentos do STJB. Em alguns casos, contudo, este reforço tem sido extraído de elementos ou características do próprio relato da ofendida, como a sua coerência e a ausência de motivos para incriminar o réu²⁵⁰. Em outros, o reforço é obtido de testemunhas que não presenciaram o ocorrido e narram o que ouviram da própria vítima²⁵¹. Por fim, apenas uma pequena quantidade de casos utiliza laudos periciais para ratificar as declarações da pessoa ofendida (com maior grau de assertividade para as perícias psicológicas)²⁵².

Logo, a pesquisa refere que, em boa parte dos seus julgados, o STJB tem considerado como as “demais provas do autos” aspectos inerentes à palavra da vítima, vale dizer, não demanda elementos externos e independentes²⁵³. Na prática, portanto, a jurisprudência brasileira, ainda que por caminhos oblíquos, tem assentado que as declarações da vítima podem se revestir de credibilidade bastante para assegurar que não houve consentimento afirmativo, desde que assuma características especiais, sendo despidendo, neste caso, o aporte de outros elementos extrínsecos.

Enfim, é importante dizer que, de todo modo, o nível de solidez a ser exigido das declarações de uma mulher vítima de violação não pode jamais ser o mesmo de uma vítima de outro crime, como um furto ou uma lesão corporal. É inegável que a mulher que sofre uma violência sexual passa por um processo de vitimização secundária muito mais intenso. Por isso,

²⁴⁸ Cf. FUENTES SORIANO, *La prueba*, p. 11 e RAMÍREZ ORTIZ, *QFRIRP*, p. 211.

²⁴⁹ Cf. SOUZA e AYROSA, *RBDPP*, pp. 1423 e 1428. Os autores realizaram um estudo da jurisprudência do STJB no ano de 2022, analisando o total de 48 (quarenta e oito) acórdãos.

²⁵⁰ *Idem*, p. 1435.

²⁵¹ *Idem*, p. 1438.

²⁵² *Idem*, p. 1443.

²⁵³ Cf. SZESZ, *RBDPP*, p. 1033.

inclusive, alguns mecanismos de proteção durante este momento são necessários e cumprem diversas funções de tutela, não apenas assegurando a dignidade dessas pessoas, mas também garantindo a coleta de uma prova válida e confiável, que sirva não apenas para condenar, mas que contribua verdadeiramente para a reconstrução histórica dos fatos.

Vencido este ponto, agora tratemos de aplicabilidades práticas do campo probatório na matéria da criminalidade sexual, iniciando-se pelo depoimento especial e pelas declarações para memória futura, conforme os modelos brasileiro e português, exemplos de instrumentos de proteção referidos no parágrafo anterior, a seguir apreciados, nesta ordem.

4.4. Conclusões intercalares

O ônus da prova, tema do CAPÍTULO IV, assume especial importância em matéria de crimes sexuais, nomeadamente na violação, pois, em razão de todas as circunstâncias que cercam esta forma de criminalidade, se a mulher assumir um encargo muito pesado, sua liberdade de autodeterminação sexual estará em franca desproteção. Por isso, há razões, constitucionais, inclusive, que tocam na redução da desigualdade entre os gêneros e justificam a assunção de alguns ônus pelo arguido, de modo a haver maior equilíbrio entre as responsabilidades.

Vale lembrar, ademais, que a mulher suporta um encargo muito particular nos casos de violação, já que suas declarações são sempre aguardadas com grande ansiedade pela parte *ex adversa*, desafiando um confronto visceral, que tende a ultrapassar as barreiras da urbanidade e afetar sua dignidade. Assim, uma justa distribuição dos ônus é essencial.

Neste contexto, analisamos como se dá esta repartição nos três modelos típicos estudados. No primeiro, o do constrangimento, a acusação tem que provar o uso da força para praticar o ato sexual, o que é problemático, já que esta circunstância pode inexistir, como nos casos de violação entre conhecidos. A mulher fica com o ônus de apresentar uma prova diabólica, ausente em seu corpo físico, enquanto o homem se aproveita para se valer do portfólio de mitos, estereótipos e preconceitos que está à sua disposição, a fim de emplacar a tese de que o sexo, na verdade, foi consentido.

No segundo modelo, o do dissentimento, concluímos que a mulher fica com o ônus inusitado e inoportuno não apenas de anunciar o “não”, mas também de provar que o disse e que ele era perceptível ao homem. Não é o que se passa em outros fenômenos criminais, como, por exemplo, na invasão de domicílio, em que o dono do imóvel não é obrigado a gritar ao invasor que não entre.

Por fim, no terceiro modelo, o do consentimento afirmativo, a distribuição dos ônus

enfim é mais equilibrada, pois pesa em favor da mulher uma presunção (relativa) de não consentimento. O homem deve provar que houve o consentimento afirmativo, demonstrando, inclusive, as providências que adotou para estabelecer uma sexualidade comunicativa e obter a concordância feminina. Esta formulação típica reduz a margem de invocação daquela miríade de mitos, estereótipos e preconceitos, aliviando, ainda, o papel da mulher na persecução penal.

Foi pontuado, ademais, que não há acréscimo de risco de “acusações infundadas” para o homem. Trata-se, como dito, de mais um mito. Não há razões para que crer que uma mulher vai enfrentar a dureza e as agruras de um processo penal, com toda a exposição que ele promete, apenas para prejudicar o homem. Embora isso possa acontecer em um caso ou outro, não se trata de uma particularidade do crime de violação, ocorre também com outras figuras delituosas. Pensar de forma diversa é arriscar reproduzir ensinamentos difundidos pela sociedade patriarcal.

Outrossim, foi importante referir que, além do ônus da prova, um encargo de natureza processual, pesa sobre os ombros femininos uma outra espécie de fardo: o ônus de desempenho. Embora não haja regra processual explícita que lhe demande uma boa performance durante as suas declarações em juízo, é sabido que seu desempenho em termos de linguagem e postura deve ser convincente, de modo inclusive a superar as percepções do magistrado eventualmente comprometidas pelos mitos, estereótipos e preconceitos apreendidos culturalmente, notadamente quando a violação tiver ocorrido sem reforço de violência e entre conhecidos.

Prosseguindo, chamamos atenção para o estado denominado *frozen fright*, uma resposta de defesa do organismo diante do medo, que evolui para uma imobilidade tônica. Trata-se de reação involuntária e instintiva que pode ocorrer com vítimas de violação. Logo, a passividade decorrente deste fenômeno não deve ser interpretada como consentimento e tampouco a mulher tem o ônus de fazer essa demonstração. Cabe ao homem provar que obteve o consentimento afirmativo da mulher, como determinado pela Convenção de Istambul. Do contrário, esse estado de inação teria o efeito negativo de reverter o ônus da prova para a mulher, o que não pode ser aceito.

Em relação ao *standard* de prova, relembremos sua função de distribuição dos riscos de erros. Alinhando ao entendimento do professor espanhol J. FERRER BELTRÁN, apontamos que o cenário de dificuldade probatória nos crimes de violação é justificativa para a implementação de um *standard* menos rigoroso para uma condenação, o que possibilitaria a diminuição do número de absolvições indevidas, favorecendo a tutela da liberdade de autodeterminação sexual da mulher. Trata-se de medida de política criminal com o fim de favorecer valores constitucionais já bastante maltratados em detrimento de garantias sexuais de um grupo que

historicamente tem se beneficiado da estrutura patriarcal dominante.

Deste modo, a redução do *standard beyond a reasonable doubt* (probabilidade elevadíssima) para o *clear and convincing evidence* (probabilidade elevada) seria de bom tom, pendente previsão legal neste sentido. Assim, o órgão acusatório e a vítima devem provar, mediante uma probabilidade elevada, ter havido uma relação sexual sem consentimento da mulher. Em alternativa, vez que o tema enfrenta forte resistência, pela flexibilização da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, pode-se potencializar o recurso à prova indiciária e aos juízos inferenciais dela decorrentes.

Outrossim, no que toca à valoração da palavra da mulher, trouxemos os critérios apontados pela jurisprudência espanhola, que exige que o depoimento da vítima, quando único elemento a apontar para a veracidade da hipótese acusatória, apresente credibilidade objetiva, credibilidade subjetiva e persistência da incriminação. O preenchimento dos critérios não torna a prova automaticamente com potencial condenatório e tampouco desonera o magistrado de realizar a valoração racional de todo o acervo probatório.

O critério da credibilidade objetiva ou verossimilhança determina que o depoimento seja corroborado, mas somente em relação a dados periféricos. Caso se exigisse corroboração por outra fonte de prova acerca do fato principal, o depoimento da vítima teria seu valor reduzido, prevalecendo uma regra marcada pelos mitos, preconceitos e estereótipos, ainda tão presentes, em detrimento da perspectiva de gênero sinalizada pela Convenção de Istambul e alçada à condição de princípio vetor do processo penal.

Por fim, foi destacado o panorama da jurisprudência brasileira, que, embora exija que as declarações da vítima estejam em consonância com outras provas dos autos, na prática tem considerado atendida essa exigência pela consideração de elementos intrínsecos do próprio depoimento. Assim, ainda que por caminhos oblíquos, no Brasil, ao menos neste recorte, tem-se considerado que a palavra da vítima, se investida daquelas características, pode bastar para uma condenação.

Concluimos, assim, que a palavra da vítima, mesmo quando prova única acerca do fato principal, se bem formada, coerente e credível (no que servem os elementos corroborativos de dados periféricos), pode bastar para uma condenação.

Passemos agora a tratar de formas especializadas de escuta das vítimas, abordando comparativamente os modelos brasileiro e português e aferindo sua aplicabilidade e utilidade para as vítimas de violação.

5. CAPÍTULO V – A ESCUTA PROTEGIDA DA VÍTIMA

5.1. Breves noções sobre a posição da vítima na persecução penal

Já tivemos a oportunidade de referir que a mulher, enquanto alvo do crime de violação, ocupa posição de destaque na instrução probatória, já que as suas declarações serão decisivas para o balizamento da ilicitude dos acontecimentos. É certo, em verdade, que a própria condição de vítima em um processo penal, independentemente da natureza do delito, sujeita a pessoa a uma atividade de prospecção probatória que por vezes é intensa, pois do seu relato emanam elementos preciosos ao deslinde da causa²⁵⁴. E, justamente, sobre esta condição de vítima no processo penal algumas breves considerações são pertinentes para demonstrar que, em determinadas situações, a sua escuta em juízo deve-se cercar de alguns cuidados adicionais, assumindo um cariz mais humanizado, sob pena de que venha a reviver todo o processo doloroso pelo qual passou.

Sem pretender exaurir o tema, sabe-se que a posição da vítima nas ciências criminais foi alterada ao longo dos tempos. Saímos de um modelo de justiça em que vigoravam a externalização e a validação da vingança privada e, posteriormente, em que se pregava a punição por meio do “olho por olho, dente por dente”, a chamada “era do protagonismo”²⁵⁵, para um completo esquecimento da figura do ofendido²⁵⁶, com o monopólio do *jus puniendi* pelo Estado, que acabava por ditar as penas que seriam impostas, sem considerar os interesses das pessoas vitimadas, descurando-se do objetivo maior de defesa da sociedade, representada pela pessoa humana diretamente atingida. Este momento histórico, denominado o “confisco do conflito”, coincidiu com a concentração do poder absoluto na figura do rei²⁵⁷.

Nesse percurso, foi-se perdendo o verdadeiro sentido da punição e da existência de um processo de persecução penal, chegando-se ao extremo de se defender um processo penal com finalidade exclusiva de proteger o acusado dos abusos estatais, ao passo que a vítima era relegada a uma posição de completa invisibilidade²⁵⁸. Nem mesmo com o progresso dos ideais iluministas a vítima mereceu atenção dos operadores e dos pensadores do Direito, que mantiveram o foco sobre a figura do acusado e suas dores, designadamente com as penas cruéis

²⁵⁴ Cf. OLIVEIRA, *RIVJR*, p. 125.

²⁵⁵ Cf. A. BURKE, *Vitimologia. Manual da Vítima Penal*, 2.ª ed., São Paulo, Editora Juspodivm, 2022, p. 69.

²⁵⁶ Cf. IULIANELLO, *Depoimento Especial*, p. 22.

²⁵⁷ Cf. BURKE, *Vitimologia*, p. 69.

²⁵⁸ Cf. A. HENRIQUE GRACIANO SUXBERGER, “Os sentidos normativos da vítima: da invisibilidade à destinatária de políticas públicas”, in C. VINÍCIUS ALVES RIBEIRO, J. NUNES FÉLIX e M. WEITZEL RABELLO DE SOUZA (coord.), *Os direitos das vítimas: reflexões e perspectivas*, I, Brasília, ESMPU, 2023, pp. 184-185.

que demandavam reformas no sistema penal²⁵⁹.

Somente após a 2ª Guerra Mundial, com a revelação de barbáries como o holocausto e o aumento da criminalidade urbana²⁶⁰, os olhos das ciências penais tornaram a se voltar para a figura do ofendido, era o “redescobrimto da vítima”²⁶¹. Neste momento surgem os estudos de BENJAMÍN MENDELSON e HANS VON HENTIG, considerados os “pais da Vitimologia”, os quais, no entanto, foram precursores de uma Vitimologia tradicional, que ainda focava na vítima como corresponsável pelo crime²⁶².

Hodiernamente, com a Vitimologia moderna que cresceu nos anos 60 do século passado com os movimentos pelos direitos humanos, como o feminista²⁶³, tem-se buscado um equilíbrio entre a aplicação da lei penal, a responsabilização e a preservação dos direitos do arguido e a valorização e a consideração dos direitos da vítima, que deve ser reconhecida não como um mero instrumento para a obtenção da prova da infração²⁶⁴, mas sim como um sujeito de direitos injustamente violados por terceiros, que merece igual atenção ao longo da *persecutio criminis in judicio*. Deve-se partir da concepção de que a vítima de um crime é a principal interessada no bom seguimento do processo penal, não podendo, por isso, ser alijada pelo Estado e nem pelas regras processuais²⁶⁵.

Essa triangulação do direito processual penal é uma tendência das nações democráticas, nomeadamente na União Europeia, como bem registrou A. JOÃO LATAS: “Cabe perguntar se numa democracia já madura, não será de equilibrar os pratos da balança deixando de centrar nos interesses do Estado e na pessoa do arguido todo o processo penal e de relegar para segundo plano as vítimas, considerando em termos mais consentâneos com os ventos que sopram da União Europeia, o direito que têm as vítimas a que se lhes faça justiça, ainda que, sempre, por meios processualmente válidos. Perspetivar, pois, o processo penal à luz de uma relação triangular, onde se analisem, conjugadamente, no sentido da sua harmonização, o poder punitivo do Estado e o interesse comunitário em que sejam punidos os delinquentes, os direitos

²⁵⁹ Cf. BURKE, *Vitimologia*, p. 79.

²⁶⁰ Cf. IULIANELLO, *Depoimento Especial*, p. 49.

²⁶¹ Cf. BURKE, *Vitimologia*, pp. 69-70.

²⁶² Cf. IULIANELLO, *Depoimento Especial*, pp. 50-51 e 53-54. A autora refere, contudo, com muita pertinência: “Deve-se ressaltar que, em determinados crimes, esta concepção de “culpa da vítima” ainda é algo bastante presente em nossa sociedade, como, por exemplo, no caso de crimes contra a dignidade sexual, nos quais, não raras vezes, está arraigada na mentalidade de boa parte dos cidadãos a ideia de que a culpa por um estupro, por exemplo, pode ser atribuída à vítima, em razão das vestimentas que ela usava por ocasião dos fatos, por estar andando à noite sozinha, entre outros fatores”.

²⁶³ *Idem*, p. 54.

²⁶⁴ Cf. OLIVEIRA, *RIVJR*, p. 128.

²⁶⁵ Cf. BURKE, *Vitimologia*, p. 79.

fundamentais do arguido, mas também o direito pessoal da vítima em ver punido o agente do crime”²⁶⁶.

Com essa mudança de paradigma, é inafastável que a vítima deve receber tratamento condizente com o trauma vivenciado, sendo-lhe garantidos o exercício de direitos, a participação ativa no processo, a reparação dos danos sofridos e uma escuta qualificada e compassiva. Nesse trilhar, a palavra da vítima (que naturalmente já era objeto de interesse), embora não seja a única prova da prática do ato ilícito, ganhou ainda mais destaque, nomeadamente nos crimes de violação, possuindo, inclusive, como visto, força probatória suficiente para embasar a condenação²⁶⁷, considerando que os atos perpetrados nesse tipo de criminalidade, como se sabe, ocorrem usualmente na surdina, em ambientes íntimos ou privados, quase sempre sem a presença de testemunhas, impingindo extremo sofrimento à pessoa vitimada.

Ademais, conforme já destacado, em se tratando de ações sem violência ou grave ameaça, nas quais o crime é caracterizado pela desconsideração da vontade da mulher, inexistindo muitas vezes indícios físicos e corpóreos que demonstrem o dissentimento, como lesões aparentes ou vestígios biológicos da ação delituosa, o depoimento da pessoa ofendida alcança máximo relevo, somando-se aos demais indícios e provas colhidos de diferentes fontes de informações e provenientes de origens diversas, servindo, pois, de base válida para a caracterização típica.

Mas, como é cediço, as marcas da dor e do sofrimento experimentados tornam por vezes muito difícil a externalização do martírio e a verbalização da vivência traumática pelas pessoas vitimadas, especialmente quando atingidos os núcleos mais restritos de intimidade, caso dos crimes sexuais, sendo, assim, extremamente importante a forma e o momento no qual o ato de oitiva é realizado, especialmente quando atingidas pessoas em situação de vulnerabilidade, evitando-se, em todos os casos, a revitimização²⁶⁸, como preconizado pela Vitimologia

²⁶⁶ Cf. A. JOÃO LATAS (coord.), *Mudar a Justiça Penal: linhas de reforma do processo penal português*, 1.^a ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 96.

²⁶⁷ Cf. OLIVEIRA, *RIVJR*, p. 125, sobre a realidade brasileira. No mesmo sentido, LOPES e MILHEIRO, *Crimes sexuais*, p. 473, acerca do que se passa em Portugal.

²⁶⁸ Cf. S. OLIVEIRA E SILVA, *A proteção de testemunhas no processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 110-111. A renomada autora retrata com precisão o misto de sentimentos vivenciados pelas vítimas por ocasião da inquirição, o que justifica um especial atuar do sistema jurídico, com a criação de mecanismos que minimizem os impactos da prática do ato na saúde física e mental daquelas, prevenindo novos danos: “De facto, os estudos criminológicos colocaram no cerne das considerações político-criminais a problemática da vítima e da sua proteção, reclamando até a criação de uma disciplina autónoma no conjunto das ciências penais: a vitimologia. As investigações empíricas neste domínio desde há muito têm evidenciado que o dever de testemunhar em audiência

moderna²⁶⁹ e, no contexto das vítimas vulneráveis, garantindo-se a sua proteção e a fidedignidade das declarações colhidas.

Neste ponto, cumpre realizar uma digressão acerca do conceito de testemunha vulnerável, que é aquela que, pelas suas condições pessoais ou por ter sido vítima de determinados crimes, pode ser intimidada com mais facilidade, comprometendo a sua livre manifestação²⁷⁰. Nesse rol estão incluídas as crianças e adolescentes, designadamente aquelas do sexo feminino, que sofrem, além da discriminação de gênero, as agruras em razão da pouca idade e da parca capacidade de domínio das emoções por conta do nível de desenvolvimento biopsicossocial, sendo mais atingidas pelo fenômeno da criminalidade sexual. Assim, não de ser garantidas condições especiais para a tomada das suas declarações, afastando-as dos olhos do ofensor, a fim de garantir a autenticidade do depoimento²⁷¹. Ademais, em razão da natureza do evento traumático vivenciado, que causa sofrimento extremo e afetação de diversas ordens, física, psíquica e emocional, sucessivas inquirições seriam uma oportunidade de fazer a vítima reviver o episódio de violência e constrangimento experienciado, o que seria por demais cruel, ferindo de morte o princípio da dignidade humana, devendo ser priorizada uma única oitiva²⁷².

Em relação aos crimes sexuais em desfavor de crianças e adolescentes, há, inclusive, dificuldades probatórias específicas, trazidas por BRAGI GUOBRANDSSON, que justificam a realização do depoimento de forma antecipada e protegida, garantindo-se a espontaneidade e a sinceridade das respostas, a higidez da prova e a proteção das vítimas. Foram essas especificidades que justificaram, inclusive, a criação do modelo brasileiro de depoimento especial que será visto a seguir. São elas: (1) usual inexistência de testemunhas que corroborem as declarações das vítimas, em face da natureza sigilosa das ações perpetradas, o que torna imprescindível a tomada do depoimento em momento mais aproximado da ocorrência do fato e sem o contato com o arguido, assegurando, assim, a liberdade na prestação e fidedignidade das declarações; (2) inconsistência das evidências médicas, as quais, segundo dados científicos,

pública comporta um assinalável efeito de vitimização secundária, em que a pessoa é levada a reviver os sentimentos negativos (medo, ansiedade, dor) experimentados aquando da infração, efeito este especialmente intenso e pernicioso se em causa estiver um núcleo muito restrito de intimidade pessoal (como sucede nos crimes sexuais)”.

²⁶⁹ Cf. IULIANELLO, *Depoimento Especial*, p. 58.

²⁷⁰ Cf. LIMA, *Manual*, p. 668.

²⁷¹ Cf. OLIVEIRA, *RIVJR*, p. 136.

²⁷² Cf. C. RIBEIRO *apud* R. DO CARMO, “Declarações para memória futura: crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual”, *Revista do Ministério Público*, CXXXIV, 2013, p. 161. Em Portugal ficou demonstrado em estudo empírico sobre casos de abuso sexual no contexto familiar que as crianças contaram, em média, oito vezes os fatos do episódio traumático que foram vítimas, o que é por demais penoso e revitimizante. O autor complementa que estão referenciados na pesquisa mencionada estudos realizados em outros países com idêntica constatação.

permitem identificar o abuso sexual em menos de 10% dos casos, e apenas metade é conclusiva, o que demanda uma atuação célere, acompanhada de equipe técnica multiprofissional, inclusive no depoimento especial levado a efeito, o que pode incrementar o conjunto probatório, reforçando a prova técnica; (3) ausência de indicadores psicossociais padronizados que demonstrem a prática do crime, ainda que as vítimas infantojuvenis apresentem frequentemente sintomas psicossomáticos ou comportamentais, conferindo importância a uma narrativa livre e precisa, com elementos fáticos e sentimentais, que demonstrem, inclusive a partir de avaliação psicológica específica, a existência fática do evento sexual e os danos experimentados pela vítima ouvida; (4) apenas numa minoria de casos, o crime sexual é fundamentado em provas físicas (evidências físicas ou médicas, testemunhos presenciais, fotografias, vídeos, etc.), ganhando força, para a reprodução da verdade dos fatos, as palavras da criança e do adolescente²⁷³.

Assim, ainda que se reconheça alguma afetação a direitos defensivos, como será comentado, surgiram alguns meios que possibilitam realizar a coleta da prova oral de forma mais célere, espontânea e eficaz, garantindo a genuinidade do relato e evitando o perigo da contaminação da prova, além de assegurar a prevalência dos direitos humanos da vítima, protegendo-a dos danos advindos de inquirições sucessivas e públicas²⁷⁴. De fato, um olhar mais empático e humanizado sobre a figura da vítima, além de contribuir para a eventual superação do trauma original, evitará a vitimização secundária, muito comum especialmente para as mulheres vítimas de violação²⁷⁵. Neste contexto é que vamos agora analisar as experiências brasileira e portuguesa.

5.2. A Lei n.º 13.431, de 04 de abril de 2017, do Brasil e a sua (in)aplicabilidade à generalidade das vítimas de crime de violação

Nesta senda, no Brasil, a Lei nº 13.431/2017 instituiu o depoimento especial, um

²⁷³ Cf. B. GUOBRANDSSON, « Adapter la justice aux enfants, soutenir les enfants victimes de violence sexuelle », in Conseil de L'Europe (org.), *La protection des enfants contre la violence sexuelle: une approche globale*, Editions Du Conseil de L'Europe, 2011, disponível em <https://rm.coe.int/la-protection-des-enfants-contre-la-violence-sexuelle-une-approche-glo/1680b108da>, acessado em 30/12/2024, pp. 97-98.

²⁷⁴ Cf. J. MOURAZ LOPES, “O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para memória futura”, *Sub Judice. Justiça e Sociedade*, Coimbra, n.º 26, ou-dez, 2003, p.17. O autor relembra que “a razão de ser da admissibilidade de restringir o interrogatório da vítima de crimes sexuais a um único momento em todo o processo, busca-se num plano mais vasto de considerações de natureza vitimológica referentes à protecção de vítimas de crimes”.

²⁷⁵ Cf. OLIVEIRA, *RIVJR*, p. 131.

procedimento que tramita em segredo de justiça²⁷⁶, assegurando a oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência de forma acolhedora, assistida e protegida. Com efeito, a colheita da prova oral é conduzida por um profissional especializado²⁷⁷, previamente capacitado pelo Tribunal e que se vale de técnicas de entrevistas investigativas cientificamente previstas²⁷⁸, em um ambiente tranquilo, receptivo e que garanta a privacidade e a intimidade da vítima, a qual deve permanecer longe dos olhos do suposto autor/arguido ou de qualquer pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento. À vítima são esclarecidos os termos da oitiva e os seus direitos, assegurando-se a sua participação ativa, inclusive por meio de livre narrativa sobre a situação de violência. Qualquer intervenção do agente facilitador somente ocorrerá quando necessária à elucidação dos fatos.

Outrossim, o juiz, o membro do Ministério Público, o defensor e eventuais assistentes técnicos acompanham a diligência em tempo real, em sala apartada, podendo, finda a inquirição inicial, encaminhar perguntas complementares, as quais passarão pelo crivo do magistrado e, uma vez admitidas, serão formuladas à criança ou adolescente, em linguagem que facilite a compreensão. Todo o procedimento é desenvolvido sem se descuidar das garantias processuais, sendo, pois, assegurado o contraditório, a partir da oportunidade do acompanhamento e da

²⁷⁶ Cf. BRASIL, Lei nº 13.431 (2017), disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm, acessado em 30/09/2024. A restrição da publicidade do ato, tratada na lei brasileira (art. 12, parágrafo sexto) e no Código de Processo Penal português (art. 271.º, n.º 4), é determinada para o fim de proteger as pessoas vitimadas, que, para além de se encontrarem em situação de vulnerabilidade, detêm a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, sendo, pois, essencial o resguardo da sua intimidade e da sua privacidade, medida que colabora fortemente para a fidedignidade das declarações, como para a recuperação dos danos sofridos. Não há falar, por oportuno, em desprestígio ao princípio geral da publicidade dos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, em primeiro lugar porque não há regra principiológica absoluta e, em segundo lugar, porque a restrição foi prevista na própria criação da norma constitucional brasileira, na qual consta a limitação a presença, em determinados atos processuais, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação ou quando o interesse social assim o exigir (cf. artigos 5.º, LX e 93, IX da CF/88), estando igualmente prevista em terras lusitanas, no CPP (cf. artigo 87.º, n.º 3): “Em caso de processo por crime de tráfico de órgãos humanos, tráfico de pessoas, ou contra a liberdade e autodeterminação sexual, os atos processuais decorrem, em regra, com exclusão da publicidade”.

²⁷⁷ Cf. L. ALVES ROSSATO, P. EDUARDO LÉPORE e R. SANCHES CUNHA, “Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo”, 11ª ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2019, p. 221. Segundo as lições dos processualistas, o depoimento especial, outrora conhecido como depoimento sem dano, é realizado de forma multidisciplinar (com auxílio especialmente de assistente social ou psicólogo), permitindo um ambiente menos constrangedor e mais propício para a busca da verdade.

²⁷⁸ No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, em parceria com o Fundo das Nações Unidas para a Infância no Brasil - UNICEF e a organização da sociedade civil Childhood Brasil, lançou em 15 de julho de 2020, o Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense de Crianças e Adolescentes Vítimas ou Testemunhas de Violência, “um método de entrevista semiestruturado, flexível e adaptável ao desenvolvimento de crianças e adolescentes, para facilitar a escuta protegida sobre alegações de violência contra eles perante as autoridades”. O PBEF é fundamentado no Protocolo de Entrevista Forense do The National Advocacy Center (NCAC), do Alabama, nos Estados Unidos, seguindo, ainda, as diretrizes da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. Cf. <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/887>.

participação do suposto autor da violência, bem assim do seu advogado, que poderá, inclusive, como visto acima, formular perguntas a serem deduzidas ao ofendido.

Nada obstante, há inúmeros questionamentos que sugerem que o instituto do depoimento especial compromete algumas das prerrogativas defensivas²⁷⁹. Acerca deste ponto, inclusive, ANNUNZIATA IULIANELLO, em obra específica sobre o tema, faz uma compilação das principais críticas dirigidas ao instituto, que, em suma, seria um instrumento útil apenas à acusação e teria a finalidade de viabilizar a produção de provas contra o réu e gerar mais condenações. A autora explica, porém, que “O verdadeiro propósito é evitar a revitimização da criança e do adolescente, possibilitando obter declarações o mais próximo da realidade possível, o que favorece tanto à acusação quanto à defesa, na medida em que é completamente equivocada a concepção de que o Ministério Público busca a condenação do réu a qualquer custo”²⁸⁰. De mais a mais, a participação do acusado na produção da prova é sempre autorizada, o que fragiliza a alegação de vulnerabilização do direito de defesa²⁸¹.

Prosseguindo, prioriza-se que a vítima seja ouvida uma única vez, de forma célere, com a maior proximidade possível dos fatos (a fim de evitar as “falsas memórias”)²⁸², por meio do ajuizamento de uma medida cautelar de produção antecipada de prova, podendo ser compartilhado o material produzido com as demais searas pertinentes, evitando-se “procedimentos desnecessários, repetitivos, invasivos, que levem as vítimas ou testemunhas a reviver a situação de violência ou outras situações que gerem sofrimento, estigmatização ou exposição de sua imagem”²⁸³, pois se sabe que intervenções sucessivas podem causar ainda mais sofrimento, além de comprometer a confiabilidade das declarações²⁸⁴. Destarte, a tomada de novo depoimento ocorrerá apenas quando imprescindível para a prova do fato e se houver concordância da vítima ou testemunha depoente, ou de seu representante legal.

De outro lado, em que pese a importância dessa manifestação oral, devem-se envidar

²⁷⁹ Cf. D. RUDGE MALAN e F. MIRZA, “Direito ao confronto e depoimento especial”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, CLXXI, ano 28, 2020, pp. 219-220. A despeito das cautelas legais, os autores entendem que há consideráveis restrições aos direitos da defesa, inexistentes em normas internacionais que serviram de diretrizes. Eles referem que “o diploma legal em digressão tratou os direitos fundamentais de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas como absolutos, desconsiderando os importantes valores sociais inerentes ao direito fundamental do acusado a confrontar as testemunhas contra si”.

²⁸⁰ Cf. IULIANELLO, *Depoimento Especial*, p. 284.

²⁸¹ Cf. D. ALONSO GOMES, “Confrontação do Depoimento com Redução de Danos (abordagem desde uma perspectiva criminal)”, in L. POTTER e C. ROBERTO BITENCOURT, *Depoimento Sem Dano: uma política criminal de redução de danos*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, pp. 148.

²⁸² Cf. IULIANELLO, *Depoimento Especial*, pp. 267-268.

²⁸³ Cf. BRASIL, Decreto n.º 9.603 (2018), disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9603.htm, acessado em 30/09/2024, artigo 5.º, inciso II.

²⁸⁴ Cf. IULIANELLO, *Depoimento Especial*, p. 259.

esforços para a coleta de outros meios de prova, nomeadamente as provas materiais (evidências físicas ou médicas, exames periciais, corpo de delito, instrumentos do crime, vídeos, fotografias e outras provas documentais)²⁸⁵, a fim de garantir o maior nível possível de elucidação dos fatos ocorridos, sendo certo, porém, que a análise das especificidades exigidas dependerá, como vimos, do contexto trazido pelas declarações colhidas, que demonstrará quais as provas são possíveis de serem produzidas a partir das circunstâncias fáticas apresentadas.

Do exposto, parece claro que tal mecanismo de oitiva é fundamental para possibilitar a adequada coleta da prova oral de crianças e adolescentes, que detêm a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, sendo destinatários de proteção integral por parte do Estado, da família e de toda a Sociedade, devendo permanecer a salvo de toda forma de violência. Ademais, há um contributo para a prevenção das vitimizações secundária e terciária, assegurando-se a preservação da saúde física e mental e o desenvolvimento moral, intelectual e social das crianças e adolescentes envolvidos²⁸⁶.

De fato, a violência, em especial a de natureza sexual, causa efeitos deletérios na vida de crianças e adolescentes²⁸⁷, não se podendo tolerar a sua naturalização, tampouco o processo de erotização precoce da infância, sob pena de ofensa ao princípio da vedação da proteção insuficiente. Os comportamentos em questão, que compõem os núcleos dos tipos penais sexuais, longe de caracterizarem o despertar dos jovens para a vida sexual, como dizem equivocadamente alguns, em verdade objetificam as crianças e adolescentes, sobretudo as do sexo feminino, as quais não têm oportunidade de desenvolver seu livre arbítrio, primeiramente por não possuírem condições biopsicológicas de o fazerem e, em segundo lugar, porque são levadas a acreditar que esse tipo de envolvimento sexual é o natural, o exigido ou o esperado pela sua família e por parte da sociedade, cristalizando um processo perverso de submissão e de internalização da desigualdade de gêneros e de padrões equivocados de desenvolvimento da sexualidade.

²⁸⁵ Cf. BRASIL, Lei nº 13.431 (2017), artigo 22.

²⁸⁶ Cf. L. POTTER, “Violência, Vitimização e Políticas de Redução de Danos”, in L. POTTER e C. ROBERTO BITENCOURT, *Depoimento Sem Dano: uma política criminal de redução de danos*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 20: “No entanto, essa violência atinge tamanha grandeza quando a vítima de delito sexual volta a experimentar o sofrimento doloroso ao ter que relatar os fatos na instância judicial. Além disso, a falta de conhecimentos específicos, dos operadores do direito, sobre a dinâmica do abuso sexual, em especial o intrafamiliar, com as suas especificidades (pois ocorre numa relação de poder e submissão à autoridade do adulto e intimidade familiar), leva a uma nova violação, dessa vez pelo sistema judiciário”.

²⁸⁷ *Ibidem*: “A violência praticada contra as crianças e adolescentes deixa uma marca no corpo (é um corpo impregnado de história – corpo, psique e alma, enfim uma unidade) que sofre a violência e a dor, e estas produzem consequências que são, normalmente, destrutivas para o bem-estar físico e psicológico da vítima criança e adolescente”.

Não há dúvidas, destarte, de que a Lei traz importante ferramenta de proteção de vítimas de violência, nomeadamente de crimes sexuais, criando uma ambiência de receptividade, apoio e proteção que propicia que as vítimas revelem suas experiências, em que pesem as dificuldades próprias de fazê-lo, inerentes à idade e à condição de pessoa em desenvolvimento²⁸⁸. O diploma pode ser aplicado, para além das crianças e adolescentes abaixo de 14 (quatorze) anos (em que vigora a presunção absoluta da violência, sendo irrelevante eventual consentimento), em favor das adolescentes entre 14 (quatorze) e 18 (dezoito) anos e jovens entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos, as quais podem ter a sua vontade desconsiderada, podendo ser-lhes também empregado o uso da força física e de grave ameaça²⁸⁹.

Ademais, com o mesmo desiderato da Lei n.º 13.431/2017, a Lei n.º 13.505/2017 inseriu o artigo 10-A na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)²⁹⁰, criando uma modalidade de depoimento especial para a inquirição de mulheres em situação de violência doméstica e familiar, salvaguardando a sua integridade física, psíquica e emocional ao longo da persecução, garantindo que não tenham contato direto com o suposto autor ou arguido e com pessoas a eles relacionadas, evitando-se, ainda, seguidas inquirições sobre o mesmo fato, ainda que em âmbitos diversos (criminal, cível e administrativo). Outrossim, restringe-se que sejam promovidos questionamentos acerca da vida privada das mulheres vitimadas.

O depoimento deve ser realizado em sítio adequado e próprio para a oitiva, respeitando-se a idade da mulher violentada e o tipo e a gravidade da violência sofrida, sendo-lhe facultada a intermediação de profissional especializado, designado pelas autoridades policial ou judicial, a depender do momento da oitiva, em sede de inquérito ou no curso do processo. Essa possibilidade vai ao encontro das diretrizes da Convenção de Istambul, garantindo a coleta da prova de forma válida, mas também segura e acolhedora para a mulher vitimada.

Embora o dispositivo apontado não faça menção expressa, parece clara a sua aplicabilidade também para mulheres que tenham sido vítimas de toda sorte de violência, inclusive a de natureza sexual, isso em compreensão em conjunto com o disposto no artigo 5.º

²⁸⁸ Cf. GUOBRANDSSON, « Adapter la justice », p. 97. Com efeito, afirma o autor que se trata de um crime silencioso, no qual as crianças de tenra idade não detêm vocabulário para se expressar ou não compreendem que seus direitos foram violados e os maiores podem sentir vergonha, constrangimento ou medo de expor os fatos, em razão das consequências que podem enfrentar ou mesmo em virtude da afeição pelo agressor, o que os impede de falar ou os leva a pensar que não serão acreditados.

²⁸⁹ Cf. BRASIL, Lei nº 13.431 (2017), artigo 3.º, *caput* e parágrafo único.

²⁹⁰ Cf. BRASIL, Lei n.º 13.505 (2017), disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/113505.htm, acessado em 30/09/2024.

da Lei n.º 11.340/2006²⁹¹. Ocorre que a Lei Maria da Penha possui âmbito de incidência sobre a unidade doméstica, a família ou qualquer relação íntima de afeto, o que põe em causa a utilização do depoimento especial previsto no artigo 10-A para as vítimas que não se enquadrem naquelas condições, como, por exemplo, uma mulher (acima de 21 anos), que tenha sido violada no trabalho por uma pessoa de fora do seu círculo de intimidade.

Ainda que parte da doutrina defenda essa possibilidade, de maneira cautelosa e proporcional, por interpretação teleológica do sistema de proteção ou mesmo em razão do poder geral do cautela do juiz²⁹², o fato é que inexistente previsão legal no ordenamento brasileiro autorizando o uso do depoimento especial para a mulher acima de 21 (vinte e um) anos que não esteja sob o âmbito de incidência da Lei Maria da Penha, o que seria oportuno. Há, portanto, uma clara situação de desproteção, ao menos no que toca à usabilidade do depoimento especial nestas hipóteses, o que não ocorre em Portugal, no que concerne ao instituto homólogo, como se verá.

5.3. O modelo português das declarações para memória futura em relação à vítima de crime contra a liberdade e a autodeterminação sexual

O modelo português das declarações para memória futura, em relação às vítimas crianças e adolescentes, segue a mesma linha protetiva do arquétipo brasileiro, devendo ser lido e interpretado em conformidade com as diretrizes da Convenção do Conselho da Europa para a proteção das crianças contra a exploração sexual e os abusos sexuais (Lanzarote, 25 de Outubro de 2007), que passou a vigorar no sistema jurídico português em 1 de Dezembro de 2012, e da Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, relacionada ao enfrentamento do abuso sexual, da exploração sexual de crianças e da pornografia infantil (13 de Dezembro de 2011), adotada em Portugal em 18 de Dezembro de 2013²⁹³.

²⁹¹ Cf. BRASIL, Lei n.º 11.340 (2006), disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm, acessado em 30/09/2024.

²⁹² Cf. P. BURIN, e F. MORETZSOHN, “Depoimento especial do adulto vítima de crime sexual” [artigo online], *Consultor Jurídico: CONJUR*, 2022, disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jun-17/questao-genero-depoimento-especial-adulto-vitima-crime-sexual/>, acessado em 30/12/2024, não paginado.

²⁹³ Cf. CARMO, *RMP*, pp. 154-155. O autor apresenta de forma consistente as justificativas para a adoção do expediente na inquirição de crianças e adolescentes: “Relativamente às crianças vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, a assunção de medidas para que a tomada de declarações se realize no mais curto espaço de tempo possível após a ocorrência ou o conhecimento dos factos, tendo em conta o seu nível de desenvolvimento e em condições adequadas, decorre da necessidade de se terem em consideração as especificidades dos factos e da testemunha, para que o relato seja recolhido nas melhores condições e a vítima seja protegida. O seu possível condicionamento pela proximidade física e/ou relacional com o suspeito ou arguido, as influências e pressões a que pode estar sujeita, o risco de incorporação no relato de narrativas e de elementos que entretanto lhe tenham sido transmitidos e a necessidade de a proteger de eventuais efeitos vitimizadores da

O expediente foi previsto expressamente no artigo 271 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de fevereiro, que entrou em vigor em 1 de janeiro de 1988, incidindo por razões de saúde (doença grave) ou de ausência no território nacional. Em 1998, com o advento da Lei nº 59/98, de 25 de Agosto, passou-se a poder colher de forma antecipada o testemunho das vítimas de crimes de natureza sexual. No ano posterior, a Lei de Proteção de Testemunhas alargou o espectro de proteção, alcançando as vítimas vulneráveis, especialmente em razão da idade, do estado de saúde ou da condição de pertencimento a família ou grupo social fechado. Anos depois, na revisão do Código de Processo Penal português, trazida pela Lei nº 48/2007, de 29 de agosto, foi novamente modificado o estatuto das declarações para memória futura, abarcando, além das hipóteses anteriormente previstas em relação à condição de saúde e deslocação para o estrangeiro, os casos de vítimas de tráfico de pessoas ou de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, viabilizando-se a oitiva na fase do inquérito, a requerimento do Ministério Público, do arguido, do assistente ou das partes civis, uma vez seguido determinado procedimento e garantido o contraditório, sendo o depoimento considerado no julgamento.

De fato, em todas as hipóteses, as declarações são registradas para memória futura, uma vez que, a princípio, a pessoa inquirida não se fará (ou se acredita que ela possa não se fazer) presente em audiência de julgamento, existindo razões, de ordem cautelar ou relacionadas à natureza dos crimes em causa, que justificam a antecipação²⁹⁴.

Não fosse isso, de acordo com o recorte temático desta investigação, no caso de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, pretende-se que as vítimas não sejam expostas em audiência, na presença do algoz, revivendo os eventos traumáticos. Possui, assim, o instituto grande efetividade em termos probatórios, ao proporcionar a coleta das declarações de forma célere, acolhedora, livre e segura, garantindo-se, inclusive, a genuinidade e a contemporaneidade do depoimento prestado, livre de pressões ou manipulações.

Em relação às vítimas crianças e adolescentes, P. PINTO DE ALBUQUERQUE propõe, de logo, um ajuste interpretativo, uma vez que a revisão do Código de Processo Penal estabeleceu

participação no processo, assim como a influência que a condução da inquirição e as condições em que é realizada podem ter sobre o depoimento, impõem a adoção de regras e cuidados especiais para a audição destas vítimas”.

²⁹⁴ Cf. P. JORGE FERNANDES NUNES, *Depoimentos para Memória Futura: conteúdo dogmático e aplicação prática* (Dissertação de Mestrado), Lisboa, Universidade Autónoma de Lisboa, 2014, p. 10: “Realmente as declarações para memória futura são uma medida de relevante valor processual, já que permitem preservar e fixar elementos probatórios que de outra forma, provavelmente, iriam perder-se e não chegariam a ser discutidos em local próprio, ou seja, no debate de audiência de julgamento. Possibilitam ainda colmatar as contrariedades que surgem no dia a dia em termos de perda de elementos probatórios e, através de juízo de prognose, salvaguardar esses elementos de prova que terão influência na decisão do caso concreto”.

a aplicação do procedimento para crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de pessoas “menores”, quando a Lei Penal distinguiu “menores” como sendo pessoas entre 14 (quatorze) e 18 (dezoito) anos e crianças, pessoas até 14 (quatorze) anos. Sem qualquer dúvida, justificado pelas mesmas circunstâncias e tendo em mira a garantia da proteção integral e a prevalência do superior interesse da criança, prevalece o entendimento de que a todos deve ser imposta a realização da inquirição de forma especializada, sendo irrelevante a distinção do direito material²⁹⁵.

Nestes casos, a inquirição antecipada é obrigatória, à semelhança do procedimento brasileiro, a menos que tenha ocorrido o advento da maioridade, garantindo-se um ambiente informal e reservado para a tomada das declarações, bem como a assistência e acompanhamento do ato por um técnico especial e previamente habilitado, com vistas a informar, acolher e apoiar a vítima infantojuvenil, tudo a fim de assegurar a espontaneidade e a sinceridade das respostas e a proteção integral das crianças e adolescentes vitimadas, minimizando os impactos da inquirição e os riscos de revitimização, pela necessidade de recordação do trauma vivenciado, o que pode desencadear uma série de efeitos na saúde física ou psíquica dessas pessoas em condição especial de desenvolvimento.

Ao contrário do Brasil, em que o depoimento é promovido com a intervenção direta do técnico especializado, é o juiz da instrução quem conduz a tomada de declarações, oportunizando-se a participação dos demais atores processuais, quem sejam, Ministério Público, os advogados do assistente e das partes civis e o defensor, por esta ordem, os quais podem formular perguntas adicionais diretamente²⁹⁶. A comparência da acusação e da defesa é obrigatória, possibilitando-se o afastamento do arguido durante a diligência, como no regime brasileiro.

Outrossim, destoando em parte da normativa brasileira, a norma portuguesa abre margem para a renovação do depoimento, em sede de audiência de julgamento, sempre que possível e desde que não prejudique a saúde física ou psíquica do depoente, o que faz presumir a sua realização, presunção esta que somente será afastada a partir da comprovação dos possíveis danos psicológicos e à condição física da pessoa a ser ouvida. No Brasil, a regra é a não admissão da repetição da prova, salvo quando justificada a sua necessidade, colhida a anuência da parte inquirida.

²⁹⁵ Cf. ALBUQUERQUE, *Comentário*, p. 703.

²⁹⁶ Alteração promovida pela Lei n. 48/2007, de 29 de agosto, que retirou a intermediação do juiz para a colocação das perguntas adicionais, bem como restringiu que o arguido as formulasse.

Entretanto, é essencial que essa disposição lusitana seja interpretada em conformidade com as diretrizes internacionais de proteção às vítimas de violência, bem como com a regra insculpida no Estatuto da Vítima (Lei n.º 130/2015, artigo 24.º, n.º 6), a qual determina a renovação da inquirição em audiência apenas quando tal for indispensável à descoberta da verdade e se não acarretar prejuízo à saúde física ou psíquica da vítima. Inverte-se, pois, a lógica da justificação, que deve ocorrer não para demonstrar a impossibilidade da nova oitiva, mas sim para fundamentar a necessidade de fazê-lo, sendo suficiente, em regra, o depoimento já realizado.

Uma outra questão processual importante que surge na interpretação da norma é que, uma vez que as declarações para a memória futura sejam adotadas como diligência obrigatória na fase de inquérito, nos casos, por exemplo, de crime contra a liberdade e a autodeterminação sexual de criança ou adolescente, pode ser que não esteja ainda delineada a figura do arguido ou seja desconhecida a identidade do suspeito. Essa situação não impede, porém, a realização do ato²⁹⁷, especialmente considerando que em casos tais a “influência do decurso do tempo na qualidade e credibilidade do depoimento e as exigências de proteção da vítima apresentam uma importância particular”²⁹⁸, merecendo prestígio em relação à garantia de acompanhamento da diligência.

Com efeito, sopesando-se os interesses em jogo, é possível assegurar o contraditório por

²⁹⁷ Cf. NUNES, *Depoimentos*, pp. 32-34: “Autores como Damião da Cunha, Mouraz Lopes, Joaquim Malafaia e Vinício Ribeiro defendem objetivamente que está em causa o contraditório e conseqüentemente toda a produção de prova, caso se lance mão desta diligência sem que previamente haja a constituição de arguido. Argumentam que os direitos da defesa ficam obliterados, porquanto o arguido é impossibilitado de contraditar o depoimento prestado para memória futura. Neste sentido, da impossibilidade de as declarações para memória futura poderem ser obtidas antes de o arguido estar constituído como tal, ao nível da jurisprudência, podem mencionar-se os acórdãos da Relação de Évora de 29-03- 200561 e da Relação do Porto de 18 -04- 200162. Do lado diametralmente oposto, encontra-se Paulo Pinto de Albuquerque que, não obstante o ter feito de forma bastante sintética, pronunciou-se no sentido de que as declarações para memória futura podem ser tomadas mesmo quando no processo não há, ainda, suspeitos constituídos arguidos, ou até quando não se conhece a identidade do(s) suspeito(s). Também no sentido da possibilidade de poderem ser tomadas declarações para memória futura antes de haver arguidos constituídos como tal, ou até quando não se conhece a identidade do suspeito, a jurisprudência é claramente maioritária. Não obstante vários autores e juízes se terem pronunciado neste sentido, aquele que o fez de forma mais desenvolvida foi claramente António Gama. São vários os argumentos invocados por este autor que claramente perfilhamos, no sentido de que a prestação de declarações para memória futura não supõe a prévia constituição de arguido”. Cf. assim ALBUQUERQUE, *Comentário*, p. 701: “Mas não é requisito da lei que o arguido esteja já indicado ou acusado pela prática destes crimes. As declarações para memória futura podem ser prestadas quando não há ainda pessoa constituída como arguido ou nem todos os suspeitos estão constituídos como arguidos ou nem mesmo se conhece a identidade do suspeito do crime, pois de outro modo poderia ficar definitivamente prejudicada a aquisição da prova que se encontrasse em perigo de ser perdida (acórdão do TRP, de 18.4.2001, in CJ, XXVI, 2, 228, e no direito Italiano, rejeitando a inconstitucionalidade desta solução, acórdão da Corte Costituzionale n. 18, de 16.5.1994, mas contra esta solução, acórdão do TRE, de 29.3.2005, in CJ, XXX, 2, 269, e, na doutrina, em face do anterior direito, DAMIÃO DA CUNHA, 1997: 409, JOAQUIM MALAFAIA, 2004: 539, e, em face do direito novo, VINÍCIO RIBEIRO, 2008: 539)”.
²⁹⁸ Cf. CARMO, *RMP*, p. 158.

meio da designação de defensor para acompanhar e participar do ato, garantindo-se, então, o direito de defesa do futuro arguido, sem negligenciar a necessidade de produção da prova.

Neste sentido, vem decidindo a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), como anotado por RUI DO CARMO²⁹⁹, considerando atendido o princípio do contraditório com a nomeação de defensor, a quem será determinada a participação e a intervenção obrigatórias na diligência, sendo-lhe ainda oportunizado momento próprio, posteriormente, antes de finalizado o processo, para contraditar as declarações colhidas (que inclusive foram documentadas em áudio ou audiovisual) e contestar a acusação levada a efeito, apresentando argumentos, requerimentos e provas que entender cabíveis, exercendo, pois, de forma ampla a sua defesa³⁰⁰.

Esse raciocínio vai ao encontro de diretriz firmada no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o qual, no acórdão proferido no caso *S.N. v. Suécia* (2002), deliberou que “em processos penais relativos a crimes sexuais, sejam adotadas algumas medidas com o propósito de proteger a vítima, desde que tais medidas possam ser conciliadas com um exercício adequado e eficaz dos direitos de defesa”³⁰¹, exatamente o que sói acontecer com o acompanhamento da realização do ato por um defensor especialmente designado, oportunizando-se doravante a ampla manifestação do arguido³⁰². Com efeito, não se pode pensar em um processo penal com a finalidade única de preservação dos direitos do acusado; existem outros interesses que merecem proteção, sob pena de deixar de promover a pacificação social e gerar efeitos negativos para a vítima e a sociedade³⁰³.

A propósito, traçando um breve paralelo com a legislação brasileira, parte da doutrina local aponta que o instituto do depoimento especial restringe de forma considerável a garantia defensiva do direito ao confronto (que, como já dito, será abordado de forma mais aprofundada no capítulo seguinte). Como sinalizado pelo TEDH e partindo do pressuposto de que as medidas restritivas são proporcionais, a questão se resolve quando estes procedimentos especiais restritivos de uma vítima de violência sexual podem ser conciliados com as garantias

²⁹⁹ *Idem*, pp. 158-159, que refere o Ponto XII do sumário do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Março de 2009, relator Juiz Conselheiro Fernando Fróis, disponível em www.dgsi.pt, acedido em 21/4/2013 e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Novembro de 2007, relator Juiz Conselheiro Henriques Gaspar.

³⁰⁰ *Idem*, p. 159.

³⁰¹ *Idem*, p. 160.

³⁰² Cf. MOURAZ e MILHEIRO, *Crimes sexuais*, p. 485, que referem outra decisão do TEDH, no caso *Craxi v. Itália* (2002): “A este respeito o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem decidido que o essencial é que declarações só podem sustentar uma condenação, se o arguido em julgamento, ou fases anteriores teve a possibilidade de as contraditar (sobre esta dimensão interpretativa do artigo 6.º, §§ 1 e 2, alínea d), da Convenção Europeia dos Direitos do Homem v.g., acórdão *Craxi c. Itália*, de 5 de dezembro de 2002). E exatamente o que sucede com as declarações para memória futura”.

³⁰³ Cf. IULIANELLO, *Depoimento Especial*, p. 234.

defensivas, inclusive por meio de medidas de contrabalanceamento³⁰⁴. É o que se passa na hipótese antes mencionada.

De fato, “não faria sentido que, estando a vítima de uma tentativa de homicídio à beira da morte, ela não pudesse ser ouvida para memória futura apenas pela circunstância de não se saber quem foi que o atacou ou de não se ter ainda capturado o atacante conhecido”. Esse exemplo, trazido por P. PINTO DE ALBUQUERQUE, traduz com clareza solar a *ratio* da coleta antecipada do depoimento, que serve à salvaguarda da prova, não se podendo tolerar que a realização ou não do ato fique ao mero alvedrio do arguido, o qual teve sua defesa assegurada pela atuação de advogado nomeado, sendo permitido, em sendo o caso e seguidos os critérios legais, repetir a inquirição por ocasião da audiência em julgamento³⁰⁵.

Em relação aos crimes de liberdade ou autodeterminação sexual, segue-se o mesmo raciocínio, nomeadamente quando forem vítimas crianças e adolescentes, quando será obrigatória a tomada de declarações para memória futura, servindo, ainda, o instituto, em quaisquer desses crimes do catálogo, para garantir a fidedignidade do depoimento e proteção à revitimização.

Da mesma forma que ocorre com o público infantojuvenil e a Convenção de Lanzarote, em relação às mulheres violadas a norma portuguesa deve ser reinterpretada de acordo com os paradigmas da Convenção de Istambul, esse instrumento que simboliza o enfrentamento à violência de gênero na União Europeia.

Assim, além do disposto no Código de Processo Penal, a Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, que estabelece o novo regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas, traz em seu bojo (artigo 33.º) a possibilidade da tomada de declarações para memória futura, no caso de ofensas sexuais perpetradas entre familiares ou coabitantes (artigo 152.º do Código Penal), utilizando-se a mesma moldura procedimental insculpida no artigo 271.º do CPP.

Nesta hipótese, atribui-se legitimidade à vítima para requerer por si a medida, diferentemente do regime regular do CPP³⁰⁶ e igualmente ao disposto no Estatuto da Vítima (art. 24º, nº 1, da Lei nº. 130/2015) para as vítimas especialmente vulneráveis, assegurando os

³⁰⁴ Cf. MALAN e MIRZA, *RBCC*, pp. 213 e 221. Os autores ainda defendem que o depoimento só pode ser aplicado se imprescindível e se houver prova pericial da especial vulnerabilidade da vítima ou testemunha à vitimização secundária.

³⁰⁵ Cf. ALBUQUERQUE, *Comentário*, pp. 700-701.

³⁰⁶ Cf. C. BUCHO, “Declarações para memória futura (elementos de estudo)” [artigo online], 2012, disponível em <https://www.trg.pt/gallery/8.1.%20declaracoes-para-memoria-futura.pdf>., acedido em 30/11/2024, p. 61.

seus direitos, dentre eles a participação efetiva na persecução criminal, com a proteção da sua dignidade, prevenindo-se a ocorrência de novos danos.

O desiderato na norma é cristalino, como registrado na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 248/X/4ª que esteve na base da citada Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, e tem em conta o multicitado martírio vivenciado pelas vítimas, especialmente as mulheres, quando iniciada a persecução criminal: “Sendo a prevenção da vitimização secundária um aspecto axial das políticas hodiernas de protecção da vítima, estabelece-se, sempre que tal se justifique, a possibilidade de inquirição da vítima no decurso do inquérito a fim de que o depoimento seja tomado em conta no julgamento, ou ainda, no caso da vítima se encontrar impossibilitada de comparecer em audiência, a possibilidade de o tribunal ordenar, oficiosamente, ou a requerimento, que lhe sejam tomadas declarações no lugar em que se encontra, em dia e hora que lhe comunicará”³⁰⁷.

No caso das vítimas dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, em que a tomada de declarações para memória futura não é obrigatória, deve-se justificar sumariamente a realização do ato com supedâneo na necessidade de protecção das vítimas. No caso de crianças e adolescentes, há presunção absoluta da imprescindibilidade da antecipação, sendo esta obrigatória³⁰⁸.

5.4. Conclusões intercalares

Neste CAPÍTULO V, foram analisados importantes institutos utilizados para a realização de uma escuta mais humanizada das vítimas de violação. Em uma contextualização inicial, referimos como é difícil a posição ocupada pela mulher na persecução penal deste delito. Suas declarações são o momento processual mais aguardado, sofrendo, por isso, enorme pressão durante a prospecção probatória das partes.

É preciso destacar o reposicionamento da vítima no processo penal moderno, agora reconhecida também como um sujeito de direitos processuais. Neste contexto, a pessoa ofendida tem sido merecedora de um olhar diferenciado, plasmado nestes institutos previstos tanto no Brasil como em Portugal, que permitem que se expressem com mais segurança e confiança, evitando uma indesejada revitimização e ao mesmo tempo contribuindo para a superação do trauma experimentado pelo crime.

É bem verdade que tais institutos se destinam precipuamente ao acolhimento de vítimas

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ *Idem*, pp. 68-69.

vulneráveis, como crianças e adolescentes, cujos processos desafiam dificuldades probatórias específicas, como visto. Mas, em ambos os casos, as legislações abrem margem para que mulheres adultas vítimas de crimes de violação também sejam beneficiadas.

Na regulamentação brasileira, instituiu-se o denominado “depoimento especial”, que serve, a princípio, para uma oitiva acolhedora, via agente facilitador, em sala apartada, de crianças e adolescentes vítimas de violência, inclusive a sexual. Reconhece-se a condição de pessoas em desenvolvimento e se prioriza a realização de uma única oitiva, para se evitar que o sofrimento se prolongue. Contudo, a própria lei regente admite a possibilidade de sua aplicação excepcional para vítimas de até 21 (vinte e um) anos.

Para as mulheres vítimas de violência sexual que superem essa faixa etária, resta apenas a possibilidade de serem submetidas ao depoimento especial via Lei Maria da Penha, a qual, contudo, pressupõe existência de alguma relação doméstica, familiar ou íntima de afeto. Logo, por óbvio, diversas outras situações muito comuns não se amoldam ao parâmetros da lei, o que torna a sua tutela limitada para as mulheres vítimas do crime de violação.

A experiência portuguesa é a das “declarações para memória futura” e difere um pouco da brasileira, como em relação à intermediação, que é feita pelo magistrado, e a maior flexibilidade para repetição do procedimento em juízo, o que deve ser avaliado com cautela, ante a possibilidade de potencializar os riscos de revitimização.

Entretanto, a principal diferença reside no fato de que hoje não se limitam apenas à proteção de vítimas crianças e adolescentes (hipótese em que este procedimento é obrigatório), abarcando também, após evolução legislativa, vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual em geral, o que pode ser deferido mediante justificativa, sendo, portanto, neste particular, mais protetiva do que a brasileira. Sendo assim, em se tratando de mulher vítima de violação, a princípio, é cabível, se fundamentado, que sejam colhidas suas declarações para memória futura com todas as garantias e cuidados inerentes à espécie.

Em conclusão, observa-se que os institutos comentados garantem o *timing* e a higidez da coleta de provas em muitos casos irrepetíveis, contribuindo, ainda, para minimizar os riscos e os eventuais danos de uma vitimização secundária. Trata-se de suporte que protege e encoraja a vítima, acautelando ainda o processo penal, diante do eventual risco de perecimento da prova.

Mas estas modalidades de escuta protegida não bastam para garantir uma proteção efetiva à mulher em boa parte dos casos, pois não abrangem ainda a totalidade de situações. É preciso avançar para uma ingerência mais efetiva e universal durante o depoimento, regulando o momento do exame cruzado, justamente o recorte probatório em que a vítima se encontra mais exposta e fragilizada.

6. CAPÍTULO VI – O EXAME CRUZADO

6.1. Conceito e enquadramento do tema no âmbito do direito ao confronto e da persecução penal do crime de violação

O exame cruzado é uma técnica de inquirição que surgiu no sistema adversarial anglo-americano e privilegia, como lhe é peculiar, a atividade probatória de iniciativa das partes³⁰⁹. Por este método, a testemunha ou vítima é colocada em contato direto com os participantes do processo, sendo primeiro inquirida por quem a arrolou, operando-se, assim, o exame direto ou *direct-examination*. Na sequência, a parte contrária também faz a sua inquirição, realizando-se, finalmente, o exame cruzado ou *cross-examination* (também denominado contra-interrogatório, expressão utilizada no CPP português)³¹⁰.

Este *cross-examination* é visto como “o meio mais eficaz para a descoberta da verdade”, assim como um elemento essencial do processo equitativo, encontrando previsão na grande maioria dos ordenamentos, mesmo nos da tradição romano-germânica, que o incorporaram. O CPPB, por exemplo, o introduziu em uma reforma do ano de 2008 e, hoje, seu artigo 212 estabelece que “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.”³¹¹.

Em Portugal, o CPP também o prevê em seu artigo 348.º: “4 - Seguidamente a testemunha é inquirida por quem a indicou, sendo depois sujeita a contra-interrogatório. Quando neste forem suscitadas questões não levantadas no interrogatório directo, quem tiver indicado a testemunha pode reinquiri-la sobre aquelas questões, podendo seguir-se novo contra-interrogatório com o mesmo âmbito”.

No âmbito europeu, o exame cruzado pode ser extraído do disposto no artigo 6.º da CEDH, redigido nos seguintes termos: “3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: (...) d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação”³¹².

³⁰⁹ Cf. GOMES FILHO ET AL, *Código* [livro eletrônico], p. RL-1.31.

³¹⁰ Cf. LIMA, *Manual*, p. 779.

³¹¹ Cf. BRASIL, Código de Processo Penal (1941), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm, acessado em 20/09/2024, artigo 212.

³¹² Cf. EUROPA, Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica – Convenção de Istambul (2011), disponível em <https://rm.coe.int/168046253d>, acessado em 20/09/2024, artigo 6.º.

Uma das vantagens do exame cruzado seria permitir à parte contrária não apenas uma verificação ampla acerca dos fatos conhecidos junto à pessoa que está a depor (*cross-examination as to facts*), mas, principalmente, a verificação da sua credibilidade (*cross-examination as to credit*)³¹³. Por isso, diz-se que ele transcende o interesse pessoal da parte, constituindo-se em critério epistemológico de confiabilidade da prova penal³¹⁴.

É importante situar o exame cruzado como um componente do direito ao confronto, que é o direito fundamental do arguido de presenciar e participar da colheita da prova oral produzida em seu desfavor no curso de uma audiência judicial³¹⁵. Na precisa lição de DIOGO MALAN e FLÁVIO MIRZA, “todo o saber testemunhal incriminador, passível de valoração pelo juiz na sentença, deve ser produzido de forma pública, oral, na presença do julgador e do acusado e submetido à inquirição deste último”³¹⁶. Trata-se de direito também consagrado em diversos ordenamentos e com a mesma origem anglo-saxônica (sem embargo da contribuição do Direito Romano³¹⁷), onde surgiu como uma reação a condenações baseadas em provas produzidas de forma secreta e unilateral³¹⁸, incluindo boatos³¹⁹.

Decompondo o *right of confrontation*, S. MAFFEI alinhou os seus elementos constitutivos como os direitos do arguido: (I) à produção da prova testemunhal em audiência pública; (II) a presenciar a produção da prova testemunhal (*right to be present*); (III) à produção da prova testemunhal na presença do julgador do mérito da causa; (IV) à determinação às testemunhas do compromisso de dizer a verdade; (V) a desvendar a verdadeira identidade das testemunhas; (VI) a se comunicar, reservada, livre e ininterruptamente com seu defensor durante a produção da prova oral; (VII) à inquirição das fontes de prova testemunhal desfavoráveis, no momento de sua produção³²⁰, sendo este último o que corresponde

³¹³ Cf. GOMES FILHO ET AL, *Código* [livro eletrônico], p. RL-1.31.

³¹⁴ Cf. MALAN, DIOGO RUDGE, “*Advocacia criminal e a arte do exame cruzado: um manual prático*” [artigo online], *Consultor Jurídico: CONJUR*, 2020, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-01/diogo-malan-advocacia-criminal-arte-exame-cruzado/>, acessado em 21/12/2024, não paginado.

³¹⁵ Cf. LIMA, *Manual*, p. 781.

³¹⁶ Cf. MALAN e MIRZA, *RBCC*, p. 191.

³¹⁷ Cf. D. PARUCH, “Testimonial statements, reliability, and the sole or decisive evidence rule: A Comparative look at the right of confrontation in the United States, Canada, and Europe”, *Catholic University Law Review*, LXVII, 2018, p. 108.

³¹⁸ Cf. A. MUNIZ MARDEGAN, “A produção da prova testemunhal por videoconferência, o direito ao confronto e o princípio da imediação”, in MENDES, PAULO DE SOUSA e R. SOARES PEREIRA (coord.), *Novos desafios da prova penal*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 52.

³¹⁹ Cf. PARUCH, *CLR*, p. 110.

³²⁰ Cf. D. DIAMANTARAS DE FIGUEIREDO, *O direito ao confronto na produção da prova penal*, 1ª ed., São Paulo, Marcial Pons, 2020, pp. 29/30. Importante salientar que o último elemento foi acrescentado por D. RUDGE MALAN, in *Direito ao confronto no processo penal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2009, como anotado pelo autor.

especificamente ao exame cruzado³²¹.

Na pertinente análise de J. HENRY WIGMORE, o *cross-examination* é considerado a essência ou razão de ser da *confrontation clause*. Nas suas palavras: “*The main and essential purpose of confrontation is to secure for the opponent the opportunity of cross-examination. The opponent demands confrontation, not for the idle purpose of gazing upon the witness, or of being gazed upon by him, but for the purpose of cross-examination, which cannot be had except by direct and personal putting of questions and obtaining of immediate answers*”³²².

Nota-se, portanto, que o propósito principal do direito ao confronto e do exame cruzado é garantir que, perante o juiz e sob os auspícios do devido processo legal, realize-se um encontro face a face entre o acusado e a pessoa que se constitui a fonte da prova que pode condená-lo (testemunha ou vítima, por exemplo³²³), ensejo em que poderá lhe dirigir diretamente (em regra, por meio do seu defensor técnico) todos os questionamentos, não somente com o objetivo de obter a verdade, mas também (ou principalmente) de fazê-la entrar em contradição e/ou minar sua credibilidade. Em muitos casos, é verdade, os intentos defensivos, não raramente alinhados aos de outros atores processuais, servidos dos argumentos tomados da mitologia da violação, são de uma torpeza ainda mais indisfarçável.

Parece clara, assim, a centralidade destes institutos no âmbito da persecução penal dos crimes de violação, nos quais as declarações da mulher ostentam a condição de “prova rainha” e se apresentam como o clímax do julgamento. Todo o foco dos agentes processuais está no relato que a vítima traz aos autos e é por meio da sua análise e interpretação que os julgadores esperam compreender os acontecimentos³²⁴.

Isso não é diferente para o arguido, cuja linha de defesa inegavelmente perpassa por um escrutínio intenso e afiado das declarações da vítima. Não há plano defensivo de um acusado de violação que não tenha como uma das suas estratégias tentar extrair informações ou criar sensações que descredibilizem o seu relato. Mas é justamente aqui, neste momento processual de confronto tão visceral, que surgem os conflitos e problemas. Não é incomum, muito pelo

³²¹ Cf. MALAN e MIRZA, *RBCC*, p. 196. Os autores fazem a seguinte e pertinente observação: “Essa dimensão não exige que o depoimento das testemunhas de acusação seja produzido via uma técnica processual específica (v.g. *cross-examination* etc.), podendo haver mediação do juiz (sistema presidencialista)”. No entanto, tratamos o próprio exame cruzado como elemento do direito ao confronto porque é técnica largamente utilizada nos sistemas a *common law* e mesmo da *civil law*.

³²² Cf. J. HENRY WIGMORE *apud* PARUCH, *CLR*, p. 106.

³²³ Cf. MALAN e MIRZA, *RBCC*, p. 191. Lembram os autores que a expressão testemunha “inclui quaisquer pessoas que prestem declarações testemunhais incriminadoras, pouco importa se antes ou durante o julgamento, e independentemente da sua qualificação jurídico-formal.”

³²⁴ Cf. RAYBURN, *CJGL*, p. 461.

contrário, que o exame cruzado realizado pelo acusado e seu advogado se traduza em um festival de ofensas e horrores, com o despejo de todos os mitos, estereótipos e preconceitos arraigados à questão da sexualidade feminina³²⁵. Isso gera ansiedade e preocupação para a vítima, motivo, inclusive, para que muitas não queiram dar seguimento à acusação em juízo³²⁶.

Sabe-se que estão em jogo interesses muito importantes. De um lado, a dignidade da vítima de violação. De outro, o réu com suas garantias constitucionais de pessoa acusada, nomeadamente seu direito de confrontá-la, inserido no contexto do contraditório e da ampla defesa. É certo, todavia, que o direito ao confronto (incluindo o seu principal desdobramento, o *cross-examination*) não é direito que se exerce de forma absoluta³²⁷. De fato, ele enfrenta diversas limitações e isso não pode ser diferente no microssistema da criminalidade sexual contra a mulher, onde abusos têm sido cometidos. É o que abordaremos a seguir, não sem antes tratar, considerando o relevante interesse acadêmico para o tema, de um célebre caso do TEDH em que, veremos, todos os limites de razoabilidade possíveis foram ultrapassados.

6.2. O caso *Y. v. Eslovênia* (2015) do TEDH

O caso *Y. v. Eslovênia* (2015) trata de um julgamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) relacionado a crimes de violação praticados por um homem de 55 (cinquenta e cinco) anos, identificado como “X”, contra uma jovem ucraniana, então com 14 (quatorze) anos da idade, denominada simplesmente como “Y”³²⁸. De acordo com o que está relatado na decisão de julgamento, ele era amigo da família e, juntamente com sua esposa, prestava cuidados à adolescente, inclusive ajudando-a a participar de concursos de beleza. Conforme descrito, o homem praticou sexo oral na jovem e a fez praticar em si, por pelo menos três oportunidades, apesar da sua recusa e tentativa de resistência. Além disso, ele chegou a tentar manter relações sexuais com a ofendida, que naquela altura não soube dizer se de fato houve penetração.

Algum tempo depois, a menina contou os graves acontecimentos à sua mãe, também imigrante ucraniana, que formalizou uma queixa-crime na polícia. A investigação foi iniciada, tendo sido realizada uma perícia ginecológica, que não constatou ruptura himenal. Uma vez que não conseguia obter informações nos órgãos policiais acerca do que vinha sendo apurado,

³²⁵ Cf. BAKER, *MLR*, p. 269.

³²⁶ Cf. SMITH, *Rape trials*, p. 181.

³²⁷ Cf. FIGUEIREDO, *O direito ao confronto*, p. 31.

³²⁸ Cf. Acórdão do TEDH de 28 de maio de 2015, *Y. v. Eslovênia*, proferido no processo n.º 41107/10, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-154728>, acessado em 20/09/2024.

a mãe da vítima apresentou nova queixa na representação local do Ministério Público, que formulou um pedido de investigação judicial de X em relação aos fatos relatados (imputação de sexo oral e relações sexuais, apesar da recusa e resistência da ofendida).

O arguido negou as acusações. Ele conseguiu diversos adiamentos das audiências judiciais e ainda juntou documento médico indicando que possuía um problema congênito no braço esquerdo que em tese o impedia de praticar as condutas imputadas. Ao longo do processo, que durou alguns anos, foi determinada nova perícia ginecológica por conduto de perito nomeado pelo juízo, o qual fez à vítima questionamentos que ultrapassavam o âmbito da diligência, como “por que não se defendeu de X, por exemplo, arranhando ou mordendo”³²⁹, para, enfim, concluir não haver nada que indicasse a ocorrência das relações sexuais. Além disso, também foi ordenada uma perícia psicológica, que concluiu que “Desde 2001, Y. apresenta todos os sintomas de uma vítima de abuso sexual e de outros tipos (sintomas emocionais, comportamentais e físicos) ... Além das consequências emocionais, a menina apresenta padrões comportamentais muito típicos relacionados ao abuso sofrido por ela e também alguns sintomas físicos (sono perturbado, pesadelos, colapsos). Os sintomas são indicados no relatório...”³³⁰.

Na sequência, houve a troca do advogado de X por um outro profissional, não obstante a alegação de que este novo tenha sido consultado e tenha ouvido o relato da vítima antes de iniciado o processo criminal. Algumas audiências (12, no total) foram realizadas, por norma sem a presença de público e, ainda que X tenha sido excluído da sala, bem como algumas perguntas tenham sido indeferidas pelo magistrado, a jovem foi inquirida diretamente pelo seu agressor, que lhe formulou mais de 100 (cem) perguntas, muitas repetitivas, indutivas e com o objetivo de lhe imputar interesse sexual, como “É verdade que eu não poderia ter abusado de você na noite do evento como você declarou em 14 de abril?”, “É verdade que se eu tivesse desejado satisfazer minhas necessidades sexuais, eu teria ligado para você pelo menos uma vez?”; “Por que você me ligou em setembro e me pediu para te levar para fora da cidade se eu já tinha te estuprado cinco vezes antes daquela data?”, “Por que você estava me ligando, porque eu certamente nunca te liguei?”, ou “É verdade que você pediu especificamente que saíssemos da cidade sozinhas, porque você queria falar comigo e comemorar seu sucesso em um concurso

³²⁹ *Idem*, § 22. Importante registrar que o arquivo original está na língua inglesa, mas, para facilitar a compreensão, utilizamos a tradução para o português oferecida pelo Google Chrome, o que faremos nas demais oportunidades em que trouxermos trechos do julgado em questão.

³³⁰ *Idem*, § 23.

de beleza?”³³¹.

Consta do extenso relatório do julgamento que a jovem Y chorou diversas vezes e, em uma das assentadas, pediu o adiamento informando que as perguntas eram muito estressantes para si. Nesta ocasião, ao ser informada de que um novo encontro seria em data distante, pois X teria um compromisso de negócios, “disse, enquanto chorava, que ele deveria continuar com seu interrogatório, pois ela queria acabar logo com isso”³³².

O feito teve outras particularidades, como outras pessoas ouvidas como testemunhas, incluindo peritos, além de indeferimentos de pedidos adicionais de provas requisitadas pela vítima, fatos que, que embora pudessem servir para demonstrar a coerência, ao menos em parte, dos fatos articulados na acusação, não são tão importantes para o que buscamos expor e analisar neste trabalho investigativo. O fato é que, ao final da décima segunda audiência e sete anos após a queixa-crime, o tribunal proferiu a sentença absolvendo X de todas as acusações. Não obstante o recurso manejado, o Tribunal Superior competente manteve a absolvição e Y foi ao TEDH sinalizando violação aos artigos 3.º e 8.º da CEDH³³³. Dentre outros fatos relacionados à imparcialidade e tendenciosidade do julgamento, alegou que o Estado esloveno falhou em proteger sua integridade pessoal durante os procedimentos e que se sentiu “frustrada, humilhada e desamparada”³³⁴.

Sobre este ponto específico, a Corte de Estrasburgo debateu a questão do conflito entre os interesses da defesa, designadamente o de convocar e interrogar testemunhas, e os da vítima de ter sua integridade pessoal protegida. E desenvolveu o raciocínio segundo o qual “o direito de uma pessoa de se defender não prevê um direito ilimitado de usar quaisquer argumentos de defesa”, bem como que “...o interrogatório não deve ser usado como um meio de intimidar ou humilhar testemunhas. Nesse sentido, o Tribunal é da opinião de que algumas das perguntas e observações de X sugerindo, sem qualquer base probatória, que a requerente podia chorar quando queria para manipular as pessoas, que sua angústia poderia ser aliviada ao jantar com ele, ou que ela havia confiado a ele seu desejo de dominar os homens, não visavam apenas

³³¹ *Idem*, § 34.

³³² *Idem*, § 38.

³³³ Cf. EUROPA, CEDH, artigos 3.º (“Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”) e 8.º (“1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”).

³³⁴ Cf. Acórdão do TEDH, *Y. v. Eslovênia* (2015), § 88.

atacar a credibilidade da requerente, mas também denegrir seu caráter”³³⁵.

O TEDH avançou ainda mais ao apontar que “as insinuações ofensivas de X sobre a requerente também excederam os limites do que poderia ser tolerado com o propósito de permitir que ele montasse uma defesa eficaz, e exigiu uma reação semelhante. Considerando o amplo escopo de interrogatório oferecido a X, na opinião do Tribunal, restringir suas observações pessoais não teria restringido indevidamente seus direitos de defesa. Contudo, tal intervenção teria atenuado o que foi claramente uma experiência angustiante para a requerente”³³⁶.

Assim, concluiu que houve violações aos artigos 3.^a e 8.^o da CEH, nesta última hipótese, por falha das autoridades eslovenas em proteger a integridade pessoal de Y no processo penal relativo ao abuso sexual que sofreu.

Malgrado não tenha sido possível trazer à colação todos os detalhes deste constrangedor julgamento, em razão da sua extensão, ficou evidenciado, a partir do breve resumo historiado, o nítido abuso do exercício do direito ao confronto. O acusado aproveitou os momentos em que esteve face a face com a jovem vítima para pressioná-la, humilhá-la e criar uma narrativa favorável mediante insinuações e depreciações graves. Ele ainda teve a cupidez de realizar pessoalmente o contra-interrogatório, sabendo dos abalos que causaria à ofendida, formulando mais de 100 (cem) perguntas em mais de 04 (quatro) horas de inquirição, o que a sobrecarregou ainda mais, agregando um *plus* de trauma e sofrimento. Nem é necessário trazer as demais circunstâncias do processo (demora injustificada, peritos tendenciosos, advogado em conflito ético, eventual xenofobia, etc.) para reproduzir o ambiente eminentemente hostil enfrentado por aquela jovem. Espanta, ainda, o fato de providências mais efetivas não terem sido adotadas pelo magistrado e pelo membro do Ministério Público no sentido de coibir aqueles abusos.

De todo modo, este caso foi um exemplo muito claro e eloquente de como o exame cruzado pode ser utilizado como uma ferramenta de intimidação e revitimização, especialmente se operacionalizado em ambiente sem controle e de inobservância da condição singular de vulnerabilidade de uma vítima de crime de violação. Como instrumento de defesa tem se mostrado extremamente eficiente, mas, neste particular, a um custo muito duro para uma justiça efetiva e a dignidade das mulheres. Certamente não é o resultado que se espera em uma sociedade inserida no contexto de um Estado Democrático de Direito. Portanto, conciliar aqueles valores e os limites do *cross-examination* é medida imprescindível.

³³⁵ *Idem*, § 108.

³³⁶ *Idem*, § 109.

6.3. A ofensa à dignidade da mulher e a necessidade de limites ao exame cruzado

O quadro experimentado pela jovem ucraniana no julgamento do caso *Y. v. Eslovênia* (2015) é uma amostra grotesca do que pode e costuma ocorrer em processos judiciais que apuram o delito de violação. Como visto, ele expõe a necessidade de que o sistema jurídico disponibilize regras de proteção às vítimas destes crimes. Não custa lembrar que o receio deste cruel enfrentamento e o histórico de vivências negativas de muitas mulheres contribuem para a subnotificação e a impunidade. Poucas são as que se investem de coragem para passar por essa verdadeira provação, muitas preferindo limitar seus danos psicológicos aos já causados pela agressão sexual. Preferem evitar o que se costuma denominar de “*the second rape*”³³⁷.

Lembra S. OLIVEIRA E SILVA que, em Portugal, sob a influência de recomendações de organizações internacionais, foram inseridos no CPP alguns dispositivos que buscam criar um ambiente de proteção para a mulher vítima de violação, como os que determinam a exclusão da publicidade da audiência (artigo 87.º, n.º 3), a proibição da revelação da identidade da ofendida (artigo 88.º, n.º 2, al. c), além da própria tomada de declarações para memória futura (artigos 271.º e 294.º), já abordada no CAPÍTULO V³³⁸. Contudo, estas medidas, conquanto extremamente relevantes, não garantem a proteção necessária durante o exame cruzado, quando a tutela estatal precisa ser mais intrusiva e efetiva para assegurar a dignidade e a integridade física das vítimas destes crimes.

Não se nega que a posição de arguido é extremamente desconfortável. Sabe-se também que o relato da vítima desponta como peça primordial na formação do convencimento judicial, razão pela qual a intervenção da defesa técnica na sua produção em juízo assume especial importância. Um contra-interrogatório preciso e eficiente é necessário na defesa de acusações de toda sorte, máxime de crimes sexuais. No entanto, partindo do pressuposto de que a autoria do fato não é contestada (o que ocorre na esmagadora maioria dos casos³³⁹), este exame cruzado não pode ir além dos limites necessários à busca de evidências que demonstrem a consensualidade do encontro sexual, do contrário acusado e vítima trocam seus polos no processo criminal, o que é inaceitável³⁴⁰.

³³⁷ Cf. JACQUET, *The Injustices*, p. 101: “*The heinous treatment of rape victims in local and state courtrooms provided ample evidence of the feminist contention with the legal system. Feminists argued that navigating the judicial system after a sexual assault was often as harmful as the assault itself and constituted another violation of the victim*”.

³³⁸ Cf. SILVA, *A proteção*, p. 111.

³³⁹ Cf. D. BRERETON, “How Different are Rape Trials - A Comparison of the Cross-Examination of Complainants in Rape and Assault Trials”, *British Journal of Criminology*, XXXVII, n.º 2, 1997, p. 249, que realizou estudo e chegou a esta conclusão.

³⁴⁰ Cf. MATHIASSEN, *WLJ*, p. 46.

É juridicamente legítimo (embora eventualmente questionável do ponto de vista ético³⁴¹) tentar buscar uma perda da credibilidade das declarações de uma testemunha ou de uma vítima³⁴², esta é uma das razões de ser do direito ao confronto e, especificamente, do exame cruzado. Mas é muito importante compreender que existem filtros éticos e temáticos nesta tarefa. O que se tem visto, a exemplo do que ocorreu com a jovem ucraniana em *Y. v. Eslovênia* (2015), são ataques sistemáticos às vítimas, seja de forma explícita, com comentários e perguntas sobre seu passado sexual e outros temas que remetem à mitologia da violação, seja por meio de questionamentos habilidosos repletos de insinuações, que buscam, além de minar o seu relato, culpá-la pelo ocorrido, como se tivesse contribuído ou mesmo solicitado a prática sexual³⁴³. Em última análise, objetivam redesenhar o ato ilícito, trazendo uma moldura de consensualidade, ao mesmo tempo em que tacham as mulheres como mentirosas arrependidas³⁴⁴.

A literatura jurídica, especialmente a dos Estados Unidos da América, é pródiga em relatos de abusos cometidos no exame cruzado. Isso ocorre não apenas pelo avançado nível do debate, na sociedade norte-americana, dos temas relacionados à “cultura da violação”, mas também pela importância, naquele país, desta técnica de inquirição, que se encontra na base do seu sistema adversarial. Assim, a título ilustrativo, C. JACQUET traz a história de Jerry Plotkin, que foi acusado, junto a três amigos, de forçar uma mulher de 23 (vinte e três) anos a entrar em um carro com eles, para depois conduzi-la a um apartamento na Bay Area, em São Francisco, na Califórnia, onde a violaram e a sodomizaram por toda a noite. No processo judicial, contudo, sua defesa foi eficaz em retratá-lo como um *playboy*, ao passo que a vítima foi transformada em uma libertina sexual e alguém que desejou participar de sexo grupal. No *cross-examination*,

³⁴¹ Cf. SMITH, *Rape trials*, p. 180.

³⁴² Cf. BAKER, *MLR*, p. 269.

³⁴³ *Ibidem*. A autora exemplifica, inclusive trazendo um rol de perguntas que normalmente integram o pacote trazido pelas defesas: “*After her experiences with the police and the district attorney, the victim faces the defense counsel, whose goal is to destroy her waning confidence and make her less effective by a grueling personal attack. By skillful questioning fraught with innuendo, he suggests that she has been too free with her sexuality in the past, and that perhaps she consented or is guilty of seduction: Had she had sexual intercourse before she was married? Has she had sexual intercourse outside of marriage since she has been married? He builds tremendous psychological pressure by making inferences about her life style: Has she been divorced? Does she ever go to bars? Does she have any illegitimate children? The most complete abuse of the right of cross-examination comes when the defense attorney asks unfounded questions: Did you leave your employment after having sexual intercourse on a couch? Were you accused of having an affair with a man when working as an attendant in a health club? Are you living with a married man?*”.

³⁴⁴ Cf. EDWARDS ET AL., *SR*, p. 768. Outrossim, cf. HOLMSTROM e BURGESS *apud* D. BRERETON, *BJC*, p. 252, que mostram que uma infinidade de assuntos pode ser utilizada para desacreditar uma vítima de violação: “*A multitude of things can be used to discredit the rape victim's general character. Indeed, almost anything other than completely proper and respectable behaviour can be used: ... criminal record, mental problems, psychiatric history, alcohol use, drug use, absence from school, religious views, and vague innuendos*”.

o advogado de defesa a castigou com perguntas sobre seu histórico sexual, hábitos de ingestão de bebida alcoólica e um trabalho como garçom, o que acabou com a credibilidade do seu depoimento³⁴⁵.

A rigor, perguntas desta natureza não contribuem para a busca da verdade, pois buscam apenas sugerir que a mulher inconscientemente pretendia ser violentada (mais uma vez, tem-se o mito de que “a mulher pede para ser violada em busca de satisfazer um desejo sexual incontido”). Ressalta S. MATHIASSEN que “*The task of the law is to protect against victimization, and psychological innuendos do not change the legal guilt of the attacker*”³⁴⁶. De fato, matérias deste tipo não eximem o arguido da sua responsabilidade penal, pois abordam aspectos irrelevantes e/ou circundantes do fato, além de, em muitos casos, não corresponderem à realidade por não ultrapassarem o limite de uma insinuação, justamente o que pretende a defesa, pois se cria o efeito desejado, sem que se precise de qualquer comprovação (aproveitando-se, inclusive, do *standard* pelo qual é suficiente criar uma dúvida razoável).

Parte da doutrina indica, inclusive com base em estudos de casos e análises de extratos de julgamentos, que essa estratégia defensiva vazada no exame cruzado não seria fenômeno exclusivo dos crimes sexuais, pois, em todo caso, os advogados buscam desacreditar vítimas e testemunhas desfavoráveis³⁴⁷. Entretanto, sem se agarrar a nenhum viés, não há como se desprezar as particularidades de um crime de violação. Comparativamente, quando um advogado questiona uma vítima de agressão física e tenta minar sua credibilidade, pode insinuar questões comportamentais voluntárias, como, por exemplo, participação em gangues, envolvimento em brigas de bar, evasão escolar, dentre outras. Com uma mulher vítima de violação os questionamentos alcançam outro nível, atingindo valores intrínsecos desta categoria de pessoas. Neste contexto, são levantados supostos padrões que são atribuídos exclusivamente ao gênero feminino em razão de crenças culturais falsas, como “a mulher pede para ser violada”, “se aceitou uma carona é porque queria sexo”, os quais justificariam um sexo consentido.

Portanto, impor alguns limites ao exame cruzado parece uma medida necessária quando se fala da criminalidade sexual, pois quanto mais amplo e absoluto este for, menores serão as chances de vermos mulheres enfrentando (e tendo êxito em se desincumbir do seu ônus de

³⁴⁵ Cf. JACQUET, *The Injustices*, p. 101.

³⁴⁶ Cf. MATHIASSEN, *WLJ*, p. 46.

³⁴⁷ Cf. D. BRERETON, *BJC*, pp. 242 e 259, que realizou estudo comparativo entre julgamentos de crimes de violação e de agressão física ocorridas no Estado de Victoria, na Austrália, entre os anos de 1989 e 1991. Ele chegou à conclusão de que: “*In short, most of the tactics which were used by defence counsel appear to have been standard 'tools of trade' for lawyers, rather than unique to the setting of the rape trial*”.

desempenho) uma audiência judicial de um caso de violação³⁴⁸. Note-se que limitar o direito ao confronto não é novidade, como visto, pois este instituto já sofre restrições em diversas situações, como na oitiva de testemunhas anônimas (restrição ao direito de desvendar a identidade da testemunha) ou na retirada do arguido da sala a pedido da vítima (restrição ao *right to be present*). Logo, o que se apregoa não discrepa tanto das soluções já adotadas pelos sistemas jurídicos para problemas de ordem similar.

Neste diapasão, deve-se partir de uma atuação atenta do magistrado no momento do exame cruzado, indeferindo toda e qualquer pergunta que venha a ofender a dignidade da vítima enquanto mulher, reproduzindo os mitos, estereótipos e preconceitos ligados ao gênero e à sexualidade feminina. São exemplos claros perguntas relacionadas ao “passado sexual” da vítima, seja com terceiros ou até mesmo com o próprio violador. A doutrina também já pensou no assunto e costumeiramente contribui com outras sugestões, como admitir que as perguntas sejam realizadas apenas de forma indireta, mediante a intermediação judicial³⁴⁹, a realização dos questionamentos apenas por escrito³⁵⁰, impedir que o arguido as faça pessoalmente, como tragicamente aconteceu no caso *Y. v. Eslovênia* (2015), dentre outras soluções igualmente pertinentes.

Malgrado não trate somente de limitações ao exame cruzado, há alguma produção legislativa que restringe a busca exploratória ofensiva à dignidade da mulher em casos de violação. São as já mencionadas *rape shield laws*. Um primeiro exemplo está no *Code Criminel* do Canadá, cujo artigo 276.1 não admite prova destinada a demonstrar que a vítima teve envolvimento sexual com o arguido ou terceira pessoa, vejamos: “276 (1) *Dans les poursuites pour une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 153.1 ou 155, aux paragraphes 160(2) ou (3) ou aux articles 170, 171, 172, 173, 271, 272 ou 273, la preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle avec l'accusé ou un tiers est inadmissible pour permettre de déduire du caractère sexuel de cette activité qu'il est: a) soit plus susceptible d'avoir consenti à l'activité à l'origine de l'accusation; b) soit moins digne de foi.*”³⁵¹. A própria lei estabelece algumas exceções, mas, no item 3 pede que sejam considerados alguns fatores, a exemplo de “*le besoin d'écarter de la procédure de recherche des faits toute opinion ou préjugé discriminatoire*” e

³⁴⁸ Cf. BAKER, *MLR*, pp. 269-270.

³⁴⁹ *Idem*, p. 270.

³⁵⁰ Cf. RAYBURN, *CJGL*, p. 484. No entanto, MALAN e MIRZA, *RBCC*, p. 196, apontam que a prática viola o postulado do direito ao confronto por não permitir modificar a linha de questionamento conforme a dinâmica da evolução do testemunho. Entendemos que não há problemas se os questionamentos por escrito forem enviados um a um, permitindo ao acusado elaborar cada pergunta após a resposta da anterior.

³⁵¹ Cf. CANADÁ, *Code Criminel* (1985), article 276.

“le risque de susciter abusivement, chez le jury, des préjugés, de la sympathie ou de l’hostilité”.

Outrossim, o *Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*, lei que integra o pacote de regras que tratam dos crimes sexuais no Reino Unido, contém disposições que cuidam especificamente de matérias vedadas³⁵². Em seu *CHAPTER III – “Protection of Complainants in Proceedings for Sexual Offences*, a *Section 41* estabelece a proibição de perguntas em interrogatórios (e até mesmo apresentação de provas em geral) que versem sobre o comportamento sexual da vítima, vejamos: “*Restriction on evidence or questions about complainant’s sexual history. (1) If at a trial a person is charged with a sexual offence, then, except with the leave of the court — (a) no evidence may be adduced, and (b) no question may be asked in cross-examination, by or on behalf of any accused at the trial, about any sexual behaviour of the complainant*”. Há exceções, as quais estão previstas minuciosamente no texto legal.

Na Espanha, a recente e já mencionada *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre*, que adequou a tipificação do delito à Convenção de Istambul e adotou outras inúmeras providências protetivas, modificou um dispositivo da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (1882) para definir que “*El Presidente podrá adoptar medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada, en particular a la intimidad sexual, que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo que, excepcionalmente y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, el Presidente considere que sean pertinentes y necesarias. Si esas preguntas fueran formuladas, el Presidente no permitirá que sean contestadas*”³⁵³.

Em arremate, ainda deve ser mencionado que, nos Estados Unidos da América, foi incorporada nas *Federal Rules of Evidence*³⁵⁴, norma equivalente aos códigos de processo penal dos países da *civil law*, a *Rule 412*, que proíbe evidências que tratem do passado, comportamento ou predisposição sexual da vítima, assim dispondo (incluindo suas exceções): “*Rule 412. Sex-Offense Cases: The Victim’s Sexual Behavior or Predisposition (a) PROHIBITED USES. The following evidence is not admissible in a civil or criminal proceeding involving alleged sexual misconduct: (1) evidence offered to prove that a victim engaged in*

³⁵² Cf. BRASIL, Lei nº 14.425 (2021), disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114245.htm, acessado em 30/09/2024.

³⁵³ Cf. ESPANHA, *Real Decreto de 14 de septiembre – Ley de Enjuiciamiento Criminal* (1882), disponível em <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>, acessado em 30/11/2024, Artículo 709.

³⁵⁴ Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Federal Rules of Evidence* (1975), Article IV, Rule 402, disponível em https://www.uscourts.gov/sites/default/files/evidence-rules-procedure-dec2017_0.pdf, acessado em 20/09/2024.

other sexual behavior; or (2) evidence offered to prove a victim's sexual predisposition. (b) EXCEPTIONS. (1) Criminal Cases. The court may admit the following evidence in a criminal case: (A) evidence of specific instances of a victim's sexual behavior, if offered to prove that someone other than the defendant was the source of semen, injury, or other physical evidence; (B) evidence of specific instances of a victim's sexual behavior with respect to the person accused of the sexual misconduct, if offered by the defendant to prove consent or if offered by the prosecutor; and (C) evidence whose exclusion would violate the defendant's constitutional rights”.

A propósito, partimos agora para análise da solução brasileira, cristalizada na Lei n.º 14.245/2021.

6.4. A Lei n.º 14.245, de 22 de novembro de 2021 – uma *rape shield law* brasileira

Como já referido no CAPÍTULO III, o Brasil editou a Lei n.º 14.245/2021, também chamada Lei Mariana Ferrer, em alusão a uma jovem influenciadora digital que foi dopada e vítima de crime de violação durante uma festa no Estado de Santa Catarina, no ano de 2018. Durante uma das audiências judiciais da ação penal que apurava o crime, ela sofreu severas ofensas, com menções à sua vida pessoal e exposição de fotografias íntimas supostamente forjadas. Uma vez que os fatos, veiculados em audiência virtual, tiveram ampla divulgação nas mídias³⁵⁵, houve enorme repercussão social, o que resultou na aprovação da lei mencionada³⁵⁶.

Trata-se também de uma *rape shield law*, se bem que de redação um tanto mais simplória e genérica do que as suas homólogas citadas. Ela traz alterações no CPB, instituindo um aumento de pena para o crime de coação no curso do processo, e no CPP e na Lei n.º 9.099/1995 (que trata dos Juizados Especiais Criminais, referentes a infrações penais de menor potencial ofensivo), estabelecendo que “Na audiência de instrução e julgamento e, em especial, nas que apurem crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz presidente garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas: I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos; II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas”. Nos demais

³⁵⁵ Cf. OLIVEIRA, *RIVJR*, p. 121.

³⁵⁶ Cf. <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/11/23/sancionada-lei-mariana-ferrer-que-protege-vitimas-de-crimes-sexuais-em-julgamentos>.

artigos, a lei traz disposições semelhantes para o procedimento da instrução em plenário do tribunal do júri e na audiência de apuração de crimes de menor potencial ofensivo³⁵⁷.

O objetivo primaz da lei, neste particular, é reprimir e prevenir a revitimização ou vitimização secundária, provocada pelos agentes do Estado (nesta hipótese chamada de violência institucional) ou pela própria sociedade³⁵⁸. No caso das mulheres vítimas de crimes sexuais, já pontuamos que o risco de revitimização é assustadoramente maior em razão dos equivocados conceitos que culturalmente circulam em relação à sua sexualidade e outras questões de gênero³⁵⁹. Mas, pelo espírito da nova legislação, sua participação na investigação policial e no processo deve significar algo reparador, repercutindo de modo positivo em sua vida, evitando-se a malsinada vitimização secundária³⁶⁰, que normalmente se vê realizada por uma subespécie da violência institucional, a violência processual³⁶¹.

Neste ponto, a Lei n.º 14.425/2021, para além de estabelecer obrigações de zelo e deveres de respeito aos sujeitos processuais, cria vedação temática a determinado conjunto de provas, limitando sua utilização pelas partes, sem embargo de consequências penais, civis e administrativas em caso de descumprimento. Sendo mais específica e delimitando o tema aos aspectos que interessam à presente investigação, a lei traz um comando geral de respeito à dignidade da vítima e, dentro deste contexto, estão proibidas no ordenamento jurídico brasileiro estratégias de produção de provas que se traduzam em julgamentos da sua vida sexual, seu passado ou sua honra, o que se trata, a rigor, de desvirtuamento da atividade probatória, como bem anotam GOMES FILHO, TORON e BADARÓ. Os autores pontuam, ademais, que “Assim, estão vedadas linhas defensivas e perguntas baseadas em estereótipos e mitos de gênero em torno da vítima de delitos sexuais, seus agressores e a forma de perpetração de tais violências sexuais. Nesta senda, há um claro standard internacional e uma verdadeira « coisa julgada interpretada », estabelecendo tais proibições probatórias”³⁶².

³⁵⁷ Cf. BRASIL, Lei n.º 14.425 (2021), disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114245.htm, acessado em 30/09/2024.

³⁵⁸ Cf. V. SCARANCE e R. SANCHES CUNHA, “Lei 14.245/21 (Lei Mariana Ferrer): Considerações Iniciais” [artigo online], 2021, disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/11/24/lei-14-24521-lei-mariana-ferrer-consideracoes-iniciais>, acessado em 30/11/2024, não paginado.

³⁵⁹ Cf. GOMES FILHO ET AL, *Código* [livro eletrônico], p. RL-1.53.

³⁶⁰ Cf. OLIVEIRA, *RIVJR*, p. 131.

³⁶¹ *Idem*, p. 133.

³⁶² *Ibidem*. Pela pertinência das colocações, as transcrevemos aqui: “Outra linha defensiva vedada é a que busque julgar a vida sexual da vítima, de sua família ou, ainda, seu passado ou sua honra. O processo penal não pode se transformar em um campo para julgar a vítima ou suas condutas, anteriores ou posteriores ao crime, que não são, em hipótese alguma, o objeto do processo penal. Não se pode admitir que a atividade probatória se volte para tal fim. Isso já defluiria da irrelevância de tal linha defensiva, mas considerando o machismo e as práticas

E é importante assinalar a existência de estudos que indicam que não existe uma “propensão ao consentimento”, tenha ou não havido um relacionamento anterior entre a vítima e o acusado, razão pela qual a busca de elementos neste sentido pode apenas desviar a atenção do magistrado para aquilo que realmente importa³⁶³. Trata-se de mais um mito que deve ser superado³⁶⁴.

Em perfeita sintonia com o que dispõe a Lei n.º 14.425/2021, mas concorrendo de modo mais específico e direto para enfrentar o problema, está o “Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que estabelece que “vítima não deve ser culpabilizada em razão do seu modo de ser, agir, relacionar-se, vestir-se, falar etc. nem por estar no local ou no momento sozinha. Essas escolhas pessoais, por si sós, não são permissões para que seja assediada, nem qualquer outro tipo de consentimento”³⁶⁵.

Logo, a partir da interpretação da Lei Mariana Ferrer, o ordenamento jurídico brasileiro não mais admite, no curso do exame cruzado, situações como as descritas no caso *Y. v. Eslovênia* (2015), julgado pelo TEDH. Defende-se, inclusive, o direito de a vítima não responder eventuais perguntas atentatórias à sua dignidade, caso, porventura, vencido o necessário filtro de controle que deve ser realizado pelo magistrado³⁶⁶. O Ministério Público deve estar atento para salvaguardar os interesses da ofendida e garantir uma ambiência que minimize a revitimização e os abusos³⁶⁷, o que, no caso, não implicará restrições indevidas ao direito ao confronto ou, em última análise, à ampla defesa, vez que tais direitos não podem ser exercidos de maneira irrestrita e em desrespeito a outros valores constitucionais igualmente caros.

De toda sorte, este instrumento legal brasileiro, apesar de enxuto, possui âmbito de incidência que ultrapassa o momento do *cross-examination* em audiência, impondo limitações

ainda reiteradas de violação aos direitos das vítimas, foi expressamente previsto no inc. I do artigo em comento, ao prever que está vedada «a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos». Certamente, trata-se de desvirtuamento da atividade probatória da parte se focar em aspectos relacionados à vida pessoal da vítima, em especial o seu passado familiar e a sua eventual conduta sexual, anterior ou posterior ao crime, sob pena de transformar o processo penal em instrumento de nova agressão à vítima. Ou seja, o processo penal seria uma forma de vitimização secundária, em que a vítima novamente estaria sendo atacada e agredida, em razão da conduta delitiva”.

³⁶³ Cf. SMITH, *Rape trials*, pp. 101-102.

³⁶⁴ Cf. M. REDMAYNE, “Myths, Relationships and Coincidences: The New Problems of Sexual History”, *International Journal of Evidence & Proof*, VII, n.º 2, 2003, pp. 79-80. O autor defende que, em determinadas situações, a prova em torno do histórico sexual da vítima, especialmente entre ela e o acusado, pode ser relevante.

³⁶⁵ Cf. BRASIL, *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*, Brasília, Conselho Nacional de Justiça – CNJ, Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021, p. 114.

³⁶⁶ Cf. GOMES FILHO ET AL., *Código* [livro eletrônico], p. RL-1.53.

³⁶⁷ Cf. SUXBERGER, *O direitos das vítimas*, p. 198.

muito mais amplas ao *thema probandum*, tudo com a finalidade de assegurar que a vítima, designadamente a mulher alvo de um crime sexual, tenha sua dignidade preservada e esteja salvaguardada dos mitos, estereótipos e preconceitos que a revitimizam e impactam negativamente a persecução penal.

É pertinente, inclusive, trazer à colação ilustrativo caso da jurisprudência espanhola em que a defesa técnica de um acusado de violação requereu que os pais da vítima (que, no caso, era menor) fossem obrigados a fornecer o conteúdo das comunicações digitais entre eles durante um determinado período de tempo. O pleito foi refutado ao argumento de que quem era processado era o réu e não a menor ou seus pais³⁶⁸. Trata-se, portanto, de situação que também estaria sob o espectro de proteção da Lei n.º 14.425/2021, cujo alcance, como visto, segundo a melhor interpretação, ultrapassa os limites do mero controle durante o exame cruzado.

6.5. Conclusões intercalares

Neste CAPÍTULO VI estudamos o exame cruzado, técnica de inquirição que propicia a formulação de perguntas pela parte contrária. É apontado como importante instrumento para a busca da verdade e verificação da credibilidade da vítima ou testemunha. É um dos componentes, senão a essência, do instituto do direito ao confronto. São institutos de grande importância na persecução penal dos crimes de violação, nos quais a escuta da vítima ainda desponta como a “prova rainha”.

Para evitar que o exame cruzado se transforme em um espetáculo de horrores, com questionamentos ofensivos à dignidade da vítima, concluímos pela necessidade de se estabelecerem limites ao direito ao confronto, o qual, como se sabe, não é absoluto.

Pela pertinência temática, procedeu-se à análise do caso *Y. v. Eslovênia* (2015), julgado pelo TEDH, em que uma então adolescente ucraniana foi vítima de violação cometida por um homem de 55 (cinquenta e cinco) anos, próximo da sua família. O ponto observado neste julgamento, a par outras questões probatórias relevantes, mas cuja abordagem agora não é tão oportuna, foi justamente a maneira como se desenrolou o exame cruzado. De fato, o arguido inquiriu a vítima diretamente, abusou do seu direito de perguntar e ainda lhe dirigiu questionamentos repetitivos, indutivos e com o objetivo de lhe imputar um interesse sexual.

A Corte de Estrasburgo reconheceu os abusos cometidos neste particular, consignando, na linha do quanto concluído acima, que o (contra)interrogatório não deve ser usado para intimidar e humilhar testemunhas e que o direito de defesa não compreende um direito de

³⁶⁸ Cf. TORRES ROSSELL, *La perspectiva*, p. 317.

argumentação ilimitada. Assim, o TEDH anuiu à possibilidade de se impor uma limitação temática durante o exame cruzado para preservação da dignidade da mulher, de tal sorte que assuntos depreciativos não devam ser sequer ventilados.

A propósito, pontuamos que as medidas de contenção normalmente dispostas na legislação, por mais salutares que sejam, não são capazes de oferecer uma proteção efetiva. Concluiu-se ser imprescindível uma ingerência no próprio exame cruzado, que não pode ir além, na visão do arguido, da busca de elementos que demonstrem a consensualidade do ato sexual. Ataques à mulher, questionamentos relacionados à sua vida sexual e outros que remetam à mitologia da violação devem ser indeferidos, mesmo porque não contribuem para a busca da verdade, mas apenas para turvá-la. Um *cross-examination* mais controlado é garantia de que as mulheres se sintam mais encorajadas a encarar o palco judicial, onde a pressão naturalmente atinge níveis quase insuportáveis.

Destacamos, inclusive, que diversos ordenamentos já possuem as chamadas *rape shield law*, que contêm disposições protetivas das mulheres, designadamente para restringir uma busca exploratória ofensiva à dignidade, como o *Code Criminel* do Canadá, o *Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999* do Reino Unido, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (1882) da Espanha e a *Rule 412* das *Federal Rules of Evidence* dos Estados Unidos da América.

Por fim, realizamos uma análise também da Lei n.º 14.425/2021 – Lei Mariana Ferrer, a *rape shield law* brasileira, que buscou evitar a vitimização secundária da mulher pelos agentes do Estado ou pela própria sociedade. Neste intento, criou vedação temática para provas que atentem contra a dignidade da vítima, designadamente as que se traduzam em julgamentos da sua vida sexual, seu passado e sua honra. Linhas defensivas que se estruturam nestas ideias não podem ser admitidas, tampouco o *cross-examination* pode abordar esta temática.

Na sequência, passaremos para a análise da prova pericial, especificamente a perícia psicológica, meio de prova capaz de oferecer enorme contributo na prospecção probatória do crime de violação.

7. CAPÍTULO VII – A PROVA PERICIAL

7.1. Noções básicas e a importância deste meio de prova nos crimes sexuais

Esclarece G. MARQUES DA SILVA, com lastro no disposto do artigo 151.º do CPP, que a perícia “é a atividade de percepção ou apreciação dos factos efectuada por pessoas dotadas de

especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos”³⁶⁹. Se a perícia é uma “atividade” ou meio de prova, pois visa introduzir vestígios e outros dados no processo, a prova pericial ou elemento de prova é o que dela resulta³⁷⁰, cujo produto é um laudo (expressão do CPPB) ou relatório (como refere o CPP) pericial.

Na conceituação precisa de C. SAAD NETTO ET AL, portanto, a prova pericial penal “pode ser compreendida como um elemento de prova, consubstanciado em laudo pericial, documento de índole técnico-científica, objetiva e instrutória, produzida por fonte de prova imparcial e especializada, ou seja, por perito criminal oficial, a quem compete analisar os vestígios deixados pela infração penal, com o propósito de elucidar os fatos ou circunstâncias de interesse penal. O resultado dos exames periciais é destinado a subsidiar principalmente o juízo penal no momento de decidir, sem embargo do auxílio a outros *players* que atuam na persecução penal, especialmente o demandante da perícia”³⁷¹.

Trata-se de tipologia probatória de especial relevância para a reconstrução do fato delituoso, não apenas para detecção dos seus vestígios, mas para a compreensão e verificação de eventuais circunstâncias ou elementos acessórios importantes³⁷². Enquanto a prova não pericial decorre do saber comum ou da experiência de vida de uma determinada fonte, a prova pericial é esgrimida de um saber científico, já que produzida por uma fonte pessoal com conhecimento técnico³⁷³.

Em razão dos exponenciais progressos da ciência, a prova pericial emerge com ainda mais destaque com o passar dos anos³⁷⁴. A despeito disso, esta tipologia probatória não pode ser tomada como absoluta³⁷⁵, devendo ser submetida ao contraditório, inclusive se sujeitando à eventual indicação de assistentes ou consultores técnicos e apresentação de quesitos, o que pode garantir maior credibilidade ao laudo ou relatório produzido³⁷⁶. Note-se, inclusive, enorme preocupação na prática forense com o que se denomina *junk science*³⁷⁷, que dá margem a provas

³⁶⁹ Cf. G. MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II, 4.ª ed., Lisboa, Verbo, 2008, p. 215. Sobre o conceito de conhecimento científico, técnico e artístico, cf. GOMES FILHO ET AL, *Código* [livro eletrônico], p. RL-1.27.

³⁷⁰ Cf. GOMES FILHO *apud* C. SAAD NETTO ET AL, *O direito à prova pericial no Processo Penal* [livro eletrônico], São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023, p. RB-5.2.

³⁷¹ Cf. SAAD NETTO ET AL, *O direito* [livro eletrônico], p. RB-7.1.

³⁷² *Ibidem*.

³⁷³ *Idem*, p. RB-7.3.

³⁷⁴ Cf. GOMES FILHO ET AL, *Código* [livro eletrônico], p. RL-1.27.

³⁷⁵ Cf. S. LIANE REICHERT ROVINSKI, *Fundamentos da perícia psicológica forense*, 2ª ed., São Paulo, Vetor, 2007, p. 20.

³⁷⁶ Cf. MOURAZ e MILHEIRO, *Crimes sexuais*, p. 534.

³⁷⁷ Cf. J. HENRIQUE GOMES DE SOUSA, “A « perícia » técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial”, *Julgar*, XV, 2011, p. 28.

pseudocientíficas e de baixa confiabilidade.

Para além disso, deve ser valorada criteriosamente pelo julgador, a quem cabe apreciar todo o acervo probatório em conjunto, de acordo com a máxima *iudex est peritus peritorum* (o juiz é o perito dos peritos)³⁷⁸.

Outrossim, ao contrário do que se sucede nos sistemas adversariais³⁷⁹, em que a parte apresenta a prova em juízo³⁸⁰, no regime do *civil law* em regra o laudo ou relatório pericial é documento oficial e imparcial que deve se revestir de forma e requisitos próprios, distinguindo-se de um mero parecer de um consultor técnico, de uma opinião ou de um depoimento, ainda que prestados por pretensos especialistas³⁸¹. Em Portugal, as regras de observância obrigatória na elaboração desta peça estão nos artigos 151.º e seguintes do CPP, ao passo que, no Brasil, estão nos artigos 159 e seguintes do CPPB³⁸².

Mas, por norma, esta peça se caracteriza pela cientificidade, objetividade, refutabilidade, neutralidade (no sentido de imparcialidade) e natureza avaliativa (no sentido de não expressar qualquer valor pessoal ou socialmente relevante)³⁸³, devendo ser composto por: (1) preâmbulo com dados gerais de identificação; (2) histórico dos exames realizados; (3) a descrição do que se observou; (4) a discussão, com o metodologia e embasamento científico das opiniões; (5) as conclusões, para enfim responder aos (6) quesitos, preferencialmente, mas não obrigatoriamente, de forma binária³⁸⁴.

Dito isso, é importante lembrar que a “prova rainha” do crime de violação é o depoimento da vítima, entendido como apto a ensejar uma condenação, não se exigindo corroboração por outro elemento probatório (salvo quanto aos dados periféricos, como visto), desde que seja credível. Mesmo porque vigora, tanto em Portugal quanto no Brasil, o princípio da livre apreciação ou convencimento (motivado ou fundamentado) da prova³⁸⁵.

³⁷⁸ Cf. GOMES FILHO ET AL., *Código* [livro eletrônico], p. RL-1.27.

³⁷⁹ Cf. MOURAZ e MILHEIRO, *Crimes sexuais*, p. 533

³⁸⁰ Cf. HILL, *VUWLR*, p. 475 ss. A autora refere que no sistema adversarial neozelandês existe a “*counter-intuitive expert psychological opinion evidence*”, prevista na *Evidence Act 2006*, que consiste na oitiva de um especialista cujo objetivo é restaurar a credibilidade da vítima a um nível justo e imparcial que a prova visa alcançar, explicando o júri acerca de comportamentos e raciocínios inconsistentes relacionados à mitologia da violação.

³⁸¹ Cf. SOUSA, *Julgar*, p. 38.

³⁸² Cf. BRASIL, Código de Processo Penal (1941), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/de13689compilado.htm, acessado em 20/09/2024, artigos 159 e seguintes.

³⁸³ Cf. SAAD NETTO ET AL., *O direito* [livro eletrônico], pp. RB-7.3 – RB-7.7.

³⁸⁴ Cf. GOMES FILHO ET AL., *Código* [livro eletrônico], p. RL-1.27.

³⁸⁵ Cf. MOURAZ e MILHEIRO, *Crimes sexuais*, pp. 534-535. Gize-se que o CPP (artigo 163.º), como regra, indica a livre apreciação da prova em relação à factualidade na qual assenta, não quanto ao juízo técnico, científico ou artístico. Mas, como referem os autores, o magistrado pode divergir de maneira fundamentada.

A despeito disso, em vista da persistência dos mitos, estereótipos e preconceitos que ainda ditam os entendimentos na temática da criminalidade sexual contra a mulher, influenciando inclusive o espírito dos magistrados e demais atores da persecução penal, ainda pesa enorme desconfiança sobre a palavra feminina, a qual, caso sobreviva ao exame cruzado e/ou se não estiver protegida pela escuta humanizada, terá seu valor bastante questionado. Neste contexto, a exigência de elementos de corroboração é medida frequente e, por mais que não se concorde com esse desvalor, a perícia avulta como um meio de prova salutar nesta seara³⁸⁶.

Sabe-se que, nas hipóteses de crimes violentos, a perícia sobre o corpo da vítima e de outros objetos materiais é indispensável. Assim, têm lugar, por exemplo, exames para detecção de lesões físicas, vestígios biológicos, exames físico-descritivos de instrumentos utilizados ou até mesmo exames do local onde o fato ocorreu. Contudo, quando se trata da modalidade de violação que nos ocupa nesta investigação, aquela precipuamente praticada entre conhecidos e sem o reforço de violência, este segmento de provas periciais tem pouca ou nenhuma valia, tanto mais porque, geralmente, a autoria é certa e o investigado não nega a atividade sexual.

O problema fático-jurídico que se apresenta reside justamente na questão do consentimento, pois acerca deste elemento típico normalmente divergem a vítima e o acusado, não fosse, ainda, a influência dos diversos fatores culturais que comprometem a interpretação dos fatos. Neste contexto é que a perícia psicológica, se bem que longe de ser uma panaceia, pode fornecer contributo indeclinável para o deslinde da causa, designadamente, mas não somente, mediante a identificação de marcadores não físicos que possam indicar a ocorrência de atividade sexual não consentida. É do que trataremos a seguir.

7.2. A perícia psicológica, o dano psíquico e a sua relevância nesse cenário

É forçoso referir que Psicologia e Direito, embora se relacionem e convirjam para o ser humano e seus comportamentos³⁸⁷, possuem culturas e propósitos distintos, o que causa certo

³⁸⁶ Cf. SZESZ, *RBDPP*, p. 1030. O autor defende a necessidade da corroboração, citando, ainda, RAMÍREZ ORTIZ. Já abordamos esta problemática no CAPÍTULO IV, mas, por interesse acadêmico, vale a menção expressa da sua opinião: “O ponto central é a presença de elementos externos de corroboração. Com eles, evita-se uma valoração do depoimento da vítima que se centra em sua performance (confiança e convicção demonstrada pela vítima, grau de persuasão e riqueza de detalhes de sua versão), a qual pode induzir o julgador a erro, e, assim, evita-se condenações com base em narrativas falsas, porém convincentes. Foca-se, por outro lado, na busca da constatação de que a declaração efetivamente reflete a realidade e corresponde aos fatos tais como descritos pela acusação. Assim, tudo aquilo que é dito pela parte e que é passível de comprovação deve ser comprovado por fontes independentes”.

³⁸⁷ Cf. R. DO CARMO, “A prova pericial: enquadramento legal”, in M. MATOS, R. ABRUNHOSA GONÇALVES e C. MACHADO (coord.), *Manual de Psicologia Forense: contextos, práticas e desafios*, Braga, Psiquilíbrios Edições, 2011, p. 31.

estranhamento e incompreensões de ambos os lados. De fato, a Psicologia trabalha com o pressuposto da probabilidade e pode apresentar uma multiplicidade de pontos de vista, o que colide com os objetivos do Direito, designadamente da Justiça, que pretende asserções e conclusões que se aproximem da certeza para solucionar as suas demandas³⁸⁸. A Psicologia Forense pretende exatamente realizar a interface entre essas duas disciplinas, permitindo que informações oriundas da Psicologia sejam consumidas pelo Direito com menos dificuldades³⁸⁹.

A propósito, do lado jurídico, há certa resistência em se aceitar como científicas as contribuições da Psicologia, domínio integrante das ciências sociais e, portanto, pertencente à “cultura média” de um cidadão³⁹⁰, ao contrário de conhecimentos de outras áreas mais técnicas, designadamente as exatas. Essa desconfiança se potencializa quando se agrega a temática da criminalidade sexual, cercada de tabus e crenças equivocadas, como as relacionadas à mitologia da violação, já analisada. Enfim, falar em perícia psicológica como meio de prova de crime de violação cometido sem reforço de violência pode causar algum desconforto aos que ainda se prendem a visões mais tradicionalistas do Direito.

Isso talvez explique por que a perícia psicológica ainda não é largamente difundida na prática forense, pelo menos no Brasil, como se deduz da pesquisa realizada em julgados do STJB mencionada anteriormente. De fato, apurou-se que em menos da metade dos poucos casos chegados àquela corte foram utilizados relatórios psicológicos ao longo da instrução probatória (mas, dentre estes, somente em um não foram encontrados indicativos de ocorrência do ato violento)³⁹¹.

É sempre bom lembrar, contudo, que a tangibilidade do dano psicológico é algo buscado pelo sistema jurídico, o que é confirmado pela alínea “h” do artigo 46.º da Convenção de Istambul, que estabelece o agravamento da pena se “a infracção resultou em danos físicos ou psicológicos graves para a vítima”³⁹². Assim, o uso deste meio de prova deve ser fomentado e não apenas por ser uma diretriz desta norma internacional, mas também porque se trata de ferramenta capaz de oferecer um relevante contributo, como veremos. Ademais, na formulação típica baseada no “consentimento afirmativo”, que prescinde do *plus* de violência, a perícia

³⁸⁸ Cf. ROVINSKI, *Fundamentos*, pp. 35-38.

³⁸⁹ Cf. C. MACHADO e R. ABRUNHOSA GONÇALVES, “Avaliação psicológica forense: características, problemas técnicos e questões éticas”, in M. MATOS, R. ABRUNHOSA GONÇALVES e C. MACHADO (coord.), *Manual de Psicologia Forense: contextos, práticas e desafios*, Braga, Psiquilíbrios Edições, 2011, pp. 15-16.

³⁹⁰ Cf. CARMO, *Manual*, pp. 32-33.

³⁹¹ Cf. SOUZA e AYROSA, *RBDPP*, p. 1442-1444. Os autores revelam, ainda, que os laudos de perícias físicas possuem um baixo número de positivos, o que confirma a pouca relevância desta prova na persecução dos crimes de violação, diversamente dos laudos de perícias psicológicas.

³⁹² Cf. EUROPA, Convenção de Istambul (2011), artigo 46.º.

psicológica ocupa um lugar central, ao lado das declarações da vítima.

Embora não se pretenda, aqui, o aprofundamento de questões e conceitos relacionados à Psicologia ou à Psicologia Forense, faz-se necessário trazer algumas noções que permitam compreender a estrutura, os objetivos e a importância da perícia psicológica de uma mulher vítima de violação, para, a partir de então, relacionarmos ao problema jurídico principal desta investigação, qual seja, a alegada dificuldade probatória deste tipo de criminalidade e como enfrentá-la. Interessa, em especial, verificar a qualidade do contributo jurídico oferecido por este meio de prova, abordando, brevemente, alguns dos principais questionamentos que são levantados em seu desfavor.

Visto isso, a avaliação psicológica forense, como também pode ser denominada a perícia psicológica, é definida por SÓNIA MARTINS, CARLA MACHADO e SOFIA NEVES como “um processo que deve contemplar a avaliação das capacidades psico-motoras e intelectuais do/a examinado/a, mas também a sua dimensão neuropsicológica, as componentes emocionais e afectivas, as disposições motivacionais no processo em curso, as características psico-sociais, as atitudes e valores, as alterações psicopatológicas, os estilos de *coping* e o impacto psicológico do evento em análise, abrangendo a realidade do acontecimento factual, mas também a realidade vivida pelo/a examinado/a”³⁹³.

Neste contexto, com lastro na vasta experiência como psicólogas forenses, as autoras propõem um roteiro para a realização da perícia psicológica, compreendendo, inicialmente, avaliações do estado mental, do funcionamento cognitivo e global da vítima, a fim de apurar sua orientação geral, humor, coerência de discurso, racionalidade de pensamento, competências psíquicas e outras questões afins³⁹⁴. É igualmente pertinente a análise das estratégias de *coping*, vale dizer, as formas como a vítima lidou com o evento delituoso, cabendo à perícia aferir se são adequadas ou não. Além disso, a avaliação deve abordar o eventual impacto do crime na vítima, identificando as reações cognitivas, físicas e emocionais que são comuns nestes casos e servem como marcadores psicológicos, sendo este o recorte mais importante e também polêmico deste tipo de perícia³⁹⁵.

Por sua vez, a *Australian Psychological Society* (2002) recomenda a utilização da *American Medical Association* (AMA, 1993) para a definição da metodologia da avaliação implementada. Outros autores sinalizam que a perícia psicológica deve contemplar uma busca

³⁹³ Cf. MARTINS ET AL., *Manual de Psicologia Forense*, pp. 203-204.

³⁹⁴ *Idem*, pp. 207-212.

³⁹⁵ *Idem*, pp. 212-216.

sobre três aspectos essenciais, designadamente: o comprometimento funcional da pessoa, no que se refere à execução das suas atividades rotineiras; as alterações que afetam o funcionamento da pessoa nas diversas áreas da sua vida, como a pessoal, a social, a familiar e a profissional; e as sequelas psicológicas³⁹⁶.

Como visto, o objetivo principal de uma perícia psicológica realizada em uma mulher vítima de violação é avaliar a existência de dano (ou trauma³⁹⁷) psíquico e de seus prejuízos em relação ao estado anterior e estabelecer algum nexo de causalidade com o evento traumático ocorrido, com atenção à eventual influência de concausas preexistentes, simultâneas ou posteriores³⁹⁸. Neste particular, é importante destacar que uma mulher alvo deste crime pode apresentar reações variadas, como já muito bem catalogado pela doutrina especializada, amparada em diversos estudos já realizados. Tais sintomas têm incidência variável, mas são habitualmente identificados em mulheres vítimas destes crimes, como o chamado Transtorno de Estresse Pós-Traumático (TEPT), depressão, medo e/ou ansiedade, ansiedade generalizada, dependência do álcool, consumo de substâncias ilícitas e ideação ou tentativa de suicídio³⁹⁹. Obviamente diferem de um estresse cotidiano pela sua intensidade, contexto e frequência⁴⁰⁰.

Segundo CASTEX *apud* S. ROVINSKI, “*puede hablarse de la existencia de «daño psíquico» en un determinado sujeto, cuando éste presenta un deterioro, disfunción, disturbio o trastorno, o desarrollo psico-génico o psico-orgánico que, afectando sus esferas afectiva y/o volitiva, limita su capacidad de goce individual, familiar, laboral, social, y/o recreativa*”⁴⁰¹. O dano psíquico possui uma conformação patológica, podendo criar uma nova patologia, incrementar alguma preexistente ou desencadear sintomas em uma personalidade já predisposta. Somente nestes casos se distingue do mero sofrimento e assume importância para

³⁹⁶ Cf. R. MORAES CRUZ ET AL, “Perícia de danos psicológicos no processo judicial”, *Conjecturas*, XXII, n.º 1, 2022, p. 1499.

³⁹⁷ Cf. S. LIANE REICHERT ROVINSKI, *Dano psíquico em mulheres vítimas de violência*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 44.

³⁹⁸ *Idem*, pp. 99-101.

³⁹⁹ Cf. MARTINS ET AL, *Manual de Psicologia Forense*, pp. 212-213. As autoras apontam ainda que as vítimas também podem apresentar problemas médicos, a exemplo de sequelas físicas e/ou somáticas, tais como vômitos, náuseas, dilacerações e hemorragias vaginais e/ou anais, dor corporal generalizada, doenças sexualmente transmissíveis, dor pélvica crônica, distúrbios gastrointestinais, cefaleias, sintomas pré-menstruais e gravidez (condição que, pelo contexto, tende a ser visto como um problema). Por outro lado, tratando não dos sintomas duradouros, mas dos estados que uma vítima de violação pode apresentar, cf. BROWNMILLER, *Against*, p. 361: “*When a woman survives the physical trauma of rape, her emotional reaction may take many forms. She may cry, scream or tremble; she may be rigidly composed; she may smile inappropriately or tell the story with bursts of laughter. There is no uniform response to a rape, or a uniform time for recovery*”.

⁴⁰⁰ Cf. CRUZ ET AL, *Conjecturas*, p. 1498.

⁴⁰¹ Cf. M. N. CASTEX *apud* ROVINSKI, *Fundamentos*, p. 151.

a perícia psicoforense⁴⁰².

O TEPT é um elemento que, por sua relevância, merece alguns comentários. Para além de ser considerado a quarta desordem psiquiátrica mais frequente da atualidade⁴⁰³, trata-se, como visto, do exemplo mais comum de dano psíquico decorrente da violação, podendo atingir percentual significativo das mulheres vitimadas. Não fosse isso, boa parte das pessoas que padecem desta patologia são vítimas de agressões sexuais, o que mostra como estão correlacionadas⁴⁰⁴. Está prevista no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais da Associação Psiquiátrica Americana (DSM) desde a sua primeira edição, o DSM-1, mas somente no DSM-3 assumiu essa nomenclatura.

No DSM-5, do ano de 2013, o TEPT está definido em capítulo próprio, não mais dentre os Transtornos de Ansiedade⁴⁰⁵. Para sua configuração, exige exposição a episódio concreto ou ameaça de morte, lesão grave ou violência sexual, além da presença de sintomas intrusivos, evitação persistente de estímulos, alterações negativas em cognições e no humor e alterações marcantes na excitação e na reatividade associadas ao evento traumático, começando após a sua ocorrência. Além disso, a perturbação não pode decorrer de alguma substância ou outra condição médica, deve durar mais de um mês, causar sofrimento clinicamente significativo e prejuízo social, profissional ou em outra área⁴⁰⁶.

O próprio DSM-5 anotava que “O TEPT é mais prevalente no sexo feminino do que no masculino ao longo da vida. Mulheres na população em geral sofrem TEPT de duração maior do que os homens. Pelo menos parte do risco maior de TEPT no sexo feminino parece ser atribuível a uma probabilidade maior de exposição a eventos traumáticos, como estupro e outras formas de violência interpessoal”⁴⁰⁷. Note-se que a versão atual, o DSM-5-TR, de 2023, manteve as mesmas bases relacionadas ao TEPT⁴⁰⁸.

É preciso reforçar que a grande maioria das vítimas deste crime enfrenta este quadro de

⁴⁰² Cf. ROVINSKI, *Fundamentos*, p. 151.

⁴⁰³ Cf. ROVINSKI, *Dano psíquico*, p. 48.

⁴⁰⁴ *Idem*, p. 88-91.

⁴⁰⁵ Cf. A. CABRAL ARAÚJO e F. LOTUFO NETO, “A nova classificação americana para os transtornos mentais – o DSM-5”, *Revista Brasileira de Terapia Comportamental e Cognitiva*, XVI, n. ° 1, 2014, p. 74.

⁴⁰⁶ Cf. DSM-5, *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais* [recurso eletrônico], [DSM-5, American Psychiatric Association], 5.ª ed., M. INÊS CORRÊA NASCIMENTO ET AL (tradução), A. VOLPATO CORDIOLI ET AL (revisão técnica), Porto Alegre, Artmed, 2014, disponível em <https://www.institutopebioetica.com.br/documentos/manual-diagnostico-e-estatistico-de-transtornos-mentais-dsm-5.pdf>, acessado em 30/11/2024, pp. 271-272.

⁴⁰⁷ *Idem*, pp. 278.

⁴⁰⁸ Cf. DSM-5-TR, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* [recurso eletrônico], 5.ª ed., American Psychiatric Association, Washington DC, 2022, disponível em <https://www.mredscircleoftrust.com/storage/app/media/DSM%205%20TR.pdf>, acessado em 30/11/2024, p. 468.

sintomas que são identificáveis por meio de critérios reconhecidos e aprovados pela comunidade científica⁴⁰⁹. Inclusive, estudos demonstram que mulheres que, durante o ato de violência, apresentam imobilidade tônica seguidamente ao *frozen fright*, tendem a desenvolver o TEPT⁴¹⁰. Neste contexto, a perícia psicológica assume um papel fundamental na identificação do dano psíquico, frequentemente refletido no TEPT e sua vasta e já reconhecida sintomatologia, realizando, no dizer de ISABEL VENTURA, uma verdadeira contabilidade da dor e do sofrimento, transformando esses sentimentos em algo contável e tangível⁴¹¹.

Conforme se pode deduzir, a ocorrência do dano psíquico ou do TEPT é claro indicativo de que houve um trauma anterior, o que traz ainda mais contornos de credibilidade às declarações da vítima, funcionando como um eficaz elemento de corroboração desta fonte de prova⁴¹². Convém lembrar, inclusive, que no caso *Y v. Eslovênia* (2015), julgado pelo TEDH, uma perícia psicológica identificou danos psíquicos na jovem ucraniana, o que, lamentavelmente, não foi considerado como preponderante pelo magistrado. Mas, como se viu, aquele caso foi um retrato real de como os mitos, estereótipos e preconceitos podem desproteger uma mulher vítima de violação.

De todo modo, é importante salientar que não há uma relação de causa e efeito obrigatória. A perícia deve ser realizada com a máxima cautela para o estabelecimento do nexo de causalidade entre o dano e o fato apurado, afinal, não se pode descartar a possibilidade de o TEPT, mesmo diagnosticado pericialmente, decorrer de uma concausa independente, como apontado. É essencial, portanto, que o dano seja resultado de um conjunto de circunstâncias determinados pela experiência traumática vivida pela vítima.

Por outro lado, as hipóteses em que uma vítima de violação não apresentar o TEPT ou ele não for identificado, por ocultação dos sintomas ou outra razão⁴¹³, serão problemáticas. Estatisticamente, é possível, embora improvável, que a mulher tenha sido vítima da violação e não apresente aquela sintomatologia típica. Neste caso, ausente mesmo qualquer sinal traumático detectável na perícia psicológica, restará apenas ao órgão acusador tentar se desincumbir do seu ônus probatório lançando mão de outros elementos e ainda arcar com o

⁴⁰⁹ Cf. ROVINSKI, *Dano psíquico*, p. 88.

⁴¹⁰ Cf. MÖLLER ET AL, *AOGS*, p. 633.

⁴¹¹ Cf. VENTURA, *PC*, p. 06.

⁴¹² Cf. CERRATO GURI e CASANOVA MARTÍ, *Comentarios*, p. 162. Além de um relatório psicológico indicativo do TEPT ocasionado pelas relações sexuais sem consentimento, as autoras trazem outros possíveis elementos de corroboração do relato da mulher, como uma análise toxicológica que confirme que a vítima consumiu álcool ou drogas e a existência de mensagens trocadas no *WhatsApp* ou em redes sociais que ajudem na identificação do contexto.

⁴¹³ Cf. ROVINSKI, *Dano psíquico*, p. 103.

encargo de ter o resultado negativo para o dano psíquico.

Já a simulação da sintomatologia é circunstância de pouca ocorrência e igualmente improvável, tanto quanto as denúncias infundadas associadas à mitologia da violação. De fato, a vítima precisaria ter em mente e referir os sintomas já catalogados cientificamente, devidamente adequados ao seu histórico de vida e outras circunstâncias, mas sua mendacidade certamente não passaria despercebida por psicólogos bem treinados e cientes dos protocolos aplicados. E não se pode perder de vista que tanto a prova pericial é submetida ao contraditório, com a possibilidade de formulação de quesitos e indicação de assistente ou consultor técnico, como a mulher ainda é desafiada pelo exame cruzado em audiência, ensejo em que certamente enfrentará a um severo interrogatório e tal questão pode ser levantada⁴¹⁴. Assim, não há que se preocupar verdadeiramente com a possibilidade de que mulheres tentem ludibriar os peritos.

Enfim, é preciso dizer que, no campo das perícias psicológicas, os *experts* se deparam com muitas variáveis comportamentais. Não se está diante de uma ciência exata e assertiva, a Psicologia trabalha com um cenário de probabilidades, ciente, inclusive, de que inúmeras questões ainda são desconhecidas. Outrossim, conforme já pontuado, a perícia psicológica não se apresenta como uma panaceia, como nem mesmo o é uma perícia por ADN, que pode desafiar válidos questionamentos, não obstante o nível de certeza que carrega, próximo do máximo.

Por isso, não se deve perder de vista que este meio de prova pode não fornecer as respostas precisas que os atores da justiça tanto aguardam, o que, evidentemente, não elimina a sua importância, notadamente naquelas violações entre conhecidos e sem reforço de violência. Ela será uma peça informativa útil sobre questões psicológicas claramente indecifráveis para a compreensão judicial⁴¹⁵, nomeadamente a presença do dano psíquico, elemento que quase sempre demonstra que, ao mesmo tempo que houve um trauma, está ausente o consentimento afirmativo. Até mesmo a ausência do trauma também pode ser explorada pela defesa, o que, se em harmonia com outros elementos, pode apontar para eventual inocência do arguido. No entanto, frise-se mais uma vez, isso não pode ser tomado como regra absoluta.

Por outro lado, não se deve esperar que a prova pericial sirva como aferidor da

⁴¹⁴ Cf. MASSARO, *MLR*, pp. 449-450, que ressalta como são improváveis as simulações: “*The risk of this sequence of events, however, is easily overestimated and is likely no greater, if not less, than the risk of false accusations that exists with any crime*”.

⁴¹⁵ Cf. C. RIBEIRO e C. EDUARDO PEIXOTO, “Avaliação psicológica forense de crianças alegadamente vítimas de abuso”, in T. MAGALHÃES e D. NUNO VIEIRA (coord.), *Agressões sexuais. Intervenção pericial integrada*, II, Porto, Sociedade Portuguesa para o Estudo da Criança Abusada e Negligenciada, 2013, p. 114.

credibilidade jurídica das declarações da vítima, já que os psicólogos forenses não devem assumir este encargo. Trata-se, em verdade, de uma tarefa a ser exercida pelo magistrado, que, fiado no relatório apresentado, em conjunto com acervo probatório, deve realizar a valoração no momento da sentença⁴¹⁶.

Muitas questões ainda podem ser colocadas para contestar a utilização ou o resultado da perícia psicológica, como a metodologia escolhida e a forma como foi executada, além da qualificação do perito, que deve deter os conhecimentos exigidos para o mister⁴¹⁷. Por certo, métodos cientificamente validados e *experts* capacitados são indispensáveis, sendo devida aos atores processuais a realização do controle de confiabilidade da prova. Tudo isso é a mais pura expressão do direito ao contraditório, que deve ser exercitado com fulgor, mas sem os abusos que permitam revolver a mitologia da violação.

De todo modo, é inegável a contribuição que uma perícia psicológica pode fornecer na apuração de crimes de violação, especialmente aqueles praticados entre conhecidos e sem o reforço de violência, fundados no consentimento afirmativo, na linha do que é preconizado pela Convenção de Istambul. Em determinadas situações, se as palavras da vítima e do arguido, conquanto em direções opostas, ostentarem o mesmo nível de credibilidade, à míngua de outras provas, o laudo ou relatório psicológico pode ser o fiel da balança a decidir para qual lado pende a espada da justiça.

7.3. Conclusões intercalares

No CAPÍTULO VII, que encerra a presente investigação, abordamos a importância da prova pericial na apuração do crime de violação. Definiu-se a relevância deste meio de prova, especialmente com o progresso científico, o que não a reveste de caráter absoluto, notadamente porque há muito já se abandonou o sistema da prova tarifada.

Após pontuadas as características da prova pericial e a estrutura básica de um laudo ou relatório, foi assinalado que, nos crimes de violação, a perícia psicológica avulta como eficaz instrumento de corroboração das declarações da vítima, por mais que, a rigor e por princípio, a palavra da mulher não mereça *per se* algum questionamento e nem o seu relato demande reforço de mérito para ser credível.

Antes de avançarmos, destacamos a contribuição fornecida pela Psicologia Forense na resolução de diversos conflitos do Direito, como é o caso da criminalidade sexual contra as

⁴¹⁶ *Idem*, p. 104.

⁴¹⁷ Cf. SOUSA, *Julgar*, pp. 41-47.

mulheres, por mais que haja certa incompreensão dos seus conceitos, propósitos e métodos, que normalmente não entregam respostas precisas, mas probabilidades, construindo, ainda assim, relevantes peças informativas.

Apesar de sua utilização ainda não ser em larga escala, a perícia psicológica está no espectro da Convenção de Istambul, que tem entre suas diretrizes a prova do dano psíquico das mulheres vítimas de violência, o que é bem pertinente nas violações praticadas por mera desconsideração da necessidade de um consentimento afirmativo.

Assim, foram trazidos o conceito e a estrutura de uma perícia psicológica, destacando o seu objetivo principal na verificação da existência do dano psíquico decorrente da violação sexual, que pode se revelar de várias formas, sendo a principal o TEPT – Transtorno de Estresse Pós-Traumático, uma patologia umbilicalmente ligada às mulheres que sofrem esta forma de violência.

Tem-se, portanto, um quadro que é bem característico das mulheres vítimas de violação, com sintomatologia e metodologia de aferição validadas cientificamente. Neste contexto, a perícia psicológica aparece como a ferramenta ideal para a prospecção deste cenário por vezes imperceptível ao magistrado, cabendo-lhe, enfim, valorar a prova e decidir quanto à questão do consentimento.

Evidentemente, algumas cautelas são necessárias, pois nem toda vítima de violação pode apresentar este tipo de reação; além disso, o transtorno pode ter sido gerado por outra causa, o que deve ser verificado. Por isso, o estabelecimento do nexos de causalidade é essencial. Por outro lado, vimos que o risco de simulação dos sintomas é tão desprezível quanto o das “falsas acusações” fundadas no “mito da mulher de POTIFAR”.

De toda forma, em se tratando de espécime probatória como outra qualquer, será submetida ao contraditório, podendo a defesa questionar, dentre outros pontos, a metodologia empregada, o rigor na observância dos seus preceitos e a qualificação do perito, o que, grosso modo, não deve escapar do crivo dos demais atores processuais, afinal, é interesse de todos a produção de um elemento probatório credível.

Enfim, a perícia psicológica se coloca, talvez, como uma testemunha não ocular do evento, o único meio de prova capaz de apontar lentes naquele momento obscuro, mas não exatamente tentando reconstruir ou reproduzir os diálogos (ou a ausência deles), mas identificando os sinais não-corpóreos que aquele trauma pode ter deixado na vítima deste infortúnio.

CONCLUSÕES

Debatidas todas as questões que desafiamos nesta pesquisa, conforme o roteiro e os limites definidos, temos agora a tarefa de precisar algumas notas conclusivas.

De tudo quanto examinado, é inevitável constatar que cada vítima de violação, a rigor, é uma lembrança viva da desventura feminina, do domínio a que é submetida grande parte das mulheres, um retrato da dissemelhança e consequência de um estatuto forjado injustamente. De fato, o problema da violação é, em sua essência, um problema de gênero, reflexo inequívoco de crenças e comportamentos que historicamente reproduzem e visam assegurar uma indevida supremacia do homem sobre a mulher, expondo de forma constrangedora uma desigualdade flagrante que teima em não arrefecer⁴¹⁸.

Mas é claro que este é um pequeno estrato desta problemática. Talvez seja o seu recorte mais bruto e cruel, é verdade. É que este desequilíbrio não se expressa somente na agressividade comportamental masculina, no desenfreamento violento, egoísta e insensível dos seus impulsos sexuais. Suas marcas são bases estruturais da nossa sociedade, vigas e pilares de um arquétipo patriarcal cujos tentáculos se espraiam pelos mais diversos setores da vida coletiva. No que nos toca, nesta investigação, importa reconhecer sua influência nos sistemas jurídicos e tentar sanear-los, à luz das diretrizes traçadas pela Convenção de Istambul, essa ferramenta conceitual de que tanto tratamos⁴¹⁹.

Nesta trilha, é fundamental desfazer a ideia de que a violação há de ser sempre um crime com reforço de violência e praticado por um estranho em uma viela, um beco ou um parque à meia-noite, onde a vítima se exercitava incauta e perigosamente com suas roupas insinuantes. Interessa ao pensamento masculino dominante difundir este episódio extremo, grotesco e repleto de clichês como um modelo para manter impunes e com uma áurea de socialmente aceitáveis aquelas violações muito mais comuns, as praticadas entre conhecidos, sem força física aparente, em recintos da intimidade da mulher.

Por isso, inclusive, a superação de modelos típicos arcaicos, que remontam ao emprego da violência ou da grave ameaça e estimulam a vítima a exibir as marcas do confronto para credibilizar o seu relato, é medida fundamental. Os avanços, neste campo do combate à criminalidade sexual contra a mulher, não serão significativos se não prevalecer a formatação típica ilustrada pela Convenção de Istambul, pela qual o crime se perfaz pela mera desconsideração da vontade da mulher, que não está obrigada a dissentir, cabendo ao homem

⁴¹⁸ Cf. GRIFFIN *apud* JACQUET, *The Injustices*, p. 78.

⁴¹⁹ Cf. FUENTES SORIANO, *La prueba*, p. 20.

obter o seu “sim” para não realizar a conduta criminosa.

No entanto, os necessários progressos no campo do Direito Penal paradoxalmente descortinam dificuldades na seara do Direito Processual Penal. É inegável que o modelo baseado no consentimento afirmativo traz mais desafios probatórios, só que muito além do que o esperado, é verdade. Não se trata apenas de superar a natural dificuldade de se reconstruir historicamente um acontecimento vivido na intimidade de duas pessoas, com relatos invariavelmente díspares. Mas, principalmente, de suplantar aquela miríade de estereótipos, mitos e preconceitos que prendem todos os atores da persecução penal àquela violação do imaginário coletivo, decantada nas mídias e difundida nas artes.

Mais do que isso, é de rigor a imposição de limites à atividade probatória, que não pode enveredar por questões que desbordem do binômio consentimento – dissentimento, perseguindo linhas de defesa que se imiscuem em assuntos que ofendam a dignidade sexual da mulher e remontem aos temas da “mitologia da violação”. Assim se garante um julgamento com lastro nas provas verdadeiramente importantes, não com base na narrativa mais culturalmente atraente⁴²⁰.

Neste contexto é que analisamos, criticamente e investidos das premissas brandidas pela Convenção de Istambul, algumas das etapas do *iter* probatório, buscando caminhos justos e equilibrados para uma adequada interpretação e aplicação de alguns institutos.

Quanto ao ônus da prova, por exemplo, e já partindo para o modelo do consentimento afirmativo, o que deve sobressair nos ordenamentos, nota-se uma distribuição de encargos muito mais adequada. Cabe ao arguido o peso de provar o fato constitutivo do seu direito, vale dizer, de que obteve o aceite livre e espontâneo da vítima e de que atuou de forma atenta e comunicativa nesta busca. Afinal, se o consentimento não se pode presumir, pois o corpo de outrem não tem as portas abertas, nada resta àquele que chegou ao extremo de ser acusado de violação senão suportar o encargo de, com seus esforços probatórios, tentar reverter a presunção de que a mulher não consentiu.

Em relação ao *standard* probatório, é preciso lembrar que o crime de violação é marcado pela subnotificação e pela impunidade, refletida no baixo índice de condenações, fruto também da exigência de um padrão probatório deveras elevado para este tipo de criminalidade. As mulheres são novamente culpabilizadas pelos sistemas jurídicos fundados no androcentrismo, que hoje toleram uma maior quantidade de absolvições injustas, fazendo pouco

⁴²⁰ Cf. RAYBURN, *CJGL*, pp. 439-440.

caso das muitas vítimas que injustamente verão seus violadores impunes. O rebaixamento do *standard* para uma condenação, ainda que flexibilize em alguma medida a presunção de inocência, é providência inserida no contexto da busca da igualdade entre os gêneros e não fulmina o arcabouço de garantias do acusado, o qual ainda preservará tantos outros direitos escritos e não escritos, como os que decorrem do seu privilegiado estatuto.

E a palavra da mulher, por vezes alvo da desconfiança desmedida ou da ferocidade dos seus interrogadores, quando não das duas coisas em conjunto, não pode sofrer desvalor algum, *prima facie*. Se coerente, objetiva e subjetivamente, e corroborada em seus dados periféricos, deve bastar para subjugar a presunção de inocência e verter a condenação. Exigir provas adicionais acerca do fato principal é dar vida ao mito da mulher que mente e lança falsas acusações sobre os “homens de bem” quando se arrepende do sexo.

Ainda sobre o relato da vítima, há que se reconhecer a necessidade da sua proteção. Seja por meio de uma escuta protegida, nos moldes aplicados a crianças e adolescentes vítimas de violência, designadamente a sexual, o que deve ser fomentado e aprimorado pelos ordenamentos jurídicos, seja também por uma verdadeira e necessária intervenção no exame cruzado, mediante a imposição de limites éticos e temáticos que obstaculizem cenas de execração e humilhação de que foram e são vítimas diversas mulheres, que são instadas a expor fatos relacionados ao seu comportamento, sua intimidade e sua sexualidade, conquanto sejam totalmente desimportantes para a reconstrução histórica dos acontecimentos.

Por fim, nesta temática dos crimes sexuais, não se pode renunciar a um meio de prova tão relevante quanto a perícia psicológica, malgrado ainda seja muito pouco utilizada, quiçá pela dissonância entre o Direito e a Psicologia. Contudo, fiados na cientificidade das suas metodologias e na capacitação dos peritos responsáveis, a perícia psicológica pode servir para exhibir as marcas da violência tão demandadas. Não os hematomas, os arranhões ou as roupas retalhadas, que facilmente demonstram a existência da prática criminosa e se amoldam aos exemplos clássicos das violações com reforço de violência, mas o dano psíquico, comumente sob a forma do Transtorno de Estresse Pós-Traumático, um achado não surpreendentemente frequente na grande maioria das mulheres que passam por esse infortúnio e que é um claro indicativo de que não houve sexo consentido, servindo, assim, para a prova de todos os casos de violação, inclusivamente àqueles sem o *plus* de violência física, justificando um maior esforço para a comprovação do dissentimento.

Enfim, o propósito desta investigação foi, em primeiro lugar, perscrutar se as dificuldades probatórias atreladas ao crime de violação não lhe são inteiramente intrínsecas, devendo-se, em grande parte, ao desconhecimento ou despreparo dos agentes da persecução

penal e ao seu olhar desfocado para elementos probatórios importantes, bem como aos mitos, estereótipos e preconceitos que se entrelaçam, criando vieses cognitivos equivocados que são difíceis de se desatarem. E a resposta, como visto, foi positiva.

Em segundo lugar, escolhendo o recorte da produção probatória e abordando alguns instrumentos e institutos específicos deste momento processual, buscamos demonstrar os caminhos para melhor interpretá-los e aprimorá-los, recorrendo aos princípios vetores da Convenção de Istambul.

Neste momento histórico, em que as novas perspectivas de gênero querem lançar suas luzes também sobre o Direito Penal e o Direito Penal Processual, devemos acreditar que ambos possuem seu papel na promoção de mudanças e na preservação dos avanços já alcançados, em nome da promoção da justiça, da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Do contrário, legisladores e agentes da persecução continuarão como infelizes corresponsáveis por esse infame estado de coisas.

Finalizamos, assim, esta jornada investigativa, com o pertinente clamor, nesse sentido, da sobrevivente SUSAN ESTRICH: *“We live, in short, in a time of changing sexual mores-and we are likely to for some time to come. In such times, the law can cling to the past or help move us into the future. We can continue to enforce the most traditional views of male aggressiveness and female passivity, continue to adhere to the « no means yes » philosophy and to the broadest understanding of seduction, until and unless change overwhelms us. That is not a neutral course, however; in taking it, the law (judges, legislators, or prosecutors) not only reflects (a part of) society, but legitimates and reenforces those views”*⁴²¹.

Rogamos, assim, que este trabalho possa apresentar um contributo à discussão do tema, inspirando futuras abordagens no caminho da realização dos objetivos preconizados pela Convenção de Istambul.

⁴²¹ Cf. ESTRICH, *YLJ*, p. 1181.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009.

ANDRADE, FLÁVIO DA SILVA, *Standards de Prova no Processo Penal*, 4.ª ed., São Paulo, Editora Juspodivm, 2024.

ARAS, WLADIMIR, “Uso de estereótipos de gênero no processo penal” [artigo online], *Consultor Jurídico: CONJUR*, 2022, disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jan-31/vladimir-aras-uso-estereotipos-genero-processo-penal/>, acessado em 21/12/2024.

ARAÚJO, ÁLVARO CABRAL e LOTUFO NETO, FRANCISCO, “A nova classificação americana para os transtornos mentais – o DSM-5”, *Revista Brasileira de Terapia Comportamental e Cognitiva*, XVI, n.º 1, 2014, pp. 67-82.

BADARÓ, GUSTAVO, *Processo Penal* [livro eletrônico], São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2024.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo, “Standards probatórios no processo penal”, *Revista AJUFERGS*, n.º 4, 2007, pp. 161-185.

BAKER, KATHARINE K, “Why rape should not (always) be a crime”, *Minnesota Law Review*, C, n.º 1, 2015, pp. 221-280.

BELEZA, TERESA PIZARRO, “«Consent – It’s as Simple as Tea»: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação”, in CUNHA, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA (coord.), *Combate à violência de gênero: da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2016, pp. 15-26.

BELTRÁN, JORDI FERRER, “Prolegômenos para uma teoria sobre os *standards* probatórios. O *test case* da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea”, in SALGADO, DANIEL DE RESENDE, KIRCHER, LUÍS FELIPE SCHNEIDER e QUEIROZ, RONALDO PINHEIRO de (coord.), *Altos estudos sobre a prova no Processo Penal*, Salvador, Juspodivm, 2020, pp. 776-808.

BRASIL, *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*, Brasília, Conselho Nacional de Justiça – CNJ, Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021.

BRERETON, DAVID, “How Different are Rape Trials - A Comparison of the Cross-Examination of Complainants in Rape and Assault Trials”, *British Journal of Criminology*, XXXVII, n.º 2, 1997, pp. 242-261.

BOUCHERIE, ALEXIA, « Du "vrai viol" aux "zones grises": juger du (non) consentement dans la sexualité contemporaine française », *Archives de philosophie du droit*, Paris, Tome n.º 61, 2019, pp. 375-386.

BRACHA, H. STEFAN, “Freeze, flight, fight, fright, faint: Adaptationist perspectives on the acute stress response spectrum”, *CNS Spectrums*, IX, n.º 9, 2004, pp. 679-685.

BRAKE, DEBORAH L. “Fighting the Rape Culture Wars through the Preponderance of the Evidence Standard”, *Montana Law Review*, LXXVIII, n.º 1, 2017, pp. 109-154.

BROWNMILLER, SUSAN, *Against our will: men, women and rape*, Suffolk, Chaucer Press, 1975.

BUCHO, CRUZ, “Declarações para memória futura (elementos de estudo)” [artigo online], 2012, disponível em <https://www.trg.pt/gallery/8.1.%20declaracoes-para-memoria-futura.pdf>., acessado em 30/11/2024.

BURIN, P. e MORETZSOHN, F., “Depoimento especial do adulto vítima de crime sexual” [artigo online], *Consultor Jurídico: CONJUR*, 2022, disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jun-17/questao-genero-depoimento-especial-adulto-vitima-crime-sexual/>, acessado em 30/12/2024.

BURKE, ANDERSON, *Vitimologia. Manual da Vítima Penal*, 2.ª ed., São Paulo, Editora Juspodivm, 2022.

BURT, MARTHA R., “Cultural myths and supports for rape”, *Journal of Personality and Social Psychology*, v. XXXVIII, n.º 2, 1980, pp. 217-230.

CAEIRO, PEDRO, “Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 29, n.º 3, set-dez, 2019, pp. 631-679.

CAMARGO, BEATRIZ CORRÊA EL AL, “Ausência de consentimento como fator central na tipificação do crime de estupro: Tendências no plano internacional e interpretação do art. 213 do Código Penal Brasileiro”, in REALE JÚNIOR, MIGUEL e MOURA, MARIA THEREZA DE ASSIS (coord.), *Coleção 80 Anos do Código Penal – Volume III – Parte Especial – Segundo Tomo* [livro eletrônico], São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021, pp. RB-5.1 – RB-5.13.

CAMPOS, GABRIEL SILVEIRA DE QUEIRÓS, *Princípios do Processo Penal – Teoria, Jurisprudência e Direito Internacional*, Salvador, Editora Juspodivm, 2021.

CAMPOS, SARA RODRIGUES. *(In)admissibilidade de Provas Ilícitas. Dissemelhança na Produção de Prova no Direito Processual?*, Coimbra, Almedina, 2020.

CARMO, RUI DO, “Declarações para memória futura: crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual”, *Revista do Ministério Público*, CXXXIV, 2013, pp. 117-147.

_____, “A prova pericial: enquadramento legal”, in MATOS, MARLENE, GONÇALVES, RUI ABRUNHOSA e MACHADO, CARLA (coord.), *Manual de Psicologia Forense: contextos, práticas e desafios*, Braga, Psiquilíbrios Edições, 2011, pp. 31-56.

CASTELO BRANCO, CARLOS, *A prova ilícita: verdade ou lealdade?*, 1ª ed., Coimbra, Almedina, 2019.

CERRATO GURI, ELISABET e CASANOVA MARTÍ, ROSER, “La prueba de los delitos sexuales en caso de ausencia de consentimiento y su valoración”, in AGUSTINA SANLLEHÍ, JOSÉ R. (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, 2023, pp. 153-166.

CHAKIAN, SÍLVIA, “Vitimização de mulheres: histórico e diretrizes para uma proteção penal eficiente”, in RIBEIRO, CARLOS VINÍCIUS ALVES, FÉLIX, JULIANA NUNES e SOUZA, MARCELO WEITZEL RABELLO DE (coord.), *Os direitos das vítimas: reflexões e perspectivas*, II, Brasília, ESMPU, 2023, pp. 325-357.

COLE, KEVIN, “Better Sex through Criminal Law: Proxy Crimes, Covert Negligence, and Other Difficulties of Affirmative Consent in the ALI's Draft Sexual Assault Provisions”, *San Diego Law Review*, LIII, 2016, pp. 507-577.

CRUZ, ROBERTO MORAES ET AL, “Perícia de danos psicológicos no processo judicial”, *Conjecturas*, XXII, n.º 1, 2022, pp. 1489-1504.

CUNHA, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA, “A tutela da liberdade sexual e o problema da configuração dos crimes de coação sexual e de violação - reflexão à luz da Convenção de Istambul”, in *Crimes Sexuais* [livro eletrônico], Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, janeiro de 2020, disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=u5R16WYdT4s%3d&portalid=30>, acessado em 23/09/2023.

_____, “Não resistir não é consentir” - *Justiça com A* [revista online], n.º 36, 2020, pp. 18-21, disponível em <https://www.justicacoma.com/edicoes.php>, acessado em 20/09/2024.

DESPREZ, FRANÇOIS, « Preuve et conviction du juge en matière d'agressions sexuelles », *Archives de Politique Criminelle*, n.º 34, 2012, pp.45-69.

DEZEM, GUILHERME MADEIRA, *Curso de Processo Penal* [livro eletrônico], São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2022.

DSM-5, *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais* [recurso eletrônico], [DSM-5, American Psychiatric Association], 5.ª ed., NASCIMENTO, MARIA INÊS CORRÊA ET AL

(tradução), CORDIOLI, ARISTIDES VOLPATO ET AL (revisão técnica), Porto Alegre, Artmed, 2014, disponível em <https://www.institutopebioetica.com.br/documentos/manual-diagnostico-e-estatistico-de-transtornos-mentais-dsm-5.pdf>, acessado em 30/11/2024.

DSM-5-TR, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* [recurso eletrônico], 5.^a ed., American Psychiatric Association, Washington DC, 2022, disponível em <https://www.mredscircleoftrust.com/storage/app/media/DSM%205%20TR.pdf>, acessado em 30/11/2024.

EDWARDS, KATIE M. ET AL., “Rape myths: History, individual and institutional-level presence, and implications for change”, *Sex Roles*, LXV, n. ° 11, 2011, pp. 761-773.

EHRlich, SUSAN, *Representing rape: Language and sexual consent*, London & New York, Routledge, 2001.

ESTRICH, SUSAN, “Rape”, *Yale Law Journal*, XCV, n. ° 06, 1986, pp. 1087-1184.

FIGUEIREDO, DANIEL DIAMANTARAS, *O direito ao confronto na produção da prova penal*, 1^a ed., São Paulo, Marcial Pons, 2020.

FUENTES SORIANO, OLGA, “Perspectiva de género y enjuiciamiento”, in CERRATO GURI, ELISABET (dir.), *La prueba de la violencia de género y su problemática judicial*, La Ley, Madrid, 2022, disponível em <https://dspace.umh.es/bitstream/11000/34571/1/CL%20PERSPECTIVA%20DE%20G%20C3%2089NERO%20Y%20ENJUICIAMIENTO.pdf>, acessado em 28/11/2024.

GOAZIOU, VERONIQUE LE, « Les viols en justice: une (in) justice de classe? », *Nouvelles questions féministes*, XXXIII, n.º 1, 2013, pp. 16-28.

GOMES, DÉCIO ALONSO, “Confrontação do Depoimento com Redução de Danos (abordagem desde uma perspectiva criminal)”, in POTTER, LUCIANA e BITENCOURT, CÉZAR ROBERTO, *Depoimento Sem Dano: uma política criminal de redução de danos*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, pp. 133-150.

GOMES FILHO, ANTONIO MAGALHÃES, TORON, ALBERTO ZACHARIAS e BADARÓ, GUSTAVO HENRIQUE, *Código de Processo Penal Comentado* [livro eletrônico], Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022.

GUOBRANDSSON, BRAGI, « Adapter la justice aux enfants, soutenir les enfants victimes de violence sexuelle », in Conseil de L’Europe (org.), *La protection des enfants contre la violence sexuelle: une approche globale*, Editions Du Conseil de L’europe, 2011, pp. 95-107, disponível em <https://rm.coe.int/la-protection-des-enfants-contre-la-violence-sexuelle-une-approche-glo/1680b108da>, acessado em 30/12/2024.

HILL, HOLLY, “Rape Myths and the Use of Expert Psychological Evidence”, *Victoria*

University of Wellington Law Review, XLV, n.º 3, 2014, pp. 471-486.

IULIANELLO, ANNUNZIATA ALVES, *Depoimento Especial: um instrumento de concretização da proteção integral de crianças e adolescentes submetidos a abuso sexual*, Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2019.

JACQUET, CATHERINE O., *The Injustices of Rape: How Activists Responded to Sexual Violence, 1950–1980*, University of North Carolina Press, 2019.

LATAS, ANTÓNIO JOÃO (coord.), *Mudar a Justiça Penal: linhas de reforma do processo penal português*, 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012.

LEGRAND, CAMILLE E., “Rape and Rape Laws: Sexism in Society and Law”, *California Law Review*, LXI, n.º 3, 1973, pp. 919-941.

LOPES, JOSÉ MOURAZ, “O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para memória futura”, *Sub Judice. Justiça e Sociedade*, Coimbra, n.º 26, ou-dez, 2003, pp.13-19.

LOPES, JOSÉ MOURAZ e MILHEIRO, TIAGO CAIADO, *Crimes sexuais: análise substantiva e processual*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2020.

LIMA, RENATO BRASILEIRO DE, *Manual de Processo Penal: volume único*, 8ª ed., Salvador, Juspodivm, 2020.

MACHADO, CARLA e GONÇALVES, RUI ABRUNHOSA, “Avaliação psicológica forense: características, problemas técnicos e questões éticas”, in MATOS, MARLENE, GONÇALVES, RUI ABRUNHOSA e MACHADO, CARLA (coord.), *Manual de Psicologia Forense: contextos, práticas e desafios*, Braga, Psiquilíbrios Edições, 2011, pp. 15-29.

MAGUERESSE, CATHERINE LE, “Viol et consentement en droit pénal français: réflexions à partir du droit pénal canadien”, *Archives de Politique Criminelle*, n.º 34, 2012, pp. 223-240.

MALAN, DIOGO RUDGE, *Direito ao confronto no processo penal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2009.

_____, “Advocacia criminal e a arte do exame cruzado: um manual prático” [artigo online], *Consultor Jurídico: CONJUR*, 2020, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-01/diogo-malan-advocacia-criminal-arte-exame-cruzado/>, acessado em 21/12/2024.

MALAN, DIOGO RUDGE e MIRZA, FLÁVIO, “Direito ao confronto e depoimento especial”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, CLXXI, ano 28, 2020, pp. 187–224.

MARDEGAN, ALEXSSANDRA MUNIZ, “A produção da prova testemunhal por videoconferência, o direito ao confronto e o princípio da imediação”, in MENDES, PAULO DE SOUSA e PEREIRA, RUI SOARES (coord.), *Novos desafios da prova penal*, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 43-81.

MARTINS, RAQUEL CARVALHO, *Pena de prisão suspensa nos crimes contra a liberdade sexual: prática judiciária em Portugal* (Dissertação de Mestrado), Lisboa, Universidade de Lisboa, 2020.

MARTINS, SÓNIA, MACHADO, CARLA e NEVES, SOFIA, “Avaliação psicológica de vítimas de violência sexual”, in MATOS, MARLENE, GONÇALVES, RUI ABRUNHOSA e MACHADO, CARLA (coord.), *Manual de Psicologia Forense: contextos, práticas e desafios*, Braga, Psiquilíbrios Edições, 2011, pp. 203-222.

MASSARO, TONI M., “Experts, Psychology, Credibility, and Rape: The Rape Trauma Syndrome Issue and Its Implications for Expert Psychological Testimony”, *Minnesota Law Review*, LXIX, n. ° 2, 1985, pp. 395-470.

MASSON, CLÉBER, *Código Penal Comentado*, 8ª ed., São Paulo, Método, 2020.

MATHIASSEN, SALLY ELLIS, “The Rape Victim: A Victim of Society and the Law”, *Willamette Law Journal*, XI, n. ° 1, 1974, pp. 36-55.

MENDES, PAULO DE SOUSA, *Lições de Direito Processual Penal*, 6ª, reimp., Coimbra, Almedina, 2020.

MÖLLER, A, SÖNDERGAARD, HP e HELSTRÖM, L., “Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression”, *Acta Obstetricia Gynecologica Scandinavica*, n.º 96, 2017, pp. 932-938.

NUCCI, GUILHERME DE SOUZA, *Manual de Processo Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 2020.

NUNES, PEDRO JORGE FERNANDES, *Depoimentos para Memória Futura: conteúdo dogmático e aplicação prática* (Dissertação de Mestrado), Lisboa, Universidade Autónoma de Lisboa, 2014.

OLIVEIRA, HEITOR MOREIRA DE, “A vedação à violência institucional e à revitimização no curso do processo: comentário à Lei n.º 14.245/2021 (Lei Mariana Ferrer)”, *Revista Internacional de Vitimologia e Justiça Restaurativa*, I, n.º 2, 2023, pp. 119-150.

PACELLI, EUGÊNIO e FISCHER, DOUGLAS, *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2020.

PALMA, MARIA FERNANDA, “Os temas e os problemas das propostas legislativas de 2019 sobre violência doméstica e crimes sexuais - O direito penal da intimidade sexual e familiar”, *Anatomia do crime*, n.º 9, 2019, pp. 13-22.

PARUCH, DEBORAH, “Testimonial statements, reliability, and the sole or decisive evidence rule: A Comparative look at the right of confrontation in the United States, Canada, and Europe”, *Catholic University Law Review*, LXVII, 2018, pp. 105-164.

PINEAU, LOIS, “Date Rape: A Feminist Analysis”, *Law and Philosophy*, VIII, n. ° 2, 1989, pp. 217-244.

POTTER, LUCIANE, “Violência, Vitimização e Políticas de Redução de Danos”, in POTTER, LUCIANA e BITENCOURT, CÉZAR ROBERTO, *Depoimento Sem Dano: uma política criminal de redução de danos*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, pp. 17-55.

RAMÍREZ ORTIZ, JOSÉ LUIS, “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”, *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, n. ° 1, 2020, pp. 201-246.

RAYBURN, COREY, “To Catch a Sex Thief: The Burden of Performance in Rape and Sexual Assault Trials”, *Columbia Journal of Gender and Law*, XV, n. ° 2, 2006, pp. 437-484.

REDMAYNE, MIKE, “Myths, Relationships and Coincidences: The New Problems of Sexual History”, *International Journal of Evidence & Proof*, VII, n. ° 2, 2003, pp. 75-101.

REMICK, LANI ANNE, “Read Her Lips: An Argument for a Verbal Consent Standard in Rape”, *University of Pennsylvania Law Review*, CXLI, n. ° 3, 1993, pp. 1103-1152.

REQUEJO CONDE, CARMEN, “Las últimas reformas de los delitos sexuales en el código penal español”, *Constructos Criminológicos*, IV, n. ° 7, 2024, pp. 195-222.

RIBEIRO, CATARINA e PEIXOTO, CARLOS EDUARDO, “Avaliação psicológica forense de crianças alegadamente vítimas de abuso”, in MAGALHÃES, TERESA e VIEIRA, DUARTE NUNO (coord.), *Agressões sexuais. Intervenção pericial integrada*, II, Porto, Sociedade Portuguesa para o Estudo da Criança Abusada e Negligenciada, 2013, pp. 103-120.

ROSSATO, LUCIANO ALVES, LÉPORE, PAULO EDUARDO e CUNHA, ROGÉRIO SANCHES, “Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo”, 11ª ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2019.

ROVINSKI, SÔNIA LIANE REICHERT, *Fundamentos da perícia psicológica forense*, 2ª ed., São Paulo, Vetor, 2007.

_____, *Dano psíquico em mulheres vítimas de violência*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

SAAD NETTO, CLÁUDIO ET AL, *O direito à prova pericial no Processo Penal* [livro eletrônico], São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023.

SCARANCA, VALÉRIA e CUNHA, ROGÉRIO SANCHES, “Lei 14.245/21 (Lei Mariana Ferrer): Considerações Iniciais” [artigo online], 2021, disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/11/24/lei-14-24521-lei-mariana-ferrer-consideracoes-iniciais>, acessado em 30/11/2024.

SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Curso de Processo Penal*, II, 4.^a ed., Lisboa, Verbo, 2008.

SILVA, SANDRA OLIVEIRA E, *A proteção de testemunhas no processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

SMITH, OLIVIA, *Rape trials in England and Wales: Observing justice and rethinking rape myths*, Springer, 2018.

SOTTOMAYOR, MARIA CLARA, “A Convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de gênero”, *Ex aequo* [online], n.º 31, 2015, pp. 105-121, disponível em <https://exaequo.apem-estudos.org/revista/revista-ex-aequo-numero-31-2015>, acessado em 20/09/2024.

SOUZA, ALEXANDER ARAÚJO DE, *O abuso de direito no processo penal*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2022.

SOUZA, HELLEN LUANA DE e AYROSA, JOÃO PEDRO BARIONE, “O que existe além da palavra da vítima? A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a prova em crimes sexuais”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, IX, n.º 3, 2023, pp. 1421-1450.

SOUZA, JOÃO HENRIQUE GOMES DE, “A « perícia » técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial”, *Julgar*, XV, 2011, pp. 27-52.

SOUZA, LUCIANO ANDERSON DE, *Direito Penal – Vol. 3* [livro eletrônico], São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2024.

SUXBERGER, ANTONIO HENRIQUE GRACIANO, “Os sentidos normativos da vítima: da invisibilidade à destinatária de políticas públicas”, in RIBEIRO, CARLOS VINÍCIUS ALVES, FÉLIX, JULIANA NUNES e SOUZA, MARCELO WEITZEL RABELLO DE (coord.), *Os direitos das vítimas: reflexões e perspectivas*, I, Brasília, ESMPU, 2023, pp. 183-209.

SZESZ, ANDRÉ, “O standard de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade?”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, VIII, n.º 2, 2022, pp. 1007-1041.

TASLITZ, ANDREW E., “Patriarchal Stories I: Cultural Rape Narratives in the Courtroom.”, *Southern California Review of Law and Women's Studies*, V, n.º 2, 1996, pp. 387-500.

TONG, KAREN, “Date Rape: Real Rape”, *UCL Jurisprudence Review*, 2002, pp. 130-143.

TORRES ROSSELL, NURIA, “Análisis de tres de las modificaciones a la ley de enjuiciamiento criminal introducidas por la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad

Sexual (LO 10/2022, de 6 de septiembre)”, in GARCIA ALVÁREZ, PASTORA e CARUSO FONTÁN, VIVIANA (dir.) e Rodríguez Ramos, Marta (coord.), *La perspectiva de género en la ley del ‘solo sí es sí*, Claves de la Polémica, Colex, pp. 275-330.

UMAR, Relatório sobre Violência Sexual em Portugal: os casos noticiados na imprensa nacional em 2021, UMAR - União de Mulheres Alternativa e Resposta, 2022, disponível em <http://www.umarfeminismos.org/>, acessado em 21/09/2024.

VASCONCELLOS, VINICIUS GOMES DE, “Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro”, *Revista Direito GV*, XVI, n. ° 2, e1961, 2020.

VENTURA, ISABEL, “Um corpo que seja seu – podem as mulheres (não) consentir?”, *Ex aequo* [online], n.º 31, 2015, pp.75-89, disponível em <https://exaequo.apem-estudos.org/revista/revista-ex-aequo-numero-31-2015>, acessado em 23/09/2024.

_____, “They never talk about a victim’s feelings: according to criminal law, feelings are not facts” – Portuguese judicial narratives about sex crimes, *Palgrave Commun*, II, n.º 16101, 2016, disponível em <https://www.nature.com/articles/palcomms2016101#Bib1>, acessado em 16/09/2024.

_____, “Violência Sexual: tensões entre mitos da violação e direitos humanos das vítimas”, *Revista Miscellanea APAV*, n.º 3/4, 2017, disponível em https://vm.apav.pt/apav_v3/images/pdf/apav_misclanea_03_04.pdf, acessado em 23/09/2024.

VIGARELLO, GEORGES, *História da Violação: séculos XVI-XX*, 1ª ed., Lisboa, Editorial Estampa, 1998.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL, Código Penal (1940), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/deceto-lei/del2848compilado.htm, acessado em 31/08/2024.

BRASIL, Código de Processo Penal (1941), disponível em http://www.planalto.gov.br/civil_03/decretolei/del3689compilado.htm, acessado em 20/09/2024.

BRASIL, Lein.º11.340 (2006), disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ at o2004-2006/2006/lei/111340.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/at o2004-2006/2006/lei/111340.htm), acessado em 30/09/2024.

BRASIL, Lei n.º 13.431 (2017), disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2015-2018/2017/lei/113431.htm, acessado em 30/09/2024.

BRASIL, Lei n.º 13.505 (2017), disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2015-2018/2017/lei/113505.htm, acessado em 30/09/2024.

BRASIL, Decreto nº 9.603 (2018), disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03 / ato2015-2018/2018/decreto/d9603.htm, acessado em 30/09/2024.

BRASIL, Lei n.º 14.425 (2021), disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2019-2022/2021/lei/114245.htm, acessado em 30/09/2024.

CANADÁ, *Code Criminel* (1985), disponível em <https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/c-46/page-36.html#docCont>, acessado em 29/09/2024.

ESPAÑA, *Real Decreto de 14 de septiembre – Ley de Enjuiciamiento Criminal* (1882), disponível em <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>, acessado em 30/11/2024.

ESPAÑA, *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre* (2022), disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630>, acessado em 30/11/2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Federal Rules of Evidence* (1975), disponível em https://www.uscourts.gov/sites/default/files/evidence-rules-procedure-dec2017_0.pdf, acessado em 20/09/2024.

EUROPA, Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica – Convenção de Istambul (2011), disponível em <https://rm.coe.int/168046253d>, acessado em 20/09/2024.

EUROPA, Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950) disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf, acessado em 20/09/2024.

REINO UNIDO, *Youth Justice and Criminal Evidence Act* (1999), disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/23/section/1>, acessado em 30/11/2024.

ONU, Recomendação Geral n.º 33 sobre o acesso das mulheres à Justiça, do Comitê

CEDAW (2015) disponível em <https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2016/02/Recomendacao-Geral-n33-Comite-CEDAW.pdf> ,
acedido em 20/09/2024.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL, Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 13 de agosto de 2024, proferido no processo n.º AgRg no REsp 2105317 / DF, pesquisável em <https://scon.stj.jus.br/SCON/>, acessado em 01/09/2024.

BRASIL, Acórdão do Supremo Tribunal Federal do Brasil de 01 de agosto de 2023, proferido no processo n.º ADPF 779, pesquisável em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur488754/false>, acessado em 10/09/2024.

CIDH, Acórdão de 07 de setembro de 2021, *Márcia v. Brasil*, proferido no processo n.º 12.263/2019, pesquisável em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf, acessado em 20/11/2024.

CIDH, Acórdão de 19 de maio de 2014, *Veliz Franco e outros v. Guatemala*, proferido no processo n.º 277, pesquisável em <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2016/04/956a3ac32f95193db8aae1f7e5778f8b.pdf>, acessado em 20/11/2024

PORTUGAL, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de abril de 2011, proferido no processo n.º 476/09.0PBBGC.P1, pesquisável em <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/0/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument>, acessado em 01/09/2024.

TEDH, Acórdão de 04 de dezembro de 2003, *M. C. v. Bulgária*, proferido no processo n.º 39272/98, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61521>, acessado em 20/09/2024.

TEDH, Acórdão de 15 de agosto de 2012, *I. G. v. Moldávia*, proferido no processo n.º 53519/07, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110904>, acessado em 20/09/2024.

TEDH, Acórdão de 28 de maio de 2015, *Y. v. Eslovênia*, proferido no processo n.º 41107/10, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-154728>, acessado em 20/09/2024.

ÍNDICE

PLANO DE TRABALHO.....	IX
INTRODUÇÃO.....	7
1. CAPÍTULO I – O CRIME DE VIOLAÇÃO	10
1.1. Noção do crime e o problema da sua compreensão.....	10
1.2. As deficiências dos sistemas jurídicos e o advento da Convenção de Istambul ..	12
1.3. Uma necessária distinção: a violação do imaginário coletivo <i>versus</i> a nova conformação da violação	14
1.4. Conclusões intercalares.....	18
2. CAPÍTULO II – ASPECTOS RELEVANTES DO TIPO PENAL DA VIOLAÇÃO.....	19
2.1. O tipo objetivo: o dissentimento	19
2.2. Os modelos típicos.....	20
2.2.1. O modelo do constrangimento	20
2.2.2. O modelo do dissentimento.....	23
2.2.3. O modelo do consentimento afirmativo e o seu alinhamento à Convenção de Istambul	24
2.3. Conclusões intercalares.....	27
3. CAPÍTULO III – CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A PROVA NO CRIME DE VIOLAÇÃO	29
3.1. Os desafios probatórios.....	29
3.2. Os mitos, preconceitos e estereótipos: a “mitologia da violação”	31
3.2.1. A exigência da resistência.....	32
3.2.2. Os perfis predefinidos para o homem e a mulher e o “show de trauma”.....	33
3.2.3. O receio de acusações infundadas	35
3.2.4. O julgamento do comportamento feminino	37
3.3. A dignidade da mulher como limite ao princípio da liberdade probatória	38

3.4. A dependência exclusiva das declarações da vítima	43
3.5. A indevida desconsideração do comportamento do autor do fato.....	46
3.6. Conclusões intercalares.....	48
4. CAPÍTULO IV – O ÔNUS, O <i>STANDARD</i> E A VALORAÇÃO DA PROVA....	50
4.1. O ônus da prova como regra útil para uma justa distribuição dos riscos.....	50
4.1.1. O ônus no modelo no constrangimento	52
4.1.2. O ônus no modelo no dissentimento.....	54
4.1.3. O ônus no modelo no consentimento afirmativo.....	55
4.1.4. Para além do ônus da prova: o ônus de desempenho.....	58
4.1.5. O silêncio, o <i>fronzen fright</i> e suas vicissitudes	59
4.2. O <i>standard</i> probatório e o balizamento entre condenações e absolvições	61
4.3. A valoração da palavra da mulher	65
4.4. Conclusões intercalares.....	70
5. CAPÍTULO V – A ESCUTA PROTEGIDA DA VÍTIMA	73
5.1. Breves noções sobre a posição da vítima na persecução penal.....	73
5.2. A Lei n.º 13.431, de 04 de abril de 2017, do Brasil e a sua (in)aplicabilidade à generalidade das vítimas de crime de violação.....	77
5.3. O modelo português das declarações para memória futura em relação à vítima de crime contra a liberdade e a autodeterminação sexual	82
5.4. Conclusões intercalares.....	88
6. CAPÍTULO VI – O EXAME CRUZADO.....	90
6.1. Conceito e enquadramento do tema no âmbito do direito ao confronto e da persecução penal do crime de violação	90
6.2. O caso <i>Y. v. Eslovênia</i> (2015) do TEDH	93
6.3. A ofensa à dignidade da mulher e a necessidade de limites ao exame cruzado... 97	
6.4. A Lei n.º 14.245, de 22 de novembro de 2021 – uma <i>rape shield law</i> brasileira.....	102
6.5. Conclusões intercalares.....	105

7. CAPÍTULO VII – A PROVA PERICIAL	106
7.1. Noções básicas e a importância deste meio de prova nos crimes sexuais	106
7.2. A perícia psicológica, o dano psíquico e a sua relevância nesse cenário	109
7.3. Conclusões intercalares	116
CONCLUSÕES	118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	122
REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS	131
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS.....	133