Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro, v.12,2023
ISSN 2178-6925

O CONSENTIMENTO COMO ELEMENTO ESSENCIAL DO CRIME DE ESTUPRO: UMA ANÁLISE DAS TEORIAS E DESAFIOS NA DETERMINAÇÃO DA ACEITAÇÃO EM CASOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL

CONSENT AS AN ESSENTIAL ELEMENT OF RAPE: AN ANALYSIS OF THEORIES AND CHALLENGES IN DETERMINING ACCEPTANCE IN CASES OF SEXUAL VIOLENCE

Emilly de Almeida Marcarini
Graduanda em Direito, Faculdade de Ensino Superior de Linhares, Brasil
E-mail: millialmeida1501@gmail.com

Elielson Porto da Silva
Especialista, Faculdade de Ensino Superior de Linhares, Brasil
E-mail: elielson.porto@hotmail.com

Alexandre Jacob
Mestre, Faculdade de Ensino Superior de Linhares, Brasil
E-mail: alexandre.jacob10@gmail.com

Resumo

Nesta pesquisa, o tema central é o tratamento jurídico do consentimento nos crimes sexuais. O objetivo geral é analisar como as jurisprudências e doutrinas abordam a questão do consentimento, destacando elementos objetivos e propondo soluções para desafios. O estudo utiliza uma abordagem analítica, examinando jurisprudências relevantes do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, bem como as opiniões de doutrinadores em direito penal. Os resultados ressaltam a importância do depoimento da vítima em casos de estupro, devido à falta de testemunhas e vestígios em muitas situações. Além disso, a pesquisa destaca a necessidade de um consentimento claro e decisivo da vítima, considerando o contexto e a coerção. Em conclusão, a pesquisa aborda a complexidade do tratamento jurídico do consentimento nos crimes sexuais e enfatiza a centralidade da palavra da vítima na ausência de outras evidências, visando uma resolução justa e equitativa desses casos.

Palavras-chave: Direito penal; elementar do crime; violência sexual; estupro; consentimento.

Abstract

This research revolves around the legal treatment of consent in sexual offenses. The general objective is to analyze how jurisprudence and doctrinal perspectives address the issue of consent, highlighting objective elements, and proposing solutions to challenges. The study employs an analytical approach, examining relevant jurisprudence from the Superior Court of Justice and the State Court of Espírito Santo, along with the opinions of legal scholar in criminal law. The results

emphasize the significance of the victim's testimony in cases of rape, primarily due to the absence of witnesses and evidence in numerous situations. Furthermore, the research underscores the necessity of a clear and unequivocal consent from the victim, taking into account the context and coercion. In conclusion, the research delves into the complexity of the legal treatment of consent in sexual offenses and emphasizes the central role of the victim's testimony in the absence of other evidence, striving for a fair and equitable resolution of these cases.

***Keywords**: Criminal law; elemental of crime; sexual violence; rape; consent.*

1. Introdução

No contexto jurídico contemporâneo, o crime de estupro, estabelecido pelo artigo 213 do Código Penal, se configura pela coerção imposta a alguém, por meio de violência ou grave ameaça, com o objetivo de participar em atividades sexuais ou consentir com a prática de outras formas de intimidade sexual (Brasil, 1940). Um dos aspectos do crime de estupro que tem gerado intensos debates é a questão da resistência por parte da vítima durante o ato sexual, considerada uma consequência lógica da violência perpetrada pelo agressor. Embora seja desafiador comprovar a ocorrência das violações sexuais, estudiosos do Direito Penal têm se dedicado à análise minuciosa desse delito e seus elementos constitutivos, bem como às possibilidades de produção de provas nesse contexto específico.

Sob essa ótica, o consentimento pode ser definido como a concordância livre e consciente de uma pessoa para realizar uma determinada conduta (Masson, 2022). No contexto do crime de estupro, o consentimento se refere à autorização dada por uma pessoa para a realização de um ato sexual. No entanto, há diversos fatores que podem influenciar a capacidade de uma pessoa de consentir, tais como a presença de ameaça, violência, coação, fraude ou incapacidade física ou mental do sujeito.

No âmbito teórico, observa-se que a resistência da vítima é frequentemente avaliada somente se houver evidências físicas da violência perpetrada pelo agressor. Essa teoria, é comumente aplicada nos julgamentos criminais, o que, por sua vez, pode acarretar a absolvição do acusado.

A série "Anatomia de um escândalo" (Anatomy of a scandal), lançada na Netflix® no ano de 2022, é baseada no livro de mesmo nome escrito por Sarah Vaughan e serviu como uma inspiração relevante para a pesquisa e discussão apresentadas neste artigo. Criada por David E. Kelley e Melissa James Gibson, a trama se desenvolve no Reino Unido e tem como pano de fundo uma reflexão sobre

os abusos de poder, as relações de dominação e as complexidades do sistema judiciário (Netflix, 2022). Por meio desta obra, somos confrontados com questões complexas sobre a livre manifestação da vontade e seus contornos legais, evidenciando a importância de um estudo aprofundado sobre o tema.

Ademais, é importante ressaltar que a percepção social e cultural da subordinação da mulher exerce uma influência significativa na abordagem dos juristas em relação à resistência da vítima. Isso ocorre porque a prática jurídica, apesar de buscar a imparcialidade, está intrinsecamente ligada ao contexto sociocultural em que se insere. Consequentemente, os procedimentos e as decisões judiciais muitas vezes são orientados por critérios morais que se disfarçam sob o manto da legalidade. Como resultado, a falta de preparo do sistema penal contribui para o silenciamento das vítimas, uma vez que o Direito é aplicado predominantemente a partir de uma perspectiva masculina.

Nesse contexto, a pesquisa visa responder ao seguinte questionamento: qual o tratamento jurídico quanto ao consentimento nos crimes sexuais? A hipótese é que as teorias existentes são relativizadas pelos julgadores nos casos concretos, o que contribui para a dificuldade de se obter critérios objetivos para tratamento do tema na seara processual penal, o que constitui um grande desafio ainda não superado.

Diante da complexidade desse tema, a pesquisa objetiva analisar a questão do consentimento no crime de estupro, com ênfase nos desafios enfrentados na determinação desse elemento crucial. Para alcançar tal objetivo é preciso estudar a legislação aplicada ao tema e conceituar os institutos relacionados; conhecer a evolução histórica do tratamento jurídico do crime de estupro; examinar as alterações legislativas, os posicionamentos judiciais e as transformações sociais que influenciaram a abordagem do delito ao longo do tempo, a fim de contextualizar a análise sobre o consentimento no delito em questão e os desafios enfrentados na determinação desse elemento crucial.

2. O Crime de Estupro e Suas Elementares

Os "crimes contra a dignidade sexual" ocupam uma posição importante no Título VI do Código Penal brasileiro, que já foi denominado de forma diferente no passado, sendo anteriormente conhecido como "crimes contra os costumes" (Brasil, 1940). No entanto, ao longo do tempo, essa nomenclatura mostrou-se

inadequada para representar a verdadeira essência desse título, considerando sua origem no ano de 1940, época em que seu foco estava no comportamento dos indivíduos perante a sociedade. Conforme expõe Cleber Masson:

> A expressão "crimes contra os costumes" era demasiadamente conservadora e indicativa de uma linha de comportamento sexual imposto pelo Estado às pessoas, por necessidades ou conveniências sociais. Além disso, revelava-se preconceituosa, pois alcançava, sobretudo, as mulheres. De fato, somente a "mulher honesta" era tutelada por alguns tipos penais, mas não se exigia igual predicado dos homens (Masson, 2022, p. 12).

A dignidade sexual é um bem jurídico protegido pela Constituição da República, alinhado com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Todos os indivíduos possuem o direito à liberdade, o qual transcende o direito de locomoção, incluindo a autonomia de decidir com quem estabelecer relações sexuais (Brasil, 1988). No tocante ao assunto, o autor descreve:

> De fato, a dignidade é inerente a todas as pessoas, sem qualquer distinção, em decorrência da condição privilegiada do ser humano. Ademais, a dignidade da pessoa humana não gera reflexos apenas nas esferas física, moral e patrimonial, mas também no âmbito sexual. Em outras palavras, toda e qualquer pessoa humana tem o direito de exigir respeito no âmbito da sua vida sexual, bem como o dever de respeitar as opções sexuais alheias (Masson, 2022, p. 14).

Os trechos do livro de Cléber Masson destacam a histórica objetificação das mulheres no âmbito sexual, revelando a falta de atenção legislativa quanto à autonomia das mulheres em relação aos seus desejos e interesses. Essa crítica à moralidade ultrapassada reflete a necessidade de adaptação aos tempos modernos. O autor reconhece o mérito das mulheres em conquistar uma posição de destaque na sociedade e enfatiza a importância do princípio da isonomia, consagrado na CRFB/1988, para provocar uma mudança necessária em uma estrutura anteriormente marcada pelo machismo (Masson, 2022).

Assim, para suprir tais deficiências legislativas, a Lei nº. 12.015/2009 alterou o título ultrapassado e nominou “Crimes contra a dignidade sexual”. Nessa modificação, o legislador procura uma nova perspectiva de amparo legal, onde a proteção efetiva se concentra na dignidade sexual da vítima e não mais nos padrões sexuais de uma sociedade conservadora.

O delito de estupro é amplamente repudiado, especialmente dentro da categoria dos "Crimes contra a Liberdade Sexual", devido à sua intrínseca associação com a violência ou ameaça direcionada à vítima. Essa conduta, por si só, pode resultar em uma série de sequelas físicas e psicológicas profundamente impactantes.

Antes da modificação promovida pela Lei nº. 12.015/2009, o artigo 213 do Código Penal, em sua versão original, restringia o enquadramento do crime de estupro exclusivamente à figura feminina, estabelecendo que era necessário o ato de "constranger a mulher à conjunção carnal, mediante a violência ou grave ameaça" (Nucci *et. al.*, 2022).

No contexto da legislação penal brasileira, o século XIX marcou um período de transformações significativas nos crimes sexuais. Foi nesse período que surgiu a figura do "atentado ao pudor". Na versão original do Código Penal, o referido delito era abordado no artigo 214 e continha a seguinte definição: "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal" (Nucci *et. al.*, 2022), uma nova tipificação legal que visava abordar "qualquer ato de violência sexual que fosse distinto ou menos grave do que o estupro" (Masson, 2022).

> Em ambos os delitos, o núcleo era "constranger", mediante emprego de violência ou grave ameaça. No estupro, entretanto, buscava-se a conjunção carnal, enquanto no atentado violento ao pudor o objetivo almejado pelo agente era qualquer outro ato libidinoso (Masson, 2022, p. 16).

No entanto, com a promulgação da Lei nº. 12.015 em 2009, esses dois crimes tipificados acima foram unificados no artigo 213 do Código Penal, que atualmente define o crime de estupro como o ato de "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso" (Brasil, 1940). Essa modificação resultou em várias implicações no âmbito processual, uma vez que aqueles que anteriormente eram acusados tanto de estupro (conforme delineado no artigo 213, CP) quanto de atentado violento ao pudor (anteriormente estabelecido no artigo 214, CP) em concurso material, passaram a obter uma vantagem penal. Isso ocorreu porque ambos os delitos foram consolidados em um único tipo penal, exigindo que o juiz os reconhecesse como um único crime e aplicasse pena apenas por um único ato.

> Não eram considerados crimes da mesma espécie, mas do mesmo gênero [...]. Entretanto, com o advento da Lei [...] unificaram-se as duas infrações penais [...] em uma só figura típica intitulada estupro (art. 213). Portanto, não se pode impedir a continuidade delitiva entre eventos criminoso baseados no art. 213, pois, se ocorrerem, serão da mesma espécie, ocasionando crime único (Nucci, 2019, p. 787).

Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que:

> O condenado por estupro e atentado violento ao pudor, praticados no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima, tem direito à aplicação retroativa da Lei 12.015/2009, de modo a ser reconhecida a ocorrência de

> crime único, devendo a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal ser valorada na aplicação da pena-base referente ao crime de estupro (STJ, 2014).

A conduta do crime de estupro, conforme estabelecida no artigo 213 do Código Penal, abrange elementos essenciais, sendo o núcleo de tipo a ação de "constranger" alguém, ou seja, forçar, obrigar ou coagir, mediante o uso de violência capaz de dificultar ou impossibilitar qualquer reação da vítima, ou por meio de grave ameaça ou violência moral. Isso pode resultar na prática da conjunção carnal, que envolve a cópula ou penetração completa ou incompleta do pênis na vagina da mulher. Além disso, o crime também engloba a realização ou permissão para que outra atividade libidinosa seja praticada em conjunto. Os atos libidinosos são aqueles que envolvem aspectos de natureza sexual, excluindo a conjunção carnal. Eles podem incluir atividades como sexo oral, sexo anal, toques íntimos, introdução de dedos ou objetos na vagina, masturbação, entre outros (Masson, 2022).

De fato, a ação central desse crime reside na ação de constranger, que ocorre mediante o uso de violência ou grave ameaça, com o propósito de compelir alguém a participar da conjunção carnal com o agressor. Importante ressaltar que esse constrangimento se estende de maneira semelhante à prática ou autorização de outro ato libidinoso, como salientado por Cleber Masson (2022, p. 12). Afinal, é fundamental destacar que, se há o consentimento das partes, o crime de estupro não se configura.

Conforme Cezar Roberto Bitencourt (2019), o bem jurídico tutelado no contexto do crime de estupro é a liberdade e a dignidade sexual, uma vez que a pessoa vítima de estupro sofre afronta e humilhação em relação à sua dignidade devido ao ato sexual. Conforme explicado anteriormente, nas abordagens de Cleber Masson (2022), os sujeitos do delito passam a englobar qualquer indivíduo, tanto como potencial vítima quanto autor das condutas tipificadas pelo crime.

> Reconhece que homem e mulher têm o direito de negarem-se se submeter à prática de atos lascivos ou voluptuosos, sexuais ou eróticos, que não queiram realizar, opondo-se a qualquer possível constrangimento contra quem quer que seja, inclusive contra o próprio cônjuge, namorado (a) ou companheiro(a) união estável; no exercício dessa liberdade pode, inclusive, escolher o momento, a parceira, o lugar, ou seja, onde, quando, como e com quem lhe interesse compartilhar seus desejos e manifestações sexuais (Bitencourt, 2019, p. 1326).

A configuração do crime de estupro ocorre quando há a introdução completa ou incompleta do pênis na cavidade vaginal, independentemente de ejaculação, e sem a necessidade de que ocorra ruptura do hímen, se presente (Masson, 2022).

No caso da modalidade em que se pratica ou permite a prática de outro ato libidinoso, o crime se concretiza com a efetiva realização desse ato. Ainda conforme o autor, a tentativa de estupro é uma situação complexa de se definir, no entanto, a doutrina reconhece sua possibilidade, uma vez que se trata de um crime de natureza plurissubsistente - quando a conduta pode ser desdobrada em vários atos (Masson, 2022). No entanto, é fundamental fazer uma distinção entre os casos de tentativa de estupro, nos quais o agente busca a conjunção carnal, mas não a consegue devido a circunstâncias alheias à sua vontade, e o estupro consumado por meio da prática de outro ato libidinoso. Nesse contexto, o dolo se torna o principal elemento interpretativo para a solução do caso concreto, orientando o intérprete da lei penal (Masson, 2022).

É crucial ressaltar que este artigo exclui expressamente as vítimas vulneráveis, considerando a falta do elemento fundamental que é a autorização. Em consonância com o tema central deste estudo, a questão do consentimento assume relevância primordial. O termo "vulnerável", conforme definido no caput do artigo 217-A e seu §1º do Código Penal, engloba menores de 14 anos, indivíduos enfermos ou com deficiências mentais, e outras pessoas que, por diversas razões, não podem conceder uma aprovação válida. O legislador, ao estabelecer esse tipo de delito, buscou assegurar que somente atos sexuais praticados com o devido consentimento sejam passíveis de punição, mantendo uma distinção clara entre relações sexuais consensuais e aquelas que envolvem pessoas vulneráveis que, devido à sua condição, não possuem a capacidade de consentir.

3. O Consentimento e Sua Importância na Liberdade Sexual

A liberdade sexual é um elemento essencial da autodeterminação, dos direitos humanos e da dignidade pessoal. Ela se enraíza na noção de que os indivíduos têm o direito de fazer escolhas informadas e autônomas sobre suas vidas sexuais, sem a imposição de violência ou ameaça por parte de terceiros.

No tocante à definição de liberdade sexual, Cleber Masson esclarece:

> Liberdade sexual é o direito de dispor do próprio corpo. Cada pessoa tem o direito de escolher seu parceiro sexual, e com ele praticar o ato desejado no momento que reputar adequado. A lei protege o critério de eleição sexual que todos desfrutam na sociedade (Masson, 2022, p. 5).

A Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Maria Berenice Dias destaca de forma significativa a importância da

liberdade sexual na promoção dos direitos humanos. Segundo a autora, a liberdade sexual é um componente intrínseco da natureza humana, tanto em termos individuais quanto coletivos. Sem a liberdade sexual e o direito ao livre exercício de escolhas relacionadas à sexualidade, os indivíduos e a humanidade como um todo não podem alcançar seu pleno potencial, da mesma forma que a falta de qualquer outra liberdade ou direito fundamental impede esse desenvolvimento (Dias, 2001).

No âmbito penal, a questão do consentimento desempenha um papel fundamental na definição dos limites da liberdade sexual. Doutrinadores como Cezar Roberto Bitencourt (2019) destacam a importância de compreender a vontade consciente e livre das partes envolvidas em atividades sexuais. A necessidade de uma comunicação clara e voluntária da outra parte, como observada pela pesquisadora Yolinliztli Pérez Hernández (2016), é essencial para estabelecer o consentimento no contexto das relações sexuais. Maria Clara Sottomayor (2015) aprofunda essa perspectiva, enfatizando a natureza específica do consentimento sexual, que deve ser revogável a qualquer momento, individual para cada ato sexual e manifestado de forma verbal ou não verbal, por gestos ou expressões. O silêncio ou a passividade não devem ser automaticamente interpretados como consentimento (Hernández, 2016).

O entendimento do consentimento nas relações sexuais e sua delimitação requer uma análise detalhada. Em termos gerais, o consentimento é interpretado como a permissão concedida mutuamente pelas partes envolvidas em qualquer atividade, indicando seu acordo com a prática e desenvolvimento da mesma (Almeida, 2022). No entanto, no contexto das relações sexuais, essa definição pode se tornar complexa.

A pesquisadora Mariana Silva Leite esclarece:

> No âmbito do Direito penal sexual, destaca-se a importância da comunicação da outra parte como um indicativo desse consentimento. Isso significa que o consentimento não necessariamente precisa ser expresso verbalmente, podendo ser inferido a partir das ações do parceiro sexual. No entanto, é crucial observar que o silêncio ou a passividade da outra parte não equivalem automaticamente ao consentimento, uma vez que a vítima pode agir assim devido ao medo (Leite, 2021).

Maria Clara Sottomayor (2015) contribui para a discussão ao enfatizar que o consentimento no contexto sexual possui características específicas a serem consideradas. Deve ser voluntário e livremente expresso, sendo específico para cada ato sexual. Além disso, é revogável a qualquer momento, uma vez que o

consentimento dado anteriormente não implica em uma aprovação contínua e invariável. Esse consentimento pode ser manifestado verbalmente ou através de gestos, expressões de medo ou repulsa, e não requer necessariamente atos físicos de resistência. O silêncio, por si só, não deve ser interpretado como consentimento, uma vez que pode ser resultado do estado de pânico da vítima ou da consciência de uma reação ineficaz. A existência de um relacionamento entre as partes, seja atual ou anterior, não pode ser considerada como correlato ao consentimento (*apud* Leite, 2021).

De acordo com o consentimento afirmativo defendido por Hernández (2016), “sim” significa “sim” e “não” significa “não”, sem espaço para ambiguidades. Essas iniciativas são necessárias para lidar com as dúvidas que, frequentemente, surgem, principalmente em relação ao sujeito feminino, em situações entre adultos em que o consentimento é questionado. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando os envolvidos fazem parte de um casal, quando álcool ou drogas estão envolvidos, ou quando a sedução é iniciada e depois interrompida.

Da mesma forma que o consentimento desempenha um papel crucial no contexto penal, ele também é uma peça fundamental no Direito Civil. Neste, o reconhecimento da validade de um ato jurídico muitas vezes depende da presença do consentimento lícito e não viciado das partes envolvidas (Diniz, 2021). Essa noção de consentimento não apenas assegura a liberdade e autonomia das partes, mas também garante a legitimidade dos compromissos e acordos estabelecidos no campo jurídico.

É essencial, em um primeiro momento, compreender o conceito de negócio jurídico, um ato voluntário de manifestação de vontade que estabelece um vínculo entre partes com o propósito de produzir efeitos específicos (Gonçalves, 2019). No entanto, é importante observar que uma relação jurídica pode se formar de maneira defeituosa devido à presença de vícios que impedem a produção dos efeitos desejados pelas partes.

De acordo com Cristiano Chaves de Freitas e Nelson Rosenvald (2021), os vícios de consentimento em negócios jurídicos referem-se às circunstâncias em que a manifestação de vontade do agente não corresponde à sua verdadeira intenção. Isso significa que há uma discrepância entre a vontade aparente e o desejo real do declarante. Entre os vícios de vontade, o erro é um dos mais relevantes a serem analisados.

O erro surge de uma percepção equivocada ou da ausência de percepção sobre o negócio jurídico, resultante de um equívoco involuntário, seja por falta de conhecimento ou ignorância. Nesse contexto, Maria Helena Diniz (2021) afirma que o erro é o estado da mente que impede uma manifestação real da vontade devido a uma falha no conhecimento do verdadeiro estado das coisas.

É importante destacar a distinção entre erro e ignorância, embora o Código Civil de 2002 os liste de forma similar. Conforme Washington de Barros Monteiro (2016), no erro, a mente tem um conhecimento equivocado dos elementos e circunstâncias do negócio jurídico, enquanto na ignorância, a mente está completamente alheia a eles. Entretanto, Francisco Amaral (2018, p. 596) argumenta que essa distinção é principalmente doutrinária, pois seus efeitos práticos são semelhantes. Além disso, o erro é distinto do dolo. Enquanto o dolo resulta de um equívoco induzido por outra parte ou por terceiros, o erro é uma "falsa percepção da realidade" produzida pelo próprio sujeito que o alega (Gonçalves, 2019, p. 340).

No contexto do Direito, a declaração é o instrumento por meio do qual se expressa a vontade com o propósito de gerar efeitos jurídicos imediatos. Esse princípio é conhecido como autonomia da vontade, que reconhece a capacidade dos indivíduos de realizar atos jurídicos que resultem em efeitos legais. De acordo com o princípio da autonomia da vontade, as pessoas têm a liberdade, dentro dos limites da lei, de celebrar negócios jurídicos, estabelecendo direitos e assumindo obrigações. Essa autonomia da vontade é essencial no sistema jurídico, permitindo que as partes exerçam sua autonomia na formação de relações jurídicas (Brandão Neto, 2022).

Os elementos essenciais desempenham um papel fundamental na existência do ato jurídico, sendo eles: a vontade humana, a idoneidade do objeto e a forma. A vontade humana é um componente vital do negócio jurídico, uma vez que este ato é essencialmente uma manifestação de vontade expressa por meio de declarações ou manifestações formais (Brandão Neto, 2022).

Portanto, os elementos do negócio jurídico desempenham um papel crucial na sua formação, validade e efeitos, e a compreensão adequada de cada um deles é essencial para a correta aplicação do Direito Civil. Em resumo, tanto no contexto penal quanto no Direito Civil, o consentimento desempenha um papel central. Nas relações sexuais, o consentimento é essencial para determinar a legalidade e a legitimidade das interações entre as partes (Bertin, 2022). No âmbito civil, o

consentimento é a base para a validade de negócios jurídicos, garantindo que as partes ajam de forma livre e consciente. Assim, compreender a natureza e o significado do consentimento é crucial, não apenas para a área jurídica, mas também para a promoção de relações justas e respeitosas em todas as esferas da sociedade.

A ausência de consentimento e sua má interpretação emergem como questões intrincadas que, quando não são devidamente compreendidas e esclarecidas, podem suscitar confusão, tanto nas vítimas quanto nos alegados agressores (Starling, 2014). Para as primeiras, a falta de clareza sobre o consentimento pode resultar em sentimentos de violação, insegurança e trauma, frequentemente levando à busca por justiça e apoio. No entanto, para os segundos, a situação é igualmente complexa, uma vez que podem argumentar que agiram de boa-fé, acreditando que o consentimento estava presente, o que gera uma complicação jurídica (Starling, 2014).

4. Posicionamentos Doutrinários e Judiciais Sobre o Consentimento no Crime de Estupro

A análise da jurisprudência assume um papel fundamental para entender como o sistema legal aborda as questões relacionadas ao consentimento em casos de crimes de estupro. A jurisprudência reflete não apenas a interpretação do ordenamento jurídico, mas também molda a aplicação da lei e suas implicações práticas. Portanto, examinar algumas decisões judiciais relevantes se torna essencial para explorar as diferentes perspectivas e abordagens em relação a esse tema delicado. Com o propósito de aprofundar o conhecimento acerca da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no contexto dos crimes de estupro, foi conduzida uma concisa investigação.

No Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº. 1.844.610-SP houve condenação por um delito de estupro, devido às alegações de que o réu teria cometido "atos libidinosos em face à vítima". No julgamento em questão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) analisou diversas questões relativas a crimes sexuais à luz do Direito Penal. Primeiramente, ressaltou-se que não havia controvérsia quanto à conduta do réu, uma vez que a tipificação dos crimes se baseou na valoração jurídica dos fatos pelas instâncias ordinárias, sem a necessidade de revisitar a análise fático-probatória. O magistrado de primeira

instância desclassificou a imputação inicial de estupro para outros tipos penais previstos no Código Penal, argumentando que a conduta do réu não preenchia os elementos dos tipos penais mencionados (STJ, 2021).

Em relação ao crime de assédio sexual, verificou-se que a relação hierárquica entre o réu e a vítima estava configurada, uma vez que o réu era superior hierárquico da vítima. No entanto, a conduta narrada não se amoldava ao núcleo do tipo penal de assédio sexual, que requer que o agressor constranja a vítima com o intuito de obter favores sexuais. No que tange ao crime de estupro, a conduta do réu envolveu um ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que foi detalhadamente descrito. A questão central a ser abordada estava relacionada à efetiva configuração do elemento da violência, uma particularidade que demandava atenção do STJ. Apesar da gravidade da conduta narrada, na qual o réu segurou a vítima à força, esta última conseguiu se desvencilhar. O tribunal enfatizou que a tipificação penal envolvia uma peculiaridade que não poderia ser ignorada: a violência alegada, consistente no fato de o réu ter segurado a vítima à força, não se mostrou suficiente para subjugá-la, o que, por conseguinte, não configurava o tipo penal de estupro. Por fim, em relação ao tipo penal de importunação sexual, ficou evidenciado que qualquer pessoa que realizasse um ato libidinoso em relação a outra pessoa, sem que houvesse a concordância válida de ambas as partes envolvidas, estava sujeita a esse crime. No caso em análise, o STJ concluiu que a conduta se enquadra melhor nesse tipo penal do que nos tipos mais graves, e, por essa razão, decidiu desclassificar a conduta do réu para o crime de importunação sexual, com base em princípios e fundamentos do Direito Penal (STJ, 2021).

Essa análise é de suma importância para a pesquisa, uma vez que o Relator parece ter sustentado a interpretação de que, a fim de configurar o crime de estupro, é necessário que a violência sexual seja acompanhada não apenas pela grave ameaça, mas também por violência física, ou seja, o uso de força capaz de impedir a vítima de resistir. Contudo, assumir essa posição pode ser considerado arriscado, já que a caracterização do estupro não deve depender unicamente do grau de força empregado. Ao que parece, a exigência de que a vítima seja impedida de reagir parece ser um critério altamente subjetivo para a caracterização do delito.

Na mesma perspectiva, realizou-se uma análise detalhada de uma jurisprudência do estado do Espírito Santo relacionada ao crime de estupro. Essa

jurisprudência, que envolveu um recurso da defesa, abordou questões cruciais, como a alegação de ausência de provas para justificar a condenação, a materialidade e autoria do delito e a prescindibilidade de exame pericial.

> 1. A defesa alega inexistir prova de circunstância elementar essencial à configuração do tipo penal do artigo 213, qual seja, a falta de consentimento da vítima. Não se trata, porém, de insuficiência de provas, visto que todas elas foram valoradas pelo órgão a quo. Neste ponto, é extremamente relevante o depoimento da vítima, que narrou os fatos com riqueza de detalhes e de forma coesa. 2. Os fatos ocorreram dentro do seio familiar, na estrutura de um relacionamento amoroso estável, de modo que ao depoimento da vítima deve ser atribuída valoração extra, posto que a colheita de elementos probatórios é ainda mais dificultosa em tais casos. Precedentes. 3. O exame pericial pode ser suprido por prova testemunhal nas hipóteses em que houver desaparecimento de vestígios, mormente a se considerar que a vítima se dirigiu à Delegacia de Polícia para registrar boletim de ocorrência quatro dias depois do ocorrido, sendo extremamente dificultosa, portanto, a confecção de eventual laudo. Materialidade comprovada pelas outras provas constantes dos autos. 4. Requerimento de isenção de custas processuais que deve ser analisado pelo Juízo da execução, na linha do entendimento das Cortes Superiores. 5. Recurso a que se nega provimento (TJES, 2022).

O caso em questão trata de uma apelação criminal relativa a um crime de estupro, conforme previsto no artigo 213 do Código Penal. O recurso foi interposto pela defesa do acusado, alegando a ausência de provas suficientes para embasar a condenação. No entanto, o tribunal julgador não acatou essa alegação, pois considerou que o acervo probatório disponível se mostrou suficiente para confirmar tanto a materialidade quanto a autoria do delito.

Uma das principais alegações da defesa era a falta de consentimento da vítima, que é uma circunstância elementar essencial para a configuração do crime de estupro. O tribunal, no entanto, destacou que não se tratava de insuficiência de provas, uma vez que todas as evidências disponíveis foram devidamente consideradas pelo órgão a quo, ou seja, pelo tribunal de origem. Um ponto chave nesse processo foi o depoimento da vítima, que forneceu detalhes consistentes e coerentes sobre os fatos. Além disso, é importante ressaltar que o crime ocorreu em um contexto familiar, dentro de um relacionamento amoroso estável. Nesses casos, a coleta de elementos probatórios torna-se ainda mais desafiadora. O tribunal enfatizou que o depoimento da vítima deve ser atribuído uma valoração extra, levando em consideração a complexidade de se obter provas concretas em situações semelhantes (TJES, 2022).

No que diz respeito ao exame pericial, o tribunal observou que, em determinadas situações, a prova testemunhal pode suprir a necessidade de exame pericial, especialmente quando há desaparecimento de vestígios. Nesse caso

específico, a vítima registrou o boletim de ocorrência na Delegacia de Polícia quatro dias após os acontecimentos, tornando a confecção de um laudo extremamente difícil. A materialidade do crime foi corroborada por outras provas presentes nos autos (TJES, 2022).

O julgado destacado é de grande relevância porque enfatiza a necessidade de considerar diversos elementos ao analisar casos de estupro, nos quais a comprovação do consentimento pode ser desafiadora. A decisão enfatiza que a ausência de vestígios físicos não deve prejudicar o devido processo, uma vez que é possível substituir o exame pericial por meio de provas testemunhais. Além disso, demonstra a importância do depoimento da vítima, quando rico em detalhes e coerente. Esse aspecto é especialmente relevante em contextos de relacionamentos familiares e estáveis, nos quais a coleta de provas pode ser complexa. Portanto, a decisão favorável do recurso da defesa sublinha a importância de uma avaliação completa, considerando todas as provas disponíveis para assegurar a justiça nos casos de estupro, mesmo quando não há evidências físicas diretas.

Além dos posicionamentos judiciais, é fundamental examinar o posicionamento dos doutrinadores penalistas em relação ao conceito e à importância do consentimento nos casos de crimes sexuais. Assim, André Estefam (2019) argumenta que o não consentimento da vítima deve ser autêntico e inquestionável. Caso contrário, pode haver questionamentos sobre a legalidade do ato, já que a recusa da vítima pode ser parte de um jogo de sedução.

Por outro lado, Rogério Greco (2020) levanta a possibilidade de alegação de erro de tipo nos casos em que o agressor afirma não ter percebido o desacordo da vítima em relação ao ato sexual, interpretando erroneamente sua recusa como parte de um jogo de sedução. Greco argumenta que é fundamental discernir entre uma recusa legítima da vítima e o entendimento equivocado do agressor, que interpreta o "não" como "sim". Conforme o autor, a crença do agressor de que a negativa da vítima fazia parte de um jogo, seja por modéstia ou para tornar o jogo amoroso mais intrigante, deve ser sempre interpretada em favor do agente (Greco, 2020).

Segundo a análise de Cezar Roberto Bitencourt (2019), não se faz necessário que a vítima apresente uma resistência heroica, em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. O essencial, conforme o

entendimento do autor, é que a resistência seja genuína, devendo-se avaliar a relação de forças entre o agente e a vítima.

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

Seguindo a mesma concepção, Cleber Masson (2022) argumenta que a discordância da vítima seja clara e decisiva, evidenciando sua oposição efetiva à atividade sexual. A superação dessa resistência deve ocorrer apenas por meio do uso de violência ou ameaça grave. A resistência exigida não deve ser confundida com ações que fazem parte de um “jogo de sedução”, onde a relutância na verdade representa um consentimento para o ato sexual. Também coaduna com Bitencourt no sentido de que não se exige da vítima uma atitude heroica no dissenso, de modo que coloque em risco a integridade física desta.

Ainda conforme o posicionamento do autor, se em uma situação um dos participantes não apresentar uma recusa séria em relação ao ato sexual, e o outro persistir mediante o uso de violência ou ameaça, acreditando erroneamente que o "não" faz parte de uma fase no processo de conquista, poderá se configurar o erro de tipo. Para o doutrinador, o crime de estupro se configura se a recusa da vítima for séria e genuína durante todo o ato sexual (Masson, 2022). Portanto, se houve coerção no início da conjunção carnal ou em qualquer outro ato libidinoso por meio de violência ou ameaça, mas a vítima posteriormente consente, a conduta se torna atípica.

5. Os Desafios Quanto ao Tratamento do Consentimento nos Crimes de Estupro

A partir das análises anteriores e do problema de pesquisa proposto, que versa sobre o tratamento jurídico do consentimento nos crimes sexuais, é evidente que existem desafios significativos nesse contexto. O consentimento, por sua natureza subjetiva, pode ser difícil de averiguar objetivamente. Isso se deve a vários fatores que tornam a avaliação do consentimento uma tarefa complexa

Nos julgados analisados foram observadas algumas diferenças cruciais em relação ao tratamento do consentimento nos crimes sexuais. No caso da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tratando-se de um recurso relacionado a um crime de estupro, a análise se concentrou em elementos específicos. O tribunal enfatizou que a ausência de domínio sobre a vítima, apesar de uma conduta que envolvia agarrar a vítima à força, não configurava o tipo penal de estupro. Essa decisão ressalta a complexidade de se determinar o consentimento, especialmente quando se trata de provas de violência e resistência. Por outro lado, na jurisprudência do Estado do Espírito Santo, relativa a um recurso de apelação criminal por estupro, observou-se uma abordagem distinta. Nesse caso, o tribunal valorizou o depoimento da vítima, enfatizando que o relato da vítima, detalhado e coerente, foi um dos principais elementos probatórios que corroboraram a materialidade do delito. Além disso, a decisão destacou a dificuldade de obter provas em situações que envolvem relacionamentos amorosos estáveis e a prescindibilidade do exame pericial em certos casos, onde os vestígios poderiam ter desaparecido.

Portanto, as diferenças entre as jurisprudências indicam abordagens variadas na análise do consentimento em crimes sexuais. O STJ enfatizou a importância da subjugação da vítima e as complexidades em torno da avaliação da resistência. Em contrapartida, o Tribunal do Espírito Santo priorizou o depoimento da vítima e a valorização de provas testemunhais, particularmente em contextos de relacionamentos familiares. Essas divergências ressaltam os desafios existentes na interpretação e aplicação da lei em casos que envolvem o consentimento, destacando a necessidade de discussões aprofundadas e orientações mais claras.

O estupro nem sempre deixa evidências materiais do crime, ou seja, provas físicas visíveis. Entretanto, quando o ato resultar em vestígios, a realização do exame de corpo de delito é obrigatória, conforme estabelecido no artigo 158 do Código de Processo Penal, que declara: "Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado" (Brasil, 1941).

No entanto, é importante ressaltar que esses vestígios podem desaparecer ou, em alguns casos, sequer existir. Quando se depara com essa situação, a prova testemunhal assume um papel fundamental e se torna o meio de suprir a ausência do exame médico. Em outras palavras, nesse contexto, as testemunhas

desempenham um papel significativo na elucidação do crime. Quando não há testemunhas oculares, a vítima se torna a principal fonte de informações, descrevendo as características do suposto autor e as circunstâncias que envolveram a infração. Esse procedimento está em conformidade com o artigo 201 do Código de Processo Penal, que estabelece: “Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações” (Brasil, 1941).

De acordo com Cleber Masson (2022) tanto o artigo 93, inciso IX, da CRFB/1988, quanto o artigo 155 do CPP/1941 adotaram o princípio do livre convencimento motivado, também conhecido como princípio da persuasão racional. Isso implica que as provas não têm valores predefinidos, permitindo ao juiz o uso fundamentado de qualquer prova para embasar suas decisões. Em casos de crimes sexuais, a situação se torna mais delicada, pois a condenação de um acusado de estupro pode se basear exclusivamente no depoimento da vítima, quando não existem outras evidências sólidas que comprovem a autoria e a materialidade do crime (Masson, 2022).

Igualmente, a compreensão jurisprudencial estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça é que: “a palavra da vítima, em sede de crime de estupro [...], em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não têm testemunhas, ou deixam vestígios” (STJ, 2008).

Essa realidade requer que o magistrado aja com extrema cautela, evitando revanchismos e perseguições injustas (Masson, 2022). Portanto, é fundamental comparar as declarações da vítima com os fatos narrados nos autos, analisando a coerência das informações e certificando-se da ausência de motivos para uma incriminação injusta. No entanto, a credibilidade do depoimento da vítima em casos de crimes sexuais é complexa, pois pode estar sujeita à teoria da falsa acusação:

> Para análise da verossimilhança das palavras da vítima, especialmente nos crimes sexuais, a criminologia desenvolveu a teoria da "síndrome da mulher de Potifar", consistente no ato de acusar alguém falsamente pelo fato de ter sido rejeitada, como na hipótese em que uma mulher abandonada por um homem vem a imputar a ele, inveridicamente, algum crime de estupro (Masson, 2022, p. 24).

Dessa forma, essa teoria enfatiza a significância do princípio do livre convencimento motivado e da minuciosa análise das provas, tendo em vista a potencial influência de complexas motivações pessoais na veracidade do depoimento da vítima.

6. Conclusão

Com base nas análises realizadas, é evidente que o tratamento jurídico quanto ao consentimento nos crimes sexuais é um tema complexo e multifacetado. A pesquisa buscou compreender como a jurisprudência, doutrinadores e a legislação se relacionam nesse contexto. A análise jurisprudencial, como a do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, revela uma variedade de interpretações em relação ao consentimento e à comprovação do estupro, destacando a importância do exame detalhado de cada caso.

Em relação ao problema de pesquisa, que indagava sobre o tratamento jurídico do consentimento nos crimes sexuais, observamos que a jurisprudência e os doutrinadores reconhecem a necessidade de analisar cuidadosamente o contexto de cada caso. Isso é fundamental, especialmente quando não há provas materiais claras, como em casos em que não há vestígios físicos do estupro. A decisão do STJ enfatiza que a palavra da vítima pode ser suficiente para embasar a condenação, desde que haja coerência e consistência em seu relato.

No entanto, essa pesquisa também revelou desafios a serem superados. Um deles é a questão da falsa acusação, destacada pela criminologia, em que indivíduos podem fazer acusações injustas motivados por sentimentos como vingança ou rejeição. Isso ressalta a importância da análise criteriosa das provas e da necessidade de que o julgador atue com cautela, evitando condenações injustas.

Portanto, embora esta pesquisa tenha esclarecido muitos aspectos relacionados ao tratamento jurídico do consentimento nos crimes sexuais, há questões complexas que ainda precisam ser investigadas, como a melhor forma de lidar com as falsas acusações e como a lei pode se adaptar a situações em que não há vestígios físicos evidentes. O caminho a seguir envolve aprofundar essas questões e considerar como o sistema legal pode proteger os direitos das vítimas, garantir a justiça e prevenir acusações infundadas.

7. Referências

ALMEIDA, Gabriela Chiesse. **Estupro conjugal**: o consentimento como exigência única para a caracterização do tipo penal. 2022, 64 fl. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2022. Disponível em: https://tinyurl.com/ysjsjmbd. Acesso em: 12 out. 2023.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BERTIN, Thaís. Absolvição em crime de estupro devido à falta de provas acerca da ausência de consentimento da vítima. **Revista Avant**, v. 6, n. 2, 2022. Disponível em: https://tinyurl.com/ycyy8per. Acesso em: 12 out. 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 3.

BRANDÃO NETO, Humberto Camargo. Vício de consentimento: análise geral sobre o erro no negócio jurídico. **Migalhas**, 14 jun. 2022. Disponível em: https://tinyurl.com/28sfd38c. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado, 1988. Disponível em: https://tinyurl.com/dxh3npru. Acesso em: 31 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Código penal. Rio de Janeiro: Catete, 1940. Disponível em: https://tinyurl.com/52wm6kn2. Acesso em: 31 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº. 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Rio de Janeiro: Catete, 1941. Disponível em: https://tinyurl.com/29t2xhft. Acesso em: 31 jul. 2023.

DIAS, Maria Berenice. Liberdade sexual e direitos humanos. **IBDFAM Artigos**, 27 dez. 2001. Disponível em: https://tinyurl.com/5n6rnbkv. Acesso em: 13 out. 2023.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, v. 1.

ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte especial (arts. 121 a 234-B). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 2.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado**: parte geral, obrigações e contratos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. 22. ed. Niterói: Impetus, 2020, v. 3.

HERNÁNDEZ, Yolinliztli Pérez. *Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género*. **Revista Mexicana de Sociologia**, v. 78, n. 4, 2016. Disponível em: https://tinyurl.com/2skjd2xa. Acesso em: 09 set. 2023.

LEITE, Mariana Silva. **O consentimento como fator elementar e comprobatório do crime de estupro**: análise prática a partir de um caso da jurisprudência. 2021, 27 fl. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/2kd9y2y4. Acesso em: 12 out. 2023.

MASSON, Cléber. **Direito penal**: parte especial arts. 213 a 359-H. 12. ed. São Paulo: Método, 2022, v. 3.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 1.

NETFLIX. **Anatomia de um escândalo**. Série, 15 abr. 2022. Disponível em: https://tinyurl.com/5hv2sm3x. Acesso em: 02 ago. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza; ALVES, Jamil Chaim; BARONE, Rafael; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia; ZANON, Raphael. O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/09. **Guilherme Nucci**, 2022. Disponível em: https://tinyurl.com/mww6ap2f. Acesso em: 05 out. 2023.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. A convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de gênero. **Ex Aequo**, v. 31, 2015. Disponível em: https://tinyurl.com/33n3cm2p. Acesso em: 14 set. 2023.

STARLING, Sheyla Cristina da Silva. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 2014, 104 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: https://tinyurl.com/4hzcmm7z. Acesso em: 12 out. 2023.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº. 98.093-SC**. Quinta Turma, Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília-DF: DJe, 12 maio 2008.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº. 212.305-DF**. Sexta Turma, Relatora: Desembargadora convocada Marilza Maynard. Brasília-DF: DJe, 13 ago. 2014.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº. 1.844.610-SP**. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília-DF: DJe, 13 dez. 2021.

TJES. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. **Apelação Criminal nº 0000168-39.2017.8.08.0056**. Segunda Câmara Criminal. Relatora: Desembargadora Substituta Cláudia Vieira de Oliveira Araújo. Vitória: DJe: 18 mai. 2022.