



Clínica de Justiça Criminal

Primeira Edição

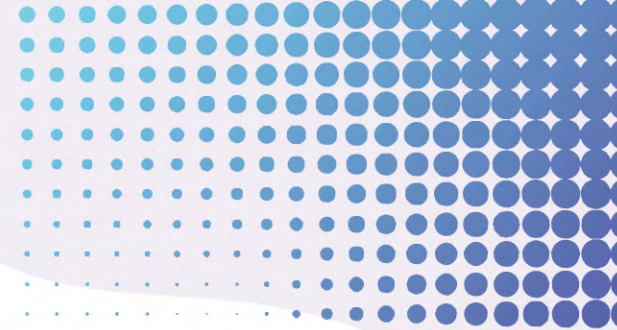
Grupo 4



Fernanda de Paula Silva
Guilherme de Castro Germano
Ana Barbara Canedo Oliveira
Lucas Pardini Gonçalves
Thaíza Goulart Soares Machado



Protecting Victims of Sexual
Crimes: An Analysis of Rape
Shield in United States Law and
Parallel With Brazilian Law



PROTECTING VICTIMS OF SEXUAL CRIMES: AN ANALYSIS OF RAPE SHIELD IN THE UNITED STATES LAW AND A PARALLEL WITH BRAZILIAN LAW

Fernanda de Paula Silva

Guilherme de Castro Germano

Ana Barbara Canedo Oliveira

Lucas Pardini Gonçalves

Thaiza Goulart Soares Machado

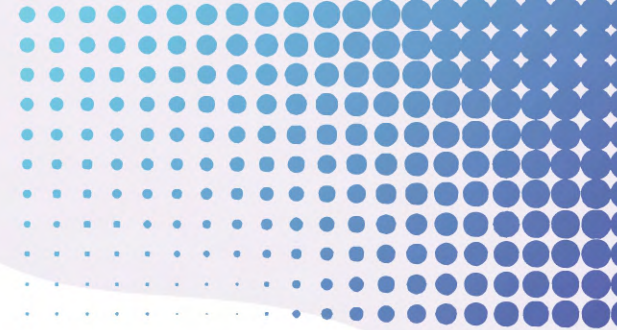
Abstract: This article aims to analyze the rape shield institute in North American law to identify its compatibility with the Brazilian legal system. Beginning with a historical approach, followed by an analysis of controversial points of the rape shield in the United States, it concludes by drawing comparisons with victims' protective institutes in Brazil. Parallel

Keywords: Rape shield. Sexual crimes. Sexual abuse. Victim's protection. Law 14.245/2021. Criminal Procedure.

Contents: 1. Introduction: Rape shield laws history; 2. The Application of Rape Shield in American Law and Doctrine; 3. Rape Shield and the Brazilian Legal System; 4. Conclusion

1. Introduction: Rape shield laws history

Historically, in the United States, rape law and moral judgement regarding the victim's sexual behavior were not so apart as it would have been desirable. The victim's sexual past has been considered relevant to investigating the veracity of allegations in



rape cases. Given the assumption that a chaste woman would be more likely to resist sexual advances, unchaste women would be more likely to consent to the sexual act and, afterwards, lie about it for any reason¹.

Such assumption constituted an informal, although powerful, normative command, according to which women should remain in sexual abstinence to receive legal protection should they ever be victims of rape. ANDERSON calls this the “chastity requirement”, tracing its roots back to the biblical times and to the early common law².

Therefore, the defense in a criminal trial would frequently present evidence related to previous sexual experience and expose the intimacy of the victim, shining a light on facts that were not necessarily related to the specific crime under trial.

The injustice of that construct has led to the development of laws aimed at protecting rape victims from such exposure – the so-called *rape shield laws*.

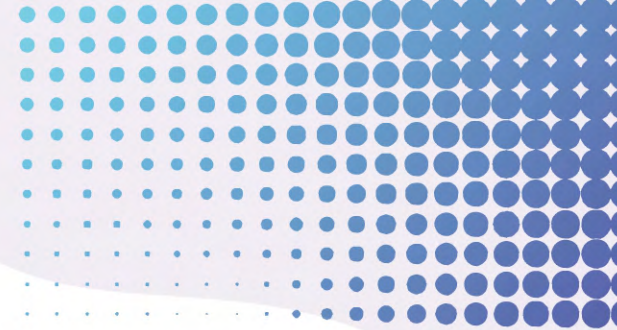
Starting with Michigan, in 1974, nearly every jurisdiction in the United States, in the early 1980s, had already passed such laws, although with substantial differences between them.

In 1978, Federal Rule of Evidence n. 412 was published, aiming to “safeguard the alleged victim against the invasion of privacy, potential embarrassment and sexual stereotyping associated with public disclosure of intimate sexual details and the infusion of sexual innuendo into the factfinding process”. It applies to both criminal and civil cases. It can be invoked to protect the victim of the offense (party to the litigation) or someone else in a proceeding against whom their past sexual behavior is used, such as a witness.

It is interesting to point out that rape shield laws were initially thought to protect female victims of opposite-sex rape. The majority of rape cases are indeed based upon the conduct of a man towards a woman. However fewer, it is a fact that there are also male victims. In this sense, KRAMER notices that most such laws use terms like “defendant” or “victim” with no gender specification, being equally applicable to women and men. In some states, on the other hand, rape has been defined as a crime against

1 ANDERSON, Michelle J. From Chastity Requirement To Sexuality License: Sexual Consent and a New Rape Shield Law. In: *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Villanova University School of Law, n. 5, set/2002, p. 3.

2 *Ibid.*, p. 14-40.



a woman. Therefore, the protection of male victims under rape shield laws is somewhat more recent in the historic legislation development.

Nowadays, rape shield laws are widely enforceable across the country, despite differences between states and states and federal jurisdictions, as will be described.

2. The Application of Rape Shield in American Law and Doctrine

Considering the variety of rape shield laws across the United States, this article will focus mainly on the federal rule, its application, and some controversial issues. Nevertheless, reiterating the previous section of this study, since there are a lot of similarities between the regional mechanisms, those considerations may also apply to state-level legislation.

Specifically, regarding the federal rules of evidence, the matter is approached by Rule 412, “sex-offense cases: the victim”, which, although “rewrote” by the competent committee between 2009 and 2011, had not been altered in its meaning since the goal of the initiative was to make the rules more user friendly rather than to enact substantive changes³.

Rule 412 states that some evidence is not admissible in a civil or criminal proceeding involving alleged sexual conduct. Therefore, it applies not only to rape or sexual assault cases but also to other cases, including sexual harassment⁴. Also, it applies no matter the gender of the victim⁵.

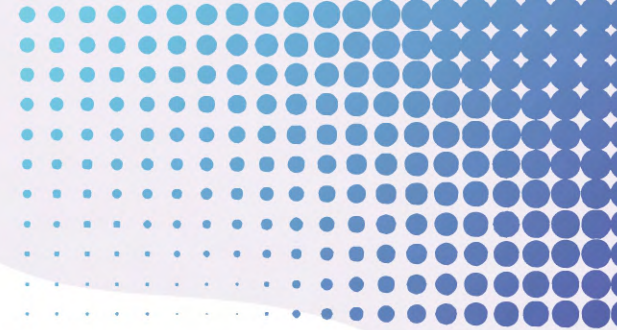
Those forbidden matters involve analyzing the victim's sexual behavior and sexual predisposition. The first hypothesis comprehends not only the actual physical conduct but also activities of the mind, such as fantasies or dreams, both consensual and non consensual.⁶ The second one, predisposition, comprehends elements such as clothing style, speech, and lifestyle, thus repealing allegations, according to examples brought by MILLER, that homosexual or extramarital affairs would prove propensity to consent to alleged homosexual rape or extramarital rape.

3 MILLER, Colin. Evidence: Rape Shield Rule. CALI eLangdell Press. 2012, p. 9.

4 *Ibid*, p. 10.

5 Regarding the matter of massively underreported male rape, KRAMER, Elizabeth J. *op. cit.*, 1998.

6 MILLER, Colin. *Op. Cit.*, 2012, p. 2-3.



Those limitations were paramount to granting those victims, primarily women, access to justice and protecting their sexual privacy. Furthermore, this vital mechanism, albeit some criticism posed by a certain portion of doctrine, has been repeatedly deemed fully compatible with the U.S. Constitution, notably with confrontation and compulsory process clauses of the sixth amendment, as explained by ANDERSON⁷.

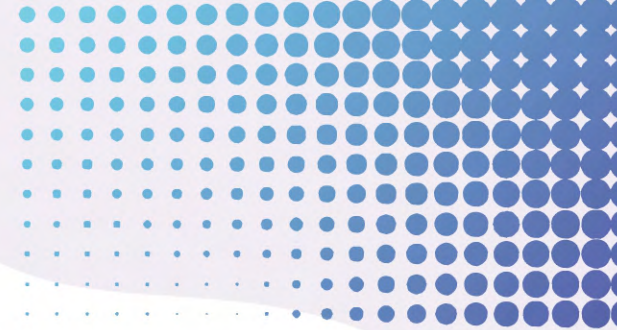
Rule 412, however, determines some exceptions to the inadmissibility of those evidence regarding sexual behavior or predisposition. It's important to point out that exceptional admission only means that elements otherwise considered illegal may be presented on trial. Still, it does not mean that the victim is lying or the defendant is innocent.

The first exception occurs when the evidence of some specific instance in the victim's sexual behavior aims to demonstrate that a person other than the accused was the source of semen, injury or other physical evidence. The second one, also limited to sexual behavior, applies when the initiative to raise the subject comes from the prosecution or when the accused can use it to prove consent. Finally, the third exception presents itself in a more general form, asserting admissibility if the exclusion would violate the defendant's constitutional rights.

This last exception, emphasizing the compatibility of the rape shield with the U.S. Constitution, safeguard constitutional rights but imposes the argumentative responsibility on the defendant side. The accused needs to demonstrate that, in this specific situation, certain aspects of the victim's previous behavior or predisposition are essentially linked with the proof, and denying that analysis might deny the defendant the due process. According to MILLER, this exception is most used for impeachment purposes.

Still regarding exceptions, a controversial matter dividing circuit courts in United States, is if evidence of prior recanted allegations of sexual assault by the victim consists in an admissible exception or forbidden evidence under rape shield. According

⁷ *Ibid.*, p. 13, 143.



to CASSIDY⁸ some courts deemed it might configure “general attack on the witness’ character for honesty”, therefore excluding the evidence because it would identify prior, involuntary sexual conduct of the complainant. On the other hand, some courts went further in analyzing the degree of similarity, pattern or connection between the two alleged sexual allegations. In other words, according to this divergence between the Unites States regional precedents, previous complaints of sexual assault in the past, afterwards denied by the victim, might be inadmissible.

Even though proposing some reforms in the institute so that legislation will explicitly regulate P.F.A. (prior false allegations) in rape shield statute, instead of precedent ruling, for the mentioned scholar, the probatory standard of this recant should be extremely high to be admissible as a previous untruthful claim. In short: judges should not be allowed to admit evidence of P.F.A. unless the evidence of falsity is strong⁹.

Therefore, for this preceding recantation to be considered admissible, it should be made by the complainant in circumstances that “do not give rise to an inference of pressure or intimidation”¹⁰. CASSIDY also states that “even evidence of acquittal of a defendant on prior charges should not be considered sufficient evidence of a prior *false* allegation to warrant impeachment, due to the government’s high level of proof beyond a reasonable doubt in criminal cases.”¹¹

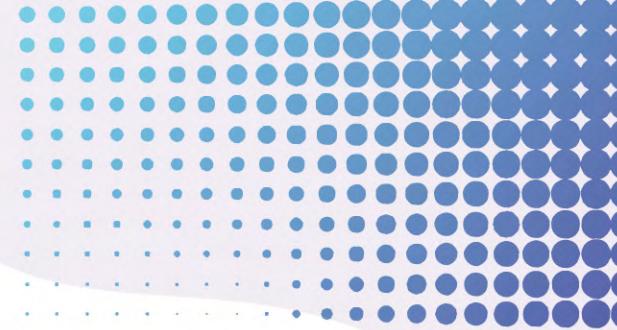
Although beyond the main scope of this article, it’s possible to briefly analyze the reach of the rape shield in civil cases according to the federal rule of evidence 412, which warrants some specificities. This is because evidence regarding sexual behavior or sexual predisposition is allowed if the general exceptions are met. Its probative value substantially outweighs the danger of harm to any victim and unfair prejudice to any party. On the other hand, evidence of the victim’s reputation is admissible only if the

8 CASSIDY, R. Michael. Character, Credibility, and Rape Shield Rules. Symposium: Commemorating The 200th Anniversary Of Mcculloch V. Maryland. In: *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Vol. 19:1, winter 2021, p. 164.

9 *Ibid.*, p. 170.

10 *Ibid.*, p. 170.

11 *Ibid.*, p. 170.



victim itself has raised this subject. In essence, it adds another balancing test, as stated by MILLER.¹²

Federal rule 412 also determines the procedure to request the admission of evidence harbored by the exceptions to the rape shield. A written motion, explicitly describing the evidence and purpose, is required at least 14 days before trial, a deadline which the court can alter for a good cause. Also, this motion must be served on all parties and notified to the alleged victim or their guardians and representatives. Finally, before admitting, the court must conduct a hearing in camera, grant the right to attend, and be heard by the victims and parties. All documents are sealed afterwards unless the court orders otherwise.

Necessary to point out that, as stated to MILLER, this hearing is intended to protect the victim, so if it's not conducted, the "trial court allows the defendant to present arguments for why the evidence he seeks to introduce", then failure to hold a rule 412(c) hearing should not lead to a reversal¹³.

The protective nature of this pretrial hearing and procedure is also recognized by CASSIDY,¹⁴ stating that those mechanisms are effective "procedural safeguards", designed to "protect the complainant from public embarrassment and invasion of privacy", "encourage the reporting of sexual assault" and, specifically about defendant claims of prior false allegations of rape, prevent that those allegations "can be sprung on a complainant at trial".

3. Rape Shield and the Brazilian Legal System

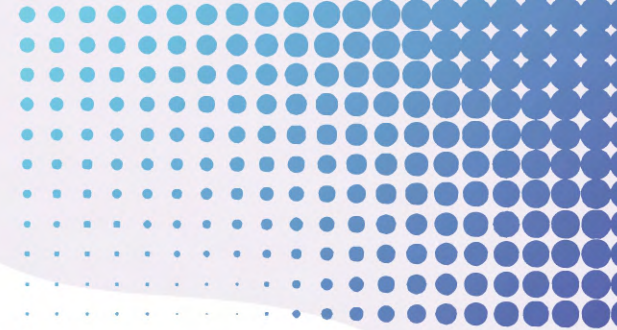
In Brazilian legislation, only in 2017 was a norm introduced whose specific and concrete goal is the dignified treatment and safeguarding of the suffering of victims of sexual crimes during hearing procedures. This innovation came with the enactment of Law 13.431/2017, which amended the Child and Adolescent Statute.

This law, also known as the "law of special testimony" or "law of testimony without damage", is directed to protect children and adolescents who are victims of violence, notably sexual violence.

12 MILLER, Colin. *Op. Cit.*, 2012, p. 12.

13 *Ibid.*, p. 18.

14 CASSIDY, R. Michael. *Op. Cit.*, 2021, p. 169.



According to the normative act, the deposition of a child or adolescent victim of a sexual crime will be taken only in court, by a specialized professional, without the physical presence of the other actors (only virtual), confidentially. Questions will only be allowed to be asked by the parties through the specialized professional and after careful analysis of the pertinence by the judge.

The law also brought original guidelines in Brazilian legislation, such as the right of children and adolescents offended by sexual crimes to be safeguarded and protected from suffering, with the right to support, planning of their participation, priority in the proceedings, procedural promptness, the suitability of the service, and limitation of interventions.

However, it should be noted that Law 13.431/2017 did not include any application for those over eighteen years old.

Recently, however, the concern with respecting the privacy and dignity of the victim of sexual crime at any time of life was the subject of more significant debate and reflection, in the face of the viral scenes of the embarrassing testimony of the victim Mariana Ferrer, in a process aimed at investigating rape crime.

Law 14.245/2021 was enacted under this social impact, coined as Mariana Ferrer Law.

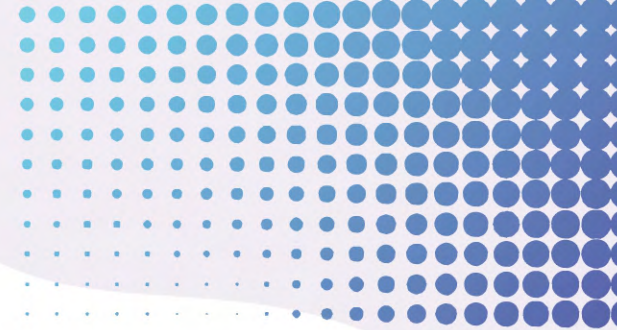
In summary, the law provides for a prohibition on the parties and the judge, during the taking of judicial depositions, to talk about circumstances or elements that are unrelated to the facts being investigated in the records; and to use language, information or material that offends the dignity of the victim or witnesses.

The consequence of the violation of the rule is the subsequent civil, criminal and administrative liability. Therefore, it can be noted that this law only reiterated duties and responsibilities already existing in Brazilian law.

Finally, in 2022, following the same concern addressed here, the "institutional violence" crime was created by Law 14.321/2022, amending Law 13.689/2019, which, in turn, provides for abuse crimes of authority.

This is a criminal type directed exclusively to public agents, in case they subject the victims of violent crimes, including sexual crimes, to vexatious and unnecessary procedures. It is noteworthy that there is no provision for penalties for individuals, defendants or lawyers for the violation of these precepts.

It can be observed, therefore, that Laws 14.245/2021 and 14.321/2022, which cover the majority of the population, did not generate any "shield" for the victim of



sexual crime, which would presuppose a provision that would armor the victim from psychological aggression during the criminal prosecution. At this point, Brazilian legislation is limited to covering the damage that has already been caused; the harm that has already been done.

Therefore, the advances made by the legislature to protect the psychological integrity of the victims of sexual abuse are recent and do not shield the victim from experiencing embarrassment during a criminal prosecution. So much so that it is not uncommon for the law operator to encounter vexatious situations to which the victim is subjected, commonly provoked by the defendant's lawyer in the eagerness to exercise an unlimited right of defense.

Another notable difference is that the Brazilian legislation specifically regards the hearing and testimony procedures. At the same time, the rape shield in U.S. law reaches the admission of evidence itself, forbidding matters to be considered by the trier.

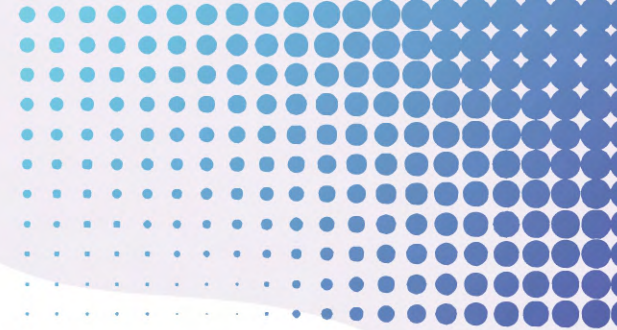
This difference in the treatment conferred to the victim by American Law and the few protection rules existing in Brazilian Law demonstrates how much our legal system is based on a wide, almost unlimited range of guarantees to the defendant. In contrast, the victim, despite legislative innovations, remains excluded.

4. Conclusion

This article aims to present general notions of the institute known as the rape shield in the United States and establish a comparison with the Brazilian legislation.

Historically, in the United States, rape law and moral judgement regarding the victim's sexual behavior were frequently mistaken, allowing evidence related to previous sexual experience and exposure to the victim's intimacy. The injustice of that construct has led to the development of laws to protect rape victims from such exposure – the so called rape shield laws.

The mechanism excludes evidence in civil or criminal cases that involve analyzing the victim's sexual behavior and sexual predisposition, therefore prohibiting the admission of evidence of a complainant's sexual reputation or sexual history as an indicator of truthfulness.



Furthermore, albeit with some criticism posed by a certain portion of doctrine, this important mechanism has been widely considered compatible with the U.S. Constitution, notably with the sixth amendment's confrontation and compulsory process clauses.

On the other hand, the Brazilian criminal procedure protects victims of crimes, but not specifically for victims of sexual crimes, until recently. Thus, in the past years, there have been some special laws (Laws 13.431/2017 and 14.245/2021) granting protection to victims of sexual crimes.

It's detectable that the Brazilian legislation specifically regards the hearing and testimony procedures. At the same time, the rape shield in U.S. law reaches the admission of evidence itself, forbidding matters to be considered by the trier. The rape shield provides more comprehensive protection to the complainant since it avoids revictimization throughout the entire process, not only on specific acts.

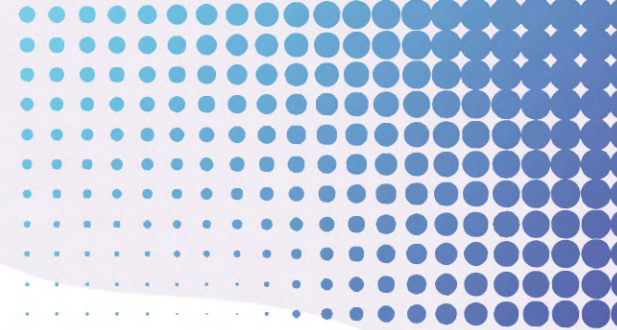
References

ANDERSON, Michelle J. From Chastity Requirement To Sexuality License: Sexual Consent and a New Rape Shield Law. In: *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Villanova University School of Law, n. 5, set/2002;

CASSIDY, R. Michael. Character, Credibility, and Rape Shield Rules. Symposium: Commemorating The 200th Anniversary Of *Mcculloch V. Maryland*. In: *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Vol. 19:1, winter 2021;

KRAMER, Elizabeth J. When Men Are Victims: Applying Rape Shield Laws to Male Same-Sex Rape. In: *New York University Law Review*, vol. 73:293, april 1998;

MILLER, Colin. Evidence: Rape Shield Rule. CALI eLangdell Press. 2012.



PROTEGENDO AS VÍTIMAS DE CRIMES SEXUAIS: ANÁLISE DO “RAPE SHIELD” NOS ESTADOS UNIDOS E PARALELO COM A LEI BRASILEIRA

Fernanda de Paula Silva

Guilherme de Castro Germano

Ana Barbara Canedo Oliveira

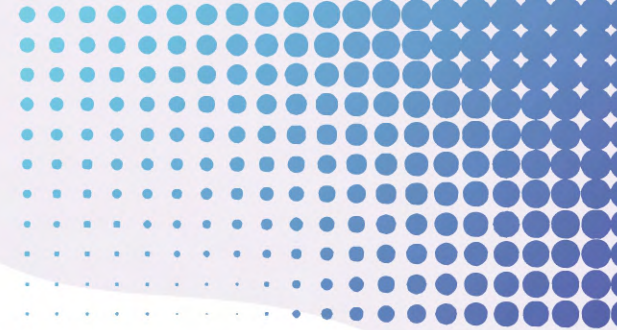
Lucas Pardini Gonçalves

Thaiza Goulart Soares Machado

Resumo: Este artigo busca analisar o instituto do “Rape Shield” no Direito Norte-Americano para verificar sua compatibilidade com o sistema legal brasileiro. Iniciando com uma abordagem histórica, seguido por uma análise dos pontos controversos do “Rape Shield” nos Estados Unidos. O artigo conclui fazendo um comparativo com os institutos de proteção às vítimas no Brasil.

Palavras chave: “Rape Shield”. Crimes sexuais. Abuso sexual. Proteção à vítima. Lei 14.245/2021. Processo penal.

Conteúdo: 1. Introdução: histórico das leis do Rape Shield; 2. Aplicação do Rape Shield na Lei e Doutrina dos Estados Unidos; 3. Rape Shield e o sistema legal brasileiro; 4. Conclusão



1. Introdução: histórico das leis do *Rape Shield*

Historicamente, nos Estados Unidos, leis sobre estupro e julgamento moral sobre o comportamento sexual da vítima não estiveram tão distantes como seria desejável. O passado sexual da vítima era considerado relevante para investigar a veracidade das alegações em casos de estupro. Dada a suposição de que uma mulher casta seria mais inclinada a resistir a avanços sexuais, enquanto mulheres impuras seriam mais inclinadas a consentir com o ato sexual e, após, mentir por qualquer razão¹⁵.

Tal suposição constituiu um comando normativo informal, mas forte, de acordo com o qual mulheres deveriam permanecer em abstinência sexual para receber proteção legal caso viessem a ser vítimas de estupro. ANDERSON chama isso de “requisito de castidade”, que tem suas raízes nos tempos bíblicos e no começo da “*common law*”¹⁶.

Desse modo, a defesa em julgamentos criminais frequentemente apresentava evidências relacionadas a experiências sexuais passadas e expunha a intimidade da vítima, colocando sob os holofotes fatos que não necessariamente tinham relação com o crime sendo julgado.

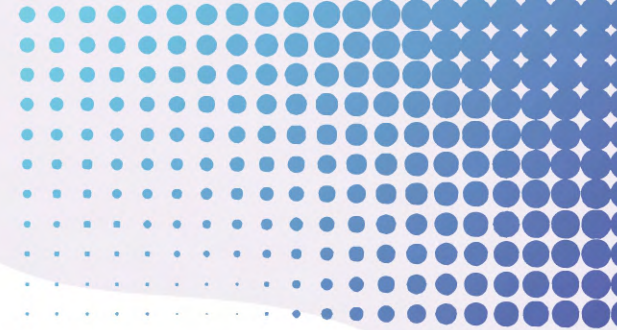
A injustiça dessa prática levou ao desenvolvimento de leis voltadas a proteger as vítimas de estupro dessa exposição – as chamadas leis de “*rape shield*”.

Começando com Michigan, em 1974, quase todas as jurisdições dos Estados Unidos, no começo da década de 1980, tinham aprovado tais leis, embora com diferenças substanciais entre elas.

Em 1978, a “Regra Federal de Prova n. 412” foi publicada com o objetivo de “proteger a suposta vítima contra invasões de privacidade, possível constrangimento e estereotipagem sexual associados com a divulgação de detalhes sexuais íntimos e insinuações no processo de descobrimento dos fatos”. Isso é aplicável tanto para casos criminais quanto civis. E pode ser invocado para proteger a vítima de uma

15 ANDERSON, Michelle J. From Chastity Requirement To Sexuality License: Sexual Consent and a New Rape Shield Law. In: *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Villanova University School of Law, n. 5, set/2002, p. 3.

16 *Ibid.*, p. 14-40.



ofensa (parte no litígio) ou uma outra pessoa, como uma testemunha, cujo comportamento sexual passado foi mencionado no processo.

É interessante pontuar que as leis de *Rape Shield* foram inicialmente pensadas para proteger mulheres vítimas de estupros praticados por homens. A maioria dos casos de estupro realmente acontecem mediante a conduta de um homem contra uma mulher. Mas embora em número menor, é um fato que homens também são vítimas. Nesse sentido, KRAMER pontua que a maioria dessas leis usam termos como “ré/réu” e “vítima” sem especificação de gênero, sendo igualmente aplicáveis para mulheres e homens. Em alguns estados, no entanto, estupro foi definido como um crime contra uma mulher. Desse modo, a proteção de homens vítimas de estupro sob a ótica das leis do *Rape Shield* é algo mais recente na legislação.

Hoje em dia, leis de *Rape Shield* são amplamente aplicáveis em todo o país, apesar de diferenças entre os estados e entre as jurisdições estaduais e federal, como será visto.

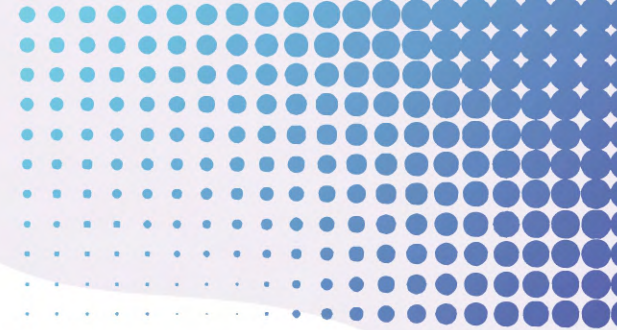
2. Aplicação do *Rape Shield* na Lei e Doutrina dos Estados Unidos

Considerando a variedade de leis de *Rape Shield* nos Estados Unidos, este artigo focará principalmente na regra federal, sua aplicação e seus pontos controversos. Não obstante, reiterando o tópico anterior deste estudo, como que há muitas similaridades entre os mecanismos regionais, tais considerações também podem se aplicar para as legislações de nível estadual.

Especificamente no que tange às regras federais sobre provas, a matéria é abordada na regra 412, “casos de ofensa sexual: a vítima”, a qual, embora “reescrita” pelo comitê competente entre 2009 e 2011, não teve o sentido alterado, já que o propósito da iniciativa era fazer regras de mais fácil entendimento, e não promover alterações substanciais¹⁷.

A regra 412 dispõe que algumas provas não são admissíveis em processos criminais ou civis envolvendo suposta conduta sexual. Desse modo, é aplicável não só para estupro ou casos de agressão sexual, mas também para outros casos,

17 MILLER, Colin. Evidence: Rape Shield Rule. CALI eLangdell Press. 2012, p. 9.



incluindo assédio sexual¹⁸. Além disso, é aplicável independentemente do gênero da vítima¹⁹.

Essas proibições envolvem a análise do comportamento e predisposição sexuais da vítima. A primeira hipótese compreende não só a conduta física mas também pensamentos, como fantasias ou sonhos, consensuais ou não consensuais²⁰. A segunda hipótese, predisposição, compreende elementos como modo de se vestir e de falar e estilo de vida, repelindo, desse modo, alegações, de acordo com exemplos trazidos por MILLER, de que casos homossexuais ou extraconjugais provariam inclinação a consentir com supostos estupros homossexuais ou extraconjugais.

Essas limitações foram cruciais para garantir às vítimas, especialmente mulheres, acesso à justiça e proteção da sua intimidade. Além do mais, esse mecanismo, apesar de ser criticado por parcela da doutrina, já foi repetidamente declarado compatível com a Constituição dos Estados Unidos, principalmente em confronto com a sexta emenda, como explicado por ANDERSON²¹.

A Regra 412, contudo, determina algumas exceções à inadmissibilidade dessas provas relacionadas ao comportamento e predisposição sexuais. É importante pontuar que essa admissão excepcional só significa que os elementos outrora considerando ilegais podem ser apresentados no julgamento. Ainda assim, não significa que a vítima está mentindo ou que o réu é inocente.

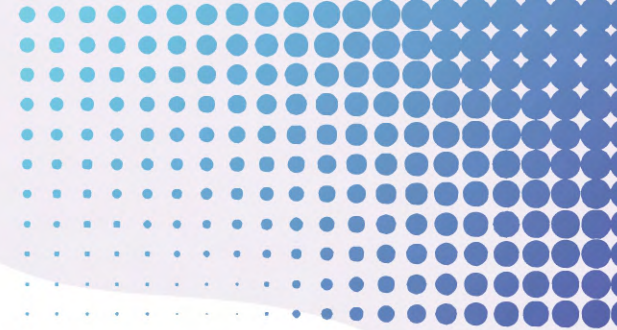
A primeira exceção ocorre quando a prova de um determinado aspecto no comportamento sexual da vítima busca demonstrar que uma pessoa que não a acusada foi a fonte do sêmen, agressão ou outra prova física. A segunda, também limitada ao comportamento sexual, é aplicável quando a iniciativa para levantar o assunto vem da acusação ou quando o acusado pode usar isso para provar consentimento. Finalmente, a terceira exceção se apresenta de forma mais geral, afirmando admissibilidade se a exclusão for violar direitos constitucionais do acusado.

18 *Ibid*, p. 10.

19 Regarding the matter of massively underreported male rape, KRAMER, Elizabeth J. *op. cit.*, 1998.

20 MILLER, Colin. *Op. Cit.*, 2012, p. 2-3.

21 *Ibid.*, p. 13, 143.



Esta última exceção, enfatizando a compatibilidade do Rape Shield com a Constituição dos Estados Unidos, protege direitos constitucionais, mas estabelece o ônus argumentativo para o réu. O acusado precisa demonstrar que, naquela situação específica, certos aspectos do comportamento ou predisposição anteriores da vítima estão relacionados com a prova, e negar essa análise pode comprometer o devido processo legal. De acordo com MILLER, essa exceção é majoritariamente usada para propósitos de *impeachment*.

Ainda no que diz respeito a exceções, um ponto controverso que vem dividindo tribunais nos Estados Unidos é se alegações anteriores de agressão sexual por parte da vítima, posteriormente retratadas, consistem exceção admissível ou prova proibida sob a ótica do *Rape Shield*. De acordo com CASSIDY²², alguns tribunais consideraram que isso poderia configurar “ataque generalizado ao caráter e honestidade da testemunha”, e excluíram a prova porque identificaria conduta sexual anterior e involuntária por parte do reclamante. Por outro lado, alguns tribunais se aprofundaram na análise do nível de similaridade e conexão entre as duas alegações de agressão sexual. Em outras palavras, de acordo com essa divergência entre os precedentes regionais nos Estados Unidos, reclamações de agressão sexual no passado, posteriormente negadas pela vítima, poderiam ser inadmissíveis.

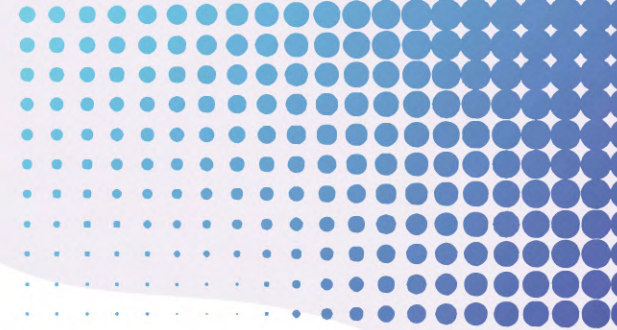
Embora propondo algumas reformas no instituto para que a legislação explicitamente regule alegações passadas falsas no estatuto do *Rape Shield*, em vez de julgar por precedentes, o padrão probatório dessa retratação deveria ser extremamente alto para ser admissível como uma reclamação passada não verdadeira. Em resumo: juízes não deveriam poder admitir prova de alegações passadas falsas a menos que a prova de falsidade seja forte²³.

Desse modo, para que a retratação seja considerada admissível, deve ser feita pelo reclamante em circunstâncias que “não ensejem alegações de interferência por pressão ou intimidação”²⁴. CASSIDY também afirma que “mesmo a evidência da

22 CASSIDY, R. Michael. Character, Credibility, and Rape Shield Rules. Symposium: Commemorating The 200th Anniversary Of *Mcculloch V. Maryland*. In: *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Vol. 19:1, winter 2021, p. 164.

23 *Ibid.*, p. 170.

24 *Ibid.*, p. 170.



absolvição de um réu em acusações anteriores não deve ser considerada evidência suficiente de uma alegação falsa anterior para justificar o impeachment, devido ao alto nível de prova do governo além de uma dúvida razoável em casos criminais”.²⁵

Embora fuja do escopo principal deste artigo, é possível analisar brevemente o alcance do *Rape Shield* em casos civis de acordo com a regra federal 412, que garante algumas especificidades. Isso ocorre porque provas sobre comportamento e predisposição sexuais são permitidas se as exceções gerais são satisfeitas. O seu valor probatório supera substancialmente o perigo de dano para qualquer vítima e de prejuízo para qualquer parte. Por outro lado, prova sobre a reputação da vítima só é admissível se foi a própria vítima que levantou essa questão. Em resumo, adiciona outra ponderação de valores, como dito por MILLER.²⁶

A regra federal 412 também determina o procedimento para requerer a admissão da prova abrigada pelas exceções do *Rape Shield*. Uma petição escrita, descrevendo explicitamente a prova e o objetivo, é requerida pelo menos 14 dias antes do julgamento, sendo este um prazo que o tribunal pode alterar em caso de bom motivo. Além disso, essa petição precisa ser notificada às partes e à alegada vítima e seus representantes. Finalmente, antes de admitir a prova, o tribunal precisa realizar uma audiência, garantir o direito de presença, e ouvir pelas vítimas e partes no processo. Todos os documentos são selados depois, salvo determinação em sentido contrário por parte do tribunal.

É necessário pontuar que, como exposto por MILLER, essa audiência tem o propósito de proteger a vítima, então se não é realizada, o “tribunal permite que o acusado apresente argumentos de porque a prova deve ser admitida”, portanto a não realização da audiência prevista na regra 412(c) não deve levar a uma reversão²⁷.

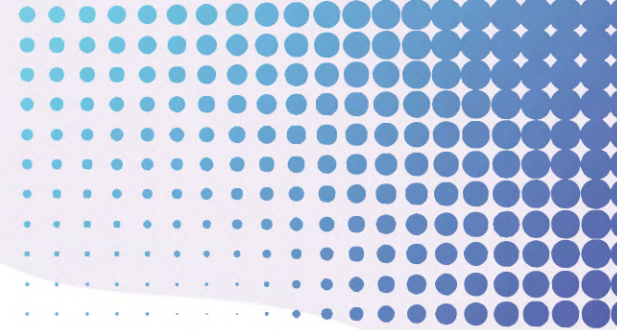
A natureza protetiva dessa audiência preliminar é também reconhecida por CASSIDY,²⁸ que argumenta que esses mecanismos são efetivas “garantias processuais”, projetadas para “proteger o reclamante do constrangimento público e invasão da privacidade”, “encorajar a denúncia de agressões sexuais” e,

25 *Ibid.*, p. 170.

26 MILLER, Colin. *Op. Cit.*, 2012, p. 12.

27 *Ibid.*, p. 18.

28 CASSIDY, R. Michael. *Op. Cit.*, 2021, p. 169.



especificamente no que diz respeito às alegações passadas falsas, prevenir que essas alegações “possam atingir o reclamante no julgamento”.

3. Rape Shield e o sistema legal brasileiro

Na legislação brasileira, somente em 2017 foi introduzida uma norma cujos objetivos específicos e concretos são o tratamento digno e a proteção das vítimas de crimes sexuais durante as audiências no processo. Essa inovação veio com a promulgação da Lei 13.431/2017, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Essa lei, também conhecida como “lei do depoimento especial” ou “lei do depoimento sem dano”, é direcionada a proteger crianças e adolescentes vítimas de violência, notadamente violência sexual.

De acordo com o ato normativo, o depoimento de uma criança ou adolescente vítima de um crime sexual somente será tomado no tribunal, por um profissional especializado, sem a presença física das outras partes (somente virtual), confidencialmente. Perguntas somente serão poderão ser feitas pelas partes por meio do profissional especializado, e após cautelosa análise de pertinência por parte do juiz.

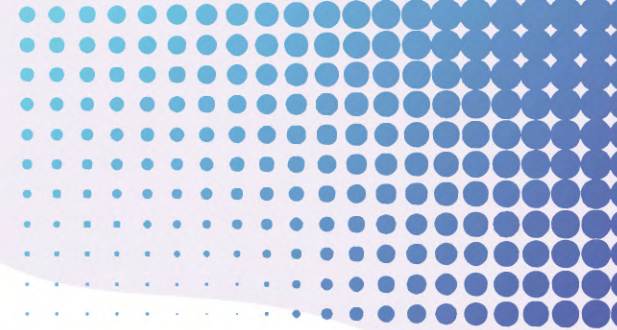
Essa lei também trouxe diretrizes originais na legislação brasileira, como o direito de crianças e adolescentes vítimas de crimes sexuais de serem ser resguardados e protegidos de sofrimento, com direito a apoio, planejamento de sua participação, prioridade na tramitação do processo, celeridade processual, idoneidade do atendimento e limitação das intervenções.

Contudo, deve ser pontuado que a Lei 13.431/2017 não incluiu nenhuma aplicação para aqueles maiores de dezoito anos de idade.

Recentemente, entretanto, a preocupação com o respeito à privacidade e dignidade da vítima de crimes sexuais em qualquer momento da vida foi objeto de maior debate e reflexão, diante das cenas virais do depoimento constrangedor da vítima Mariana Ferrer, em um processo que investigava o crime de estupro.

A Lei 14.245/2021 foi promulgada em razão desse impacto social, e ganhou o nome de Lei Mariana Ferrer.

Em resumo, a lei estabelece uma proibição para as partes e para o juiz, durante o depoimento judicial, de falar sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos



objeto de apuração nos autos; e de usar linguagem, informações ou material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

A consequência para a violação da regra é a responsabilização civil, penal e administrativa. Desse modo, é possível notar que essa lei só reiterou deveres e responsabilidades já existentes na lei brasileira.

Finalmente, em 2022, seguindo a mesma preocupação exposta neste artigo, o crime de “violência institucional” foi criado pela Lei 14.321/2022, que alterou a Lei 13.869/2019, que, por sua vez, dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade.

Esse é um tipo penal direcionado exclusivamente a agentes públicos, caso eles submetam as vítimas de crimes violentos, inclusive de crimes sexuais, a procedimentos vexatórios e desnecessários. É importante ressaltar que não há previsão de penalidade para indivíduos, acusados ou advogados que violarem esses preceitos.

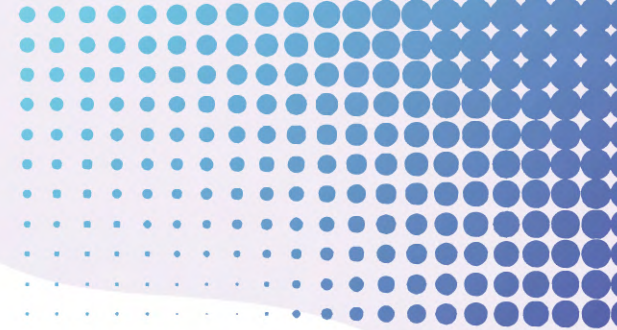
Observa-se, portanto, que as Leis 14.245/2021 e 14.321/2022, que abrangem a maioria da população, não geraram nenhum “escudo” para a vítima de crime sexual, o que pressuporia um dispositivo que a blindasse de agressão psicológica durante a persecução penal. Neste ponto, a legislação brasileira limita-se a cobrir os danos já causados; o mal que já foi feito.

Assim, os avanços feitos na legislação para proteger a integridade psicológica das vítimas de crimes sexuais são recentes e não impedem que a vítima passe por constrangimento durante o processo criminal. Tanto que não é incomum para o operador do direito encontrar situações vexatórias a que as vítimas são sujeitas, comumente provocadas pelo advogado do acusado na ânsia de exercer um direito de defesa ilimitado.

Outra diferença notável é que a legislação brasileira trata especificamente dos procedimentos de audiência e depoimento. Ao mesmo tempo, o *Rape Shield* na lei norte-americana atinge a própria admissão de provas, proibindo que questões sejam sequer apreciadas pelo julgador.

A diferença de tratamento conferido à vítima entre a lei norte-americana e as poucas leis de proteção existentes no Brasil demonstram como o nosso sistema legal é baseado em uma ampla, quase ilimitada gama de garantias para o acusado. Em contraste, a vítima, apesar das inovações legislativas, permanece excluída.

4. Conclusão



Esse artigo busca apresentar noções gerais sobre o instituto conhecido como *Rape Shield* nos Estados Unidos e estabelecer uma comparação com a legislação brasileira.

Historicamente, nos Estados Unidos, leis sobre estupro e julgamento moral sobre o comportamento sexual da vítima foram frequentemente confundidas, permitindo a admissão de provas relacionadas a experiências sexuais passadas e a exposição da intimidade da vítima. A injustiça dessa prática levou ao desenvolvimento de leis voltadas a proteger as vítimas de estupro dessa exposição – as chamadas leis de “*rape shield*”.

O mecanismo exclui provas em casos civis ou criminais que envolvem análise do comportamento e predisposição sexuais da vítima, desse modo proibindo a admissão de provas da reputação sexual ou do histórico sexual do acusado como indicador de veracidade.

Além do mais, apesar de ser criticado por parcela da doutrina, esse importante mecanismo já foi amplamente considerado compatível com a Constituição dos Estados Unidos, principalmente em confronto com a sexta emenda.

Por outro lado, o processo penal brasileiro protege vítimas de crimes, mas não especificamente as vítimas de crimes sexuais, até recentemente. Nesse sentido, nos últimos anos houve algumas leis especiais (Leis 13.431/2017 e 14.245/2021)] garantindo proteção às vítimas de crimes sexuais.

É notável que a legislação brasileira engloba especificamente a oitiva da vítima e de testemunhas. Ao mesmo tempo, o *Rape Shield* na lei dos Estados Unidos alcança a admissão da prova em si, proibindo que as matérias sejam consideradas pelo julgador. O *Rape Shield* fornece maior proteção ao acusado, já que evita a revitimização durante todo o processo, e não somente em atos específicos.

Referências

ANDERSON, Michelle J. From Chastity Requirement To Sexuality License: Sexual Consent and a New Rape Shield Law. In: *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Villanova University School of Law, n. 5, set/2002;

CASSIDY, R. Michael. Character, Credibility, and Rape Shield Rules. Symposium: Commemorating The 200th Anniversary Of Mcculloch V. Maryland. In: *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Vol. 19:1, winter 2021;

Clínica de Justiça Criminal

Primeira Edição



KRAMER, Elizabeth J. When Men Are Victims: Applying Rape Shield Laws to Male Same-Sex Rape. In: *New York University Law Review*, vol. 73:293, april 1998;

MILLER, Colin. *Evidence: Rape Shield Rule*. CALI eLangdell Press. 2012.