

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARINA SAAVEDRA ARAÚJO

A CREDIBILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL:

Análise objetiva no crime de Estupro de Vulnerável, art. 217-A, CP

Florianópolis-SC

2017

MARINA SAAVEDRA ARAÚJO

A CREDIBILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL:

Análise objetiva no crime de Estupro de Vulnerável, art. 217-A, CP

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao programa de graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), como requisito para obtenção do título de bacharel em direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa, Juiz de Direito.

Florianópolis-SC

2017

MARINASAAVEDRA ARAÚJO

A CREDIBILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL:

Análise objetiva no crime de Estupro de Vulnerável, art. 217-A, CP.

Tese de Conclusão de Curso, apresentada ao Programa de Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), julgada e aprovada para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Coordenador: Prof. Alexandre Morais da Rosa, Dr.

Florianópolis, 29 de maio de 2017.

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa,
Juiz de Direito, Universidade Federal de Santa
Catarina

Prof^a. Fernanda Mambrini Rudolfo, Defensora
Pública, Universidade Federal de Santa Catarina

Prof^a. Raquel Mazzuco Sant'Ana
Mestranda, Universidade Federal de Santa Catarina

Esta tese de conclusão de curso é dedicada ao Prof. Dr. Élito Araújo e à Carmen Rosa Saavedra, mestres maravilhosos que, cada um a seu modo, despertaram a sede inextinguível pelo conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa e a Professora Fernanda Mambrini que desde o primeiro contato, mostraram-se muito disponíveis e responsáveis ao contribuir com sua reconhecida competência e sabedoria;

Ao Professor Dr. Sandro Sell, pela criatividade, ousadia e dedicação ao magistério;

Ao Professor Dr. Edmilson, cujo saber psicanalítico é admirável;

À Advogada Raquel, pela meiguice, carinho e boa vontade em ter aceitado o convite para avaliar o presente trabalho, e fazer parte de um momento especial para mim;

À Advogada Ana Elisa Wippel, pelo incentivo, amizade e dedicação;

Aos queridos avós Mirna Nagel e Eng. Adolfo Grover Saavedra Ângulo (*in memoriam*) meus eternos exemplos de vida e aos tios e empresários Ricardo e Eduardo Saavedra por permitirem ingressar na riqueza de suas histórias de vida e sucesso profissional, contribuindo, assim, para a motivação e realização desta tese de graduação;

E também a todos familiares, próximos ou mais distantes, tios, bisavós (*in memoriam*), primos e amigos que serviram de inspiração com seu sucesso pessoal e profissional e que sempre manifestaram seu apoio e incentivos a esta batalha que em breve chega ao capítulo final.

**“Aqui na minha cela estou muito só,
Só há lugar para sonhar, sonhar
sonhar...
Sonhos de espadas e Serpentes,
Sonhos de morte e liberdade.”**

(Ataque 77, Espadas y Serpentes)

A clássica música argentina do Ataque 77 retrata a voz de um homem em cárcere com memórias de sua vida em momento anterior à prisão.

Questiona-se a suposta permissão do Estado Democrático de Direito da República Federativa Brasileira para acabar com vidas e histórias baseado em seus interesses, através de concepções criadas por ele mesmo dos conceitos do que é o certo e o errado.

RESUMO

A presente monografia cujo título “A CREDIBILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL: Análise objetiva no crime de Estupro de Vulnerável, art. 217-A, CP” tem por tema questionar se o testemunho puro da vítima nos crimes de estupro de vulnerável é suficiente para ensejar a condenação. Nesta análise, parte-se do pressuposto que a prova citada é suficiente para formar o convencimento do Magistrado no sentido de uma condenação criminal. A efetividade da legislação processual penal na busca de uma pena legítima, à luz dos princípios e das garantias constitucionais, pode amparar-se unicamente na prova testemunhal no crime de estupro de vulnerável, ainda que seja o único meio probatório apenas se corroborar com o conjunto probatório, ou se, ausente este, mantiver linearidade nos depoimentos.

O método de abordagem utilizado é indutivo¹, e o método de procedimento monográfico. A temática foi desenvolvida através da técnica de documentação indireta, envolvendo pesquisa bibliográfica e pesquisa documental.

Palavras-chave: prova testemunhal, palavra da vítima, estupro de vulnerável, direito penal, direito processual penal.

¹ Na elaboração deste idem foi utilizada a seguinte obra de Metodologia Científica: OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. Monografia Jurídica: orientações Metodológicas para o Trabalho de Conclusão de Curso. 3. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Síntese, 2003.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 09 |
| 2. CAPÍTULO 1 – A PROVA TESTEMUNHAL NO RITO ORDINÁRIO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO..... | 11 |
| 2.1 A prova testemunhal como procedimento de investigação/produção de verdade | 11 |
| 2.2 A testemunha como elo entre o juiz e o <i>thema probandum</i> | 16 |
| 2.3 A legislação a respeito da prova testemunhal: aspectos formais | 19 |
| 3. CAPÍTULO 2 – CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL | 25 |
| 3.1 Aspectos gerais dos crimes contra dignidade sexual | 25 |
| 3.2 Aspectos formais da tipificação do crime de Estupro de Vulnerável | 26 |
| 3.3 Crime consumado na clandestinidade: ausência de provas..... | 35 |
| 3.4 Falibilidade da sentença proferida | 38 |
| 4. CAPÍTULO 3 – CREDIBILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL DIANTE DA CONTRADIÇÃO DE DEPOIMENTO DA ACUSAÇÃO VERSUS DEFESA | 45 |
| 4.1 O valor da palavra da vítima | 45 |
| 4.2 O jogo da crença e da descrença da palavra da vítima | 51 |
| 4.3 A linearidade do depoimento | 54 |
| 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 58 |
| 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 62 |

1. INTRODUÇÃO

“Seja lá o que você possa fazer, sonhar, comece. A ousadia sempre traz genialidade poder e mágica.” (GOETHE)

Na vasta orla do direito processual, seja ele civil ou penal, quase não se admite demanda judicial sem a produção de prova como meio de reconstrução de uma verdade jurídica. O julgador togado almeja no processo alcançar o mais alto grau de probabilidade, e vislumbrar um processo sem prova seria um verdadeiro contrassenso já que é da própria natureza do ato a colheita de elementos probatórios consubstanciadores.

Despiciendo, afigura-se por certo, sobrelevar que o juiz sentencia com base nos relatos do delito, e ainda que seja um livre convencimento motivado, este funda-se tão somente em um ‘convencimento’, e não necessariamente na verdade.

A prova como reconstrução dos fatos investigados merece notoriedade, sem exagero, isto por que destina-se a projetar o futuro do inocente, ou antagonicamente do transgressor. Não raras vezes, inocentes já cumpriram penas por delitos que não cometeram e muitos delinquentes mantiveram-se soltos e abraçados pela impunidade.

Os frágeis liames entre a prova e busca pela verdade real ensejaram uma preocupação com a credibilidade prova testemunhal do depoente menor de 14 anos. Além disso, o iter entre o conhecimento do fato e a sua declaração é que motivaram o desenvolvimento da pesquisa.

É cediço que no meio judicial muitos acontecimentos são registrados, voluntária e involuntariamente, de forma diversa da realidade, especialmente nos crimes de Estupro de Vulnerável, e é através da prova testemunhal que,

ultrapassando o juiz os lindes da incerteza, da dúvida e esmiuçando o amalhado no caderno processual, determinará a inocência ou a condenação do possível estuprador.

As disciplinas de Psicologia Jurídica, Direito Penal e Processual Penal, conjuntamente com legislações arcaicas com inúmeras restrições ao direito de testemunhar dos menores de 14 anos, estimulam a construção de uma realidade distinta das vivenciadas nas câmaras criminais no tocante ao valor da palavra desses pequeninos informantes do *thema probandum*. O manto diáfano da imagem de pais educados, tios extrovertidos, famílias felizes esconde, por vezes, a nudez crua de uma realidade sórdida.

Será discorrido no primeiro capítulo acerca da prova testemunhal no rito ordinário do Processo Penal Brasileiro adotando um viés deontológico e foucaultiano. Já no segundo capítulo, será tratado com especificidade os crimes de natureza sexual, analisando objetivamente o crime de estupro de vulnerável e as alterações trazidas pela Lei. 12.015, de 7 de agosto de 2009. No terceiro e último capítulo discutir-se-á credibilidade da prova testemunhal ante a contradição de depoimento da acusação versus defesa e a credibilidade da sentença penal proferida.

Passa-se, assim à análise proposta.

2. A PROVA TESTEMUNHAL NO RITO ORDINÁRIO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

2.1 A prova testemunhal como procedimento de investigação/produção de verdade

Os procedimentos de investigação da verdade – característicos do saber de inquérito – permanecem como técnicas de descoberta e de investigação da verdade, isto por que se manifestarão pela reconstituição dos fatos através dos testemunhos, procedimentos de investigação policial, inquirição das vítimas, acusados e testemunhas ou mesmo a sentença.

François Edward (1993, p. 62), em sua releitura de Foucault (1999), enfatiza que o direito em si mesmo não existe. O que existe são “*práticas jurídicas indissociáveis de determinado tipo de racionalidade, de determina maneira de pensar através de um jogo de categorias que as reflete, as ordena, as finaliza*”. Foucault (1999) discorre sobre o regime de verdade denominado inquérito para as sociedades modernas, que passa a ser, ao mesmo tempo, um sistema de provas racionais que reconstitui através de testemunhos o que se passou. O instituto é visto também como uma prática de confissão, de inquirição, impregnado de categorias religiosas. Tal objeto, enquanto modelo matriz de verdade, se desenvolve como uma forma de saber, a partir do qual outros saberes são possíveis.

Ocorre que, ao transpassar para os parâmetros hodiernos, esse procedimento de investigação da verdade adquire outros princípios e outra lógica muito mais amplas. Um novo regime que não busca exatamente saber o que aconteceu, mas quem são as pessoas envolvidas, quem é a vítima, quem é o acusado, e qual sua potencial periculosidade, suas intenções e desejos. Assim, as testemunhas serão chamadas para colaborar nas investigações policiais com informações que dizem respeito aos envolvidos, e não exatamente ao episódio.

Revel (2002, pp. 64-65) afirma a Foucault que o regime de verdade, ou jogos de verdade, é uma medida, são critérios de seleção, atualização, funcionamento

e produção de discursos, mecanismos de distinção entre o verdadeiro e o falso. Portanto, ao analisar e avaliar os envolvidos e classificá-los em “homens normais” e “homens perigosos”, cria-se “*uma nova arte de julgar, uma lógica, uma economica, uma maneira de o poder refletir suas estratégias*”.²

Ao relacionar esta nova estratégia de descoberta da verdade com a sociedade capitalista desenvolve-se uma concepção de poder vista como estratégia, e não como propriedade de uma classe ou de um grupo. Nesse sentido, um grupo ou classe não se apropria do poder, apenas “o exerce em posições estratégicas”, sendo o próprio Estado, um efeito de conjunto dessas posições.

No que tange a prova testemunhal como produção e investigação da verdade, denota-se que nem os sujeitos nem os objetos são preexistentes ao saber, a relação entre o sujeito e o objeto é problematizada desde o momento em que esse sujeito que conhece é, ele mesmo, constituído por discursos.

Através da concepção de sujeito de Foucault, o sujeito do discurso é um lugar de fala. Para obtenção mais próxima da verdade, não se trata de analisar o discurso como se tivesse sido produzido por um sujeito por que “*a enunciação é o correlato de uma certa posição sócio-histórica*” (MAINGUENEAU, 1997, p.14). Destarte, o sujeito que fala é um lugar socialmente e institucionalmente posicionado, assim comprovando a clara perspectiva de Foucault de que todo saber é político e só poderá ser compreendido a partir das correlações de forças.

A problemática cinge quando os enunciados tornam-se a referência principal da investigação e o “*sujeito se torna pura função, ou pura posição; o que interessa é considerar o discurso no seu puro fato de ter lugar*” (AGAMBEN, 2008, pp. 140-141). Fato é que o sujeito emite o discurso, e este discurso cria a verdade e a sua própria legitimação a partir de relações de poder entrelaçadas a outros tipos de relação de poder (políticas, produção, família, sexualidade).

² No Renascimento surgiram diversos saberes e técnicas a partir dos procedimentos de verdade características do Inquérito, tais como saberes voltados para análise do homem - psiquiatria, pedagogia, psicologia – que consolidaram novas práticas de vigilância e normalização do homem. Essas searas se articulam com as práticas judiciárias porque, tem por função auxiliar o prática do controle dos indivíduos concretizando a sociedade disciplinar fundamentada no controle e na vigilância, apresentada por Foucault em Vigiar e Punir (1976).

A proposta metodológica de Foucault consiste em considerar os discursos como uma população de acontecimentos dispersos, procurar as condições de sua existência, sua correlação com outros enunciados de forma a constituir novas e inesperadas séries e, então, descrever relações elas (FOUCAULT, 2004: pp. 09; 10; 24; 26; 32). Para estabelecer descontinuidades, portanto, é preciso remeter-se a um conjunto de relação a uma seara, em que diversos objetos se transformam, sem limitar-se a um sujeito do acontecimento e sua relação direta com o caso.

A descontinuidade adentraria o espaço com formações discursivas constituídas por diversas relações: entre as categorias penais e graus de responsabilidade diminuída e os discursos de características adquiridas, inatas ou hereditárias; entre instâncias de decisões judiciais e médicas; entre interrogação judicial, investigação policial e questionários médicos, pesquisas de antecedentes; normas familiares, sexuais, penais e de comportamentos dos indivíduos (Foucault, 2004, p. 47).

Essas relações podem se transformar em condições históricas específicas de relações de força e enfrentamento, rearticulando-se e repetindo-se. É deste modo que os discursos presentes na prática jurídica nos casos de estupro podem ser considerados como conjuntos de enunciados de temporalidade própria. Isto porque, para Foucault, o enunciado não é inteiramente dependente da data e local de seu aparecimento, sendo dotado de materialidade repetível. Um mesmo enunciado também pode ser atualizado e ser reutilizado em novas articulações estratégicas, assumindo funções diferentes em relação de forças diversas, cenário perfeitamente ensaiado no filme dinamarquês *Jagten*³. Foucault (2004) e Deleuze (2008) instigam a pensar que o tempo do discurso não é o nosso tempo.

Não raro, nos casos de estupro, o enunciado central do 'dilema do não-consentimento' desemboca na desconfiança em relação àquele que denuncia; desconfiança indissociável de seu correlato caracterizado pelo pressuposto de que, por serem estigmatizadas, as mulheres não mentiriam quando se trata de acusar um homem por estupro. É esse entrelaçamento de discurso que caracteriza a

³ **HUNT, The.** Direção: Thomas Vinterberg. Produção: Morten Kaufmann; Sisse Graum Jørgensen; Thomas Vinterberg. Roteiro: Tobias Lindholm; Thomas Vinterberg. Zentropa Internacional Produções. Prêmio Bodil – Melhor Filme Dinamarquês. Dinamarca, 2010. 106 min.

desconfiança em relação à palavra da vítima e abre espaços para vários e mutáveis critérios – muito mais relevantes para análise dos resultados das sentenças.

Inequívoco é que o “jogo da crença e da descrença” em relação à palavra da vítima tem por função obscurecer o real acontecimento dos fatos pretéritos.

Nas construções teóricas dos juristas, nada é mais dito e repetido quanto a obrigação dos togados de saber diferenciar quais vítimas estão tentando prejudicar um homem por vingança ou chantagem e quais mulheres dizem a verdade. Ou seja, em linguagem foulcaultiana, quais mulheres movimentam o primeiro ou o segundo discurso; discursos indissociáveis. Essa distinção é possível através de posições a respeito de determinadas questões, quais sejam à natureza do estupro, das vítimas e dos estupradores, da luta pela atribuição de gravidade em relação a determinadas situações em detrimento de outras, do propósito da punição.

De outro norte, importante, ainda, conceituar alguns termos para compreensão global do tema.

A prova tem significado etimológico de origem latina *probatio, probationis*, que vem de *probus*, o bom, correto, honrado⁴. “A prova é o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgado da convicção de que certa alegação singular de fato é justificavelmente aceitável como fundamento da mesma decisão”.⁵

A palavra testemunha vem de *testibus*, que significa dar fé da veracidade de um fato. “En sentido jurídico probatório son terceras personas llamadas a comunicar al juzgador sus sensaciones extrajudiciales”⁶.

⁴ Nesse sentido, ver S. Sentis Melendo. La prueba, Buenos Aires, Ed. Europa-América, 1978, p.33

⁵ MENDES, João de Casto, Do conceito de prova em processo civil. Lisboa, Ed. Ática, 1961, p. 741.

⁶ ALCALÁ-ZAMORA, C. Y N.. Derecho procesal penal, 1945, v.3,p.83. Apud. AQUINO, José Carlos G. Xavier De. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro: incluindo a Delação Premiada sob o olhar constitucional brasileiro**. São Paulo, Letras Jurídicas, 2016, p.38 – “Em sentido jurídico probatório são terceiras pessoas chamadas a comunicar ao julgador suas impressões extrajudiciais”.

Já testemunho, é o teor do depoimento da testemunha. “*La narrazione Che fa una persona di fatti a lei noti per darne conoscenza ad altri*”⁷ Portanto, o segundo é o teor do depoimento da primeira.

Por fim, sobre o Vulnerável, em realidade, no seu conceito relacionado ao estupro, o legislador apenas estipulou as antigas hipóteses que a lei⁸ considerava casos de presunção de violência, a saber:

Presume-se a violência, se a vítima:
não é maior de 14 (catorze) anos;
é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Nesta senda, a partir dos conceitos de testemunha, testemunho, vulnerável, e a relação entre a prova testemunhal como procedimento de produção de verdade, é que é possível afirmar que a preocupação de investigação na esfera judicial não é exatamente estabelecer se determinado ato ocorreu ou não, mas acaba por perder-se em seu próprio trâmite e deslocar a atenção da investigação do episódio para os indivíduos envolvidos, de modo a questionar quem é a vítima, quem é o acusado, quais seus desejos e intenções e quais suas potenciais periculosidades.

2.2 A testemunha como elo entre o juiz e o *thema probandum*

Inicia-se este novo item partindo do pressuposto de que a prova testemunhal é um enunciado dirigido ao juiz, cujo conteúdo é o próprio testemunho, que tem o condão de narrar experiências, não apenas fatos. Isto ocorre porque o relato do fato pretérito foi inserido por meio da percepção, e conseqüentemente,

⁷ Cf; Liebman. Manuale,,pp. 154-5. Apud. AQUINO, José Carlos G. Xavier De. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro: incluindo a Delação Premiada sob o olhar constitucional brasileiro**. São Paulo, Letras Jurídicas, 2016, p.39 – Testemunho é “A narrativa que faz a pessoa detentora dos fatos de modo a dar conhecimento sobre os mesmos aos outros”

⁸ Redação em consonância com o art. 224 do Código Penal, revogado pela Lei no 12.015, de 7 de agosto de 2009.

registrado na memória do sujeito imerso em emoções e sentimentos, não estando isento de um juízo de valoração.

A acusação, contida na denúncia, afigura-se para o juiz como uma dúvida, e na busca de soluções que a própria dúvida possibilita, conta com a colaboração de terceiros, socorrendo-se de relatos inerentes ao passado. Não poderia ser de outra forma, uma vez que a ciência e tecnologia não são capazes de transportar o juiz ao pretérito para conhecer diretamente o fato.

O liame entre o magistrado e o fato a ser provado possui um duplo aspecto: a) o juízo da testemunha sobre a existência do fato e quem foi o seu autor; b) o juízo do juiz com relação à aceitação ou não do depoimento da testemunha. Embora muito sabe-se que o magistrado tem ampla autoridade e autonomia para perquirir a testemunha, não poderá reduzir seu testemunho aquém do que foi proferido, o que nos leva a clara conclusão de que apenas a testemunha é o verdadeiro e autêntico juiz do fato por ela observado, posto que só ela quem viveu aquela experiência do passado.

Compreende-se o testemunho como uma expressão da interpretação de fatos vividos no passado, e lícito se faz entendê-lo como um auxiliador na formação do juízo jurisdicional – até porque o juiz não é um ser supremo dotado de divindade que não necessita da ajuda de outros homens para exercer o mister que lhe incumbe.

Posto que a testemunha colabora com o desenvolvimento do processo e a formação de convicção jurisdicional, resta saber quais serão aquelas dignas de confiança e aquelas não-dignas de confiança. A confiança de que se fala à testemunha deve ser regulada não só pelo o que ela tem de dizer, ou não dizer a verdade, mas também pela sua capacidade e mais circunstâncias da sua organização.

O juiz poderá, desde que fundamentadamente, entender inverídico uma ou mais circunstâncias do depoimento, bem como avaliar outros pontos da narrativa e até aceitá-los, conferindo-lhes credibilidade.

A prova testemunhal se faz premente à verificação de fatos pretéritos ligados ao caso concreto que estará sobre apreciação jurisdicional, especialmente

nos crimes sexuais. Sobre o assunto, assim preleciona o Desembargador José Carlos G. Xavier de Aquino:

A adesão ao *dictum* da testemunha, por parte do magistrado, de certa forma torna-se responsável em parte, ou às vezes totalmente, pela decisão jurisdicional. Este é o ponto crucial que deve ser conscientemente apreciado pela testemunha. Contudo, amiúde, esta não percebe a importância do ato que vai praticar nem das consequências que ele pode produzir.⁹

Destarte, ao analisar o testemunho, deve o juiz dirigir sua ótica à coerência/justificação do depoimento e também à autoridade do autor – no sentido de credibilidade genérica.

São três os elementos constitutivos da prova testemunhal, o declarante, o destinatário e o objeto da declaração. Neste cenário, o declarante que narra o fato pretérito do mundo real é um indivíduo menor de 14 anos, e o destinatário é o juiz. O último elemento da declaração testemunhal é aquilo que se declara¹⁰.

Ademais, merece atenção especial a problemática da veracidade da declaração testemunhal, isto por que esta importa em uma ação linguística que se dirige de um sujeito para o outro (declarante ao juiz), com objetivo de reconstruir na mente do ouvinte um fato passado, com o condão de alterar, confirmar, ou exasperar certa dúvida no pensamento do togado.

Nesse sentido afirma o professor Aquino que “*com efeito, a idoneidade probatória só será preservada se a declaração testemunhal vier chancelada com o selo da veracidade e sinceridade*”¹¹ e ainda, distingue o testemunho verídico do sincero, posto que a narrativa pode ser sincera, mas não verídica, uma vez que o sujeito tem um fato como verdadeiro, enquanto não o é – como no caso das falsas memórias exploradas pela psicologia jurídica.

⁹ AQUINO, José Carlos G. Xavier De. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro: incluindo a Delação Premiada sob o olhar constitucional brasileiro*. São Paulo, Letras Jurídicas, 2016, p.94

¹⁰ Cf; Canelutti. *La prueba civil*, cit, p. 151.

¹¹ AQUINO, J. C.G.X de. 2016, p.83

É necessário compreender a fragilidade deste meio probatório, isto por que muitos acontecimentos são registrados, voluntária e involuntariamente de forma diversa da realidade fática.

Sob o aspecto da tutela no direito penal brasileiro do meio probatório em estudo, é importante frisar que não se descarta o testemunho como declaração mentirosa involuntária. Não raro, as coisas não verídicas podem ser fruto de afirmações feitas de boa-fé, porém, eivadas de erro de percepção, de memória ou até mesmo por sugestão imprevista, seja do magistrado ou da autoridade policial.

No tocante a mentira involuntária, inexistente na testemunha considerada nos crimes de estupro de vulnerável o dolo de falso testemunho, já que ela vem a juízo justamente com o propósito de dizer a verdade, mas por erro transfigura a verdade de um fato, induzindo, sem intenção, o magistrado em erro.

Conclui-se que a mentira involuntária prejudica o esclarecimento acerca do *thema probandum*¹², porém vislumbra-se que o processo sem prova seria um absoluto contrassenso. Dado este gérmen paradoxal que Carnelutti adverte ser a prova testemunhal o mal necessário.¹³

De outra banda, o arcabouço judiciário explana que muitas vezes é possível a existência de um processo com número apreciável de testemunhas, e dele não se obter nenhuma prova, ou diacronicamente, a existência de um processo com testemunho singular apto a merecer credibilidade e total validade¹⁴.

Isto posto, percebe-se que o *dictum* da testemunha, se digno de credibilidade, se reflete como elo entre o juiz e o *thema probandum* por que substitui de modo fiel o acontecimento reproduzindo-o em imagens verbais.

¹² Temática/tema a ser provado

¹³ CARNELUTTI. *La critica della testimonianza. Rivista di Diritto Processuale Civile*, cit.,6:172-3, n. 3

¹⁴ AQUINO, José Carlos G. Xavier De. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro: incluindo a Delação Premiada sob o olhar constitucional brasileiro**. p. 47. São Paulo, Letras Jurídicas, 2016.

A credibilidade da prova testemunhal nos crimes contra dignidade sexual, como mecanismo direto, pessoal e primário formador do convencimento da verdade jurídica é que será estudada com maior profundidade nos tópicos abaixo.

2.3 A legislação a respeito da prova testemunhal: aspectos formais

“Em todos os macinômicos [jurídicos] há doidos malucos com tantas certezas! (...) O mundo é para quem nasce para o conquistar. E não para quem sonha que pode conquistá-lo.” (Fernando Pessoa)

Testemunha. *Testibus*. Dar fé da veracidade de um fato. Substantivo Feminino¹⁵. A testemunha conceitua-se como pessoa que, em juízo, depõe sobre o fato criminoso e suas circunstâncias, além de informar sobre a personalidade do agente¹⁶.

Como é sabido, seja na orla do processo civil, seja na do penal, o testemunho se consubstancia em transmitir para autoridade competente¹⁷ o conhecimento de um fato que se litiga com finalidade probatória.

Segundo consta no art. 203¹⁸ do CPP, a testemunha prometerá dizer a verdade sobre o que souber e lhe for perguntando, devendo fornecer claramente sua qualificação, além de informar se é parente de alguma das partes ou possui alguma relação com estas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

¹⁵ AQUINO, José Carlos G. Xavier De. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro: incluindo a Delação Premiada sob o olhar constitucional brasileiro**. p. 36. São Paulo, Letras Jurídicas, 2016.

¹⁶ ISHIDA, Válter Kenji. **Processo Penal: de acordo com a reforma processual penal**, p. 131/132.

¹⁷ Por autoridade competente deve-se entender somente o juiz. Somente será considerada prova testemunhal propriamente dita aquela produzida perante o magistrado.

¹⁸ Art. 203, CPP. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

Reforçando, o art. 202¹⁹ do CPP define que toda pessoa poderá servir como testemunha.

A testemunha é qualquer pessoa que declara conhecer algo, podendo confirmar a verdade sobre tal fato, sob compromisso de estar imparcial e dizendo a verdade, sendo que sua natureza jurídica, no Processo Penal brasileiro, é de meio probatório²⁰. Dentre as várias classificações díspares existentes a respeito do testemunho, aqui adota-se a corrente doutrinária de Bentham e Von Canstein: a testemunha é o meio probatório pelo qual o julgador adquire conhecimento do objeto da prova. Distingue-se, também, o meio de prova em direto e o indireto, sendo aquele as testemunhas oculares do evento, e este as testemunhas por ouvir dizer. Toca de perto dividir a prova em pessoal e real. A primeira é representada por uma pessoa, e a segunda por uma coisa. Por último, a testemunha é meio de prova primário e não secundário, como a reconstituição do crime presidida pelo próprio magistrado. Em epítome, a prova testemunhal pode ser considerada um meio de prova direto, pessoal e primário.

As testemunhas são os olhos e os ouvidos da justiça, ao passo que desde a existência dos homens e da pretensão de se fazer justiça, a testemunha é tida como mais fácil e comum meio de prova. No âmbito penal, sua importância é considerável, frequentemente sendo a única base para acusações.

Alerta o Juiz Dr. Alexandre Morais da Rosa em sua obra *A Teoria dos Jogos no Processo Penal* (2015) que, não raro, o fato narrado pela vítima é relegado, deixando de ter protagonismo nos argumentos processuais, ainda que pudesse figurar como auxiliares no jogo processual a fim de contribuir positivamente ao desenlace do caso penal. Se considerar depoimento sinônimo de incluir a vítima como peça do jogo, informá-la do que se passa no processo, quais as possíveis consequências, enfim, “*participar do processo de tomada de decisão tanto da estratégia quanto da tática, de maneira informada e consentida, coadjuvando na ação a ser realiza*” (p. 107).

Neste sentido, Aury Lopes Jr ainda menciona:

Decorrente das “restrições técnicas que infelizmente a polícia judiciária

¹⁹ Art. 202, CPP. Toda pessoa poderá ser testemunha.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado, p. 449.

brasileira tem, a prova testemunhal acaba por ser o principal meio de prova do nosso processo criminal. Em que pese a imensa fragilidade e pouca credibilidade que tem (ou deveria ter), a prova testemunhal culmina por ser a base da imensa maioria das sentenças condenatórias ou absolutórias proferidas²¹.

A legislação atual estatui que o meio de comunicação da testemunha, no processo, é a linguagem fônica. Todavia, não exclui totalmente a possibilidade de a testemunha se expressar por outro meio que não o oral – apenas pessoas portadoras de condições físicas especiais ou que gozem de prerrogativas facultadas por razões de política legislativa²², devendo ser entendida como condição especial só aquela relacionada à fonação e à audição, de sorte que impossibilite o sujeito de se expressar de forma usual.

Cumpra esclarecer que a inquirição se dará conforme o estabelecido no parágrafo único do art. 223²³ do Código de Processo Penal vigente, que faz remissão ao art. 192²⁴ do mesmo diploma legal, isto é, se estrangeiro, será nomeado intérprete; se surdo, as perguntas serão feitas por escrito e ele as responderá oralmente; se mudo, as perguntas serão feitas oralmente e ele as responderá por escrito; e se surdo-mudo, serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas, e ainda há previsão de o interrogando não souber ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo.

Reza o art. 204 da nossa lei processual que “*o depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito*”, o parágrafo único do mesmo dispositivo preconiza que a testemunha, em necessitando, pode consultar

²¹ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e a sua Conformidade Constitucional**, 2012, 9ª Edição, p. 650.

²² Possibilidade de prestação de depoimento escrito regulamentada pelo parágrafo 1º do art. 14 da Lei 4.898/65, bem como pelo parágrafo 1º do art. 221 do Código de Processo Penal.

²³ Art. 223, CPP. Quando a testemunha não conhecer a língua nacional, será nomeado intérprete para traduzir as perguntas e respostas

²⁴ Art.192, CPP. O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte:

I - ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente;
II - ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito;
III - ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas.

de forma breve apontamentos.

A leitura do depoimento acarretará pena de nulidade do ato, isto porque, do contato direto com a testemunha, o julgador perceberá a intenção de falsear a verdade, podendo formular perguntas que estabeleçam contradições, de modo que desestabilize o estado emocional do narrado.

Inequívoco é que a adoção da regra da oralidade para as testemunhas diante do magistrado visa preservar o interesse jurisdicional e se manifesta como uma verdadeira arma de controle, isto por que, se outro meio de comunicação entre os homens (como a escrita) fosse escolhido pelo legislador, sem dúvida o processo penal correria grave risco ante a vasta dissimulação presente na linguagem escrita, bem como possibilita ao leitor as mais variadas formas de interpretação.

A razão de que “*as testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras*”²⁵ é para que o juiz possa extrair com maior facilidade a sinceridade do *dictum*. Ademais, da leitura do capítulo VI do Título VII do Código de Processo Penal (Das testemunhas) verifica-se que o legislador deixa para o juiz a total responsabilidade do exame da prova testemunhal, seja no tocante à sua captação, seja sua avaliação.

Despiciendo, afigura-se, por certo, sobrelevar a capacidade para ser testemunha dos menores de 14 anos, uma vez que a temática deste trabalho monográfico aborda uma análise cruzada da prova testemunhal e o crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro.

A legislação vigente estabelece restrições ao direito de testemunhar²⁶. Ora, como se faz notório, a razão para considerar os menores²⁷ incapazes²⁸ para depor se

Parágrafo único. Caso o interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo.

²⁵ Vide Artigo 210 do Código de Processo Penal.

²⁶ O direito brasileiro encontra o germe da incapacidade de testemunhar das crianças nas Ordenações Filipinas (Liv III, Tít. 56, n.6): “os menores de catorze anos não podem ser testemunhas em nenhum feito. Porém havemos por bem que os julgadores, em feitos crimes muito graves perguntem os menores de catorze anos sem juramento, por falta de outra prova, para se informarem na verdade para não ficarem os delitos graves sem castigo. Ademais, o Código Manu, o direito romano, bem como o direito bárbaro, prescreviam que os menores eram absolutamente incapazes de prestar testemunho (Código Manu, Liv. III).

²⁷ Quando utiliza-se a expressão menor, remete-se de forma geral ao menor de 18 anos, sem portanto, o tratamento diferenciado da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

dá pelo fato de não terem ainda um total percepção dos fatos e da devida compreensão das coisas em virtude do seu incompleto desenvolvimento orgânico. Além da imaturidade psicológica da criança, há ainda que se lembrar dos enganos inerentes à idade e a facilidade com que são ludibriadas constituem outros motivos para que sempre se recebam com cautela os seus testemunhos.²⁹

Conseqüentemente, o testemunho do menor não ultrapassa os lindes da informação (resquíio da prova legal). Embora o depoimento colhido pelo menor seja feito sem juramento, não há qualquer discriminação entre este e o depoimento colhido com prestação de compromisso, encontrando-se ambos no mesmo plano de igualdade.

Bastam, na realidade, essas singelas asserções para compreender que com a introdução na sistemática processual penal do corolário da livre apreciação³⁰ das provas por parte de quem deve prolatar o *veredictum*, cessou o entendimento onde um só testemunho não fazia prova.³¹

A significação do brocardo jurídico *testis unus, testis nullus*³² findou a partir do momento em que compreendeu-se que a prática judiciária indica que, muitas vezes, um processo pode apresentar um número apreciável de testemunhos, e dele

²⁸ A criança sempre será considerada informante e o adolescente poderá ser informante ou testemunha, conforme o caso, já que podem prestar o compromisso a partir dos 14 anos, segundo o art. 208, CPP)

²⁹ Pensa Mittermayer a despeito da imaturidade psicológica da criança em Tratador da prova, p. 286 que “por maior que seja o valor que se dê à sua candura, às suas ingênuas palavras, que, sem calcular as conseqüências, só exprimem o que realmente caiu sob os seus sentidos, o legislador deverá rezear da leviandade natural do seu espírito, da falta dos seus meios de observação, do seu hábito de só verem as coisas superficialmente e de contentarem-se com a primeira impressão”.

³⁰ Em todos os momentos do regime da prova (requerimento, deferimento, produção e valoração) existe da possibilidade de perda (*gat*), e todas as possibilidades processuais atinentes à prova impedem a ‘informação perfeita’. Por herança do modelo inquisitório atribui-se ao togado a função de gestor da prova em nome da Verdade Verdadeira (p. 117), adotando-se a livre apreciação motivada das provas.

O livre convencimento motivado ou persuasão racional é um importante princípio para sustentar a garantia da fundamentação das decisões judiciais, previsto no art. 157 do CPP, visto que ela impede a submissão do juiz a interesses políticos, econômicos ou mesmo à vontade da maioria. JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e a sua Conformidade Constitucional**, 2012, 9ª Edição, p. 562.

³¹ No Brasil, no tempo das Ordenações Filipinas, um só testemunho não fazia prova. Ord. Liv. I, Tít 2, Tít 4, Tít 14, Tít 24, Liv. III Tít 55, Tít 18, Liv. V Tít 117.

³² Afirmava Monstequieu em O espírito das leis, Liv. 2, Cap. 3, Tít. 1 que para fazer prova era necessário duas testemunhas, pois entre a testemunha que afirma e o acusado que nega, é necessária a palavra de um terceiro que decida.

não se obter nenhuma prova. Aquino (2016), inclusive, rompe tal paradigma explicando:

Assim, de acordo com a nova concepção, o testemunho singular está apto a merecer inteira credibilidade e ter total validade, uma vez que, seja a palavra de uma só pessoa, seja uníssono de mil vozes, a verdade está confiada unicamente ao reto e livre critério de quem deve proferir o juízo.³³

Dado isto, conclui-se, pois, que, quanto mais consentâneo com a realidade for o testemunho, mais provável é que o juiz sentencie com base nos relatos do delito, elegendo os elementos que fundarão seu convencimento, que é apenas e tão somente um convencimento, e não necessariamente a verdade.

³³ AQUINO, José Carlos G. Xavier De. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro: incluindo a Delação Premiada sob o olhar constitucional brasileiro.** p. 47. São Paulo, Letras Jurídicas, 2016.

3. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

“A deliiberate violatin of emotional, physical and rational integrity and is hostile, degrading act of violence that deserves the name rape”
Brownmiller, 1975: 376

3.1 Aspectos gerais dos Crimes Contra Dignidade Sexual

O Título VI do Código Penal deixou de proteger a forma como as pessoas se comportam sexualmente, e passou a tutelar a sua dignidade sexual, espécie do gênero principiológico elencado na Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana. Ingo Wolfgang Sarlet³⁴ esclarece que a dignidade é uma qualidade intrínseca que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade, evitando qualquer ato com o viés degradante e desumano, a fim de que lhe seja garantido condições mínimas existenciais para uma vida saudável e promover uma participação ativa e em comunhão com os demais seres humanos.

A mudança do Título VI de “Crimes contra os Costumes” para “Crimes contra a Dignidade Sexual”³⁵ observou, corretamente as críticas dos Editorias de Boletim IBCCrim³⁶. Isto porque não é mais a moral sexual que clama proteção, e sim direito de qualquer pessoa, a ofensa sofrida e daí justifica-se a nova adequação típica das figuras penais do estupro e do atentado violento ao pudor. A nova terminologia buscou um novo enfoque jurídico totalmente desvinculado de todo e qualquer aspecto moral, pois estes os crimes sexuais atingem a privacidade e invadem a personalidade da vítima, e não o seu costume.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, p.60.

³⁵ Trazidas com a Lei 12.015/09.

³⁶ Diferenças de gênero: liberdade e igualdade Boletim IBCCRIM n. 149, abril. 2005 e Crimes sexuais: seu perfeito enquadramento jurídico. Boletim IBCCrim n. 25, jan. 1995, p. 05. Apud. CUNHA, Rogério Sanches. Direito Penal: Parte Especial, 3ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. 2010. P. 249

O nome dado a um Título no Código Penal tem o escopo de influenciar a hermenêutica do objeto e da análise de cada figura típica nele contida, para que, através de uma interpretação sistêmica e teleológica, ocorra a efetiva tutela do bem jurídico em questão. A título de exemplo, traz-se o crime de estupro que aloca-se justamente no capítulo relativo aos crimes contra a liberdade sexual. Aqui, como se percebe, a finalidade do tipo penal é a efetiva proteção da liberdade sexual da vítima, e, num sentido mais amplo, a sua dignidade sexual (Título VI).

Ocorre que a velocidade da sociedade pós moderna emerge com novas e graves preocupações, dentre elas, destaca-se a preocupação com a exploração sexual de criança e adolescentes. Esta discussão aflorou de tal maneira que em 2003 instaurou Comissão Parlamentar Mista de Inquérito no Congresso Nacional, assinada pela Deputada Maria do Rosário e pelas Senadoras Patrícia Saboya Gomes Marly Silhessarenko trouxe relatos assustadores a respeito da exploração sexual no Brasil que culminou no projeto de Lei nº 253/2004 que, após algumas alterações, veio a ser converter na Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.

É através do novo diploma legal que houve a fusão da figura do estupro e do atentado violento ao pudor em um único tipo penal que será explanado nos tópicos seguintes.

3.2 Aspectos Formais da tipificação

Na legislação brasileira não há um tipo penal denominado abuso, que é o termo “comumente utilizado para indicar as diversas formas de envolvimento sexual com crianças e adolescentes” (PISA; STEIN 2007, p. 460).

A Lei 12.015/09 criou capítulo especial denominado “Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável”, que engloba o estupro de vulnerável descrito no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro vigente.

A tutela do direito penal se manifesta com maior atenção aos menores e incapazes de manifestar seu consentimento racional e plenamente seguro.

Positivado no artigo 217-A do CP, descreve:

Estupro de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Consagra a lei penal como conduta típica à realização de qualquer ato libidinoso, consensual ou não, com vulneráveis – indivíduos que não possam, por qualquer causa, resistir ao agente.

Todos nós, em determinadas situações somos vulneráveis, mas certamente não é desta vulnerabilidade eventual, puramente circunstancial, que o dispositivo penal do artigo 217-A trata. Nas condições de vulnerabilidade elencadas pelo legislador é facilmente perceptível que referem-se a pessoas menores de quatorze anos, ou alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Em verdade, o legislador faz grande confusão com a idade vulnerável³⁷, já que ora refere-se a menor de quatorze anos, ora a menor de dezoito anos. Desta premissa é que se compreende que o *men legis* trabalhou com duas espécies de vulnerabilidade, uma absoluta (menor de quatorze anos) e outra relativa (menor de dezoito).

Ocorre que para a hipótese em questão, vulneráveis são os que possuem idade inferior a 14 anos, exatamente o infantojuvenil ou criança/adolescente protegido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), tutelando, portanto, seu ingresso precoce na sexualidade, além das pessoas acometidas de enfermidade ou deficiência mental com capacidade de discernimento reduzido para ato sexual. A vulnerabilidade

³⁷ BITENCOURT, Roberto Cezar. **Tratador de Direito Penal**. Parte Especial: Crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. 2016. 10ª edição. p. 97

leva em conta à incapacidade de consentir o ato sexual, restando caracterizada violência presumida³⁸.

Sua objetividade jurídica é a proteção de integridade física e psíquica da pessoa vulnerável – na qualidade de homem ou mulher-, não limitando-se apenas à esfera da liberdade sexual do vulnerável. Ora, não se fala em liberdade sexual como bem juridicamente protegido em virtude de se desconhecer a faculdade para exercício dessa liberdade, posto que é isso que exatamente configura sua vulnerabilidade. O dispositivo 217-A do CP visa proteger a evolução e o normal desenvolvimento da personalidade do vulnerável, para que na idade adulta possa exercer sua liberdade sexual sem traumas psicológicos³⁹.

O Estupro de vulnerável é crime comum, isto significa dizer que possui como sujeito ativo qualquer pessoa de idade superior a 18 (dezoito) anos⁴⁰.

O sujeito passivo é o vulnerável menor de 14 (catorze) anos de idade e a pessoa acometida de enfermidade ou deficiência mental. Cumpre ressaltar que tem-se ciência da existência de discussão nos tribunais superiores a respeito da presunção – relativa ou absoluta – da violência em casos de delitos sexuais, entretanto, este não é o objeto da presente monografia, dedicando-se a estudar exclusivamente o valor do depoimento da vítima nessas circunstâncias.

O tipo objetivo é constranger: coagir a fim de obter vantagem ou favorecimento sexual (para conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso). É consubstanciado em duas condutas distintas: a conjunção carnal e o ato libidinoso.

A nova redação do artigo 217-A do CP não prevê expressamente que a violência seja presumida, mas o mesmo diploma exige apenas que a vítima seja menor de 14 (catorze) anos e o agente tenha ciência da tal fato, observando que ao contrário do crime de estupro (art. 213, CP) não é necessária a existência de

³⁸ ISHIDA, Válder Kenji. **Curso de Direito Penal**, p. 422.

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Reforma Penal Material de 2009**: crimes sexuais, sequestro relâmpago, celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 74.

⁴⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, p. 831.

violência ou grave ameaça, porquanto mesmo consentido o ato não tem validade alguma para fins penais⁴¹.

O elemento subjetivo do tipo penal é o dolo, já que o agente deverá ter o conhecimento que a vítima possui idade inferior a 14 (catorze) anos ou que seja acometida por enfermidade. Na hipótese de o agente desconhecer qualquer dessas características, afasta-se o dolo e conseqüentemente a tipicidade da conduta uma vez que inexistente modalidade culposa⁴².

Por tratar-se de crime polinuclear, isto é, figura típica com dois núcleos, conjunção carnal e prática de ato libidinoso, o primeiro ato típico se consuma com a cópula carnal, consistindo na penetração do pênis na cavidade vaginal, independente de forma parcial. Na conjunção carnal não é imperativo o rompimento do hímen e nem a ejaculação, e o ato libidinoso pode se consumir apenas pela vista do agente a vítima sexualmente exposta⁴³. Ressalta-se que a conjunção carnal poderá ser forçada tanto por homem quanto por mulher e a relação deve ser obrigatoriamente heterossexual.

Em contra partida, nos casos de ato libidinoso, qualquer pessoa poderá figurar nesta condição de sujeito ativo e passivo⁴⁴. Ato libidinoso diverso de conjunção carnal é aquele passível de gerar prazer sexual satisfazendo lascívia, sem logicamente, confundir-se com cópula vagínica. Julio Mirabete vai além e discorre tais sevícias como quaisquer atos atentatórios ao pudor com propósito lascivo ou luxurioso. Em outras palavras, significa dizer que não serão alvo apenas as zonas erógenas, mas toda e qualquer parte do corpo de menor, desde que o ato seja praticado com dolo de satisfação lasciva; ainda que esdrúxulo, cita-se a hipótese de que o determinado homem tenha como fetiche lambar partes de corpos, e que ao encontrar-se com uma menina menor de 14 (quatorze) anos, portanto vulnerável, passa a lambar seu corpo. Ocorre que, ainda que ele não pratique o ato (lambar)

⁴¹ DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**: acompanhamento de comentários, jurisprudência, súmula em matéria penal e legislação complementar, p. 704/705.

⁴² GRECO FILHO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, p. 540.

⁴³ ISHIDA, Válter Kenji. **Curso de Direito Penal**, p. 414.

⁴⁴ GREGO FILHO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, p.539.

contra vagina ou seios, ter-se-á consumado estupro pois terá gerado prazer sexual e satisfeito sua lascívia.

Nesse sentido, a respeito do ato libidinoso, Mirabete⁴⁵ explana:

Trata-se, portanto, de ato lascivo, voluptuoso, dissoluto, destinado ao desafogo da concupiscência. Alguns são equivalentes ou sucedâneos da conjunção carnal (coito anal, coito oral, coito *inter-femora*, *cunnilingue*, heteromasturbação). Outros, não o sendo, contrastam violentamente com a moralidade sexual, tendo por fim a lascívia, a satisfação da libido.

Apesar de escassa doutrina acerca de conceituação a respeito da consumação de ato libidinoso, o Tribunal de Santa Catarina se manifestou em apelação criminal n. 2014.080628-5 recente⁴⁶ no sentido de que “manipular vagina e passar a mão nas partes íntimas” já representa ato libidinoso e que o “delito se consuma com o mero contato físico”, tendo o autor satisfeito sua lascívia:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, C/C ART. 226, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL) E FILMAGEM E ARMAZENAMENTO DE FILMAGEM DE CENA PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE (ARTS. 240 E 241-B, AMBOS DO ECA). **ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL PRATICADO POR GENITOR CONTRA FILHA DE OITO ANOS DE IDADE.** SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DEFENSIVO E MINISTERIAL. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NÃO ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. GENITOR DA VÍTIMA QUE FILMOU ATO LIBIDINOSO CONTRA SUA FILHA, ENQUANTO ESTA DORMIA EM SUA CAMA, CONSISTENTE EM **MANIPULAR A VAGINA E PASSAR A MÃO NAS PARTES ÍNTIMAS.** PALAVRA DA OFENDIDA CORROBORADA PELOS DEPOIMENTOS DA PSICÓLOGA POLICIAL E DA CONSELHEIRA TUTELAR. CONFISSÃO JUDICIAL DO ACUSADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO INVIÁVEL. ADEQUAÇÃO DA CONDUTA AO TIPO PENAL DESCRITO. **DELITO QUE SE CONSUMA COM O MERO CONTATO FÍSICO. TENTATIVA IMPOSSÍVEL.** CONDENAÇÃO MANTIDA. SENTENÇA IRREPARÁVEL. DOSIMETRIA DA PENA. AFASTAMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DA PERSONALIDADE DO ACUSADO E DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. BIS IN IDEM NA APLICAÇÃO DAS AGRAVANTES. ADEQUAÇÃO. IMPRECISÃO QUANTO AO NÚMERO DE VEZES EM QUE O DELITO TERIA SIDO COMETIDO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6 (UM SEXTO). APELO MINISTERIAL. PLEITO DE CONDENAÇÃO NOS DELITOS DO ESTATUTO DO ARMAMENTO. INVIABILIDADE. INEFICÁCIA DA ARMA DE FOGO (ADAPTADA) ATESTADA POR LAUDO PERICIAL. MUNIÇÕES "PICOTADAS".

⁴⁵ MIRABETE, Fabrini Julio. Manual de Direito Penal, Parte Especial, 4. Ed. São Paulo: Atlas, 1989, p. 409.

⁴⁶ TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.080628-5, de Turvo, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 15-12-2015 (grifo acrescido).

AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO MINISTERIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO E RECURSO DEFENSIVO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (grifo acrescido)

Do interior teor do acórdão, se extrai que também considerou-se a hipótese que *“além de manipular o órgão genital da filha, também passava as mãos em seus seios, tanto por baixo quanto por cima das vestimentas da menina, praticando com ela, menor de 14 (quatorze) anos, ato libidinoso diverso da conjunção carnal”*.

Em virtude da evolução doutrinária, a conduta criminal de estupro vem se expandindo com maior abrangência, objetivando também diferenciar-se de outras condutas libidinosas com menor potencial ofensivo à luz do princípio da proporcionalidade a fim de dosimetria.

Por certo, a contemplação lasciva não se enquadra na expressão conjunção carnal. O Supremo Tribunal de Justiça decidiu em recente julgado que a contemplação lasciva é o ato de, sem tocar na vítima, mesmo a distância, satisfazer a libido com a nudez alheia:

A conduta de contemplar lascivamente, sem contato físico, mediante pagamento, menor de 14 anos desnuda em motel pode permitir a deflagração da ação penal para a apuração do delito de estupro de vulnerável. Segundo a posição majoritária na doutrina, a simples contemplação lasciva já configura o “ato libidinoso” descrito nos arts. 213 e 217-A do Código Penal, **sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido**. (STJ. 5ª Turma. RHC 70.976-MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 2/8/2016 (Info 587) (grifo acrescido).

Como se depreende, o tipo penal descrito na figura do artigo 217-A é bastante aberto quanto ao núcleo ‘prática de ato libidinoso’, existindo julgados aplicando o conceito de toque às partes íntimas até a contemplação lasciva. É óbvio que atos lascivos praticados contra a vontade da pessoa ofendida, são penalmente inferiores a outros atos definidos como estupro, a exemplo do coito anal, mas mesmo assim, não deixam de se tratar de estupro, sendo que distinção é feita apenas para aferição da pena.

Há ainda que se falar que a conduta típica descrita como estupro enquadra a prática de atos libidinosos, isto significa dizer que se em mesmo contexto fático, o vulnerável fosse submetido à conjunção carnal e a ato libidinoso diverso concomitantemente (toma-se à título de exemplificação a cópula vaginal seguida de

sexo anal) o agente, ainda assim, terá praticado o crime de estupro, não havendo que se falar em concurso material ou formal. Portanto, forçar alguém à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal é crime de estupro, não mais de atentado violento ao pudor (art. 214, CP), isto por que com o advento da Lei 12.015/09, o crime de atentado violento ao pudor foi absorvido pelo estupro, e os dois delitos passaram a ser um só. Portanto, agora, se, em um mesmo contexto fático, o agente força a vítima à conjunção carnal e, em seguida, submete-a a outro ato libidinoso (ou vice-versa), pratica somente um crime: o de estupro. Ademais, o posicionamento da 6ª Turma do STJ é de que o crime de estupro é um tipo misto alternativo, ou seja, ainda que o sujeito ativo pratique mais de um verbo, cometerá um crime único.

Outro ponto que merece destaque é a diferenciação entre o crime de estupro e o constrangimento ilegal (art. 146,CP⁴⁷). O núcleo de ambos os tipos é o verbo **constranger**, ou seja, coagir alguém a algo. Contudo, no crime de estupro, o “fazer algo” diz respeito a ter relações sexuais sem consentimento e por força do princípio da especialidade, havendo violência sexual-, aplica-se o art. 213.

Se a vítima enquadra-se no conceito legal de vulnerável, estarão preenchidos todas as elementares típicas do crime do art. 217-A, respeitando a proporcionalidade da conduta para fins de dosimetria da pena – cumprimento inicial em regime fechado, 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Por se tratar de crime plurissubsistente (consuma-se por mais de um ato), a hipótese de tentativa é cabível apenas em tratando-se de conjunção carnal, e

47

Constrangimento ilegal

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Aumento de pena

§ 1º - As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas.

§ 2º - Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência.

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

II - a coação exercida para impedir suicídio.

ocorre quando o agente não consegue atingir sua finalidade casuística por circunstâncias alheias a sua vontade – seja quando o agente é surpreendido por terceiros, ou a vítima consegue fugir do local frustrando o fim delituoso praticado, ou ainda no caso do agressor forçar penetração mas ejacular precocemente⁴⁸.

Com relação aos atos libidinosos, a hipótese de tentativa é impossível, já que o crime em tela consuma-se no exato momento de violência ou grave ameaça, pratica o feito voluntário de satisfação de lascívia. Assim, é de se concluir que o momento da consumação se confunde com o próprio ato libidinoso, a qual este é inerente. Neste diapasão, colhe-se o julgado (grifo acrescido):

APELAÇÃO CRIMINAL. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CP)** E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (ART. 214 DO CP), PRATICADOS VÁRIAS VEZES CONTRA VÍTIMAS DIFERENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] **DESCLASSIFICAÇÃO PARA A TENTATIVA INVIÁVEL. DELITOS CONSUMADOS.** CONDENAÇÃO MANTIDA. PRETENDIDO AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO DOS CRIMES. INVIABILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL DO FECHADO PARA O SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU CONDENADO À PENA SUPERIOR A 8 ANOS. RECURSO DESPROVIDO (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.087170-8, de São Joaquim, rel. Des. Rui Fortes, j. 24/06/2014).

Ainda que o envolvimento físico do autor do crime não seja essencial, o envolvimento corporal da vítima é fundamental à prática do crime de estupro – nesta hipótese cogita-se que o autor, mediante grave ameaça, exige que a vítima toque o seu próprio corpo de maneira erótica. No exemplo, retrata-se bem na situação que não foi preciso que o autor forçasse a conjunção carnal para configuração do delito, isto porque, o mero toque ao próprio corpo sem que a vítima queira realizá-lo estará violando sua liberdade sexual.

Contudo, atenção: não configura delito de estupro forçar alguém a presenciar ato sexual, porque o ofendido não está sendo obrigado a ter relações sexuais contra a sua vontade. Esta hipótese será de satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente (com pena mais branda) prevista no artigo 218-A do Código Penal:

Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente

⁴⁸

ISHIDA, Válter Kenji.. **Curso de Direito Penal**, p. 414.

Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Se por acaso o sujeito ativo transmite ao sujeito passivo, doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador, incide sobre ele o aumento de pena de 1/6 (um sexto) até a metade prevista no art. 234-A, IV do CP. O § 3º do art. 217-A do CP, prevê a forma qualificado do estupro de vulnerável. Gonçalves (2010) afirma que: Essas figuras são exclusivamente preterdolosas. Só se configuram se tiver havido dolo em relação ao estupro de vulnerável e culpa em relação à lesão grave ou morte. Se o agente quis ou assumiu o risco de provocar o resultado agravador, responderá por crime de estupro de vulnerável em sua modalidade simples em concurso material com crime de lesão grave ou homicídio doloso (GONÇALVES, 2010, p. 539). As causas de aumento de pena do estupro de vulnerável são as previstas nos artigos 226, I e II, e 234-A, III e IV do CP. A pena é aumentada em 1/4 se o delito for praticado em concurso de duas ou mais pessoas (226, I); em 1/2 se o agente for ascendente, descendente, padrasto, madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou caso tenha sobre ela qualquer outro título (226, II), ou ainda, se resultar gravidez (art. 234-A, III); e, de 1/6 até 1/2, se o agente transmitir à vítima doença sexualmente transmissível de que sabia ou deveria saber estar acometido.

Insta consignar que nos casos de estupro de vulnerável a ação é pública incondicionada de acordo com a nova redação dada pela Lei nº 12.015/09 do art. 225 do Código Penal. Ademais, os processos tramitarão sobre segredo de justiça posto ao se tratarem de crimes contra a dignidade sexual.⁴⁹

⁴⁹

Norma trazida pelo art. 234-B do Código Penal criado pela Lei 12.0115/90.

3.3 Crime praticado na clandestinidade: ausência de provas

“Todas as provas relativas; nenhuma delas terá ex vi legis, valor decisivo ou necessariamente maior prestígio que a outra.” Código de Processo Penal e sua Exposição de Motivos (Brasil, 1940)

Quando ocorre um crime contra a dignidade sexual, surge a pretensão punitiva do Estado balizada pela investigação jurisdicional e do direito da ação penal do Ministério Público. Ante o princípio da presunção de inocência, com a pretensão punitiva exsurge a necessidade de colheita das provas – e no processo penal, o ônus da prova cabe à acusação.

A problemática sobreleva-se justamente pela rapidez com que estas provas perecem, sendo que muitas vezes não poderão ser refeitas por não existirem mais vestígios. É oportunidade ressaltar o caráter efêmero das provas nos delitos de natureza sexual, e dado isto a produção deverá ser feita já na fase do Inquérito Policial. A lei define que para os crimes de natureza sexual que deixarem vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito. No entanto, como discorrido anteriormente, não é necessário conjunção carnal para caracterização do crime⁵⁰, tornando-se difícil a possibilidade do corpo de delito.

Em todos os casos, o judiciário encontra um grande impasse, pois fazendo uma análise apenas em dados subjetivos poderá não chegar ao que realmente ocorreu. Isto porque, mesmo nos casos em que a vítima está disposta a denunciar seu agressor, sua palavra pode estar viciada, haja vista que ela está diretamente envolvida com a situação. De mais a mais, mesmo nos casos em que é possível o

⁵⁰ Antes da Lei 12.015/2009, determinado crime correspondia a um tipo de prova. O crime de estupro, *verbi gratia*, se referia apenas à cópula vaginal, de forma que se o laudo pericial indicasse que não houve relação, restava descaracterizado o crime. Quando se tratava de estupro envolvendo menores, havia presunção de violência, no entanto, deveria ser provado que o ato sexual existiu, como agora.

“A prova do ato libidinoso consistia em evidenciar o ato alegado pela vítima que poderia ser coito anal, o sexo oral, ou até mesmo o beijo lascivo e normalmente fazia-se uso de provas testemunhais e da palavra das partes, sendo rara a possibilidade de exame de corpo de delito, permanecendo tão frágil quanto agora, no entanto a pena era mais branda.”

O problema da prova nos crimes contra a dignidade sexual, Revista JurisFIB, ISSN 22364498, Volume IV, Ano IV, Dezembro 2013, Bauru SP, pg 292.

exame pericial, o dilema do não consentimento não poderá ser provado por laudo. A prova testemunhal, que não raramente substitui a ausência da pericial também é escassa, tendo em vista que o crime de estupro ocorre de maneira reservada e não oferece suporte probatório.

A prova do crime de estupro de vulnerável é de difícil obtenção e segue os mesmos aspectos da prova do estupro previsto no artigo 213 do Código Penal. Contudo, a intenção do legislador foi a de punir o agente, independente de ter a vítima consentido ou não o ato.

A prova dos crimes sexuais é feita essencialmente com o exame de corpo de delito. E Tourino Filho (2009) explana que:

Quando a infração deixa vestígios, por exemplo em um caso de estupro, é necessário o exame de corpo de delito, isto é, a comprovação dos vestígios materiais por ela deixados torna-se indispensável.⁵¹

Assim, quando possível a realização da prova de *corpus delicti*, a falta implica nulidade de qualquer prova produzida em sua substituição⁵², e conseqüente, absolvição do acusado⁵³. Tal exame pode ser realizado através da presença de esperma na vítima, pela ruptura do hímem, contágio de moléstia venérea ou outros meios que o fato típico possa ter propiciado. Entretanto, o STF se manifestou no HC 74.246-SP, DJU 13-12-1996, p. 50165 que o fato de os laudos de conjunção carnal e espermatozoides resultarem negativos não invalida a prova de estupro, já que o fato típico pode ter se consumado sem a cópula vagínica completa ou, até mesmo sem ejaculação.

Outro ponto que merece destaque é volatilidade deste meio de prova, isto por que a demora em fazê-lo prejudica as evidências, tendo em vista que elas tendem a desaparecer – o que inclusive impede exame de corpo de delito de ser refeito.

⁵¹ FILHO, Tourinho. p. 256.

⁵² Interpretação dada pelo artigo 564, III, B do Código de Processo Penal.

⁵³ Interpretação dada pelo artigo 386, VII do mesmo diploma legal, com redação dada pela lei nº 11.690 de 09 de junho de 2008.

Todavia, nem sempre o estupro deixa vestígios, seja por que “foi levado ao conhecimento da autoridade muitos dias após a ocorrência do crime de estupro”⁵⁴ ou porque, por sua natureza, não restaram elementos a serem analisados – incluindo-se nessas hipóteses os casos de estupro por ato libidinoso. Estas hipóteses podem se consumir por sexo oral ou até mesmo beijos lascivos, que sequer deixam marcas tornando-se imunes ao exame de corpo de delito. Na lição de Nucci:

Como regra, havendo violência real e comparecendo a vítima para análise médica, obtêm-se sucesso na elaboração do exame de corpo de delito; entretanto, nos casos de grave ameaça e nas situações de vulnerabilidade, torna-se praticamente impossível a realização da perícia. Ressalte-se ainda, casos em que ocorrem atos libidinosos diversos da conjunção carnal, como beijo lascivo forçado, imune a exames periciais (NUCCI, 2011, p. 68).

Não descarta-se os casos em que após o ato sexual (conjunção carnal forçada), por repulsa e nojo, a vítima higieniza-se antes mesmo de oferecer a denúncia, eliminando eventuais vestígios de análises que possam ser feitas para analisar o DNA do sêmen. Em se tratando de vítimas vulneráveis o gravame é ainda pior, isto porque dispensa-se a perícia sempre que causar dano ainda maior a vítima pois o ofendido terá sua dignidade sexual novamente invadida.

Ciente de tais empecilhos, o artigo 167 do Código de Processo Penal determina que “*não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta*”.

In absentia do exame do corpo de delito ou restando a prova pericial inconclusiva, emerge a prova testemunhal. Contudo, tal meio não é tão eficaz quanto ao primeiro, como reforça Nucci:

A realização desta perícia é um dos meios mais seguros de prova. Não sendo possível, substitui-se o exame de corpo de delito pela prova testemunhal, querendo com isto, apontar para narrativa das pessoas que tenham visto a ocorrência do crime, embora sejam leiga e não postam atestar cientificamente a prática do crime (NUCCI, 2011, p. 47).

Ocorre que a prova testemunhal nem sempre é possível nesses tipos de crimes, tendo em vista o modo ermo e secreto no qual se consumam. Contudo, mister se faz destacar seu valor extraordinário conferido pelo Supremo Tribunal Federal no

⁵⁴

Mirabete 2010, p. 272.

juízo de dois Habeas Corpus⁵⁵ ao afirmar que “*nos delitos materiais, de conduta e de resultado, desde que desaparecidos os vestígios, a prova testemunhal pode suprir o auto de corpo de delito*”.

Tudo em nome da construção da verdade jurídica, e diante da ausência de testemunhas na prática do delito, passa-se a analisar nos tópicos adiante o valor pretendido a palavra da vítima.

Ainda, apesar de toda especificidade do caso, não existe previsão legal exclusiva para oitiva das crianças e adolescentes vítimas de crimes sexuais, restando aos inquiridores a utilização do mesmo procedimento de tomada de depoimento de adultos.

3.4 Falibilidade da sentença proferida

Superada a problemática da difícil obtenção de prova nos crimes de estupro de vulnerável diante de sua prática na clandestinidade, a volatilidade dos meios de prova, o desaparecimento de vestígios, evidências cientificamente prejudicadas, caminham à conclusão de que a prova testemunhal é capaz de suprir fatalmente o auto de corpo de delito.

Rui Barbosa⁵⁶, grande polímata e revolucionário na forma de pensar o direito no Brasil, apontou a seguinte ideia em um de seus ensaios acerca da Justiça:

Quanto mais abominável é o crime, tanto mais imperiosa, para as guardas da ordem social, a obrigação de não aventurar inferências, de não revelar prevenção, de não se extraviar em conjecturas, de seguir passo a passo as circunstâncias, deixando a elas a palavra, abstendo-se rigorosamente das impressões subjetivas e não antecipando nada.

O ofensor, por vezes, pode ser o Estado (representado pelo togado) que decidiu erroneamente, ou simplesmente pelo fato de as circunstâncias levarem a condenar um inocente.

Nesta seara, Marques Junior (2009) realizou um estudo sobre a convivência no cárcere do condenado por estupro e o resultados apontaram pressão

⁵⁵ Texto retirado do HC 69.302 e HC 72.283.

⁵⁶ OLIVEIRA, Rui Barbosa de. **Novos Discursos e Conferências**. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 75.

moral e física, inclusive mediante sexo anal (ato libidinoso) pelos demais detentos, sofrendo tatuagens em seu órgão genital e alguns casos até ser morto.

Segundo o autor:

Essa violência não se restringe ao ato sexual, mas é acompanhada de agressões, humilhações, castigos e torturas, podendo chegar à morte. É fato sabido que qualquer pessoa que dê entrada na cadeia por esse motivo é vítima de agressão dos companheiros de cela. (MARQUES JUNIOR, 2009, p.95).

A mera prisão processual, sem que tenha havido o julgamento de mérito e a materialidade *de facto* comprovada já é suficiente para que o encarcerado sofra tais constringências.

Ademais, os casos de erro em tais condenações, e o mero indiciamento e acusação já são instrumentos hábeis à destruição social do suposto agressor. Cria-se uma realidade inafastável, seja pelo falecimento de sua reputação, seu respeito social, seu conforto em família e a chancela para um longo sofrimento dentro da prisão, tal como no emblemático caso da Escola Base⁵⁷, ou no trágico caso de Juvenal Paulino de Souza⁵⁸.

A sentença falha pode, permeada pelo transtorno da problemática da prova, atingir a vítima de estupro. Ocorre que o conjunto probatório pode ser tão fraco a ponto de não servir de base para uma condenação; hipótese em que a vítima

⁵⁷ “Os danos do escândalo que explodiu em 28 de março de 1994 ainda não foram reparados nas vidas dos envolvidos. O caso da Escola Base ganhou repercussão nacional e até hoje chama a atenção de quem estuda o ocorrido de quem se lembra do acontecimento. [...] Na época em que tudo veio à tona, Paula tinha 26 anos e disse que "era ingênua". Ela, o marido e mais quatro funcionários foram acusados de abusar sexualmente das crianças dentro da escola. [...] Enfurecida com o caso, a população depredou a escola, roubou e quebrou a casa dos funcionários que estavam presos. A casa de Paula foi a primeira a ser depredada [...] Além de ter sua vida destruída, Paula revelou que foi torturada por pessoas da polícia, perdeu os sonhos e a vontade de viver. Passou por dificuldades financeiras e até hoje sofre preconceito. “Naquele momento eu não tinha vontade de morrer. Eu queria mostrar a verdade. Agora, que estou com 48 anos, tem hora que tenho vontade de morrer”, afirmou. [...] Semanas depois do caso ser divulgado, o laudo do exame de corpo de delito feito nas crianças que supostamente sofriam abusos ficou pronto. Elas tinham apenas assaduras causadas pela forma de se sentar e pelo tempo de trocar a fralda.” Dona da Escola Base diz que foi torturada e que teve vontade de morrer. *Folha Vitória*. 16 jul. 2015. Disponível em: < <http://www.folhavoria.com.br/policia/noticia/2015/07/dona-da-escola-base-diz-que-foi-torturada-e-teve-vontade-de-morrer.html> > Acesso em 1 jan. 2017.

⁵⁸ “O homem que foi **linchado por vizinhos** ao ser encontrado com duas crianças em um caminhão, em Paraíso do Norte, no noroeste do Paraná, não as violentou, conforme laudo do Instituto Médico-Legal divulgado na tarde da quinta-feira (25). Ele **morreu em decorrência dos ferimentos** na quarta-feira (24), em um hospital de Paranavaí.” Homem linchado não violentou crianças no Paraná, aponta exame. *G1 Notícias*. 26 fev.

adstrita a uma instabilidade emocional conviverá com o fato de que o agressor está livre, muitas vezes dentro de sua casa, proporcionando-lhe perigo de novos abusos e até mesmo outras repreensões, isto sem falar o risco de o acusado contrair novas vítimas.

Texto que apesar de ser bastante conhecido, já não é mais citado nos Códigos Penais comentados mais ilustres da década de 90 literalmente “tragi-cômico” mas apresenta uma louvável contraposição com texto bíblico (GRECCO 2010, p 504):

O estupro, em geral, é crime praticado às ocultas, isto é, sem a presença de testemunhas. Nesse caso, como chegar a condenação do agente quando temos, de um lado, a palavra da vítima, que se diz estuprada, e, de outro, a palavra do réu, que nega todas as acusações proferidas contra a sua pessoa?

Como ficaria, nesse caso, o princípio do in dubio pro reo? Devemos aplicar, nesse caso, aquilo que em criminologia é conhecido como síndrome da mulher de Potifar, importada dos ensinamentos bíblicos. (...). ‘José era um belo tipo de homem e simpático. Algum tempo depois, a mulher do seu dono começou a cobiçar José. (...) Todos os dias ela insistia que ele fosse para a cama com ela, mas José não concordava e também evitava estar perto dela. Mas um dia, como de costume, ele entrou na casa para fazer seu trabalho, e nenhum empregado estava ali. Então ela o agarrou pela capa (...). Quando notou que, ao fugir, ele havia deixado a capa nas suas mãos, a mulher chamou os empregados de casa e disse: - Vejam só! Este hebreu, que o meu marido trouxe para casa, está nos insultando. Ele entrou no meu quarto e quis ter relações comigo, mas eu gritei o mais alto que pude. (...) Quando ouviu essa história, o dono de José ficou com muita raiva. Ele agarrou José e o pôs na cadeia onde ficavam os presos do rei. E José ficou ali’.

Quem tem alguma experiência na área penal percebe que, em muitas situações a suposta vítima é quem deveria estar ocupando o banco dos réus, e não o agente acusado de estupro. Mediante a síndrome da mulher de Potifar, o julgador deverá ter a sensibilidade necessária para apurar se os fatos são verdadeiros, ou seja, comprovar a verossimilhança de sua palavra, haja vista que contradiz com a negativa do agente. A falta de credibilidade da vítima, poderá, portanto, conduzir à absolvição do acusado, ao passo que a verossimilhança de suas palavras será decisiva para um decreto condenatório.

Importante pontuar que a descoberta da verdade é relativa, pois o que é verdade para um pode não ser verdade para outro. Logo, o que importa é que a parte convença o magistrado de que os fatos ocorreram tal como apresentados em seu pedido (NUCCI, 2007, p. 360).

Todavia, se as palavras de uma pessoa adulta geram dúvidas, de mais fragilidade reveste-se a palavra da criança, já que possui como agravante a ausência

de procedimento específico para sua oitiva, contrariando o tratamento diferenciado preconizado pelo artigo 227⁵⁹ da Constituição Federal.

Quando se trata de criança, Nucci (2008, p. 444) informa que há expectativa para uma fala fantasiosa, instigada por adulto mal-intencionado ou por suas falsas memórias⁶⁰, pois lhe falta maturidade para compreender as implicações

⁵⁹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. ([Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010](#))

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: ([Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010](#))

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. ([Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010](#))

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; ([Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010](#))

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. ([Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010](#))

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá: ([Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010](#))

⁶⁰ Ensina Aury Lopes Jr que as falsas memórias se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou

de sua atitude, além de seu relato estar sujeito a divergências que podem advir da tentativa de proteger o agressor e sua família, já que nesse tipo de delito, na maioria dos casos o agressor é membro da família ou alguém muito próximo afetivamente. Além disso, não descarta-se a possibilidade de ilusões cognitivas em que a percepção é alterada por erros de perspectiva⁶¹.

No momento em que o processo penal apoia-se excessivamente na 'memória' das testemunhas abre um imenso espaço para que o *veredictum* atinja o alvo incorreto. A memória humana é fragilíssima, manipulável e traiçoeira ao extremo.

Critica Aury Lopes Jr⁶² ao falar que o mais surpreendente é ver um processo que acredita na 'memória' em relação a fatos ocorridos há muitos meses (senão até anos), sem perceber que no nosso dia a dia, muitas vezes, sequer somos capazes de recordar o que fizemos no dia anterior. O terreno é ainda mais perigoso nos crimes sexuais, em que a implantação de uma falsa memória⁶³ é ainda mais fácil.

interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação. Ambos são perigosos para a credibilidade da prova testemunhal, mas as falsas memórias são mais graves, pois a testemunha ou vítima desliza no imaginário sem consciência disso (em Direito Processual Penal, 11ª Edição, Editora Saraiva)

⁶¹ Giuliana Mazzoni destaca que cerca de 76% dos casos de reconhecimento em linha de investigados são falsos. MAZZONI, Giuliana. Se puede creer a um testigo? El testimonio y lãs trampas de la memória. Trad. José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010, p149.

⁶² LOPES JR, Aury. Limite penal. Você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela. Consultor Jurídico.19 set. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-depende-dela>>. Acesso em: 31/01/2017.

⁶³ “Em 1986, Nadean Cool, auxiliar de enfermagem de Wisconsin, consultou um psiquiatra porque não conseguia lidar com as consequências de um acidente sofrido pela filha.No tratamento foram utilizados pela terapeuta técnicas de sugestão, hipnose e outras. Após algumas sessões, explica LOFTUS, “Nadean se convenceu de que tinha sido usada na infância por uma seita satânica que a violentara, a obrigara a manter relações sexuais com animais e a forçara a assistir o assassinato de um amigo de 8 anos. O psiquiatra acabou por fazê-la acreditar que ela tinha mais de 120 personalidades em decorrência dos abusos sexuais e da violência sofridos quando criança.” Isso dá uma dimensão do que é possível criar em termos de falsas memórias e das graves consequências penais e processuais que elas podem gerar [...] Situação similar também narrada por LOFTUS foi documentada em 1992, quando uma terapeuta ajudou Beth Rutherford, então com 22 anos, a “recordar” que entre os 7 e os 14 anos havia sido violentada com regularidade pelo pai (um pastor), inclusive com a ajuda da mãe. Recordou também, a partir das técnica de induzimento, que havia ficado grávida duas vezes, tendo realizado sozinha os abortos utilizando um cabide. Finalmente, exames médicos demonstraram que a jovem ainda era virgem e nunca havia engravidado. Ela processou a terapeuta em 1996 e recebeu 1 milhão de dólares de indenização. JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. Editora Saraiva, 2012, p.673/674

Ainda, justamente por não existir procedimento específico para tomada de depoimento dos menores, acaba-se por vezes não considerar a condição peculiar de desenvolvimento da vítima, causar dano psicológico e incorrer no perigo de prejudicar a confiabilidade da prova produzida. Soma-se a isto todo o projeto da palavra do infante até chegar ao magistrado para ser inquirido sobre o crivo do contraditório, pois já submetido à vários profissionais diferentes com diversas metodologias cuja técnica é raramente informada no processo; restando ao juiz montar um verdadeiro quebra cabeça com as informações registradas.

Ao condenar alguém por crime de estupro de vulnerável baseando-se exclusivamente na palavra da vítima, assume-se um dos maiores riscos no direito penal. Isto ocorre o tipo descrito no art. 217-A abrange além da conjunção carnal, outros atos libidinosos diversos, que em certas conjunturas é ainda mais parente de prova posto que não necessariamente restarão vestígios das ações lascivas.

Veja que trata-se de um crime hediondo (art. 1º, VI, da Lei 8.072/90) e dado o panorama de pouquíssimas provas, a palavra da vítima ganha relevo especial. Embora a jurisprudência pátria não vede a condenação baseada na palavra da vítima como prova, o erro no reconhecimento do seu algoz é um risco iminente⁶⁴, podendo apontar pessoas diversas como agente do crime em razão da situação perniciosa que enfrentou.

⁶⁴ “É o caso de Jennifer Thompson. Por volta das três da madrugada teve a casa invadida e foi estuprada com uma faca no pescoço, tendo a vítima se focado no rosto do agressor para identifica-lo posteriormente, caso sobrevivesse. Saindo correndo pela porta conseguiu se livrar do estuprador e foi ao hospital, bem assim à polícia, elaborando um retrato falado. No dia seguinte Ronald Cotton, que tinha ficha policial (por invasão e agressão sexual) foi localizado, reconhecido por foto e depois pessoalmente. Em julgamento o reconhecimento foi confirmado. Cotton foi condenado ao cumprimento de prisão perpétua e mais cinquenta anos. Já na prisão, Cotton conheceu um homem parecido com sua descrição chamado Bobby Pool, também condenado por estupro e invasão. Ciente de sua inocência, Cotton pediu um novo reconhecimento, também na presença de Pool, tendo Jennifer, com a falsa memória fixada, novamente, afirmado ser Cotton o autor da agressão. Após Cotton estar sete anos preso, com os avanços do exame de DNA, foram feitos exames e se verificou que o verdadeiro autor do crime era Pool. Mlodinow afirma: *“Estudos experimentais nos quais pessoas são expostas a falsos crimes sugerem que, quando o verdadeiro culpado não está presente, mais da metade das testemunhas faz exatamente o que Jennifer Thompson: escolhem alguém de qualquer forma, selecionando a pessoa que mais se aproxima da lembrança do criminoso.”* (LOPES JR.; MORAIS DA ROSA, 2014)

São considerando tais possibilidades que nasce a insegurança do magistrado em proceder o julgamento perante o conjunto probatório que tem por base somente a palavra da referida vítima.

4. CREDIBILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL DIANTE DA CONTRADIÇÃO DE DEPOIMENTO DA ACUSAÇÃO X DEFESA

“Não seria a busca da verdade o que constitui o objeto da criminologia na ordem das coisas judiciárias, e também o que unifica suas duas faces: a verdade do crime em sua face policial, a verdade do criminoso em sua face antropológica.” Jacques Lacan.

4.1 O valor de prova da palavra da vítima

Via de regra, a palavra da vítima tem valor probatório relativo (*juris tantum*), devendo ser aceita com reservas. Contudo, nos crimes sexuais a palavra se reveste de especial importância na medida em que esta espécie de tipo penal normalmente é cometida às escondidas, sem a presença de testemunhas e, como já estudado, nem sempre conta com o exame de corpo de delito. De maneira figurada significa dizer que quanto mais faltam outros meios de prova, mais valor é conferida à palavra da vítima.

Ocorre que caso a palavra da vítima seja prestada com convicção e de forma coerente, sua declaração pode ser suficiente para o decreto condenatório, assim entende Gonçalves:

Em suma é possível a condenação de um estupro com base somente na palavra e no reconhecimento efetuado pela vítima, desde que não haja razões concretas para que se questione o seu depoimento. Há uma presunção de que as palavras desta são verdadeiras, mas é relativa. (GONÇALVES, apud LENZA, 2013, p. 543).

Em análise da prova testemunhal, o juiz deverá dirigir sua ótica para dois ângulos distintos: a) coerência e justificação do depoimento; e b) autoridade (no sentido de credibilidade genérica) do autor do *dictum*.

A coerência e justificação coadunam-se com os demais elementos de convicção constantes nos autos do processo *sub judice*, em outras palavras, o testemunho deve ser consentâneo com o resultado de outros meios probatórios.

Nesta seara já se manifestou o STJ:

A configuração do crime de estupro prescinde da realização do exame de corpo de delito, sendo suficiente a manifestação inequívoca e segura da vítima, quando em consonância com os demais elementos probatórios delineados no bojo da ação penal. (HC 8.720-RJ, 6ª t., rel Vicente Leal, 16.11.1999, v.u. DJ 29.11.1999, p. 126).

A credibilidade relativa reside no vício que pode contar a palavra da vítima, seja por vezes ser o agressor conhecido da vítima e por residir aos redores de sua casa ou na própria residência, como é o caso do pai e padrasto; ou seja por existir um grau de relacionamento entre as partes e não raramente a vítima mantém um grau de submissão com alusão ao autor.

Tais fatores desembocam em situação em que a parte se cala ou sofre de maneira omissa por muito tempo, não denunciando o autor por medo. É imprescindível o apoio da vítima no processo, inclusive para que ela possa admitir que realmente foi violentada.

Todavia, cientes de que sua palavra tem força probatória, agentes de má-fé⁶⁵ podem denunciar um estupro, imputando a culpa a determinada pessoa sem que isto seja realmente verificado, por exemplo para justificar a perda da virgindade ou casos de filhos que não aceitam o relacionamento da mãe com outra pessoa e acusam o parceiro dela de os terem estuprado.⁶⁶

Vulneráveis são facilmente manipuláveis, podendo dizer o que terceiros interessados peçam que falem e nem sempre tem noção clara do que está acontecendo; fazendo declarações falsas porque, de uma maneira geral, são tentadas a conciliar e concordar com os demais⁶⁷.

Quimérico seria imaginar que não haveria interferências deste nível dado o envolvimento direto da vítima pela prática do crime, que teve sua intimidade violada, razão pela qual pode estar coberta de emoções perturbadoras em seu processo psíquico, levando-a à ira, ao medo, à mentira, ao erro, às ilusões de percepções, ao desejo de vingança e à esperança de obter vantagens econômicas.

⁶⁵ Ainda que tais assertivas se façam presentes no processo criminal, não são suficientes para afastar a credibilidade, ainda que relativa, das vítimas de crimes contra a dignidade sexual.

⁶⁶ Revista JurisFIB, ISSN 2236-4498, Volume IV, Ano VI, Dezembro 2013, Bauru SP, p. 297.

⁶⁷ Revista JurisFIB, ISSN 2236-4498, Volume IV, Ano VI, Dezembro 2013, Bauru SP, p. 298.

Data venia, desloca-se o enfoque não mais para o vício contido na palavra da vítima, mas na eventualidade de não ser possível colher as declarações desta, seja porque ela se calou evitando sofrer mais ao ter que lembrar o fato; ou por tratar-se de criança ou deficiente mental; ou ainda, ambas as hipóteses. Cogita-se também o silêncio advindo de ameaças ou simplesmente da pouca experiência que possuem, não detendo a consciência de que foram de fato vítimas de crime sexual.

Eluf (1999, p. 20) faz um paralelo com outros crimes:

É possível perceber que o descrédito da vítima é maior quando se trata de delito sexual. Em caso de roubo, por exemplo, se o ofendido declara que foi assaltado a mão armada, ninguém duvida da veracidade de suas informações, mas o mesmo não pode e não ocorre nos casos sexuais, onde as mulheres são ouvidas com reservas.

Segundo Amazarray e Koller, embora cada criança reaja de forma diferente ao abuso, certo é que dele resultará dano emocional que poderá se apresentar de forma mais latente por algum tempo, ou até mesmo nunca ser desencadeado, dependendo de sua estrutura emocional, apoio familiar e profissional que receber.

Em todos os casos, o judiciário encontra um grande impasse, pois ao poder basear-se apenas em fatos subjetivos pode não chegar ao que realmente ocorreu. Assim, “a aceitação isolada da palavra da vítima, pode ser tão perigosa, em função da certeza exigida para a condenação, quanto uma confissão do réu” (NUCCI, 2010, p. 915); e na dúvida, absolve-se.

Na grande esmagadora maioria dos casos, o abuso sexual é praticado por pessoas que aparentam normalidade e integral o rol de conhecidos da vítima, especialmente se esta enquadrar-se na condição de vulnerável. Incontroverso fato é que a problemática da prova sempre existirá, pois o crime sexual continuará ocorrendo de forma secreta, abrangendo na hora do crime apenas a vítima e o autor.

Com isto, e mediante as próprias circunstâncias do crime, pouco há que se fazer para tornar certa a autoria do ilícito penal. No entanto, poderão o Judiciário e o Legislativo amenizar as injustiças tomando consciência da seriedade do problema e dando mais atenção à ele.

Poderia o Legislativo modificar novamente a conceituação do tipo penal de estupro e ato libidinoso, uma vez que o estupro exige contato físico mais íntimo e quase sempre deixam provas – mesmo frágeis. A sugestão seria definir o primeiro como “o ato de praticar, mediante violência ou grave ameaça, relação sexual através da conjunção carnal ou coito anal”, de tal forma que para comprovação do estupro restaria maior dificuldade apenas no que tange ao constrangimento.

Nesta seara, os demais atos libidinosos (que dificilmente deixam provas) formariam um novo delito, como o beijo lascivo, com pena mais branda do que a então prevista no art. 213 do atual Código Penal⁶⁸, já que a prova destes é ainda mais difícil de ser produzida.

Sobre a validade da palavra da vítima como meio de prova nos crimes contra os costumes, é o unânime entendimento jurisprudencial da 4ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA OS COSTUMES - ESTUPRO - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PLEITO CONDENATÓRIO - POSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE SOBEJAMENTE COMPROVADAS - PALAVRA DA VÍTIMA ALIADA ÀS DEMAIS PROVAS TESTEMUNHAIS COLHIDAS NOS AUTOS - CONJUNTO PROBATÓRIO HÁBIL A ENSEJAR UM DECRETO CONDENATÓRIO - RECURSO PROVIDO. **Nos crimes contra os costumes, quase sempre praticados sem a presença de testemunhas, as declarações da ofendida têm valor probante, máxime quando encontram apoio em outros elementos de prova existentes nos autos.**⁶⁹

APELAÇÃO CRIME - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - PLEITO POR ABSOLVIÇÃO - NÃO ACOLHIMENTO - CONJUNTO PROBATÓRIO ÁPTO A ENSEJAR A MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA - **PALAVRA DA VÍTIMA QUE, MESMO SENDO CRIANÇA, MERECE CREDIBILIDADE, EIS QUE DOTADA DE HARMONIA E COERÊNCIA** - PEDIDO ALTERNATIVO DE REDUÇÃO DA PENA - ACOLHIMENTO POR RAZÕES DIVERSAS DAQUELAS INVOCADAS PELA DEFESA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.⁷⁰

⁶⁸ Assemelhando-se ao que era antes da Lei 12.015/2009 – estupro e violento atentado ao pudor.

⁶⁹ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação nº. 0469854-0. Acórdão nº 7335, Rel. Des. Antonio Martelozzo, 4ª Câmara Criminal, julg. 18/09/2008 (grifo acrescido)

⁷⁰ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação nº. 0531672-9. Acórdão nº 8220, Rel. Des. Tito Campos de Paula, 4ª Câmara Criminal, jul. 12/03/2009 (grifo acrescido)

Observa-se, diante do exposto, que em muitos casos o conjunto probatório é constituído exclusivamente pelas provas orais, sendo óbvio que elas, desde que críveis e bem analisadas, são suficientes para embasar uma condenação.

De outro norte, principalmente para os casos de estupro de vulnerável a mais eficaz solução já existe, a prova psicológica. Ocorre que esta exige a melhor capacitação de seus representantes pelo Judiciário, de forma que estejam preparados para tais situação, bem como a disponibilização de um psicólogo nas delegacias, a serviço do Estado e que gozasse de fé pública para que este meio probatório dificilmente fosse contestado

Não caberia a prova psicológica ser dona de uma verdade absoluta, mas sim, orientar o judiciário, de tal modo que sua análise técnica, concomitantemente às demais provas traria uma verdade mais próxima da real (Revista JurisFIB, 2013).

Sem a pretensão de analisar por completo as diversas alternativas para a construção de uma sentença certa, traz-se, ainda, o célebre projeto “depoimento sem dano”⁷¹ instituído pelo Juiz de Direito Dr. José Antonio Daltoé Cezar⁷², sinônimo de um novo modelo de justiça na hipótese de inquirição de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, objetivando a redução de danos psíquicos ocasionados pela atuação do sistema legal.

Tal projeto busca retirar as crianças e adolescentes vítimas de violência sexual do ambiente repleto de formalismo de uma sala de audiência e redirecioná-las a um rapport ideal, onde o depoente possa sentir-se à vontade, sem constrangimentos. O principal mecanismo desta ‘sala confortável’ é um profissional, de qualidade técnica e humano, normalmente psicólogos ou assistentes sociais que evitem perguntas inapropriadas, agressivas e impertinentes mas que, ao mesmo

⁷¹ Abordado de forma completa em CEZAR, José Antonio Daltoé. **Depoimento Sem Dano**: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. 1ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁷² Daltoé Cezar (2007 p. 62), idealizador do projeto, destaca alguns itens como sendo os principais objetivos do projeto: Redução do dano durante a produção de provas em processos judiciais, nos quais a criança/adolescente é vítima ou testemunha; a garantia dos direitos da criança/adolescente, proteção e prevenção de seus direitos, quando, ao ser ouvida em Juízo, sua palavra é valorizada, bem como sua inquirição respeita sua condição de pessoa em desenvolvimento; Melhoria na produção de prova produzida

tempo, sejam através da escuta da criança e/ou adolescente extrair os dados necessários sem causar maiores danos psíquicos ao entrevistado. Segundo Rovinski e Stein (2009 p.71) "[...] para facilitar a recuperação de fatos guardados na memória não bastam recursos cognitivos diferenciados de acesso a informação, mas, também, a criação de um ambiente acolhedor ao entrevistado".

Ainda, a sala deve possuir um sistema de áudio e vídeo interligado onde se encontram o Juiz, promotor, advogado e réu para acompanhamento através do vídeo, ou, um vidro onde só é possível a visão externa. É extremamente relevante, além do contexto onde ocorreu o fato, que o intervalo de tempo do momento do fato até a inquirição não seja muito grande, isto por que a vítima ou testemunha acaba esquecendo-se de algumas situações essenciais para caracterizar o abusador como criminoso e condená-lo pelo delito.

Santos (2012, p. 02.) ainda destaca que a rápida descoberta destes delitos também se faz indispensável. Além do mais, a volatilidade das provas se dá pela rapidez com que perecem, sendo que muitas vezes não poderão ser refeitas por não deixarem mais vestígios em razão do tempo decorrido e se produzidas durante Inquérito Policial não serão meio hábil a ensejar condenação se não houver provas ameadadas no processo:

Com o aumento da credibilidade e confiança na polícia e demais órgãos envolvidos, há também crescimento dos casos denunciados. É um paralelo crescente e proporcional em que a comunidade, contribui para que os condenados sejam retirados do convívio de suas vítimas. (Santos, 2012, p. 02).

Tais atitudes tem o escopo de fazer com que os estupradores sintam medo de agir, e que as vítimas não se afugentem, denunciando o criminoso e não sofrendo mais silenciosamente. O problema da prova no crime de estupro será amenizado, e a possibilidade de uma grande mudança exsurge, aumentando o número de denúncias e diminuindo o número de crime.

4.2. O jogo da crença e da descrença da palavra da vítima

“Ninguém duvida, hoje em dia, da violência com que os estupros são praticados, do pavor que os estupradores infundem em suas vítimas para que não exerçam nenhum tipo de reação.”
(GRECCO,2010, pp. 604-605)

A denúncia e a condenação de um indivíduo por estupro só é possível porque todos os elementos orbitam em torno de uma prerrogativa especial: o valor da palavra da vítima em casos de estupro.

Inclusive o Ministro Rogério Schietti Cruz, relator do AResp Nº 225.943/SP publicado em outubro de 2016, afirmou que a palavra da vítima representa viga mestra da estrutura probatória, e sendo esta firme, segura e em consonância com as demais provas, é capaz de autorizar a condenação.

Esta prerrogativa especial deve ser analisada com atenção, sendo imprescindível atribuir valor de provas às versões da vítima de estupro para evitar a absolvição em massa por falta de provas. Fato é que devido às dificuldades de comprovação da denúncia, a palavra da vítima é considerada pela jurisprudência como um dos elementos mais importantes do processo, sendo, inclusive, suficiente para sustentar a condenação do réu na falta de provas mais consistentes – destaca-se o julgado do STJ acima.

Uma breve incursão merece ser feita: mas em que casos a versão da vítima é considerada verdadeira e, em quais casos ela é considerada como prova?

A análise⁷³ dos processos de estupro revela que existe uma grande autonomia dos juízes, uma vez que aos togados é atribuída a tarefa de adequar suas decisões a uma lei ampla e uma infinidade de jurisprudências divergentes e ‘abertas’ a interpretações. Não raro há precedentes que permitem o descarte do exame de corpo de delito e várias outras o consideram indispensável⁷⁴. Outras decisões impõem

⁷³ Trazida à baila na Tese de Doutorado da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH) da Universidade de São Paulo em 2010 por Daniella Georges Coulouris.

⁷⁴ Duas jurisprudências antagônicas em casos análogos: “Tratando-se de infração que deixa vestígios, como acontece com o estupro, o exame de corpo de delito é imprescindível, não o suprimindo nem mesmo a confissão do acusado (TJSC – AC- Rel. Jarbas Mazzoni – RT 607/297”; “Processo Penal. O art. 158 do CPP exige exame de corpo de delito direto ou indireto, quando a infração deixa vestígios; mas o art. 167 contemporiza o rigor, dizendo que, quando não for possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecidos os vestígios, a prova testemunhal suprimir-lhe a falta. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (RTJ 89/110).

ainda, maiores ressalvas para que o depoimento da vítima seja considerado – condições como sinais de violência ou resistência ou a exigência de que sua palavra seja corroborada por “outros elementos” levantados no desenvolvimento do processo.

Mister se faz trazer a tona Apelação Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que permite que a palavra da vítima sustente a denúncia e a condenação de um homem por estupro, ainda que ausente laudo pericial (grifo acrescido):

APELAÇÃO – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO **CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL** (CP, ART. 217-A, CAPUT) - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. PRELIMINARES. AGRAVO RETIDO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE DILIGÊNCIAS - INTEMPESTIVIDADE - NÃO CONHECIMENTO. É intempestivo o recurso de agravo retido interposto após o prazo de 10 (dez) dias previsto no caput do art. 522 do CPC. AUSÊNCIA DE DEFENSOR DURANTE O INTERROGATÓRIO NA FASE POLICIAL - PRESCINDIBILIDADE - PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA QUE NÃO PREVALECEM NA FASE INDICIÁRIA - PRELIMINAR AFASTADA. "Como o inquérito policial é um procedimento administrativo informativo, de natureza inquisitiva, e não observa os princípios do contraditório e ampla defesa, a ausência de advogado no interrogatório policial não acarreta a nulidade do processo" (STJ, Min. Felix Fischer). ADOLESCENTE NÃO CIENTIFICADO DO DIREITO AO SILÊNCIO - DESOBEDIÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 5º, LXII, DA CF/88 - ILICITUDE DA PROVA - TODAVIA, NULIDADE DO INQUÉRITO QUE NÃO INVALIDA A AÇÃO PENAL - DESENTRAMENTO, DE OFÍCIO, DO TERMO DE INFORMAÇÃO. Eventuais nulidades ocorridas na fase policial não têm o condão de invalidar a ação penal. Todavia, o elemento informativo obtido em contrariedade aos ditames constitucionais deve ser desentranhado do feito. **MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA EXAUSTIVAMENTE COMPROVADAS - PALAVRA DA VÍTIMA FIRME E COERENTE, EM AMBAS AS OPORTUNIDADE EM QUE FOI OUVIDA, ALIADA AOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS - DELITO PRATICADO POR TIO CONTRA SOBRINHO - AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL - IRRELEVÂNCIA - POSSIBILIDADE DE DESAPARECIMENTO DOS VESTÍGIOS - MATERIALIDADE SUPRIDA PELA PROVA TESTEMUNHAL - OBSERVÂNCIA DO ART. 167 DO CPP - CONDENAÇÃO MANTIDA.** "Em crimes contra a liberdade sexual, praticados à clandestinidade, a palavra da vítima, sobretudo quando amparada pela prova testemunhal, reveste-se de maior valia em relação ao relato do réu proferido em juízo, a quem compete desconstituir a autoria a ele imputada" (STF, Min. Luiz Fux). "Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta" (CPP, art. 167). MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E LIBERDADE ASSISTIDA - PLEITO DE EXCLUSÃO DA MAIS GRAVE OU DE REDUÇÃO DO TEMPO DE CUMPRIMENTO - INVIABILIDADE - POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO - EXEGESE DOS ARTS. 99 E 113 DO ECA - ADEMAIS, ATO INFRACIONAL PRATICADO COM VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA QUE ENSEJARIA A IMPOSIÇÃO DE INTERNAÇÃO (ECA, ART. 122, I) - RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA - MANUTENÇÃO, SOB PENA DE REFORMATIO IN PEJUS. É possível a cumulação de medidas socioeducativas, desde que possam ser

cumpridas de forma concomitante. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA EXTENSÃO CONHECIDA, DESPROVIDO. (TJSC, Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2015.079783-1, de Maravilha, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 15-12-2015).

Depreende-se de toda a análise que o valor da palavra da vítima será sempre uma questão relevante na análise sociológica de processos de estupro. A pesquisa trazida por Coulouris⁷⁵ em sua tese de doutorado, trabalhou com material empírico específico em que a probabilidade de condenação dos acusados parece maior, porém não descarta-se hipóteses em que a impunidade dos agressores sexuais no país não é remota.

A dificuldade de obtenção da condenação do agressor reside justamente devido à falta de provas materiais que certifiquem os depoimentos das vítimas, ainda que exista a prerrogativa de prova da palavra da vítima.

Neste sentido, afirmam Ardaillon & Debert (1987,p.24) que *“comprovar a ocorrência de estupro não é fácil e por isso mesmo a personalidade dos envolvidos será constantemente referida no decorrer do julgamento.”*

De maneira célere, é necessário reconhecer o contexto social de cada fato e as condições mentais da vítima, em outras palavras, adotar as lentes de criminologia para deixar de tratar o delito como um problema individual e social e passar a buscar em disciplinas auxiliares argumentos que possam ajudar a entender e comprovar os fatos.

O que não é efetivamente dito, mas facilmente compreendido nos resultados das sentenças é que: o resultado da decisão que absolve ou condena é muito mais um efeito das questões polêmicas relacionadas ao sentido da punição nos casos de estupro do que a “real crença ou descrença em relação à palavra da vítima”, ou da capacidade da vítima de convencer os julgadores de que sua versão é a mais próxima da verdade. E isso porque “o que não está nos autos não está no mundo” intensificam a clara arbitrariedade dos magistrados ao exercerem seu poder de nomear determinados indivíduos como estupradores, determinadas mulheres como vítimas e determinadas situações como estupro – afronta clara aos princípios da

⁷⁵ COULOURIS, Danielle Georges. A Desconfiança em relação à palavra da vítima e o sentido da punição em processos judiciais de estupro. 2010. 242f. Tese de Doutorado – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas FFLCH – Universidade de São Paulo, 2010.

igualdade de todos perante a lei e da presunção de inocência do acusado, previstos respectivamente no art. 5, caput e inciso LVII da Constituição Federal de 1988.

4.3 Linearidade dos depoimentos

O embasamento da condenação de crime complexo como o Estupro de Vulnerável com previsão no artigo 217-A da legislação penalista deve-se dar pela observação do conjunto probatório – dada especificidade do caso concreto – obtido da somatória da palavra da vítima e do depoimento do acusado.

É certo que os infantes não estão obrigados a prestar compromisso de dizer a verdade em seus testemunhos, sendo ouvidos no processo apenas como informantes⁷⁶. Mister se faz informar que por tratar de crime sexual hediondo que deixa poucos vestígios, a valoração do depoimento do menor, muitas vezes como a única forma de se provar o ocorrido será dada pelo juiz de acordo com a verossimilhança dos fatos narrados, sua coerência e a harmonia com o conjunto probatório.

A tenra idade da *personae*, vítima de agressão sexual não é determinante se a apresentação da versão dos fatos correspondem ou não à verdade perquirida. Com efeito, salienta a jurisprudência pátria que o depoimento do indivíduo menor de 14 anos será passível de constituir prova testemunhal que lastreará a condenação:

Nos delitos de natureza sexual a palavra da ofendida, dada a clandestinidade da infração, assume preponderante importância, por ser a principal se não a única prova de que dispõe a acusação para demonstrar a responsabilidade do acusado. Assim, se o relato dos fatos por vítima menor é seguro, coerente e harmônico com o conjunto dos autos, deve, sem dúvida, prevalecer sobre a teimosa e isolada inadmissão de responsabilidade do réu. (TJSP RT 671/305-6).

(...) 1. '... a palavra da vítima tem grande validade como prova, especialmente porque, na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios' (HC 47212/MT, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJ de 13/3/06). (...). (REsp

⁷⁶ Art. 208, CPP. Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos depoentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.

401028/MA, Rel. Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, DJe de 22/3/2010).

(...) I - A palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que nestes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios (Precedentes). (...). (HC 135972/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe de 7/12/20090).

A maioria dos casos de abuso sexual infantil, não deixam vestígios do ato sexual praticado. Assim a palavra da vítima se apresenta como uma das poucas provas possíveis ao processo, considerando que se trata de crime praticado às escondidas e, dessa forma, raramente testemunhado por alguém.

Entretanto, a imaturidade psíquica, a possibilidade de fantasiar fatos relativos à ocorrência do abuso e o forte abalo emocional colocam o testemunho da vítima menor de 14 anos em situação de questionamento por parte dos julgadores quanto à veracidade da narração. Não raras situações, a criança frágil é forçada a lembrar de algo importante, e termina a sua falta de informação com dados extraídos da fantasia e da imaginação, inventando. É nesse ponto que devemos adentrar, justamente pela dificuldade com que o infante tem de lidar com a noção de tempo e espaço, que o juiz deve lançar mão de comparações ao falar em horário de adulto (19:00 horas, 23:00 horas), e fazer referência ao horário da própria criança como o momento em que almoça, janta, brinca, vai para a cama. Assim, por ser altamente sugestível, jamais deverá o magistrado completar-lhe frases, com “sim” ou “não”, porque a criança para agradar quem a ouve, certamente terminará concordando com o almejado pelo interrogante.

Nesse diapasão, um julgado do Paraná, no qual a própria mãe coloca em questão o relato da filha porque teria imaginação fértil; além de que, o relator entendeu que a criança fora induzida pela juíza de 1º grau em sua declaração. Para tanto, retira-se da íntegra:

A imaturidade psicológica da criança, especialmente quando contam com tenra idade, é ponto que necessita ser abordado. Como bem ressaltou o e. Juiz que proferiu o voto que ensejou o recurso ora examinado, a imaginação destes indivíduos é utilizada como meio de autodefesa e para satisfação de seus próprios desejos, além de serem altamente sugestíveis.

EMBARGOS INFRINGENTES - VOTO VENCIDO EM APELAÇÃO CRIMINAL - ABSOLVIÇÃO - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - PALAVRA DA VÍTIMA COM IMPORTANTES INCONGRUÊNCIAS - CRIANÇA COM OITO ANOS DE IDADE À ÉPOCA DOS FATOS - ÚNICO ELEMENTO DE PROVA - INSUBSISTÊNCIA DO DEPOIMENTO DA MENOR - IMATURIDADE PSÍQUICA. 1. A palavra da vítima apenas pode ser relevada quando desnudada de senões e apresentar-se coerente. 2. Imprescindível que o

depoimento da vítima encontre ressonância com o contexto probatório carreado nos autos. 3. As declarações de crianças, quando não apresentam verossimilhança, devem ser vistas com reservas dada à imaturidade psicológica e o alto grau de sugestionamento que possuem. 4. Aplicação do princípio "mor" do Direito Penal: "in dubio pro reo", em face das dúvidas patentes. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS. (TJ-PR - EI: 2040391 PR Embargos Infringentes Crime (Gr) - 0204039-1/01, Relator: Waldemir Luiz da Rocha, Data de Julgamento: 15/10/2003, Primeiro Grupo de Câmaras Criminais (extinto TA), Data de Publicação: 31/10/2003 DJ: 6488)

A bem da verdade, toda suscetibilidade a essas influências, além da liquidez com que o caráter do menor de 14 anos esteja sendo formado é que deixa vazão para episódios como estes (de fabular situações que nunca existiram), e acabam por realocar o título de vítima que antes seria do menor para o adulto, e torná-lo uma eterna vítima de cunho moral, com a chancela de um longo e lento falecimento de sua reputação social, ainda que não seja este o estuprador. Isto porque, o que se pretende com esta análise é trazer a hipótese de descoberta a respeito da fabulação do estupro por parte do infante, trazendo à tona a figura de inocência ao adulto e deslocando para ele o papel da vítima, visto que foi ele o acusado injustamente.

Nessa toada, impende ressaltar a cinematografia dinamarquesa já citada no capítulo I da presente monografia chamada *The Hunt*, que escrito e dirigido por Thomas Vinterber, *The Hunt* (Jagten) usa como estopim moral o abuso sexual que explode em uma trama intrincada e revestida de hipocrisia. Vinterber ganhou notoriedade ao trazer como vítima Lucas, o professor de um escola infantil cuja Klara, de 6 anos, decide se vingar por uma rejeição amorosa do próprio professor sob o fundamento de que foi estuprada. Ocorre que a pequena Klara, com desenvolvimento psíquico claramente incompleto, porém instigada pelos vídeos pornográficos de seu irmão acaba por contaminar todas as demais crianças da escola a denunciarem o professor Lucas. A trama se desenrola de forma tão intensa que nem uma singular criança é capaz de dizer que não foi violentada. O excelente método de condução da série que não esconde os fatos reais do público para que o foco se vire para o comportamento daqueles que foram afetados pelo abuso. Fato é que o filme foge do clichê que culpabilizaria Lucas, como o homem adulto agressor que deveria ser punido. Do contrário, chama-se atenção a Klara, cujos fatores psicológicos interferem de forma decisiva e representam a transição da perda da inocência, que no filme, vai além da castidade e adentra questões que abordam o bem e o mal, o certo e o

errado. Lucas passa por um período preso, até que o tribunal decide inocentá-lo sob a percepção que o testemunho de Klara, apesar de ‘aparentemente’ corroborar’ com os demais elementos do autos, havia fabulado toda história estimulada pelos vídeos pornográficos do irmão.

Oxalá seja unísono na prática forense que a palavra da vítima seja suficiente para ensejar a *veredictum* condenatório, é necessário que se faça ressalva para que se o teor do testemunho não mantiver certa linearidade em todas de suas etapas, quais sejam, laudo psicológico, laudos da assistente social, relatório do conselho tutelar, depoimento das demais testemunhas (se houver) deve-se entender que não se pode correr o risco de condenar um inocente e torna-se, por lógico, e imperativo, a aplicação do princípio mor *in dubio pro reo*.

Nesse sentido é que se manifesta o Tribunal de Santa Catarina (grifo acrescido):

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR. AVENTADA NULIDADE DO PROCESSO POR CERCEAMENTO DE DEFESA, ANTE O INDEFERIMENTO DA REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL COMPLEMENTAR, CONSISTENTE NA COMPARAÇÃO DO MATERIAL GENÉTICO DO RÉU COM O COLHIDO NO ÓRGÃO GENITAL DA VÍTIMA. EIVA INOCORRENTE. PEDIDO INÓCUO, TENDO EM CONTA QUE, REALIZADO O EXAME COMPLEMENTAR AO LAUDO DE CONJUNÇÃO CARNAL, OS PERITOS ATESTARAM QUE NÃO FOI ENCONTRADO ESPERMA NA SECREÇÃO COLHIDA. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. VIABILIDADE, NA ESPÉCIE. **DÚVIDAS EM RELAÇÃO À MATERIALIDADE DO CRIME E À AUTORIA. CASO CONCRETO EM QUE A VERSÃO DA VÍTIMA NÃO SE REVELA PREPONDERANTE O SUFICIENTE PARA EMBASAR O DECRETO CONDENATÓRIO.** ADEMAIS, LAUDO PERICIAL QUE NÃO APONTOU A EXISTÊNCIA DE VESTÍGIOS DE CONJUNÇÃO CARNAL OU VIOLÊNCIA FÍSICA CONTRA A VÍTIMA. **DÚVIDAS QUE DEVEM SER RESOLVIDAS EM FAVOR DO RÉU. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE.** RECURSO PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0000565-92.2016.8.24.0087, de Lauro Müller, rel. Des. Rui Fortes, j. 21-03-2017).

Ainda assim, essa prerrogativa ‘especial’ que a palavra da vítima detém como viga mestra deve ser analisada com atenção, isto porque mesmo nos casos em que aparentemente ela (a palavra da vítima) corrobore com as provas amealhadas

nos autos é preciso atribuir certo juízo de valoração, seja para condenar o réu, seja para absolvê-lo.

Orbita-se novamente tocar a respeito da linearidade/repetição com que as simbologias e os significantes são utilizados para narrar e contar os fatos pretéritos sofridos pelo infante. Ora, se o menor particularizou ato libidinoso por diversas vezes, perante familiares, psicóloga, conselheira tutelar, autoridades policial e judicial, torna-se improvável que tivesse criado ou fantasiado fato de extrema gravidade, sem que tivesse vivenciado violência; com efeito, o que se conclui é que se o discurso da vítima é muito coerente, pode significar que o que ele fala é verdadeiro e neste ponto corrobora para o pleito condenatório.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho iniciou-se, em seu Capítulo 1, tratando de apresentar a Prova Testemunhal no Rito Ordinário do Processo Penal Brasileiro com seus aspectos formais, abordando a prova testemunhal como procedimento de investigação e produção da verdade, além de apresentar a testemunha como elo entre o juiz o *thema probandum*.

No Capítulo 2, tratou-se dos crimes contra a dignidade sexual, em especial os delitos de estupro de vulnerável tipificado no artigo 217-A do Código Penal, destacando a ausência de provas, a dificuldade de localizar o momento exato de consumação e em decorrência disto, a falibilidade da sentença proferida

No Capítulo 3, tratou-se da credibilidade da prova testemunhal diante da contradição de depoimento da acusação versus defesa, com análise sobre o entendimento jurisprudencial quanto ao valor da palavra da vítima como instrumento isolado de prova em crimes de estupro, concluindo com a análise acerca da possibilidade de se sustentar, diante da ausência de outras provas, a condenação do réu apenas na palavra da vítima.

Quando do início do trabalho, foi-se indagado se o testemunho puro da vítima nos crimes de estupro de vulnerável é suficiente para ensejar o veredictum condenatório proferido pelo magistrado.

A exposição descritiva e argumentativa contida nos capítulos permite que se confirmem, em termos definitivos, as respostas provisórias que integram as hipóteses apresentadas no início do presente trabalho receberão as seguintes conjecturas:

1) O crime de estupro de vulnerável engloba não apenas a conjunção carnal, mas também qualquer outro ato libidinoso. Portanto, é possível que este crime ocorra de tal forma que não deixe rastros materiais algum, a exemplo de um beijo mais ardente, ou até mesmo a cópula oral. Em tais casos, a palavra da vítima, para constituição da materialidade do delito, se tornará meio probatório de grande importância, desde que sustentado pelos demais elementos dos autos.

2) O estupro de vulnerável pode ocorrer sem deixar elementos palpáveis, constituindo seu corpo de delito em mera conduta não provável por laudo técnico.

3) Consoante o que restou explanado ao longo da pesquisa, a palavra da vítima de crime estupro de vulnerável é dotado pelos tribunais de maior valor probatório, na medida em que, por vezes, tal crime é consumado às escuras, longe dos olhos curiosos de testemunhas, somente na presença dos protagonistas do fato. Ademais, em tais casos, o agente procura eliminar as provas do crime constituídas em matéria, visando escondê-lo.

Este crime, que engloba a conjunção carnal e outros atos libidinosos, por vezes não deixam prova de sua ocorrência, por serem de mera conduta, desta forma, a palavra da vítima novamente assume destaque no bojo probatório, quando escorada pelos demais elementos dos autos.

A pesquisa documental em julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Paraná e São Paulo demonstrou que nos processos de abuso sexual contra crianças, nos quais há ausência de prova material e quando o depoimento é um dos poucos indícios constantes do conjunto probatório se claros, coerentes e harmônicos, com o apoio nos autos, são bastantes para embasar o decreto condenatório.

Todavia, se houver contradição, imediatamente surgirá a dúvida se a vítima fantasiou e, por isso, entendem os togados que não se pode correr o risco de condenar um inocente, em hipótese alguma permitindo a mitigação da presunção de inocência do réu. A sentença falha pode atingir a vítima de estupro, hipótese em que a vítima conviverá com o fato de que o agressor está livre, muitas vezes dentro de sua casa, proporcionando-lhe perigo de novos abusos e até mesmo outras repreensões, isto sem falar, o risco de o acusado contrair novas vítimas.

Ainda assim, não se trata de tolher a credibilidade da vítima pelo simples fato de se tratar de crime sexual, mas de lhe conferir a mesma credibilidade inerente a outros delitos, podendo seu teor contraposto por outros elementos, inclusive pela palavra do próprio réu. O terreno é ainda mais perigoso nos crimes sexuais com a possibilidade de implantação da falsa memória decorrente da credibilidade relativa da vítima.

Diante do tema cinzento e nupérrimo, são trazidas à baila ao longo da monografia 3 (três) sugestões de soluções aptas à desenvolvimento:

1) Solução 1: Poderia o Legislativo modificar novamente a conceituação do tipo penal de estupro e ato libidinoso, uma vez que o estupro exige contato físico mais íntimo e quase sempre deixam provas – mesmo frágeis. A sugestão seria definir o primeiro como “o ato de praticar, mediante violência ou grave ameaça, relação sexual através da conjunção carnal ou coito anal”, de tal forma que para comprovação do estupro restaria maior dificuldade apenas no que tange ao constrangimento. Nesta seara, os demais atos libidinosos (que dificilmente deixam provas) formariam um novo delito, como o beijo lascivo, com pena mais branda do que a então prevista no art. 213 do atual Código Penal, já que a prova destes é ainda mais difícil de ser produzida.

2) Solução 2: Prova psicológica – principalmente nos casos de estupro de vulnerável, a mais eficaz solução já existe, a prova psicológica. Ocorre que esta exige a melhor capacitação de seus representantes pelo Judiciário, de forma que estejam preparados para tais situações, bem como a disponibilização de um psicólogo nas delegacias, a serviço do Estado que gozasse de fé pública para que este meio probatório dificilmente fosse contestado. O que se pretende não é que a prova psicológica fosse dona da verdade absoluta, mas orientar o judiciário com uma análise técnica mais próxima da real.

3) Solução 3: Depoimento Sem dano – Juiz Daltoé – Novo Modelo de Inquirição de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual objetivando a redução de danos psíquicos ocasionados pela atuação do sistema legal.

Vale ressaltar, por último, que a ideia conclusiva e quiçá inovadora é que deve-se observar a linearidade no depoimento do infantojuvenil para que essa investigação e produção da verdade possa assumir um tiro mais certo em seus *verdictums*. Dado o fato de que se o menor particularizou ato libidinoso por diversas vezes, perante familiares, psicóloga, conselheira tutelar, autoridades policial e judicial, torna-se improvável que tivesse criado ou fantasiado fato de extrema gravidade, sem que tivesse vivenciado violência; com efeito, o que se conclui é que se o discurso da vítima é muito coerente, pode significar que o que ele fala é verdadeiro e neste ponto corrobora para o pleito condenatório.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, José Carlos G. Xavier De. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro: incluindo a Delação Premiada sob o olhar constitucional brasileiro.** São Paulo, Letras Jurídicas, 2016.

ARAUJO, Thiago Lustosa Luna de. **O(s) novo(s) crime(s) de estupro: Apontamentos sobre as modificações implementadas pela Lei 12.015.** Teresina: Jus Navigandi, 2009.

ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz de. **Dano moral puro ou psíquico.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 18 Jan. 2017.

_____. Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 18 Jan. 2017.

_____. Lei nº 11.106, de 28 de Março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 18 Jan. 2017.

_____. Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>.

_____. Lei nº 11.690, de 09 de Junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 09 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 18 Jan. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

_____. **Curso de direito penal parte especial dos crimes contra a dignidade sexual e dos crimes contra a administração Pública** (arts. 213 a 359H) 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

CEZAR, José Antonio Daltoé. **Depoimento Sem Dano**: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. 1ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

COULOURIS, Daniella Georges. **A Desconfiança em relação à palavra da vítima e o sentido da punição em processos judiciais de estupro**. 2010. 242f. Tese de Doutorado – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas FFLCH) – Universidade de São Paulo, 2010.

DA ROSA Alexandre Morais. **A Teoria dos Jogos aplicada ao processo penal**. Empório do Direito/Rei dos Livros. 2015.

ELUF, Luíza Nagib. **Crimes contra os costumes e assédio sexual**. São Paulo: J. Brasileira, 1999. Disponível

HUNT, The. Direção: Thomas Vinterberg. Produção: Morten Kaufmann; Sisse Graum Jørgensen; Thomas Vinterberg. Roteiro: Tobias Lindholm; Thomas Vinterberg. Zentropa Internacional Produções. Prêmio Bodil – Melhor Filme Dinamarquês. Dinamarca, 2010. 106 min.

GRECO Filho, Vicente. **Manual de processo penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1998

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. LENZA, Pedro. **Direito Penal Esquematizado: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, 9 ed. Editora Saraiva. 2012.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**, 11 ed. Editora Saraiva. 2014.

LENZA, Pedro. **Direito penal esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES Junior, Aury. **Direito processual penal**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Memória não é Polaroid: precisamos falar sobre reconhecimentos criminais**. Revista Consultor Jurídico, 07/09/2014.

MANGNANI, D. T.; JOAQUIM D. E. **O problema da prova nos crimes contra a dignidade sexual**. Revista JurisFIB, ISSN 2236-4498, v. IV, ano IV, p. 291-310, dez. 2013.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Atlas, 2006.

MIRABETE, Julio Fabrini, FABRINI, Renato N. **Manual de direito penal: parte especial**. 27^a ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Código penal comentado. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Provas no processo penal. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Manual de processo penal e execução penal. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Eduardo Herrera dos. "Rompendo o silêncio vence a impunidade". In: **Jornal A Praça**. Pederneiras. 04 mai. 2012, p.02.

SARLET, Igno Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, p. 60.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **Monografia Jurídica: orientações Metodológicas para o Trabalho de Conclusão de Curso**. 3.ed.rev e aum. Porto Alegre: Síntese, 2003.

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert; STEIN, Lilian Milnitsky. O Uso da Entrevista Investigativa no Contexto da Psicologia Forense. In: ROVINSKI, Sonia Liane Reichert e CRUZ, Roberto Moraes. **Psicologia Jurídica: perspectivas teóricas e processos de intervenção**. 1ªed. São Paulo: Vetor, 2009.

TOURINHO Filho, Fernando da Costa. **Processo penal**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.