

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS
FACULDADE REINALDO RAMOS – FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMILO

**CRIMES SEXUAIS E A VITIMOLOGIA: A PALAVRA DA VÍTIMA NOS
CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL CONTRA MENORES DE 14 ANOS**

CAMPINA GRANDE – PB

2019

ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMILO

**CRIMES SEXUAIS E A VITIMOLOGIA: A PALAVRA DA VÍTIMA NOS
CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL CONTRA MENORES DE 14 ANOS**

Trabalho monográfico apresentado à coordenação do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade Reinaldo Ramos – FARR, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. André Gustavo Santos Lima Carvalho

CAMPINA GRANDE – PB

2019

Ficha catalográfica

-
- C183c Camilo, Alexandre de Azevedo.
Crimes sexuais e a vitimologia: a palavra da vítima nos crimes de estupro de vulnerável contra menores de 14 anos / Alexandre de Azevedo Camilo. – Campina Grande, 2019.
52 f.
- Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2019.
"Orientação: Prof. Me. André Gustavo Santos Lima Carvalho".
1. Estupro – Crimes Sexuais. 2. Palavra da Vítima – Valoração – Prova.
3. Estupro de Vulnerável. I. Carvalho, André Gustavo Santos Lima.
II. Título.

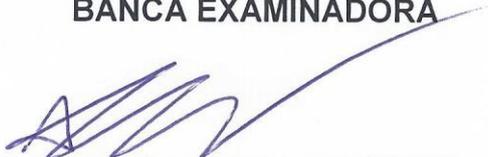
CDU 343.541(043)

ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMILO

CRIMES E A VITIMOLOGIA: A PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES DE
ESTUPRO DE VULNERÁVEL CONTRA MENORES DE 14 ANOS

Aprovada em: 11 de 12 de 19.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Ms. André Gustavo Santos Lima Carvalho

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

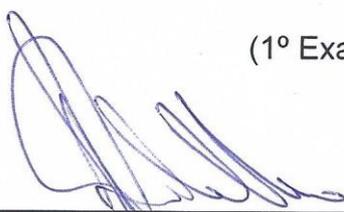
(Orientador)



Profa. Ms. Camilo de Lélis Diniz de Farias

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(1º Examinador)



Prof. Ms. Alberto Jorge Lima Carvalho

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(2º Examinador)

Dedico este trabalho a toda minha família e a todos que me ajudaram e fizeram parte desta jornada.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, que me deu forças para seguir nessa luta e me cobriu de saúde e bênçãos para completar essa jornada.

Aos colegas e professores que participaram ativamente desse processo valoroso de aprendizagem.

A minha Mãe, Eliane Fernandes de Azevedo, uma batalhadora, que com sua sabedoria me fez enxergar o valor do conhecimento, ver positividade nas horas difíceis e o verdadeiro amor.

A minha Esposa, Isabela Zacarias de Alencar, que sempre pegou no meu pé para que eu estudasse, que sempre me amou, apoiou e cuidou nas horas boas e ruins, obrigado por fazer parte do meu coração.

A meu Filho, Lucas de Alencar e Azevedo, que é a peça mais importante da minha vida e faz todos os acontecimentos terem sentido, ele expulsa toda tristeza e me dá força para seguir em frente, a palavra papai ao sair de sua boca destrói todos os obstáculos e dificuldades que possa haver.

RESUMO

O vernáculo “prova” tem nascedouro na língua latina, e pode ser entendida como sendo um meio, ou uma forma de verificação, análise, experimento ou reconhecimento de algo. Para o campo das ciências jurídicas, bem como para a aplicação da lei e do direito, a prova pode ser compreendida como sendo os atos lançados mão pelas partes, pelo juiz, bem como por terceiros, com vistas a levar o magistrado ao convencimento sobre a convicção da existência ou da inexistência de um fato, da falsidade ou da veracidade de uma afirmação. Conforme foram-se transcorrendo as décadas, a prova recebeu, em tempos distintos, diferentes níveis de valoração de seu peso, ou seja, a prova vem recebendo, com o passar dos anos, diferentes níveis de relevância, conforme a cultura jurídica e o surgimento de novas modalidades de crimes. A partir deste fato, foram aplicados, para apreciação da prova, vários sistemas, dentre estes o ordálico, o sistema tarifado ou legal, e o sistema da livre ou íntima convicção do magistrado. A palavra da vítima, nos casos de crimes presentes no Art. 217-A do Código Penal Brasileiro, tem sido alvo de ferrenhos debates, pois em muitas das vezes os únicos indivíduos que tem conhecimento da verdade real dos fatos é o réu e a própria vítima. A partir deste fato vem-se buscando sopesar o poder / força da palavra da vítima para o processo penal, haja vista ser esta a única, em alguns casos, evidência da existência de justa causa para a promoção da ação penal. Aspectos como a vulnerabilidade, e a possibilidade da existência de falsas memórias também devem ser levadas em consideração no momento do processo pelo julgador. A monografia em tela utilizou o método qualitativo, haja vista que a disposição das informações será realizada de uma maneira ampla e inter-relacionada a diversos fatores, dando ênfase a determinados contextos. Com o fito de alcançar a finalidade do presente estudo, foi seguido o método dedutivo, o qual foi desenvolvido no decorrer do trabalho por meio de procedimentos técnicos baseados na jurisprudência, doutrina e na própria legislação. Com relação ao objeto da pesquisa, tem que o estudo em tela é de natureza de pesquisa bibliográfica, vez que, para alcançar os objetivos geral e específicos previamente definidos, foram utilizados como fonte de embasamento teórico: livros, revista científica acerca do tema proposto, teses e monografias.

Palavras-chave: Prova. Palavra da vítima. Valoração. Estupro de vulnerável.

ABSTRACT

The vernacular "proof" has its origin in Latin, and can be understood as a means, or a form of verification, analysis, experiment or recognition of something. For the field of the legal sciences, as well as for the application of law and law, the evidence can be understood as the set of acts practiced by the parties, the judge, as well as third parties, with a view to leading the magistrate to convince him of the conviction of the existence or inexistence of a fact, the falseness or truth of a statement. As the decades went by, the test received, at different times, different levels of valuation of its weight, that is, the test has received, over the years, different levels of relevance, according to the legal culture and the emergence new crime modalities. From this fact, various systems were applied for the appreciation of the evidence, among them the ordeal, the tariff or legal system, and the system of free or intimate conviction of the magistrate. The word of the victim in cases of crimes provided for in Article 217-A of the Brazilian Penal Code has been the subject of fierce debate, because in many cases the only individuals who are aware of the real truth of the facts are the defendant and the victim himself. From this fact we have been trying to weigh the relevance of the victim's word to the criminal proceedings, given that this is the only, in some cases, evidence of the existence of just cause for the prosecution. Aspects such as vulnerability, and the possibility of the existence of false memories should also be taken into account at the time of the trial by the judge. The current paper work used the qualitative method, since the understanding of the information will be made in a broader way and interrelated with several factors, emphasizing certain contexts. In order to achieve the purpose of this study, the deductive method was followed, which was developed throughout the work through technical procedures based on jurisprudence, doctrine and the legislation itself. Regarding the object of research, the present study has to be bibliographic research, since, to achieve the general and specific objectives previously defined, were used as a source of theoretical basis: books, scientific journal about the proposed theme and theses as well.

Keywords: Proof. Victim's word. Valuation. Rape of vulnerable.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 TEORIA GERAL DA PROVA	14
1.1 PRINCÍPIOS E CONCEITUAÇÃO PROBATÓRIA.....	18
CAPÍTULO II	22
2 A VALORAÇÃO DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	22
2.1 O VALOR PROBATÓRIO DA PALAVRA DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	25
CAPÍTULO III	31
3 O CRIME PREVISTO NO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO ...	31
3.1 O CONCEITO DE VULNERABILIDADE COM RELAÇÃO À CRIANÇAS E ADOLESCENTES.....	34
3.2 ASPECTOS PSICOLÓGICOS, DEPOIMENTO INFANTIL E A POSSIBILIDADE DE FALSAS MEMÓRIAS.....	38
3.3 A VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

Nos dias da contemporaneidade ouve-se e lê-se constantemente acerca de abusos sexuais cometidos contra crianças no Brasil. Se pode observar, conforme as investigações avançam nos estudos nos quais estas espécies abusos correm, em sua grande parte, no contexto do âmbito doméstico e familiar. Percebe-se, assim, que em grande parte dos casos, o agressor está inserido no convívio familiar da vítima. Os crimes sexuais contra crianças tomam várias formas, desde o ato que possa, de qualquer maneira, saciar a libido, o toque, até a conjunção carnal em si mesma. É comum, ainda, a situação na qual o agente ativo do crime utiliza-se de sua superior força física com a finalidade de atingir a satisfação de sua lascívia. Casos outros também são comuns, como a pressão psicológica para que a vítima ceda aos mandos do agressor.

Essa modalidade de delito é, de longe, uma das que mais causa repulsa ao clamor social, vez que é cometido de maneira silenciosa e furtiva, ao passo que a vítima não possui mecanismos para sinalizar o ocorrido, ou mesmo pedir ajuda. Na maior parte dos casos, as provas deste crime são resumidas à palavra da vítima, ao seu relato. Desta forma, o trabalho em tela tem por objetivo geral o estudo de alguns dos meios probatórios previstos e utilizados no ordenamento jurídico penal pátrio, identificando a valoração que tem a palavra da vítima nos crimes de abuso sexual e, ainda, se há a possibilidade para o fundamento de uma sentença penal condenatória no depoimento da vítima de abuso sexual como prova única ou principal constante do processo.

A monografia em que aqui se expõe tem como problemática: a palavra da vítima, sendo esta a prova primordial presente no processo, esta pode ser embasamento suficiente para a condenação do acusado de crime sexual? Sobre esse questionamento, se compreende que nos crimes de cunho sexual a palavra da vítima figura como sendo uma das provas mais urgentes a serem colhidas, por isso se faz necessário dispensar atenção especial para esta prova, afinal, em sua maior parte, os crimes sexuais são cometidos de forma silenciosa, sendo de extrema dificuldade a produção de outras provas de autoria e materialidade. Destarte, se entende que a palavra da vítima precisa ser analisada com cautela e parcimônia,

sendo de basilar importância, tanto na fase de investigação policial quanto no processo penal em si.

Metodologia

O presente trabalho acadêmico, em relação à sua abordagem, adota o método qualitativo, haja vista que a compreensão das informações será feita de uma forma mais ampla e inter-relacionada com diversos fatores, dando ênfase a determinados contextos, e, por isso mesmo, se distinguindo do modelo quantitativo, pois os dados não serão numericamente mensurados, mas, antes disso, busca pela identificação de suas naturezas. De acordo com Mezzaroba e Monteiro (2014), a preponderância é a do exame rígido da natureza, com o fim de compreender, interpretar e dar novo significado aos dados concebidos, e em conformidade com as hipóteses determinadas pelo pesquisador. No trabalho em tela, a pesquisa na modalidade qualitativa buscará confirmar se a palavra da vítima de abuso sexual, como sendo o principal meio prova do crime pode trazer embasamento suficiente para a condenação do acusado. Com o fito de alcançar a finalidade do presente estudo, será seguido o método dedutivo, que será desenvolvido no decorrer do trabalho por meio de procedimentos técnicos baseados na jurisprudência, doutrina e na própria legislação.

Com relação ao objeto da pesquisa, tem que o presente estudo sendo de pesquisa bibliográfica, vez que, para alcançar os objetivos geral e específicos previamente definidos, foram utilizados como fonte de embasamento teórico: livros, revista científica acerca do tema proposto, teses e monografias. Conforme preleciona Lakatos (2003, p. 35), o objetivo primeiro da pesquisa bibliográfica é o de tornar possível o contato direto do pesquisador com todo o material que tenha sido escrito, falado ou filmado acerca de determinado tema, inclusive conferências seguidas de debates que tenham sido transcritos de alguma maneira, publicadas ou gravadas.

Neste esteio, o primeiro capítulo desse estudo tratará das noções gerais da teoria geral da prova, trazendo explicações e conceitos da prova no ordenamento jurídico brasileiro. Adiante, se buscará identificar os princípios que fundamenta, a matéria de prova, os critérios para a avaliação das provas no transcurso da história confrontados com o cenário jurídico hodierno. Serão, ainda, feitas considerações sobre a busca pela verdade real no processo penal. No segundo capítulo será abordada a temática dos meios de prova, elencando os meios probatórios utilizados

na investigação e no processo penal. Será realizada explicação acerca de como ocorre a tomada de depoimentos da vítima e do acusado, a confissão do réu, a coleta da prova pericial, oitiva de testemunhas, a produção da prova documental, tal qual a maneira pela qual é construída a prova para o indiciamento no processo penal.

Ao final deste trabalho, e já no último capítulo deste, será realizada análise dos crimes sexuais, explanando, de maneira geral, o que são esses crimes, bem como as alterações concebidas com novas legislações, com abordagem mais específica nos crimes de estupro de vulnerável. Em seguida e por fim, será analisado o valor probatório da palavra da vítima em casos de abuso sexual e, por fim, será sopesado se a palavra da vítima como a principal prova do crime de abuso sexual pode embasar uma condenação criminal como sendo a única ou principal prova do processo.

CAPÍTULO 1

1. TEORIA GERAL DA PROVA

De acordo com os ensinamentos de Aranha (2004, p. 5), o vocábulo prova tem origem no latim, na palavra *probatio*, que recebe tradução nas palavras de experimento, verificação, análise e reconhecimento. Tal vernáculo deu origem à palavra *probare*. Conforme apregoa Fernando Capez (2010, p. 342), tem-se que a prova:

[...] é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, artigo 156, inciso I e II) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação (Capez 2010, p. 342),

O doutrinador afirma, ainda, sobre o objetivo da prova que esta “destina-se a formar a convicção do juiz acerca dos elementos essenciais ao deslinde da causa”. O autor ressalta, ainda, que a prova é um dos assuntos mais relevantes de toda ciência jurídica processual, pois, são elas, nas palavras do autor, “os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual” (CAPEZ, 2010, p.342).

Mirabete (2007, p. 249) aduz:

“Provar é produzir um estado de certeza, na consciência e na mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou solução de um processo. (Mirabete, 2007, p. 249).

Desta maneira, é assertiva a afirmação de que a prova é o meio que poderá levar o juiz ao consentimento acerca dos fatos e circunstâncias do processo para que, ao final desta fase, o julgador possa conceber sua decisão. Segundo Aranha (2004, p. 44), a “*prova pode ser dividida em três critérios, quanto ao objeto, quanto ao sujeito e quanto à forma*”. Quanto ao objeto da prova, o doutrinador Fernando Capez explica que:

[...] é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa a incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influenciar na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo. (CAPEZ, 2010, p. 342).

Em face do que foi acima afirmado, o objeto da prova se estende a todos os fatos que deve ser demonstrado, os aspectos que o julgador deve conhecer, para que ao final do processo venha a decidir, abrangendo não tão somente aqueles fatos ligados à autoria e materialidade do delito em análise, bem como as circunstâncias que venham a influenciar o desfecho da causa (MIRABETE, 2007).

É assertiva a afirmação, portanto, que o objeto da prova se constitui de fatos. Cumpre-se destacar que esses fatos podem ser classificados entre aqueles que não carecem de comprovação dentro do processo e aqueles que devem ser provados (ARANHA, 2004). Aranha (2004, p. 27), faz a ressalva de que, “como regra geral no processo penal todos os fatos necessitam ser provados, porém, como exceção justificadora da regra, encontramos um mínimo que dispensa a força probatória”. São fatos que não dependem de prova os fatos intuitivos, os quais, na explanação do doutrinador Fernando Capez (2010, p. 343), “são aqueles fatos evidentes. [...]”. Em casos assim, e sendo os fatos evidentes, a convicção resta formada e, portanto, não há necessidade para a produção probatória”.

Os fatos tidos como sendo notórios dispensam a prova da mesma maneira, pois de acordo com as exatas palavras de Mirabete (2007, p. 251), “são fatos cujo conhecimento integra a cultura normal, a informação dos indivíduos de determinado meio”.

Fernando Capez (2010, p. 343) faz uma ressalva, afirmando que, “fatos notórios são aqueles cujo conhecimento faz parte da cultura de uma sociedade”. À nível de exemplo, não se faz necessário comprovar que o Natal é comemorado no dia 25 de dezembro, ou que o fogo queima e a neve é gelada. Na compreensão de Mirabete (2007, p. 34):

Não se pode aferir a notoriedade de um fato apenas pela circunstância do fato ser de conhecimento de um grande número de pessoas, pois estes podem ser fruto de rumores, boatos vagos que não se tem uma comprovação, ou ainda, quando um fato é verdadeiro, pode ser distorcido pela população. (MIRABETE, 2007, p. 34).

O autor supramencionado trata, ainda, do clamor público quando ocorre um delito que tem poder para abalar um grande número de pessoas, os fatos coletados podem sofrer distorções em suas interpretações com o fito de se chegar ao indivíduo culpado, ou à pessoa que se julga ser a culpada, o mais rápido possível, figurando-se, na maior parte dos casos, um tipo de vingança social. As presunções legais não têm, ainda, necessidade de ser comprovadas, como tem-se nas palavras de Fernando Capez (2010, p. 343), “são as conclusões decorrentes da própria lei, ou, ainda, o conhecimento que decorre da ordem normal das coisas [...]”. Nesses casos, a presunção é classificada em duas espécies, quais sejam: a presunção absoluta, onde não se admite prova em contrário.

A segunda espécie é a presunção relativa, a qual pode ser afastada em havendo prova em contrário. À título de exemplo, um indivíduo comete um crime em estado de completa embriagues, provocada por ingestão voluntária de excessivo volume de álcool. Este indivíduo, portanto, não poderá se escusar da pena alegando que no momento do delito não sabia o que fazia, uma vez a lei determina sua responsabilidade (CAPEZ, 2010).

Por último há aqueles fatos inúteis que, de acordo com Aranha Apud Fraga (2004, p. 28) são aqueles atos que: “sejam verdadeiros ou não, não podem influir para a decisão neste ou naquele sentido e, assim, sendo supérfluo, não devem ser admitidos à prova: frustra *probatum quod probantum non relevat*”. De maneira simplória, o doutrinador Ishida (2009, Texto Digital) assevera que: “são os fatos verdadeiros ou não, que não influenciam na solução da causa, na apuração da verdade real”.

Aqueles fatos que precisam ser comprovados durante o processo, conforme Ishida (2009, Texto Digital), são “todos os fatos”, com exceção das hipóteses acima elencadas, “dependem de prova, inclusive os incontroversos”. Fatos incontroversos são os que são aceitos pelas partes, sem que haja contestação. A confissão do réu é um desses fatos. Destarte, qualquer que seja o fato, tem que ser provado no

processo, com exceção daqueles acima mencionados, porém, conforme explica Aranha (2004, p. 76), “os fatos devem respeitar o princípio do ônus da prova”, e a prova produzida carece de alguns aspectos, devendo ser admissível, sendo esta permitida pela legislação, sendo tanto pertinente quanto fundada, estando diretamente ligada ao processo e clareando determinado aspecto que possa dar conclusão, que concebe um esclarecimento de um aspecto controvertido dentro do processo, e possível de realização. Com relação ao sujeito da prova, de acordo com a explanação de Aranha (2004, p. 24), “é a pessoa ou coisa de quem ou de onde promana a prova”. Em consonância com as palavras de Avena (2017), com relação ao sujeito da prova, este pode ser dividido em real, que ocorre quando a prova não é resultado direto da pessoa, e sim de situação externa, que também poderá comprovar que o fato existiu. A nível de exemplificação, tem-se o cadáver ou a arma; e pessoal, os quais resultam diretamente do indivíduo, como por exemplo o interrogatório ou exame de corpo de delito.

Com relação à forma, Aranha (2004) admoesta que podem ser das seguintes espécies: material, documental e, ainda, testemunhal. Na prova testemunhal, como sugere a própria nomenclatura, a audiência para a oitiva de testemunhas ou partes dentro do processo; a prova documental, por seu turno, também conhecida como instrumental ou literal figura como sendo os documentos escritos que possam ser utilizados como provas; e, por fim, a prova material, que são justamente os exames ou perícias realizados nas pessoas ou objetos, os quais podem ser utilizados como provas para o processo, por exemplo, corpo de delito, perícia balística etc. Nas palavras de Pacelli (2017), a prova serve desta forma, para a reconstrução de um fato ocorrido no passado, tendo sua reconstrução como sendo improvável ou de difícil realização, e, portanto se faz necessário todo um cuidado para com a sua produção, tomando como base princípios e garantias fundamentais, a fim de que não possam ocorrer abusos com relação a qualquer parte do processo.

Pacelli (2017) assevera que, com a produção assertiva da prova, e observando-se todas as garantias legais das partes do processo, este consegue trazer à tona a verdade real judicial, através da sentença e, após o trânsito em julgado, passa a gozar da segurança trazida pela certeza da sentença prolatada. Importante asseverar que a produção da prova pode ou não ter reconstruído os fatos de forma fidedigna, mas faz com que se esteja diante de uma estabilidade jurídica

para caso *sub examen*, pois, foi justamente no curso do processo que as provas produzidas sob a égide da legislação processual buscaram chegar o mais próximo possível da reconstrução dos fatos, buscando o convencimento do magistrado.

Desta maneira, o capítulo em tela tem o objetivo de trazer à tona os princípios que fundamentam toda a matéria probatória, os critérios para a valoração da prova ao longo dos tempos, bem como atualmente, além das considerações acerca da peleja pela verdade real, direito processual penal.

1.1 PRINCÍPIOS E CONCEITUAÇÃO PROBATÓRIA

De acordo com os ensinamentos de Avena (2017, p. 430), “prova é o conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juiz visando à formação do convencimento quanto a atos, fatos e circunstâncias”. A prova, desta forma, é utilizada no intento do convencimento do juiz, com relação à veracidade dos fatos e afirmações das partes, e é justamente com fundamento nesse convencimento que o juiz tomará a decisão de condenar ou absolver o réu.

A prova, como sendo a única forma de convencimento do estado juiz sobre os fatos e eventos coletados, analisados e apurados no curso da investigação, bem como da instrução penal, é basilar que a prova seja, em sua essência fundamentada em princípios. Tal idéia implica na afirmação de que a prova deve respeitar determinados parâmetros, ou regras que ostentem mais força do que a própria lei e, ainda, que possuam poder para reger a nossa sociedade (AVENA, 2017).

O princípio do contraditório é um dos princípios mais basilares e importantes do direito penal no Brasil, tanto na esfera cível, quanto na esfera penal, e que também tem, obrigatoriamente, de se aplicar às provas. Nas palavras de Avena (2017, p.433), “*significa que toda prova realizada por uma das partes admite a produção de uma contraprova pela outra*”. A afirmação do autor acima implica na premissa de que, tudo aquilo que for alegado por uma das partes do processo, a outra pode apresentar uma defesa ao que àquela parte narrou. Este mesmo princípio dá o direito da uma das partes requerer a mesma coisa do que já houvera sido requerido, como, por exemplo, petição para inclusão de rol de testemunhas,

onde umas das partes arrola e a outra parte pode aceitá-las, contraditá-las, ou ainda apresentar o seu rol de testemunhas.

Tal princípio é justamente o que evita que o processo penal venha se configurar como uma maneira de inquisição, na qual apenas uma parte faria alegações, eliminando da contraparte a possibilidade de defesa. Em meio aos diversos princípios que regem a prova, explicados por Avena (2017), em sua obra, estão elencados os princípios da oralidade, comunhão, auto-responsabilidade das partes, da não-autoincriminação e o da publicidade, como segue a seguir:

- a)** O da comunhão, de acordo com o autor, tem relação direta com as provas acostadas ao processo, que não estão disponíveis no processo em favor da parte que as elencou. Estas podem ser usadas por qualquer das partes, inclusive pelo julgador. O princípio em tela permite que a prova carreada aos autos do processo não possa ser retirada sem a anuência da contraparte. À título de exemplo, o arrolamento de determinada testemunha no processo, que somente poderá ser retirada dos autos caso a contraparte expresse anuência;
- b)** O princípio da oralidade determina que as provas sejam produzidas de forma oral, de forma preferencial à prova produzida pela palavra escrita, sendo a prova coletada oralmente em audiência ou perante o magistrado mais valiosa para o processo do que aquela prova trazida por meio de declarações redigidas;
- c)** O princípio da publicidade, de acordo com os ensinamentos do aludido autor, sedimenta que, em regra, todo processo penal é público, salvo algumas situações excepcionais, nas quais a parte pode vir a sofrer, enfrentar dano ou que a observância a esta publicidade venha a expor a parte de maneira degradante. O princípio em tela faz com que o processo tenha caráter público, no qual todo e qualquer cidadão possa tomar conhecimento do processo.
- d)** O princípio da auto-responsabilidade das partes determina que estas devem assumir toda e qualquer consequência de sua inatividade. À título de exemplo, o acusado que não comparecer à audiência designada poderá ter decretada sua revelia;

- e) O princípio da não-autoincriminação implica na premissa de que o acusado não pode ser levado a produzir provas contra si mesmo o acusado, portanto, não está obrigado a responder qualquer questionamento em seu interrogatório que possa lhe incriminar.

Conforme dito nos parágrafos anteriores, a prova funciona como um meio utilizado com o fim de buscar o convencimento do juiz, e deve ser fundamentada em princípios. A prova, porém, não figura como sendo uma obrigatoriedade do processo, mas é, factualmente, um ônus (ARANHA, 2004). Ainda, de acordo com o autor retro - mencionado, a prova não é obrigatória, mas sim um ônus, uma vez que a obrigatoriedade resultaria numa sanção à pessoa que não a produzisse. O ônus, por seu turno, não enseja uma sanção, mas sim a perda da oportunidade de trazer para si benefícios pela prática do ato. Desta maneira, explica Aranha (2004):

No processo, as partes não têm o dever, a obrigação de produzir as provas, mas sim o ônus de realizá-las. Quem tem uma obrigação processual e não a cumpre sofre a pena correspondente; quem tem um ônus e não o atende, não sofre pena alguma, apenas deixa de lucrar o que obteria se tivesse praticado (ARANHA, 2004, p. 8).

Destarte, o ônus probatório pertence à parte que afirma determinado fato, ato ou circunstância. Cabe à parte que alega, desta forma, provar que o que está narrando é a verdade real dos fatos, fornecendo embasamento e argumentos que possibilitem ao juiz fazer a análise daquilo que lhe foi mostrado (AVENA, 2017). Não se deve confundir, entretanto, a não obrigatoriedade probatória com a não obrigatoriedade de defesa, pois de acordo com Aranha (2004), a defesa é uma exigibilidade no processo, pois, em caso de não havendo defesa, a nulidade do processo será a consequência. O autor afirma que, mesmo não se produzindo prova, não está sendo violado o princípio da necessidade de defesa. O referido autor explica, ainda: “defender-se ou ser defendido é uma obrigação processual; produzir provas é apenas um ônus” (ARANHA, 2004, p. 9).

O instituto do ônus da prova (*ônus probandi*) está sedimentado na legislação penal brasileira, no Código de Processo Penal, especificadamente no artigo 156, que prevê: “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]”, ou seja, quem alega tem de provar. Essa afirmação, contudo, não é absoluta, pois segundo Fernando

Capez (2010), o inciso segundo do artigo 156 do Código de Processo Penal, de certa maneira contradiz a afirmação, trazendo que é facultado ao julgador: “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (art.156, inciso II, CPP). Desta forma o julgador figura como sendo uma terceira pessoa a produzir prova durante processo. Tal produção probatória, entretanto, tem para o juiz significado diferente do significado que esta tem para as partes. O julgador nada alega, pois este apenas produz a prova a fim de elucidar os fatos e formar sua convicção em caso de dúvidas.

De acordo com o artigo supramencionado, o magistrado, de ofício, pode pedir a realização de provas, porém, conforme explica Capez (2010), a produção de prova partindo do magistrado deve ocorrer de forma excepcional. Tal exceção ocorre quando o juiz tiver dúvidas acerca da condenação ou absolvição do acusado. Explica, ainda, o autor, que a atuação do juiz em requerer provas deve ser feita de forma comedida, limitada, a fim de que não se venha a interferir no princípio da imparcialidade do julgador.

Tratando, ainda, sobre o ônus da prova, é correta a afirmação dizer que este é dividido. Partindo-se da regra de que “aquele que alega tem dever de sustentar o ônus da prova”. Nos ensinamentos de Aranha (2004), o ônus da prova se divide entre a acusação e a defesa, sendo obrigação à acusação demonstrar a existência de fatos constitutivos, que estão relacionados à tipicidade, a materialidade e a autoria. O mencionado autor explica:

[...] ao órgão acusador cabe provar a existência de um fato previsto em lei como ilícito penal e o seu realizador, isto é, demonstrar a existência concreta do tipo e de sua realização pelo acusado (ARANHA, 2004, p. 11).

Com relação ao ônus da prova a por parte da acusação conduta dolosa ou culposa do acusado, o autor supra, expõe que por meio de jurisprudências se construiu uma interpretação de que, “o dolo é presumido, emergindo desde que provadas à materialidade e autoria, enquanto a culpa necessita ser demonstrada pela acusação” (ARANHA, 2004, p. 11).

CAPÍTULO II

2. A VALORAÇÃO DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Com o passar das décadas, várias modalidades sistêmicas para a análise e atribuição do peso de valor da prova foram seguidas pelo processo penal, a fim de se buscar a elucidação dos fatos, com a consequente prova de autoria e materialidade dos delitos. Dentre os supramencionados sistemas de valoração da prova, estão contidos: o sistema da persuasão racional ou livre convencimento motivado, o sistema ordálico, o sistema legal ou tarifado, e o da livre convicção, conforme ensina Ishida (2009).

No sistema ordálico, ou o chamado juízo Divino, no qual se sustentava a crença de que o próprio Deus, por meio de um sinal, ou de qualquer intervenção divina, a verdade seria trazida à tona. Por exemplo, um homem, acusado de roubo, deveria ser colocado em uma jaula com um leão, e se o homem não fosse atacado pelo animal, aquele seria considerado inocente da acusação, pois a inércia do animal seria a prova de uma intervenção divina (MACHADO, 2012).

No sistema tarifado ou legal, o peso do valor da prova era mensurado e determinado pela própria lei. Neste sistema a confissão do réu era a prova mais concisa e assertiva produzida. No sistema tarifado o julgador não faz quaisquer tipos de interpretações ou aplicações de sua própria valoração da prova. O magistrado apenas trabalhava com o que era determinado pela legislação (LOPES JÚNIOR, 2009).

Nos dias atuais, de acordo com o autor retro mencionado, podem ser enxergados alguns resquícios do sistema tarifado no nosso país. Tais resquícios são vistos, por exemplo, em casos de crimes que não deixam vestígios, nos quais a lei penal brasileira, no artigo 525, determina que nos casos que deixam vestígios, a denúncia ou a queixa só serão recebidas se instruídas com o exame pericial que comprove tais vestígios; de igual forma, o Art. 564, inciso III, alínea “b”, do Código Penal brasileiro, manda que ocorrerá nulidade processual caso não seja realizado o exame de corpo de delito.

Constata-se, desta forma, que há uma exigência legal no sentido da obrigatoriedade da coleta de determinadas provas, como critério para a existência da prática de determinados crimes. Tais evidências devem ter um valor probatório pré-definido.

O sistema da livre ou íntima convicção se dá ao passo em que o julgador dá o deslinde a causa fazendo uso de sua convicção pessoal, prescindindo de justificativa para a sua decisão, podendo utilizar carga probatória não constantes do processo ou, ainda, fazendo uso de seus conhecimentos próprios. Esse sistema foi utilizado no Código Napoleônico e nos dias de hoje reflete no sistema penal brasileiro, relacionado à íntima convicção na decisão dos jurados pelo Tribunal do Júri (BADARÓ, 2008).

Ainda, acerca dessa sistemática, Aranha (2004) afirma que este tem seu fundamento no princípio da certeza moral do julgador e, portanto, ficou também conhecido por ser o sistema da íntima convicção do juiz. O autor afirma, ainda que, a partir da centralização do poder da decisão do juiz, com o decurso do tempo e, em face da evolução do próprio sistema, se fez necessária a imposição de três barreiras, que de determinada maneira, traziam certo limite a liberdade de decisão do julgador, trazendo segurança jurídica com mais intensidade para as partes do processo. São estas as barreiras: a prova legal, que trazia uma restrição a apreciação totalmente livre das provas pelo magistrado; a apelação, a qual trazia a possibilidade de reexame da decisão e, por fim, o princípio *quod non est in actis non est in hoc mundo*, ou seja, o que não consta no processo não pertence ao mundo do direito.

O sistema de persuasão racional ou livre convencimento motivado, por seu turno, estabelece que o juiz é livre para tomar sua decisão. A decisão judicial deve, entretanto, ser fundamentada em provas existentes no processo, atribuindo a estas, valor, racionalmente e de maneira lógica, motivando sua decisão (BADARÓ, 2008). Tal sistemática foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, inclusive pode ser enxergado na nossa Constituição Federal de 1988, em seu artigo 93, inciso IX, prevendo que:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes

princípios: IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (ART. 93, Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal. Título IV, Capítulo III, Seção I).

E no Código de Processo Penal em seu artigo 155, caput, dispendo que:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (ART. 155 DO DECRETO LEI Nº 3.689 DE 1941).

Conforme explica Fernando Capez (2010, p. 381-382), esse sistema “atende às exigências da busca pela verdade real, rejeitando o formalismo exacerbado, e impede o absolutismo pleno do julgador [...]”.

Ainda, em complemento sobre sua conceituação, Aranha apud Amaral Santos (2004, p. 78) expõe sobre esse sistema que:

Se, assim do ponto de vista lógico, é o sistema da persuasão racional (ou livre convencimento motivado) o que conduz ao mínimo de possibilidade de erro, em face da necessidade que se impõe ao juiz da motivação da convicção-e já se encara a questão do ponto de vista político- sem dúvida fica assegurada, ainda, a redução daquelas possibilidades pelo fato de se submeterem a apreciação judicial à crítica da sociedade, satisfazendo-se o requisito da sociabilidade da convicção, o que corresponde ao máximo de garantia da excelência da verdade declarada na sentença. (ARANHA apud AMARAL, 2004, p.78).

Aranha (2004) explica que é o melhor sistema já criado, pois, a convicção do juiz é criada livremente e, ao mesmo tempo está condicionada aos fatos e às provas obtidas por meios lícitos. Acrescenta que nesta sistemática o juiz não se torna um submisso, como no sistema legal, permitindo a formação do seu convencimento e, ao mesmo tempo, não lhe permite uma avaliação indiscriminada dos elementos do processo, como ocorre no sistema de livre convicção.

2.1 O VALOR PROBATÓRIO DA PALAVRA DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

É comum, em grande parte da ocorrência de crimes, que apenas a vítima e réu têm conhecimento da verdade real dos fatos. Desta forma, se faz necessário lembrar sempre que a palavra da vítima, bem como a palavra do réu têm validade para o processo penal no tocante ao arcabouço probatório deste. Deve ter em mente que ambos têm interesse no processo, pois a vítima é sempre interessada na condenação do réu e na reparação do dano que lhe foi causado. O réu, por seu turno, tem o interesse da sentença absolutória. Haja vista que vítima e réu não são testemunhas do processo, estes não são passíveis de incorrerem no crime previsto no Art. 342 do Código Penal, qual seja, o crime de falso testemunho.

Ambos estes agentes possuem interesse no processo, motivo pelo qual a valoração atribuída as suas palavras deve ser relativizada. Para a doutrina e jurisprudência, a palavra de ambos estes agentes possui o mesmo nível de valoração. Para alguns crimes, contudo, a jurisprudência segue a tendência de atribuir mais valor a palavra da vítima, como ocorre nos casos de crimes contra o patrimônio e crimes sexuais. Certo é que a palavra da vítima possui valor, mas para a correta aplicação do direito e feitura da justiça não se deve considerar a palavra da vítima como única prova, mas deve-se observá-la dentro de um contexto no qual a análise desta seja feita em conjunto com outras provas.

A partir da vigência da Lei nº 11.690 de 1994, a vítima ascendeu ao primeiro plano dentro do processo penal, pois até então esta era mantida em um segundo escalão dentro do processo. Este cenário mudou pelo fato de a vítima passar a ser enxergada dessa forma em razão de ser a primeira afetada pelo delito. A referida lei trouxe, para a vítima, alguns direitos que antes não lhe assistiam, são estes: passa a ser informada do teor das decisões de sentenças e acórdãos; têm sua intimidade preservada, com relação à sua imagem e depoimentos; passa a lhe assistir o direito a assistência médico-hospitalar, psicológica e jurídica; tem o direito de escolher o meio mais conveniente para ser informada de dados novos; deve ser comunicada sobre datas de audiências de julgamento.

A vítima e réu devem permanecer em salas separadas, durante os atos processuais, em decorrência de situação de constrangimento pré-existente entre estes agentes. Outro aspecto importante acerca da valoração da palavra da vítima é que esta pode incidir no Art. 339 do Código Penal brasileiro, que é o que se conhece por denúncia caluniosa. A vítima, em fazendo uso de sua palavra de forma irresponsável e com o fito de causar ou majorar os prejuízos suportados pelo réu, pode vir a incorrer neste delito, que possui pena de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos e multa. Em consequência da prática do crime acima descrito, pela vítima, esta pode sofrer a condução coercitiva, sendo compelida a prestar esclarecimentos, sem direito ao silêncio.

A palavra da vítima, do réu e das testemunhas está, hoje, regida pelo sistema de inquirição direta. Nas palavras do Art. 212, do Código de Processo Penal, tem-se:

As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou que importarem na repetição de outra já respondida (GRIFO NOSSO). REDAÇÃO DADA AO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PELA LEI 11.690/2008.

O sistema utilizado anteriormente, com relação à inquirição da vítima e do réu, era o presidencial. Neste sistema o juiz promovia o intermédio entre advogado, promotor e vítima ou testemunha. A pergunta era destinada à vítima, mas primeiramente era feita ao juiz que, por sua vez, observava se a pergunta era pertinente ou não, e após essa análise o próprio magistrado fazia a pergunta a vítima, réu ou testemunha. O sistema atualmente utilizado é o da inquirição direta, e nele o juiz somente faz alguma intervenção quando se deparar com pergunta subjetiva ou repetida.

A prova é basilar para o processo penal brasileiro. O *parquet*¹ necessita de indícios da prova para que possa considerar a materialidade do delito em conjunto com a autoria e, desta forma, dispor da justa causa para dar início à ação penal. Ocorre que, em muitos casos, a infração não deixa vestígios e o único meio de

¹ Em francês: local onde ficam os magistrados do Ministério Público fora das audiências.

prova existente acaba por ser a palavra do ofendido, que passa a ganhar mais valoração pelos juízes.

Casos exemplificativos dessa situação estão presentes nos crimes sexuais, uma vez que estes ocorrem, em sua maioria, de maneira escondida, com a ausência de testemunhas. Em pesquisa realizada e divulgada pelo jornal impresso “Folha de São Paulo”, no ano passado (2018), no Brasil foram somados mais de 66 (sessenta e seis) mil casos de violência sexual. Esse número nos dá uma média de 180 estupros por dia no país, e entre as vítimas, 54% destas tinham até 13 anos de idade. De acordo com o mesmo jornal, este número é o mais alto desde o ano de 2009, quando, por advento da Lei nº 12.015 de 2009, o Art. 214 do Código Penal foi revogado e, a partir de então o crime de atentado violento ao pudor passou a ser considerado crime de estupro e punido como tal. De acordo com o jornal “Folha de São Paulo”, os dados acima foram coletados do 13º anuário da segurança pública, produzido pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

A partir da leitura dos números acima, pode-se observar que os crimes sexuais vêm aumentando em números, o que faz com que a polícia judiciária e o ministério público tenham que aprimorar cada vez mais suas técnicas de inquirição, com vistas a obter a verdade real dos casos nos quais atuam. Diante desse contexto, a palavra da vítima vem obtendo relevante lugar na valoração como prova do delito. Cumpre ressaltar que, de maneira lógica, a palavra da vítima ganha mais notoriedade quando afirmada por outra prova presente no processo penal.

O entendimento de que a falta do laudo da perícia não afasta a comprovação do estupro é comum. Para tanto faz-se necessário, contudo, que a palavra da vítima possa embasar a existência da justa causa. Acerca desse tema, tem-se o seguinte entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

[...] A ausência de laudo pericial conclusivo não afasta a caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante, em particular nessa forma clandestina de delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios. [...] (STJ, Sexta Turma, AgRg no AREsp 160.961/PI, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 26/06/2012).

Ainda, acerca do valor probatório da palavra da vítima, tem-se o julgado abaixo:

[...] É assente nesta Corte que “nos crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima é importante elemento de convicção, na medida em que esses crimes são cometidos, frequentemente, em lugares ermos, sem testemunhas e, por muitas vezes, não deixam quaisquer vestígios, devendo, todavia, guardar consonância com as demais provas coligidas nos autos”. [...] (STJ, Quinta Turma, AgRg no REsp 1407792/SC, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 21/11/2013).

A aplicação do entendimento de uma maior valoração da palavra da vítima como prova, pelos tribunais, vem sendo aplicado não somente em crimes sexuais, mas também em crimes de ameaça, crimes contra o patrimônio, bem como em casos de aplicação da Lei 11.340 de 2006, a lei Maria da Penha.

Em casos de maior valoração da palavra da vítima, os tribunais embasam suas decisões sob a égide do argumento de que a palavra da vítima deve estar acima da palavra do acusado, quando do seu interrogatório. Neste contexto surgem os seguintes questionamentos: está se conduzindo o processo de forma equitativa ao atribuir mais valor a palavra da vítima do que a do réu? E como deve ser encarado o basilar princípio da presunção da inocência?

De maneira geral, os tribunais vêm entendendo que, uma vez que a vítima não tenha histórico de desvios de conduta e personalidade, esta não teria razões para apontar um indivíduo da prática de um crime sem que este tivesse ocorrido. De igual maneira, as decisões que atribuem valoração excessiva a palavra do ofendido trazem à tona o questionamento do possível desejo de vingança, possível situação de confronto entre ofendido e acusado, e divergência da palavra da vítima quando confrontada com o arcabouço probatório. Neste contexto, pode-se verificar o julgado que segue:

[...] Em termos de prova convincente, a palavra da vítima, evidentemente, prepondera sobre a do réu. Esta preponderância resulta do fato de que uma pessoa, sem desvios de personalidade, nunca irá acusar um inocente da prática de um delito, quando isto não ocorreu. E quem é acusado, em geral, procura fugir da responsabilidade de seu ato. Portanto, volto a dizer, tratando-se de pessoa idônea, não se poderá imaginar que ela vá mentir em Juízo e acusar um inocente. [...] (TJ/RS, Primeira Câmara Criminal,

Apelação Crime Nº 70076535996, Rel. Sylvio Baptista Neto, julgado em 18/04/2018).

A supramencionada decisão, que foi proferida pelo TJ-RS é, no mínimo, passível de questionamento. A decisão atribuiu uma valoração exacerbada ao que foi afirmado pela vítima durante o processo e, para tanto, utilizou como embasamento a idéia de que o acusado buscará, em todos os instantes do processo, escapar da pena imposta a partir da prática do delito. A referida decisão considera como sendo uma verdade quase que absoluta que os réus sempre se utilizam de inverdades, e por isso mesmo sua palavra vale, em todos os casos, menos que a palavra do ofendido.

Os advogados e defensores públicos costumam, em casos como estes, deixar claro para o magistrado que há contradições nas narrativas das vítimas, ou ainda demonstrar que o ofendido tem motivos para desejar o prejuízo do réu. Com relação a este tema em específico, elenco as seguintes decisões do TJ RS:

APELAÇÃO CRIME – COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO – PROVA INSUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO. Consistindo a prova apenas na palavra da vítima, que apresenta contradições sobre aspectos importantes do fato, e existindo grande animosidade entre acusado e ofendida, sua palavra, por si só, é insuficiente para a condenação. Apelo provido. (Apelação Crime Nº 70051031755, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 22/11/2012).

Tem-se, ainda, no mesmo diapasão, a seguinte ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. PROVIMENTO. Inexiste qualquer indício da materialidade das lesões descritas na denúncia, vez que não há laudo pericial a atestar sua ocorrência. Ademais, intimada diversas vezes a comparecer para realizar o auto de exame de corpo de delito, deixou a vítima de fazê-lo. A simples anexação de uma radiografia, sem indicação de nome ou laudo correspondente, assim como fotografias da vítima com o braço enfaixado não se mostram suficientes a comprovar a fratura alegada. **APELAÇÃO. CRIME DE COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA. PROVIMENTO.** Na espécie, inexiste prova suficiente para amparar a prolação de um juízo condenatório seguro, vez que existente desavença e desejo de

vingança por parte da vítima contra a família do réu. Assim, face à inexistência de outras testemunhas a corroborarem a versão da vítima, imperativa é a absolvição. APELAÇÕES PROVIDAS. (Apelação Crime Nº 70035256031, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosane Ramos de Oliveira Michels, Julgado em 26/07/2012).

Diante de todo o exposto e, ainda, do fato de haver a valoração, muitas vezes exacerbada, da palavra do ofendido como meio de prova, se faz basilar esta prova seja examinada em conjunto com outras provas existentes no processo, a fim de que possam ser observados os princípios da ampla defesa, do contraditório, bem como da presunção de inocência.

CAPÍTULO III

3. O CRIME PREVISTO NO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Para a ocorrência e configuração do crime previsto no Art. 217-A do Código Penal, *caput*², basta, tão somente, que o agressor venha a praticar qualquer ato de cunho sexual, ofendendo a pessoa menor de 14 (quatorze) anos. Tal implica dizer que não se faz necessário, para a configuração do crime em comento, que o agressor precise chegar a conjunção carnal, ou seja, a penetração não é elemento obrigatório para a existência do delito. É válido asseverar que mesmo antes da vigência da Lei nº 12.015 de 2009, conhecida como a lei de crimes sexuais, já vigorava o entendimento jurisprudencial sobre o Art. 224, CP. O entendimento jurisprudencial já concebia a determinação de que enfrentava processo por estupro ou por atentado violento ao pudor o agressor que tivesse relações sexuais, ou qualquer outro ato libidinoso, com pessoa menor de 14 anos, mesmo que este ato fosse cometido sem violência ou mediante o consentimento da vítima.

A aludida alteração legislativa, concebida pela lei de crimes sexuais, foi basilar para a aplicação do direito a estes casos, pois a partir de então ficou mais severa a aplicação da pena, uma vez que, antes da aplicação do entendimento jurisprudencial acima narrado, e anteriormente a vigência da referida lei, muitos agentes se escusavam da aplicação da pena, pelo fato de, em grande parte dos casos trazidos a justiça penal, não ter havido a conjunção carnal propriamente dita. A alteração na lei trouxe essa inovação. A partir da vigência da referida alteração legislativa, qualquer ato libidinoso ficou sendo considerado como estupro, e tinha de sofrer a aplicação da pena imposta pelo texto legal.

De igual maneira, a partir da vigência das alterações legislativas pela Lei nº 12.015/2009, no seu título IV - Dos Crimes contra a Dignidade Sexual", especialmente ao "Capítulo II - Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável", do CP, elimine qualquer dúvida ligada à não importância, para fins de aprofundamento do tipo penal inscrito no caput do art. 217-A, de eventual consentimento da vítima ao ato libidinoso, de prévia experiência da pessoa ofendida com atos sexuais ou da

² Expressão latina que significa cabeça, ou aquilo que vem anteriormente, primeiro.

constância de relacionamento afetivo entre a vítima e o agente ativo do crime. Tal ocorre porque, apesar de parcela da doutrina defender o entendimento de que ainda se deve existir a discussão acerca de vulnerabilidade absoluta e vulnerabilidade relativa, o tipo penal do art. 217-A do CP não traz como elementar a expressão "vulnerável", uma vez que o critério adotado pelo legislador para determinação da vulnerabilidade é estritamente cronológico, não admitindo interpretações que destoem dessa regra.

Interessante observar que o tipo penal trazido pelo Art. 217-A contempla, como afirmado alhures, tanto estupro, quanto o atendendo violento ao pudor de pessoas consideradas vulneráveis. De acordo os ensinamentos de Couto (2015), a palavra vulnerabilidade trazida pelo tipo penal, e de acordo com o mencionado artigo do Código Penal, ocorre em três situações, quais sejam: com pessoa menor de 14 (quatorze) anos, pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental, que por causa da condição patológica não possui o discernimento para a prática do ato, ou pessoa que, em razão de qualquer outra causa não tem condições de oferecer resistência ao ato.

O estupro cometido contra pessoa sem capacidade ou condições de consentir, com violência física, deixou de fazer parte do art. 213 do CP, para ser um crime autônomo, previsto no art. 217-A, sob a nomenclatura de estupro de vulnerável. Vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo. A lei não se refere aqui à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza fisiológica, biológica, moral, social, cultural, etc. (CAPEZ, 2015).

Em relação aos crimes sexuais contra vulneráveis, não há espaço para discussão sobre a possibilidade de proteção a liberdade sexual dos ofendidos, pois estes estão uma condição que os torna distintos das pessoas que possuem total discernimento, seja devido a sanidade mental, seja devido ao completo desenvolvimento psicológico a partir da maturidade cronológica para a prática de atos sexuais ou libidinosos. O Estupro de vulnerável, logicamente, é contemplado por esse gênero, como resultado desse englobamento do crime, o bem jurídico tutelado por esse tipo, como dos demais crimes contra vulneráveis, é a dignidade sexual da vítima, uma vez que esta, pelo fato de ser menor de 14 anos, terá seu

desenvolvimento emocional prejudicado, e com alto índice de probabilidade enfrentará distúrbios psicológicos (SAMPAIO, 2015).

A expressão “vulnerável”, derivada do vernáculo em latim *vulnerabilis*, está diretamente atrelada à fragilidade ou a incapacidade de uma pessoa. Essa vulnerabilidade poder ocorrer em face da existência de circunstâncias específicas, o que nos mostra, outrossim, que a vulnerabilidade não está diretamente relacionada à incapacidade, mas está ligada à ideia de ter por direito a condição de superar de risco que podem causar impactos ao seu bem-estar (RAMOS, 2016). No caso do menor de 14 anos, impreterível admitir que este se encontra inserido numa camada da população que é vítima dos fatores de vulnerabilidade, oriundos de várias vertentes sociais, desde a opressão intrafamiliar até o trabalho escravo.

Dar-se conta desses fatores e conhecê-los mais a fundo, oferece ao Estado elementos sobre a real situação do menor, de forma a resguardá-los de maneira mais eficiente, oferecendo-lhes bloqueio às ações que intencionem impedi-los de experimentar o bem-estar na infância, devendo-se direcionar a política social estatal para a redução dos fatores de vulnerabilidade que afligem o bem-estar da população infanto-juvenil (SIERRA; MESQUITA, 2006).

Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt (2012), o texto legal é pontualmente objetivo no sentido de determinar que a condição de vulnerável está diretamente relacionada ao fato de a pessoa ser menor de quatorze anos, e o texto determina, ainda, que a mesma vulnerabilidade deve ser entendida em caso de menor de 14 anos, ou indivíduos com enfermidade ou alguma deficiência que faça com que a pessoa não possua o discernimento para a prática de qualquer ato de cunho sexual ou libidinoso. A lei não aceita subjetividade com relação ao conceito de vulnerabilidade, uma vez que o legislador atrelou o conceito de vulnerabilidade a qualquer pessoa, que por qualquer causa não possa resistir ao ato sexual.

O Superior Tribunal de Justiça, corroborando com o texto legal e com a intenção do legislador, aprovou a Súmula 593, trazendo à tona o entendimento de que, o crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

3.1 O CONCEITO DE VULNERABILIDADE COM RELAÇÃO À CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A Constituição da República cuida do menor, enquanto ser humano e pessoa detentora de direitos. A Carta magna assegura a estas pessoas o tratamento pautado no respeito, bem como protege estas com o manto da dignidade. A CF trouxe, ainda, em seu texto, a obrigatoriedade da proteção, do zelo pela proteção de sua família, estabelecendo preceitos elencados pela Lei nº 8.069/1990, a qual explicita que o Código Penal protege, trazendo penas severas para aqueles que venham a agredir os direitos da dignidade sexual da criança e do adolescente. Crianças e adolescentes carecem, indubitavelmente, de respeito e dignidade, haja vista são consideradas pessoas humanas ainda perpassando o processo psicológico de desenvolvimento e, sendo, ainda, indivíduos de direitos civis, humanos e sociais assegurados pela CF/88 e pelas leis (CURY; SILVA; MENDEZ, 2002). A partir da vigência da Constituição Federal de 1988, crianças e adolescentes passaram a ser enxergadas como sendo pessoas em estágio de desenvolvimento. A Constituição da República de 1988 trouxe inovações ao ordenamento jurídico pátrio, quando adotou a vertente doutrinária da total proteção com relação à questão da infância e adolescência no nosso país. A doutrina da Proteção Integral observou seu crescimento, à priori, internacionalmente, bem como em convenções e documentos sobre a criança e o adolescente. Dentre os mencionados documentos, devemos enfatizar a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, aprovada de forma unânime pela Assembleia Geral das Nações Unidas (MENESES, 2008).

A partir de uma introdução pela doutrina de uma nova perspectiva da proteção total de crianças e adolescentes, o ordenamento jurídico passou a incorporar esta visão. Para esta perspectiva, tal proteção dada a criança ao adolescente implica na idéia de que o jovem merece especial atenção por parte do Estado, da sociedade e do seio familiar. É, portanto, obrigação de todos estes institutos respeitar o que determina a legislação que visa garantir o bem-estar e o desenvolvimento da criança e do adolescente. De acordo com Cucci (2011), as políticas públicas voltadas a proteção do jovem devem considerar sempre sua condição específica de pessoa em desenvolvimento, e tais políticas devem ser encaradas com absoluta prioridade.

Com fulcro no que foi narrado nos parágrafos acima, é assertiva a afirmação de que, para o nosso ordenamento jurídico as crianças e adolescentes são carecem de integral proteção do estado. Esta premissa parte da regra legal de que estes jovens são vulneráveis, por não terem alcançado o total desenvolvimento psicológico, e assim necessitam de tal proteção estatal. Conforme dito alhures, a Lei de nº 12.015/2009 concebeu, no ordenamento jurídico brasileiro, um novo tipo penal, trazendo penas mais severas, dotado de autonomia, que foi sedimentado com o *nomen iuris* de estupro de vulnerável. O aludido tipo penal foi concebido com uma missão: oferecer proteção para os menores que não ostentam capacidade de discernimento para a prática de atos sexuais. O tipo penal protegeu, ainda, pessoas que, por qualquer razão que seja, não possa oferecer resistência ao agente ativo do crime.

Para que se tenha as condições necessárias para a propositura da ação penal (indícios de autoria e materialidade) em face do cometimento do delito de estupro de vulnerável se faz necessária a verificação dos sujeitos deste crime. Para a configuração do delito em tela, o sujeito ativo não pede uma condição específica, ou seja, qualquer um pode ser o sujeito ativo do crime. O sujeito passivo, por seu turno, reclama por qualquer dos sujeitos elencados no artigo 217-A do código penal, quais sejam: aqueles menores de 14 (quatorze) anos, ou que por qualquer razão ou enfermidade não possua resistência contra o ato, ou que, ainda, não tenham o discernimento para a prática dos atos sexuais ou libidinosos.

Com relação ao sujeito ativo, está-se diante de crime comum, pois qualquer pessoa, do gênero masculino ou feminino, desde que maior de 18 (dezoito) anos, pode ser sujeito ativo do delito. O sujeito passivo, por sua vez, também pode ser pessoa de ambos os gêneros. O importante com relação a este sujeito, é que esteja na condição de vulnerável, exigida pelo tipo penal. De acordo com Kemmerich (2016), são possíveis, ainda, a existência de coautoria e participação em sentido estrito, inclusive com vítimas do mesmo sexo do autor ou partícipe.

Com fulcro na Lei nº 12.015 de 2009, destarte, é assertiva a afirmação de que pessoas com menos de 14 anos não têm discernimento necessário para a prática de atos sexuais. Corroborando tal premissa, o Professor e doutrinador Rogério Greco (2010, p. 514) afirma: “o novo tipo penal, como se percebe, busca punir com mais rigor comportamentos que atinjam as vítimas por ele mencionados”. Neste diapasão,

Fernando Capez (2015) adverte que o menor de idade, em razão de sua imaturidade, não pode validamente consentir a prática de atos sexuais.

O bem jurídico trazido pela Lei 12.015 de ano de 2009, que trouxe a *novel* redação ao artigo 217-A, do diploma repressivo, tutela, a partir da vigência do dispositivo, a preciosa liberdade sexual, bem como passa a punir mais severamente delitos de estupro comum. A tutela penal, no caso específico, tem o fito de preservar a liberdade sexual em seu sentido macro, especialmente a identidade ou intocabilidade sexual das pessoas em condição de vulnerabilidade. Como dito alhures, entende-se que estas pessoas são aquelas que não ostentam suficiente discernimento para consentir validamente à prática de qualquer ato de cunho sexual ou libidinoso (PRADO, 2010).

Na concepção do autor Renato Marcão (2011), vulnerável implica em o “que pode ser vulnerado [...]”, ferido. Acontece que a previsão do artigo 217-A do Código Penal fez uso do vocábulo “estupro de vulnerável”, o que significa algo forçado no campo sexual. De acordo com Fernando Capez (2015):

O crime de estupro de vulnerável consiste em ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de 14 anos, com alguém que por enfermidade ou deficiência não tem discernimento da prática do ato, ou que, por qualquer outra causa não tenha condições de resistir ao agressor. (CAPEZ, 2015, p. 74).

A lei penal juntamente com a Constituição Federal ostentam o entendimento de o que a pessoa menor de 14 anos pode possuir conhecimento objetivo do que é o ato sexual ou libidinoso. Ocorre que, para o texto legal e a Carta Magna, o menor de 14 anos não tem a maturidade para a prática de quaisquer atos de cunho sexual (COUTO, 2015). As pessoas menores de 15 anos possuem traços característicos, pois o estas, certamente, ainda não formaram sua identidade própria.

À guisa de esclarecimento, deve-se interiorizar a ideia de que o menor de 14 anos ostenta alto índice de probabilidade de agir pautado em imprudência e, naturalmente, está susceptível à riscos. Tais riscos, na grande parte das vezes, não são conhecidos por estes jovens, mesmo quando se fala de menores pertencentes a classe média - alta. Conforme as lições de Ramos (2016), não se deve assumir que, em virtude de ostentar o aspecto corpóreo desenvolvido, o jovem ostenta o necessário desenvolvimento psicológico para a prática do ato sexual ou libidinoso.

A ideia vulnerabilidade, contudo, não está tão somente atrelada às pessoas com menos de 14 (quatorze) anos. Este conceito pode, também, ser estendido para com relação a outras pessoas. À guisa de esclarecimento, Fernando Capez destaca:

Vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo. A lei não se refere aqui a capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica etc.[...] A vulnerabilidade é um conceito novo muito mais abrangente, que leva em conta a necessidade de proteção do Estado em relação a certas pessoas ou situações. Incluem-se no rol de vulnerabilidade casos de doença mental, embriaguez, hipnose, enfermidade, idade avançada, pouca ou nenhuma mobilidade de membros, perda momentânea de consciência, deficiência intelectual, má formação cultural, miserabilidade social, sujeição a situação de guarda, tutela ou curatela, temor reverencial, enfim, qualquer caso de evidente fragilidade (CAPEZ, 2015, p. 76).

Vulnerável é, então, o indivíduo, seja do sexo masculino ou feminino, que não tenha condições de oferecer resistência ao agente que intenta a prática do ato sexual ou libidinoso. A lei penal, de acordo com Mirabete e Fabrini (2015) não limita o conceito de vulnerabilidade aos menores de 14 (quatorze) anos ou deficientes mentais, mas o texto legal engloba qualquer indivíduo que não possa resistir à conduta do agressor.

Conforme os ensinamentos do doutrinador Cleber Masson (2014) o critério da idade cronológica é pontualmente objetivo. Pelo fato de assim o ser, não há brecha para que se possa discutir o que é vulnerável ou não, na tentativa de se desconfigurar a vulnerabilidade. Em sua, a pessoa menor de 14 anos é vulnerável, e não há possibilidade de se afastar essa imperatividade legal.

A partir do momento em que há a ocorrência do constrangimento sexual, ou seja, a liberdade sexual sendo atacada, há configurado o estupro, não sendo a conjunção carnal termômetro para aferir se o delito ocorreu ou não. Nas palavras de Ishida (2010), a liberdade sexual se configura como sendo o direito que o indivíduo dispõe de dar caminhos à própria vida. Tal direito, ainda de acordo com o referido autor, carece de proteção do estado e da sociedade.

A agressão contra a sexualidade da criança e do adolescente é uma das mais gravosas espécies de violência, uma vez que viola, de forma torpe, direitos

fundamentais de jovens vulneráveis. Nas palavras de Bittencourt (2011), este crime deixa marcas que maculam as almas das vítimas, e não só o corpo, como se costuma pensar.

3.2 ASPECTOS PSICOLÓGICOS, DEPOIMENTO INFANTIL E A POSSIBILIDADE DE FALSAS MEMÓRIAS

Antes de adentrar na temática proposta pelo presente tópico, faz-se necessário, de início, diferenciar a prova testemunhal do depoimento da vítima. Os dois são meios de prova, mas, como explica Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 692), são diferentes, até pela própria sistemática do CPP.

Renato Brasileiro de Lima assevera, ainda: *“A testemunha é uma pessoa desinteressada e capaz de depor que, perante a autoridade judiciária, declara o que sabe acerca de fatos percebidos por seus sentidos que interessam à decisão da causa”*. (LIMA, 2017, p. 694).

A vítima, por seu turno, é aquele sujeito que sofreu com o cometimento do delito, ou seja, o sujeito passivo e, por isso mesmo, pessoa que ostenta interesse na punição do acusado. O depoimento da vítima é, na disciplina do Art. 201, CPP, obrigatório.

Ademais, de maneira distinta do que ocorre com a testemunha, a vítima do delito, no depoimento, não firma compromisso de falar a verdade, pois o Código de Processo Penal não exige tal formalidade. Tal premissa significa afirmar que a vítima não poderá incorrer no delito de falso testemunho, previsto no Art. 342 do Código Penal. Apesar, entretanto, de não ser possível que a vítima incorra no delito de falso testemunho, esta poderá incorrer, como dito alhures, no delito previsto no Art. 339 do Código Penal, o crime de denúncia caluniosa, caso a vítima tenha ciência de que deu causa ao início a uma investigação policial ou ação penal, imputando a alguém delito de que sabe ser a pessoa inocente.

Com relação ao depoimento de menores de 14 anos, especificadamente, além de não haver possibilidade de responsabilizá-los pelos delitos de falso testemunho, nem denúncia caluniosa, pois estão encobertos pelo manto da

inimputabilidade, não se pode, a bem da razão, atribuir caráter de verdade absoluta aos depoimentos.

Nas palavras de Fernando Capez (2015), os menores de 14 anos, em seus depoimentos, devem ser considerados meros informantes do processo e do juízo, pois estes indivíduos não gozam de capacidade plena, e por isso mesmo a valoração do poder de sua palavra deve ser relativizada. Em face do exposto, se faz necessária especial atenção na coleta do depoimento de menores de 14 anos, pois ainda estão em fase de desenvolvimento mental. Ademais, em casos de situações traumáticas para estes menores, a colheita desses depoimentos carece de extrema cautela, vez que estes depoimentos podem sofrer interferência do estado psicológico no qual se encontram esses jovens quando do estresse pós-traumático.

A memória pode ser, de maneira breve, conceituada, como sendo a capacidade de reter informações, bem como conhecimentos que foram adquiridos ao longo de determinado período de tempo. Nas palavras do Professor Especialista Iván Izquierdo (2001, p. 11), “memória significa aquisição, formação, conservação e evocação de informações”. A aquisição está ligada ao aprendizado adquiridos a partir dos estudos, bem como das experiências adquiridas pelo conhecimento das coisas. Durante este processo de aprendizagem, todo o conhecimento adquirido é retido na memória. O processo de evocação, por sua vez, está relacionado à lembrança, às recordações, bem como ao fato da recuperação das informações.

Lembranças são dados e informações que estão guardados em nossa memória, e da mesma maneira foram apreendidas no decorrer do tempo. Desta forma, e de acordo com os ensinamentos de Quecuty (1998), o processo mnemônico se divide em três etapas: a aquisição, a retenção e, por fim, a retenção. Para o trabalho em tela, e ponto bastante pertinente à temática desta monografia, a etapa mais concernente ao estudo aqui tratado é a da recordação. Haja vista que é justamente durante esta etapa que as informações são trazidas à tona e podem esclarecer fatos.

A memória é oriunda das experiências que foram sendo adquiridas conforme o passar do tempo, e por tal razão o autor Izquierdo (2011) assevera que o termo mais assertivo é o de memórias, e não memória, pois a expressão no plural está relacionada às experiências passadas, porquanto a expressão no singular está ligada à capacidade do cérebro em armazenar informações.

A Professora e Autora Elizabeth Loftus, no ano de 2006, em uma de suas obras, ensina que a memória deve ser definida como sendo tão somente uma somatória de tudo aquilo que fazemos, mas pode ser considerada, ainda, como sendo a soma de tudo aquilo que pensamos, das nossas crenças e das informações que ouvimos ou lemos. A autora preleciona, ainda, que aquilo que somos é resultado das nossas memórias, e de forma oposta, nossa memória depende do que somos e do que estas nos fazem crer.

O armazenamento de informações, como sendo um processo, de acordo com Izquierdo (2011), tem característica interessante, pois segundo o autor, o ser humano tende a não armazenar aquilo que é trivial, e com o passar do tempo o ser humano tende a descartar fatos que não foram marcantes, relevantes, ou aqueles fatos dos quais não lembramos.

Com relação à temática das falsas memórias, ponto focal deste tópico, os primeiros estudos que intentaram por definir o que são estas, foram realizados no final do século XIX. À esta época, alguns estudiosos europeus passaram a analisar a possibilidade das falsas memórias. Ressalta-se que a expressão “falsas memórias” é oriunda do ano de 1881, ao tempo em que um indivíduo narrou lembranças de situações nunca existentes. Acerca das falsas memórias, Lilian MilnitskyStein, em 2010 trouxe o seguinte:

Já no início do século XX, os erros de memória foram estudados também por Freud (1910/1969), ao revisar sua teoria da repressão. Segundo essa teoria, as memórias de eventos traumáticos da infância seriam esquecidas (isto é, reprimidas), podendo emergir em algum momento da vida adulta, através de sonhos ou sintomas psicopatológicos. No entanto, Freud abandona a idéia de que as memórias para eventos traumáticos seriam necessariamente verdadeiras. (LILIAN MILNITSKY STEIN, 2010, p. 23).

O estudioso do tema que primeiro se aprofundou na pesquisa das falsas memórias foi Alfred Binet, que concebeu a idéia de memórias autossugeridas e deliberadamente sugeridas. As memórias autossugeridas seriam aquelas concebidas em processos mentais internos da pessoa, enquanto as outras seriam oriundas do ambiente externo ao indivíduo. Para chegar a tal conclusão, aquele pesquisador analisou as respostas fornecidas por crianças sobre 6 objetos que lhes

foram mostrados durante o tempo de 10 segundos. As perguntas feitas posteriormente traziam exigências de recordações livres, ou seja, sem interferência do entrevistador, e de recordações sugestivas, que eram criadas propositadamente para levar as crianças a darem respostas equivocadas de falsas percepções. A partir desse estudo, obteve-se o resultado que demonstrou que as perguntas feitas sem interferência do entrevistador tiveram o maior número de acertos, enquanto as perguntas feitas de maneira sugestiva tiveram mais respostas erradas.

A fim de comprovar que não somente as crianças estavam sujeitas a essas interferências na memória, Lilian Milnitsky Stein (2010, p.24) relata:

No seu clássico experimento, Bartlett (1932) apresentou a um grupo de universitários ingleses uma lenda dos índios norte-americanos ('A Guerra dos Fantasmas', do inglês *The War of the Ghosts*), contendo fatos não familiares à cultura inglesa. Os alunos foram solicitados a ler duas vezes o material. Em um teste 15 minutos após a leitura da lenda ou em testes posteriores que variaram de algumas horas e dias até anos, os participantes foram solicitados a reproduzir por escrito a lenda que haviam lido anteriormente. Bartlett constatou que os alunos reconstruíram a história com base em expectativas e suposições, frutos de sua experiência de vida, adicionando à história original fatos inexistentes, mas que eram relacionados à sua própria cultura, ao invés de lembrá-la literalmente como havia sido apresentada. Por exemplo, ainda que na lenda original o texto relatasse que 'dois jovens tinham ido caçar focas', no teste de memória muitos alunos lembravam de ter lido que 'dois jovens tinham ido pescar'. (LILIAN MILNITSKY STEIN, 2010, p. 24).

No final dos anos 70 foi realizado um estudo envolvendo pessoas adultas. Este estudo foi feito com o intuito de se comprovar a interferência das falsas memórias nos depoimentos dos participantes quando perguntados sobre fatos que houveram acabado de ver. O procedimento foi realizado utilizando a sugestão de informações falsas, da seguinte forma: os entrevistadores mostravam aos participantes da pesquisa uma situação (cena) na qual acontecia um acidente automobilístico. O acidente ocorria, de fato, em razão de o condutor do veículo não ter respeitado uma placa de "pare". Ao final da cena, os entrevistadores, em conversa com os participantes, sugeriam que o acidente houvera ocorrido por que o motorista não tinha observado a placa de "dê a preferência". No final do estudo, quando os participantes eram questionados, respondiam com base na informação

sugerida pelos entrevistadores, ou seja, que tinham, de fato, visto na cena uma placa de preferência.

Em face do que foi afirmado nos parágrafos, pode-se assumir a ideia de que o depoimento de crianças durante a instrução processual não pode ser enxergado como trazendo a verdade absoluta dos fatos, vez que as falsas memórias, aliadas ao estresse pós-traumático pela ocorrência do delito, podem interferir substancialmente nas respostas dadas por esses menores. Destaque-se que o presente trabalho não defende a desconsideração total do depoimento de crianças menores e adolescentes menores de 14 anos, mas a necessidade da relativização do poder probatório da palavra dessas vítimas, como forma de se guardar a razoabilidade, e respeitar o princípio da presunção de inocência.

3.3 A VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Os países do globo, através de seus ordenamentos jurídicos e legislações, desde muito tempo, perseguem a objetivo de demonstrar aquilo que é considerado moral e imoral para cada sociedade. A despeito de obrigatoriedade de considerar a existência e o respeito aos mais variados tipos de costumes dos países, se faz necessária a observação de que, em muitas situações, a campo da moral exerce direta influência sobre a tutela penal. Ao analisar-se esta temática com relação aos costumes do Brasil, resta evidente que há uma cogente necessidade, nos casos de crimes sexuais, da tutela do Estado para a proteção do vulnerável.

Durante a época do Brasil colônia, o Direito português era aplicado, haja vista a não existência de legislações próprias. Ainda que não existisse uma legislação clara e específica para a violência que ocorria em casos de crimes sexuais, era de notável visão dentro do ordenamento jurídico da época.

No ano de 1830 surgiu o primeiro Código Criminal do Império, o qual trazia um capítulo específico que tratava dos “Crimes Contra a Segurança da Honra”. No referido código estava previsto o crime de estupro, em seu artigo 219, tendo como pena para quem praticasse esse ato com menores de 17 (dezessete) anos o

banimento da comarca na qual morava a vítima pelo período de tempo de um a três anos. A forma de o agente ver-se livre da pena era o casamento com a vítima.

Após vários anos, nos quais os juristas da época discutiram sobre a idade que a pessoa possui discernimento psicológico formado, chegou a conclusão de que era necessária uma alteração no Código Penal de 1940, em seu artigo 224, mais especificadamente, no qual era previsto o cometimento do crime de estupro mediante violência em casos de a vítima ser menor de 14 (catorze) anos. Não levou muito tempo e já se começou a notar que a presunção de violência ensejava decisões judiciais não justas. Em alguns casos, pessoas menores de 14 anos já se apresentavam desenvolvidos, em aspectos físicos e psicológicos, já ostentando uma formada noção do ato sexual. Inclusive, de acordo com Fragoso (1983), a presunção de violência deve ser excluída da legislação, pois não corresponderia à realidade, ensejando a aplicação de uma injusta decisão.

Conseqüentemente, e revogando-se o antigo texto de lei presente no Código Penal de 1940, entrou em vigor a lei nº 12.015/2009. Este texto legal entrou em vigência tipificando o crime de estupro de vulnerável, ao inserir no texto o artigo 217-A, no CP. O aludido dispositivo legal enfatizou a questão da vulnerabilidade absoluta com relação a quaisquer atos libidinosos que venham a ser cometidos contra pessoas menores de 14 anos, não dependendo do sexo, nem do consentimento da vítima, tendo como pena a reclusão de 08 (oito) a 15 (quinze) anos.

O processo penal pátrio não admite que uma prova seja hierarquicamente superior à outra, isto implica dizer que a prova deve ser sempre analisada em conjunto com todo o arcabouço probatório constante do processo, e não de forma isolada e somente considerada em si mesmo, com base na idéia de super-valorização desta prova.

De acordo com as palavras do autor na citação acima, não há, na nossa cultura jurídica, hierarquia entre provas. Quando do momento de proferir a sentença judicial, o magistrado, seguindo o princípio do seu livre convencimento, irá julgar e decidir. O juiz, de acordo com Capez (2012) deve, contudo, embasar sua decisão e explicar tal embasamento.

Ocorre que, conforme dito alhures, em casos de estupro de vulnerável, a palavra de vítima tem valor probatório, mas esta deve ser analisada em conjunto

com outras provas do processo, a fim de que não seja a condenação ou sentença absolutória embasada tão somente na palavra da vítima. Apesar de ser esse o entendimento da doutrina majoritária pátria, o Superior Tribunal de Justiça sustenta o entendimento de que a palavra da vítima, nos crimes acima mencionados, tem forte valor probatório e pode, de forma primordial, ser sustentáculo para a condenação do réu. No Recurso Especial de nº 700.800 julgado no TJ RS, no ano de 2005, O Superior Tribunal de Justiça proferiu o seguinte acórdão que tem como ementa a seguinte:

CRIMINAL. RESP. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABSOLVIÇÃO EM SEGUNDO GRAU. REVALORAÇÃO DAS PROVAS. PALAVRA DA VÍTIMA. ESPECIAL RELEVU. AUSÊNCIA DE VESTÍGIOS. RECURSO PROVIDO. I. Hipótese em que o Juízo sentenciante se valeu, primordialmente, da palavra da vítima-menina de apenas 8 anos de idade, à época do fato -, e do laudo psicológico, considerados coerentes em seu conjunto, para embasar o decreto condenatório. II. Nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, 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. Precedentes. III. Recurso provido, nos termos do voto do Relator (STJ. RESP 700.800- RS. 2005).

Assim sendo, de acordo com o entendimento do STJ, quando a palavra da vítima menor de 14 (catorze) anos for uma prova considerada como sendo substancial, a ausência de laudo de perícia não é critério delineador ou de decisão para a configuração do delito. No momento da condenação do réu, com base unicamente na palavra de vítima menor de 14 anos, está-se diante da assunção do risco da injusta condenação, pois, conforme dito anteriormente há a cogente e forte probabilidade da existência de falsas memórias que podem interferir substancialmente no depoimento da vítima. Por isso mesmo afirma-se aqui que a palavra da vítima não deve ser utilizada como uma fonte de prova para embasar uma condenação, ou mesmo a absolvição.

Interessante caso que pode ilustrar esta temática ocorreu no processo de nº 0319101-44.2014.8.05.0001, oriundo do Tribunal de Justiça do estado da Bahia, no qual uma menina, à época com 12 (doze) anos de idade, que não aceitando a separação de seus pais, e psicologicamente contrariada pela presença do padrasto

em convivência com sua mãe, alegou que o então companheiro de sua mãe havia cometido constrangimento sexual contra si. A jovem sustentou que a situação havia ocorrido sob a influência e orientação de seu pai. Edmilson Gonçalves dos Santos, o padrasto, recebeu sentença condenatória de 10 (dez) anos de reclusão em regime fechado. Ocorreu que, se passando três anos da data da condenação, a jovem confessou que, por influência de seu pai biológico, havia mentido sobre o crime e que a situação de estupro jamais houvera ocorrido. No caso em tela, a condenação do réu ocorreu com base, primordialmente, no depoimento da jovem.

De acordo com os ensinamentos do autor Guilherme de Souza Nucci (2013), a palavra da vítima isolada não ostenta o poder de embasar a sentença condenatória. A jurisprudência brasileira, conforme demonstrado em parágrafos anteriores, entende de maneira oposta, haja vista o posicionamento do STJ acerca do tema.

Ora, se a palavra da vítima menor de 14 anos é deveras relevante para o processo penal, deve ser analisada de maneira cautelosa a fim de que a justiça seja observada. Desta forma é basilar a análise da prova oriunda da palavra da vítima de forma coerente com todo o contexto dos fatos do processo. Deve-se, ainda, considerar a possibilidade da existência de falsas alegações pela suposta vítima, bem como a presença de falsas memórias.

Diante de todo o exposto na monografia ora apresentada, que a sentença condenatória ou absolutória embasada tão somente na palavra da vítima do delito previsto no Art. 217-A do código penal não pode ser considerada como absolutamente segura e certa, pois as consequências sofridas pelo réu a partir da condenação por este crime impactam a vida daquele de forma perpétua, vez que a pena não se limita ao cárcere. Assim sendo, deve-se sempre levar em consideração o princípio *in dubio pro reo*, quando o julgador se vê diante de um caso no qual a palavra do ofendido menor de 14 anos é o único meio de prova do qual se dispõe.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho aqui apresentado buscou tratar do crime previsto no Art. 217-A do código penal brasileiro, no tocante às vítimas menores de 14 (quatorze) anos, tomando como ponto norteador para a sua construção textual, a temática da necessidade de ponderação da valoração atribuída a palavra da vítima quando esta for a única ou principal prova da ocorrência do delito. A prova tem como serventia em formar a convicção do julgador sobre os elementos essenciais à elucidação dos fatos e posterior deslinde da ação. Com o decorrer do tempo, vários foram os sistemas de produção de prova seguidos nos sistemas jurídicos do mundo. Alguns destes foram: o sistema ordálico, o sistema legal ou tarifado, o sistema da livre convicção e o sistema da persuasão racional.

É fato comum, principalmente em se tratando de crimes contra a dignidade sexual, que apenas a vítima e o réu tenham conhecimento da verdade real dos fatos relacionados ao delito. Tal fato leva o julgador ao enfrentamento da problemática da palavra da vítima, em muitos casos, como sendo o único meio de prova ao qual se pode recorrer para o esclarecimento dos fatos. Ocorre que ambos os agentes do delito, tanto o ativo quanto o passivo, possuem interesse no processo. A vítima, logicamente, anseia pela punição do acusado, porquanto esta busca ver-se isento da pena.

A partir da vigência da Lei nº 11.690 de 1994, a vítima ascendeu ao primeiro plano dentro do processo penal, pois até então esta era mantida em um segundo escalão dentro do processo. Este cenário mudou pelo fato de a vítima passar a ser enxergada dessa forma em razão de ser a primeira afetada pelo delito. A referida lei trouxe, ainda, algumas inovações com relação à vítima e ao réu. Aquela, a partir deste momento, não mais pode estar presente na mesma sala em que o réu, e isto foi observado pelo legislador com o fito de evitar animosidades entre estes em decorrência de constrangimento pré-existente entre ambos.

No Brasil o entendimento dos tribunais, de forma assentada e sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que a palavra da vítima recebe maior valoração do que aquela proferida pelo acusado. Tal entendimento é sustentado pela ideia de que, uma vez que a vítima não tenha histórico de desvios

de conduta e personalidade, esta não teria razões para apontar um indivíduo da prática de um crime sem que este tivesse ocorrido. De igual maneira, as decisões que atribuem valoração excessiva a palavra do ofendido trazem à tona o questionamento do possível desejo de vingança, possível situação de confronto entre ofendido e acusado, e divergência da palavra da vítima quando confrontada com o arcabouço probatório.

Foi abordada, ainda, a temática da possibilidade da existência das falsas memórias das vítimas do crime de estupro de vulnerável. Foram apontados estudos que comprovaram que o ser humano, especialmente menores de 14 (catorze) anos (por não ter o desenvolvimento psicológico em sua fase completa) são passíveis de sofrer influência externa quando perguntadas sobre fatos passados, principalmente aqueles tidos como traumáticos. Foi, ainda, trazido ao texto o conceito de vulnerabilidade das crianças menores de 14 anos, tendo sido abordados aspectos físicos e psicológicos desses indivíduos, bem como os motivos pelos quais se consideram vulneráveis.

Diante do exposto pelo estudo, pode-se afirmar que o depoimento de crianças durante a instrução processual não pode ser enxergado como trazendo a verdade absoluta dos fatos, vez que as falsas memórias, aliadas ao estresse pós-traumático pela ocorrência do delito, podem interferir substancialmente nas respostas dadas por esses menores. Destaque-se que o presente trabalho não defende a desconsideração total do depoimento de crianças menores e adolescentes menores de 14 anos, mas a necessidade da relativização do poder probatório da palavra dessas vítimas, como forma de se guardar a razoabilidade, e respeitar o princípio da presunção de inocência. Conclui – se, portanto, que o trabalho aqui apresentado cumpriu seu objetivo principal, uma vez que a necessidade de sopesamento e ponderação da palavra da vítima como única ou principal prova constante do processo no momento da valoração que lhe é atribuída pelo julgador.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. De Camargo. **Da prova no processo penal. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2004.**

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado do direito penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública / Cezar Roberto Bitencourt. – 6. ed. ver. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.**

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, vol. 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.**

COUTO, Cleber. **Estupro de vulnerável menor de 14 anos: presunção absoluta ou relativa? Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4411, 30jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41151>>. Acesso em: 10 de novembro de 2019.**

CUCCI, Gisele Paschoal; CUCCI, Fábio Augusto. **A Proteção Integral de Crianças e Adolescentes Como Dever Social da Família, da Sociedade e do Estado.2011. Disponível em<> Acesso em: 08 de novede 2019.**

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico. vol. 4, São Paulo: Saraiva, 1998.FALEIROS, E.T.S. Aspectos Relevantes na Definição de Abuso Sexual. In:OLIVEIRA, A.C (org). Abuso Sexual de crianças e adolescentes: desafios naqualificação profissional. 2.ed. Rio de Janeiro: NOVA Pesquisa, 2004.**

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, vol. III, 8. ed. Niterói, RJ:Impetus, 2011.**

IZQUIERDO, Iván. **Memória. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011.**

KEMMERICH, Stéfani Bataioli. **Da (im) possibilidade de relativização do conceito de vulnerabilidade sexual previsto no artigo 217-a, caput, do Código.Penal.2016.Disponívelem<http://conteudo.pucrs.br/wpcontent/uploads/sites/11/2016/09/stefani_kemmerich_2016_1.pdf> Acesso em: 08 nov. 2019.**

LOFTUS, Elizabeth. **Criando Falsas Memórias. Revista Scientific American, ano 3, n. 277, set. 1997.**

MARCÃO, Renato. PLÍNIO, Gentil. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo; Saraiva, 2011.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.**

MENESES, Elcio Resmini. **Medidas socioeducativas: uma reflexão jurídico/pedagógica**. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini, Renato N. Fabbrini. **Manual de Direito Penal: parte Especial**, v. 2. 32. ed. rev. e atual. até 5 de janeiro de 2015 São Paulo: Atlas, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal. 11. ed. rev., atual. e ampl.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal. 21ª ed. 2017**

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. vol. 2: parte especial**, 8. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes. **Curso de Direito Penal brasileiro. 13. ed.** rev. atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

QUECUTY, Maria Luisa Alonso. **Psicologia y Testimonio. In: Fundamentos de la psicología jurídica. Madrid.** Psicología Pirâmide, 1998.

RAMOS, Jéssica Talita Alves. **A vulnerabilidade absoluta do menor de 14 anos (art.217-a, CP) à luz da política criminal brasileira e do princípio da proporcionalidade**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57582&seo=1>>. Acesso em: 07 nov. 2019.

SAMPAIO, Caio Felipe Machado. **Dos Crimes sexuais contra vulnerável**. 2015. Disponível em < <https://shogumbr.jusbrasil.com.br/artigos/299931393/dos-crimessexuais-contra-vulneravel> > Acesso em: 10 nov. 2019.

SIERRA, Vania M.; MESQUITA, W.A. **Vulnerabilidades e fatores de risco na vida de crianças e adolescentes. São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, Fundação Seade, v. 20, n. 1, p. 148-155, jan./mar. 2006. Disponível em <

http://produtos.seade.gov.br/produtos/spp/v20n01/v20n01_11.pdf> Acesso em: 27 set. 2017. SILVA, Juliana Marques de Almeida. **O crime de estupro de vulnerável: discussão sobre a validação do consentimento do menor de 14 anos.** 2015. Disponível em <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7026/1/21010510.pdf>> Acesso em: 10 nov. 2019.

STEIN, Lilian Milnitsky; et.al. **Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e Suas Aplicações Clínicas e Jurídicas.** Porto Alegre: Artmed, 2010.