

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**A VALORAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL NOS CRIMES CONTRA A
DIGNIDADE SEXUAL**

DANIELLE FIOCHI GABRIEL

**RIO DE JANEIRO
2018/1º SEMESTRE**

DANIELLE FIOCHI GABRIEL

**A VALORAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE
SEXUAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Mestre Rodrigo Machado Gonçalves**.

**RIO DE JANEIRO
2018/1º SEMESTRE**

DANIELLE FIOCHI GABRIEL

**A VALORAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL NOS CRIMES CONTRA A
DIGNIDADE SEXUAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Mestre Rodrigo Machado Gonçalves**.

Data da aprovação ___/___/____

BANCA EXAMINADORA:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO
2018, PRIMEIRO SEMESTRE

DADOS PESSOAIS

Danielle Fiochi Gabriel

DRE nº. 113081472

Telefone: -

Celular: (21) 9 998774765

E-mail: danifiochi@hotmail.com

Endereço: Rua Pareto, n. ° 11, apartamento 401, Tijuca, Rio de Janeiro, CEP: 20550-120

que, por vezes, haja vestígios. Para tanto, será feita uma breve abordagem dos crimes sexuais, em especial o crime de estupro (art.219, CP), relevando conceitos e características. Feita tal delimitação, serão analisadas as provas no processo penal, juntamente com a valoração do testemunho da vítima, especificamente nos crimes de natureza sexual. Concluir-se-á pela importância da palavra da vítima na apuração dessa ordem de delitos, desde que o faça por meio de análise criteriosa e embasada em relação ao processo como um todo.

Palavras-chave: depoimento; valoração; vítima; crimes sexuais; provas.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze the valuation given to the testimony of the victims of sexual crimes, which is usually attributed prevalence, considering the practice of such crimes in restricted environments, without there being any vestiges. To do so, a brief approach to sexual crimes, especially rape crime (art.219, CP) will be made, highlighting concepts and characteristics. Once this delimitation has been made, the evidence in the criminal process will be analyzed, together with the assessment of the victim's testimony, specifically in crimes of a sexual nature. It will be concluded by the importance of the word of the victim in the determination of this order of crimes, provided that it does so by means of careful analysis and based on the process as a whole.

Keywords: testimony valuation; victim; sexual crimes; evidences.

Introdução.....	07
Capítulo 1. Princiologia Constitucional e a sua Decorrência Sistêmica.....	09
1.1. Princípios Constitucionais do Processo Penal Brasileiro.....	10
1.1.1. Princípio do Devido Processo Legal.....	10
1.1.2. Princípio da Inadmissibilidade das Provas Obtidas por Meios Ilícitos....	11
1.1.3. Princípio da Inocência	12
1.1.4. Princípio do <i>in dubio pro reo</i>	13
1.2. O Sistema Processual Penal Acusatório.....	14
Capítulo 2. Crimes Contra a Dignidade Sexual.....	17
2.1. Crime de Estupro (art. 213, CP).....	20
2.2. Da <i>Abolitio Criminis</i>	23
Capítulo 3. O Problema das Provas nos Crimes Contra a Dignidade Sexual.....	27
3.1. Meios de Prova.....	28
3.1.1. Declaração do ofendido (art. 201, CPP).....	28
3.1.2. Interrogatório do Réu (arts. 185 a 196, CPP).....	29
3.1.3. Prova Testemunhal (arts. 202 a 225, CPP).....	29
3.1.4. Prova Pericial (arts. 158 a 184, CPP).....	30
3.1.5. Reconhecimento de Pessoas ou Coisas (arts. 226 a 228, CPP).....	30
3.1.6. Acareação (arts. 229 e 230, CPP).....	31
3.1.7. Documentos (arts. 231 a 238, CPP).....	31
3.1.8. Indícios (art. 239, CPP).....	31
3.1.9. Busca e Apreensão (art. 240, CPP).....	32
3.1.10. Confissão (art. 197, CPP).....	33
3.2. A Palavra da Vítima no Processamento dos Crimes Sexuais.....	33
3.3. Avaliação das Provas e o “Livre Convencimento” Motivado.....	38
3.3. As falsas memórias e o princípio da verdade real.....	43
Capítulo 4. A Condenação do Réu apenas na Palavra da Vítima como Meio de Prova Isolado no Processo Penal.....	49

Considerações Finais.....59
Referências bibliográficas.....63

INTRODUÇÃO

A atividade probatória é função fundamental a fim de que se alcance uma efetiva prestação jurisdicional, sendo imprescindível que o operador do direito se utilize de meios válidos, necessários e adequados para que se concretize a tutela pleiteada. Desse modo, imperioso fazer uma descrição minuciosa de tais meios, hábeis a formar a convicção do julgador, observando-se as particularidades inerentes a cada tipo penal, cujas especificidades podem ensejar especial valia a determinado meio probatório.

Nesse viés, grande destaque é atribuído à palavra da vítima no processo penal quando presta declarações em sede de crimes contra a dignidade sexual. Dessa forma, a presente pesquisa dedica-se a analisar através de breve histórico, principiológico e com base em fundamentos jurídicos, o valor diferenciado que é conferido à palavra da vítima de crimes sexuais, objetivando-se uma satisfatória aplicação do Direito Penal.

Ocorre que, não raro, a materialidade do delito sexual não consegue ser devidamente demonstrada por documentos como em outros delitos. Apesar de em algumas ocasiões encontrarmos provas documentais, fotos, vídeos e laudos periciais e psicológicos, a prova testemunhal é geralmente à qual se confere maior credibilidade, por ocorrerem na maioria das vezes os crimes em sigilo. Ainda, são crimes difíceis de deixar vestígios, seja pelo decurso do tempo, por peculiaridades pessoais e físicas da vítima ou pela própria característica do abuso realizado.

Assim, em se tratando de crime executado às ocultas, torna-se difícil a prova da materialidade e da autoria, não sendo poucas as vezes em que há apenas a palavra da vítima contra a do réu, de modo que, ao operador do direito resta atribuir a valoração ao caso concreto.

A palavra da vítima assume relevo excepcional no intento probatório e, de acordo com a sua valoração, assume posição essencial no cenário processual, devendo assim, estar coesa com os demais elementos de prova carregados aos autos e, em se tratando das declarações como meio de prova isolado, devem estar carregadas de verossimilhança e linearidade.

Neste trabalho monográfico, pretende-se abordar o conceito das provas penais em relação aos crimes contra a dignidade sexual, em especial o tratamento dado ao testemunho da vítima, apresentando suas possíveis consequências, e fazendo um comparativo com as demais, observando as leis vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

1 PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL E A SUA DECORRÊNCIA SISTÊMICA

O Processo Penal tem como um dos seus principais objetivos, ser um instrumento de limitação da atividade estatal, garantindo assim, a plena efetividade aos direitos individuais assegurados na Constituição Federal. Diante da relevância do bem jurídico tutelado na esfera criminal, sendo ele o direito fundamental à liberdade, a sistemática principiológica cumpre o papel de inibidor de uma atuação arbitrária do Estado como juiz, na medida em que impede as lacunas legislativas.

O direito como um todo se expressa por meio de normas, as quais se exprimem por meio de regras ou princípios. As primeiras disciplinam uma determinada situação e como norma possui incidência em determinados casos e em outros não. Já os segundos, são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico, atuando num campo mais amplo que o das regras, podendo inclusive, ter sua incidência em casos concretos, às vezes, concomitantemente dois ou mais deles. Tendo em vista que a lei processual penal admite interpretação extensiva, em não havendo regra específica regente do caso, torna-se possível solucioná-lo somente com a aplicação de um princípio.

Não se tratam os princípios de simples regras autônomas para aplicação em casos hipotéticos quando concretizados, como as leis, mas sim de normas gerais básicas essenciais a um ordenamento jurídico, a fim de compatibilizar as concepções ideológicas atuantes. Fixam assim, as ideias básicas e valores fundamentais do Estado embasados nas decisões políticas, devendo ser vistos como parte de um todo e não como simples peças autônomas no processo. Nas palavras do doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo:

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais (...).”

Os princípios que norteiam o Processo Penal brasileiro encontram-se resguardados tanto pela Constituição Federal quanto pelo Código de Processo Penal, podendo destacar os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da inadmissibilidade de provas obtidas por meios

ilícitos, da inocência ou da não-culpabilidade, do *in dubio pro reo*, do livre convencimento motivado e da verdade real.

1.1. Princípios Constitucionais do Processo Penal Brasileiro.

Os princípios constitucionais são considerados os pilares de todo o ordenamento jurídico, pois orientam o intérprete em como agir diante das normas jurídicas e das situações concretas a ele apresentadas no cotidiano. Ainda, limitam o poder punitivo do Estado, principalmente em relação à liberdade do réu, proibindo assim o livre arbítrio nas decisões proferidas. É a proteção dada ao cidadão contra o arbítrio judicial e a coerção estatal, assegurando sua liberdade individual, a qual deverá ser restringida apenas se o órgão acusador comprovar mediante elementos de certeza a culpabilidade do réu.

1.1.1 Princípio do Devido Processo Legal

A Constituição Federal no art. 5º, inciso LIV, diz que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Dessa forma é assegurado a todos um processo segundo a lei, não podendo ninguém ser privado de sua liberdade e dos seus bens, se não forem cumpridas a tramitações legais. Trata-se de um dos princípios mais importantes no âmbito processual, por intermédio do qual o Estado se obriga a respeitar todas as garantias existentes no ordenamento jurídico no decorrer de todo o processo para que as decisões proferidas respeitem a máxima participação das partes em busca dos seus direitos.

Assim, sendo o processo o instrumento pelo qual a prestação jurisdicional é exercida pelo Estado-Juiz, o princípio do devido processo legal envolve a garantia do contraditório e o direito de defesa, sendo estes provenientes do princípio do devido processo legal. No dispositivo constitucional consagrado no art. 5º, LV da CF, reza que “ aos litigantes, em processo judicial, ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa como os meios e recursos a ela inerentes”.

Partindo desse ponto, é dever do Juiz garantir que nenhuma das partes será lesada por tratamento desigual ao exercício de direitos processuais, o que decorre na igualdade processual entre a parte acusadora e a parte acusada, que se encontram no mesmo plano de liberdade processual. O devido processo legal, portanto, configura proteção ao indivíduo tanto sob o aspecto material, com a garantia de proteção ao direito de liberdade, quanto sob o aspecto formal, assegurando-lhe a plenitude da defesa e igualdade de condições com o Estado.

1.1.2 Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

É o princípio previsto no art. 5º LVI, da CRFB/88, o qual veda expressamente a utilização, no processo penal, de provas obtidas por meios ilícitos, seja pela parte autora, seja pela parte demandada. A diferenciação entre prova ilícita, ilegítima e ilegal é tema controverso entre os doutrinadores. De acordo com o posicionamento do autor Guilherme Nucci¹:

O gênero é a ilicitude – assim em Direito Penal, quanto nas demais disciplinas, inclusive porque foi o termo utilizado na Constituição Federal – significando o que é contrário ao ordenamento jurídico, contrário ao Direito de um modo geral, que envolve tanto o ilegal, quanto o ilegítimo, isto é, tanto a infringência às normas legalmente produzidas, de direito material e processual, quanto aos princípios gerais de direito, aos bons costumes e à moral.

(...)

Em conclusão, o ilícito envolve o ilegalmente colhido (captação de prova ofendendo a direito material, v.g., a escuta telefônica não autorizada) e o ilegitimamente produzido (fornecimento indevido de prova no processo, v.g., a prova da morte da vítima através de simples confissão do réu).

O dispositivo da Constituição Federal foi corroborado com a reforma introduzida pela Lei n.º 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157, *caput*, do CPP: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Entende-se, portanto, que o conceito de ilicitude abrange toda prova que fere a norma constitucional, seja ela de direito material ou processual.

A doutrina ainda, traz a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, conhecida também por prova ilícita por derivação. Dá-se quando as provas colhidas regularmente foram descobertas pelo uso de meios ilegais, ou seja, a prova legal foi alcançada por intermédio de uma prova ilegal. A vedação, contudo, vem sendo atenuada quando admitida em casos que sejam favoráveis ao acusado, desde que indispensáveis ao processo e produzidas pelo próprio interessado, aplicando então a teoria da proporcionalidade e ponderação de interesses. Nesse caso prevalece o princípio mais importante, ou seja, se foi utilizada com o fim de resguardar outro bem protegido pela Constituição de maior valor que este, inexistirá a restrição à sua utilização.

1.1.3 Princípio da presunção da inocência.

O princípio da presunção da inocência possui ligação com o afastamento do regime inquisitorial e com a conseqüente implantação do sistema acusatório no ordenamento jurídico, no qual um dos principais preceitos é o da presunção de que o indivíduo permanece durante o rito processual como inocente perante o Estado. No Brasil, tal princípio está elencado na Constituição Federal através do art. 5º, LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 117.

O seu objetivo principal é deixar explícito que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa, por esse motivo o réu não tem que provar sua inocência, bem como a existência de fato típico, ilícito e culpável, deixando esse papel exclusivamente para a defesa. Dessa maneira, impede-se que o indivíduo seja considerado culpado antes do devido processo legal chegar ao fim com a sentença condenatória transitada em julgado. O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência pacífica pela aplicação do princípio da presunção da inocência no ordenamento jurídico pátrio:

O postulado constitucional da não culpabilidade impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível. A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.²

Frente ao exposto, o Estado (como acusador) tem o dever de provar os fatos criminais pertencentes ao indivíduo, e em casos de haver dúvida, o magistrado absolverá o réu, sob pena de exercício arbitrário de poder. Salienta-se ainda, que o princípio da presunção de inocência constitucionalmente assegurado poderá ser afastado pelas provas geradas ao longo do devido processo legal, sempre sob o manto do contraditório, e, da ampla defesa.

1.1.4 Princípio do *in dubio pro reo*.

Decorrente do princípio anteriormente estudado, no âmbito do processo penal, é o princípio do *in dubio pro reo* considerado como um dos mais importantes princípios que embasam a legislação processual penal de um estado democrático. Exemplo máximo no direito processual brasileiro deste princípio é o art. 386, VII, do Código de Processo Penal, pelo qual o juiz deve absolver o acusado sempre que não existirem provas suficientes a sua condenação. Isto porque a inexistência de provas suficientes significa que existem provas que imputem a responsabilidade ao réu em questão, mas não são elas seguras o bastante para caracterizar a sua culpabilidade ou a materialidade delitiva. Ou seja, havendo dúvida quanto à existência do crime ou da sua autoria, não pode o Estado sancionar penalmente o indivíduo.

Isto quer dizer que predomina o direito de liberdade do acusado quando colocado em confronto com o direito de punir do Estado, prevalecendo sempre na dúvida, o interesse do réu. Este princípio também protege o indivíduo no tocante ao seu direito ao silêncio e a não autoincriminação, consagrado

² STF - HC: 89.501/GO, Relator: Celso de Mello. Data de Julgamento: 12/12/2006, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/03/2007.

no art. 5º, LXIII, da Constituição. Desta forma, o silêncio do acusado não poderá ser usado como meio de repercussão positiva na apuração da responsabilidade penal, nem presunção de veracidade dos fatos sobre os quais optou por calar-se, assim como não pode o indivíduo ser obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Conclui-se, portanto, que se trata de princípio de observância compulsória no momento da prolação da sentença pelo Estado-juiz, devendo sempre ser aplicado quando subsistir dúvida quanto à autoria ou materialidade delitiva.

1.2. O Sistema Processual Penal Acusatório.

Em uma abordagem preliminar acerca do tema sistemas, Norberto Bobbio define o vocábulo como “um conjunto de entes entre os quais existe certa ordem”, destacando que, para que se possa falar em ordem, é necessário que as frações que a constituem não estejam somente em coerência com o todo, mas também em um relacionamento coerente entre si³.

Jacinto Coutinho acrescenta a tal definição a necessidade de existência de um princípio que confira unidade ao sistema, conceituando-o como o “conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade”.⁴ Transpondo estas lições ao processo penal, é possível afirmar que sistemas⁵ processuais penais são campos criados a partir do agrupamento de unidades que se interligam em torno de uma premissa.

O sistema adotado pela Constituição Federal, atualmente, é o sistema acusatório, tendo como sua maior característica a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, sendo elas atribuídas a sujeitos processuais distintos. Cada parte do processo penal tem uma função definida neste, sendo assim, em regra, cabe ao Ministério Público a função de acusação, ao advogado e Defensor Público a função de defender e ao Juiz a função de julgar.

Tem-se a viabilidade de incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa e o juiz não tem poderes instrutórios, mantendo a equidistância em relação às partes, atuando de forma inerte no

3 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 8. ed. Brasília: UNB, 1996. p. 71.

4 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro**. Revista de estudos criminais, Porto Alegre, Notadez, v. 1, n. 1, p. 26-51, 2001. p. 28.

5 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 54-55.

que tange à produção das provas. Além disso, não existe hierarquia entre as provas, ocasião em que vige o livre convencimento motivado do juiz de direito, garantindo a observância das garantias constitucionais do acusado, presumindo-se assim a inocência do réu. Dissertando sobre o tema, Aury Lopes Jr. afirma:

(...) que a configuração do “sistema processual” deve atentar para a garantia da ‘imparcialidade do julgador’, a eficácia do contraditório e das demais regras do devido processo penal, tudo isso à luz da Constituição. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantido o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal.

(...)

Em última análise, é a separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova nas mãos das partes e não do juiz (juiz-espectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive. Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual⁶.

A finalidade do rito processual é a reconstrução de um fato passado, feita mediante a instrução probatória, o que é reconhecido pelo núcleo fundante dos sistemas processuais penais sobre a gestão da prova. A existência da autonomia entre os órgãos de atuação é fundamental para construir o convencimento do julgador sem influenciar na produção das provas. O juiz deve ser uma pessoa imparcial, sem nenhum poder investigatório, deixando para a acusação e a defesa o esforço em provar as teses de culpa ou inocência. Para o sistema acusatório, a ausência da imparcialidade judicial promove uma brusca inversão do ônus da prova, em que ao invés da acusação ter que atestar, processualmente, a culpa do réu, é o inverso que irá se estabelecer: o acusado é que terá de provar sua inocência⁷.

Considerando-se estas características, no tipo processual penal acusatório, autor e réu estão em igualdade, estando acima deles, como órgão jurisdicional imparcial de aplicação da lei, o magistrado. Em decorrência desse sistema é assegurado ao acusado a imparcialidade do juiz para decidir de acordo com as provas colhidas pelas partes. Evitando-se assim, eventuais arbitrariedades do Estado que se manifestam na figura do juiz, pois ao tratar o acusado como condenado desde o início da apuração do delito estará assim, afastando-se os princípios básicos de justiça no momento de sentenciar⁸.

6 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 44.

7 PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

8 LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 59

Para Fernando Capez, o sistema vigente no Direito Processual Penal Pátrio é o Acusatório e ainda ressalta:

O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII)⁹.

Destaca-se, por fim, que no âmbito do Direito Penal e Processo Penal, existe uma maior importância da observação aos princípios informadores da Constituição Federal, haja vista ser usado como meio de controle social do qual se vale o Estado para efetivar a função constitucional de garantir a inviolabilidade dos direitos fundamentais ao indivíduo. Adota-se, portanto, o sistema acusatório, com todas as garantias processuais para alicerçar um Estado Constitucional e Democrático de Direito.

⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 45.

2 CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

A dignidade sexual é um bem jurídico constitucional e penal. Nele está inserida a liberdade sexual; a autodeterminação; a formação da personalidade sexual; e a escolha de com quem, quando e sob quais circunstâncias irá praticar o ato sexual.

O Código Penal Brasileiro, por muito tempo tutelou a sexualidade sob o ponto de vista da moral social. A lei penal não interferia nas relações sexuais normais dos indivíduos, mas reprimia as condutas tidas como anormais consideradas graves, que de alguma forma afetassem a moral da sociedade como um todo.

A proteção dos bons costumes, portanto, sobrelevava em face de outros interesses penais juridicamente relevantes, como por exemplo, a liberdade sexual. Tal reflexo advinha de uma sociedade patriarcal e pautada por valores ético-sociais que primava, sobretudo, pela moralidade sexual e seus reflexos na organização da família, deixando para um segundo plano a tutela dos direitos fundamentais da pessoa.

Com efeito, à época em que foi editado o Decreto Lei nº. 2848, em 7 de dezembro de 1940, não havia espaço para a flexibilização dos padrões da moral sexual, de forma que a sua proteção assumia especial relevo em face dos direitos fundamentais. Com a edição da Lei nº. 12.015/09, o título VI do Código Penal ganhou uma nova denominação, deixando de ser “Dos Crimes Contra os Costumes” tornando-se “Dos crimes Contra a Dignidade Sexual”.

Mudou-se, portanto, o foco da proteção jurídica, ou seja, a moral média da sociedade deixou de ser o primeiro plano e o bem mais relevante a ser protegido, e passou a ser esta a dignidade da pessoa, sob o ponto de vista sexual. Isso deu-se pelo fato de que a evolução da sociedade passou a exigir, juntamente com a Constituição Federal de 1988, a formulação de uma nova concepção do objeto jurídico do crime, assumindo assim a esfera a ser protegida. Por esse motivo, ao estudar qualquer tipo de crime, tem-se que abordar os princípios constitucionais, em especial os que lidam com direitos e garantias fundamentais, para delimitar o bem jurídico e o seu grau de relevo à sociedade, ao indivíduo e ao Estado.

A natureza humana automaticamente correlaciona a conduta do criminoso ao desejo de fazer justiça, sendo o objetivo do Estado Democrático de Direito a punição, o que consiste na aplicação da pena ao indivíduo. Vale lembrar a importância que tem o princípio da intervenção mínima, onde se

busca a justa aplicação da repressão penal, voltada para os delitos realmente indispensáveis à manutenção da paz social.

O bem jurídico tutelado nos crimes sexuais é tutelado pelo princípio da dignidade da pessoa humana exposto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, o qual constitui-se de dois aspectos fundamentais, o objetivo e o subjetivo. O primeiro abrange a segurança mínima existencial do indivíduo, abarcando suas necessidades básicas de sobrevivência. E o segundo, abarca o sentimento de respeitabilidade do indivíduo, a qual forma sua forma sua personalidade e seu relacionamento em comunidade, merecendo a devida proteção estatal.

Segundo Guilherme de Souza Nucci: “a ideia de bem significa algo interessante ao ser humano, apto a satisfazer de algum modo, sendo corpórea ou incorpórea. Os bens jurídicos são os objetos e interesses tutelados pelo Direito”.

O bem jurídico penal é constituído do interesse relevante presente, merecedor de proteção estatal na órbita criminal, respeitada a função do Direito Penal como *última ratio*, ou seja, última instância a ser buscada, seguindo assim os princípios da intervenção mínima e da ofensividade, neste último é necessário possuir relevante interesse. Sob o prisma subjetivo do princípio da dignidade da pessoa humana, este implica no sentido de permitir que o ser humano passa a se satisfazer sexualmente como bem entender, sem interferência estatal ou da sociedade.

A personalidade é a individualização visível da pessoa humana, determinando a sua forma de ser e agir, tornando-a exclusiva. Além do patrimônio genético, componente indissociável da formação da personalidade, deve-se contar com o seu processo de vida para assegurar o destaque de um comportamento exclusivo. A inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem da pessoa humana, bem como da sua casa, do sigilo da sua correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, constitui parâmetros modeladores de um princípio maior, que é a livre formação da personalidade.

Conforme Renato de Mello Jorge Silveira apud. Alberto Silva Franco nos ensina sobre a autodeterminação sexual:

[...]sucessivamente, a liberdade sexual e a autodeterminação sexual, ou melhor, colocando, de modo amplo e genérico, a liberdade de autodeterminação sexual, considerando-se que uma pode se mostrar incompleta sem a outra. Este sim talvez o mais ideal mote de proteção: a liberdade de autodeterminação sexual.¹⁰

¹⁰Renato de Mello Jorge Silveira. *Crimes sexuais*, São Paulo: Quartier, 2008, p. 171.

A dignidade sexual é o conjunto de fatos, ocorrências e aparências da vida sexual de cada indivíduo. Associada a respeitabilidade e a autoestima, à intimidade e à vida privada, permitindo-se deduzir que o ser humano pode realizar-se, sexualmente, satisfazendo a lascívia e a sensualidade como bem lhe aprouver, sem que haja qualquer interferência estatal ou da sociedade.

Considerada integrante da intimidade e da vida privada, a atividade sexual merece respeito e liberdade. Assim sendo, não se tolera a relação sexual invasora da intimidade ou vida privada alheia, sem consentimento, além do emprego de violência ou grave ameaça. No campo da dignidade sexual abomina-se qualquer espécie de constrangimento ilegal, embora até mesmo a violência possa ser aceitável, desde que realizada entre adultos, com aquiescência.

A tutela da dignidade sexual, portanto, advém do princípio da dignidade humana, visando a proteção da liberdade sexual, a precaução da livre escolha das pessoas no tocante ao sexo e o consentimento da sua prática, considerando-se a maturidade da vítima¹¹, sendo tal bem jurídico tratado pela doutrina moderna como o único e digno de proteção nos crimes sexuais, em face de não existir qualquer aspecto de conotação moral¹². Assim, não se trata de controle da atividade sexual do ser humano pelo ordenamento jurídico, mas sim sua proteção contra ações que voltem contra sua liberdade de exercê-la¹³.

Em decorrência da nova Lei nº. 12.015/09, os tipos penais de estupro e atentado violento ao pudor, previstos, anteriormente nos artigos 213 e 214 do CP, respectivamente, passaram a ser um único tipo penal, optando-se pela manutenção do *nomem iuris* de estupro, ficando tipificado no artigo 213 do Código Penal. Com a alteração da Lei, não importa se o sujeito passivo é do sexo feminino ou mesmo do sexo masculino, havendo constrangimento com a finalidade prevista no artigo mencionado, estaremos diante do crime de estupro.

A tipificação anterior dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor que compreendiam os arts. 213 e 214, foi unificada, dando ensejo a um novo tipo penal.

Redação anterior:

Artigo 213, CP.

¹¹ISHIDA, VálterKenji. **Curso de Direito Penal**, p. 411/412.

¹²GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 53.

¹³TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte especial: arts. 213 a 359-H**. 2. Ed. São Paulo:Atlas, 2006, p.3.

Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Pena: Reclusão de 6 (seis) a 10 (anos)

Artigo 214, CP: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Pena: Reclusão de 6 (seis) a 10 (anos).

Nova redação:

Artigo 213, CP: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Pena: Reclusão de 6 (seis) a 10 (anos)

Artigo 214, CP: Revogado.

O crime de estupro era considerado um crime próprio, pois podia ser praticado exclusivamente contra mulher, com a imprescindibilidade da prática de conjunção carnal entre homem e mulher. Já no que tange ao crime de atentado violento ao pudor, seu tipo permitia maiores possibilidades quando comparado ao crime de estupro. Enquanto o crime de estupro cuidava da possibilidade de constrangimento exclusivamente em face da mulher, o atentado violento ao pudor versava acerca da coação em razão de qualquer pessoa. O ato libidinoso punido era todo e qualquer ação, praticada por homem ou mulher, na qual o se buscasse a satisfação da lascívia, almejando atender os anseios sexuais, e consequentemente, proporcionando prazer ao agente.

2.1. Crime de estupro.

O crime de estupro está previsto no artigo 213 do Código Penal. Vejamos:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resultar lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resultar morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

O centro do tipo penal é o verbo constranger, na intenção de forçar ou obrigar a vítima a prática, com a finalidade da conjunção carnal ou de outros atos libidinosos. É preciso que o agente atue com o emprego de violência, ou seja, a utilização de força física, impedindo-a de agir com liberdade. Logo, o dolo consiste na vontade de constranger alguém a praticar ou permitir com que ele pratique conjunção carnal ou outro libidinoso¹⁴, desta forma, o tipo subjetivo está no dolo, expresso pela ciência e ânimo de concretizar elementos objetivos do delito.

Caracteriza-se assim como a chamada violência real, a qual se revela não apenas nas situações em que se verifiquem lesões corporais, mas sempre que é empregada força física contra a vítima, cerceando-lhe a liberdade de agir segundo a sua vontade. Em se tratando da grave ameaça, esta pode ser direta, contra a própria pessoa, ou indireta, contra pessoas ou coisas que lhe são próximas, de forma implícita ou explícita. Segundo Cezar Roberto Bitencourt, grave ameaça deve consistir em intimidação, na ameaça de um mal grave e sério, capaz de impor medo à vítima¹⁵.

A nova redação do artigo abarcou diversas situações além da concepção originária de estupro, antes não relacionadas com o artigo. Passou-se a tipificar a ação de constranger alguém a manter conjunção carnal ou ato libidinoso, indiferente a sexualidade do indivíduo, assim, o estupro passou a abranger a prática de qualquer ato de libido, conjunção carnal ou não, abrangendo sua tutela jurisdicional não só a liberdade sexual da mulher, mas também do homem¹⁶.

Considera-se ainda como estupro o constrangimento levado a efeito pelo agente no sentido de fazer com que a vítima pratique ou permita que com ela se pratique outro ato libidinoso. Como outro ato, estão todos aqueles de natureza sexual, que não sejam a conjunção carnal e que satisfaçam a libido do agente. Nas palavras de Luiz Regis Prado, o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da pessoa, que tem direito à inviolabilidade carnal. Diz respeito ao livre consentimento ou formação da vontade em matéria sexual¹⁷.

O papel da vítima pode levar a um ato passivo ou ativo. Na primeira é na própria vítima que o ato é praticado, seja ele pelo próprio agente ou por terceiro, no segundo caso, o agente obriga a própria vítima a praticar um ato, podendo atuar sobre seu próprio corpo, no corpo do agente ou ainda em terceira pessoa. Ou ainda, ambos simultaneamente.

A hipótese de tentativa é cabível, ao passo que o agente não consegue atingir sua meta, em que pese praticados atos próprios do estupro, por circunstâncias alheias a sua vontade. Tem-se como exemplo a hipótese de que, após constranger a pessoa ofendida a praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso, o agente é surpreendido por terceiros, ou a vítima consegue fugir do local, frustrando o fim delituoso procurado, assim como no caso de o agressor forçar a penetração, mas ejacular precocemente¹⁸.

No caso dos crimes de estupro, a ação penal é pública condicionada à representação, e, pública incondicionada no caso da vítima menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável (art. 225 do CP).

O crime de estupro possui a forma qualificada quando da conduta resulta em lesão corporal grave na vítima ou morte dela, assim como se esta é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos (art. 213, § 1º e 2º do CP).

A materialidade do tipo penal pode ser provada pelo exame de corpo de delito, entretanto, caso não realizado ou não constatado, é admitida a palavra da vítima como prova. Em prática, autoria e

¹⁵BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 2009, p.3.

¹⁶CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 3. v. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24/25.

¹⁷PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal**, 2011, p.800.

¹⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal**, 2011. p.805.

materialidade são corroboradas pela palavra da pessoa ofendida, e o juiz deve, no caso específico, sopesar a credibilidade da palavra da pessoa molestada¹⁹.

Em crimes de estupro, a palavra da vítima se apresenta como viga mestra das provas, sendo que as suas imputações, firmes e seguras, de acordo com as demais provas amealhadas, dá sustento à condenação do agressor.

2.2 Da *Abolitio Criminis*

Antes do advento da Lei n.º 12.015 de 7 de agosto de 2009, a prática da conjunção carnal e de outro libidinoso com a mesma vítima seria considerado, quase que indubitavelmente, concurso de crimes, havendo, no entanto, quem defendesse a possibilidade de continuidade delitiva, por se tratarem de crimes da mesma espécie.

Foram criadas algumas teorias acerca da revogação do artigo 214 do CP, expondo que a modificação teria acarretado a abolição do crime de atentado violento ao pudor, atingindo diretamente a seara do processo penal. Quando um artigo do Código Penal é revogado, por conseguinte o delito nele contido torna-se atípico, surgindo assim o que é chamado de *abolitio criminis*. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt:

Ocorre *abolitio criminis* quando a lei nova deixar de considerar crime fato anteriormente tipificado como ilícito penal. A nova lei retira a característica de ilicitude penal de uma conduta precedentemente incriminadora. Nessa hipótese, partindo da presunção de que a lei nova é a mais adequada, e de que o Estado não tem mais interesse na punição dos autores de tais condutas, aquela retroage para afastar as consequências jurídico-penais a que estariam sujeitos os autores.²⁰

No caso dos crimes de estupro (art. 213, CP) e atentado violento ao pudor (revogado), é evidente que não houve *abolitio criminis*, já que houve apenas a mudança em relação à localização da tipificação do crime, unificando-os. Em vista disso, a figura não deixou de ser típica, foi apenas migrada para outro artigo.

Após a nova lei, se ocorrer o delito, não será mais aplicado o concurso de crimes, pois é juridicamente impossível realizar o somatório de penas para duas ou mais ações que estejam presentes no mesmo artigo, com a mesma pena correspondente. Dessa maneira, tratar-se-á de um crime único, haja vista que os comportamentos se encontram previstos no mesmo tipo penal (art.213), devendo ser a ação entendida como mista alternativa, aplicando-se somente a pena cominada.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci:

Se o agente constranger a vítima a com ele manter conjunção carnal e cópula anal comete um único delito de estupro, pois a figura típica passa a ser mista alternativa. Somente se cuidará de crime continuado se o agente cometer, novamente, em outro cenário, ainda que contra a mesma vítima, outro estupro. Naturalmente, deve o juiz ponderar, na fixação da pena, o número de atos sexuais violentos cometidos pelo

¹⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, p. 78/79.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 2004, p.95.

agente contra a vítima. (NUCCI, p.127)

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, também nesse sentido:

[...] com as inovações trazidas pela Lei n. 12.015/2009, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são agora do mesmo gênero - crimes contra a dignidade sexual - e também da mesma espécie - estupro -, razão pela qual, desde que praticados contra a mesma vítima e no mesmo contexto, devem ser reconhecidos como crime único. (RESP 2014/0075515-1-SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 7/4/2015.)

Nota-se que o legislador busca punir com as mesmas penas duas condutas distintas, a de constrangimento à conjunção carnal e a de constrangimento a ato libidinoso diverso. Em sentido contrário, posicionando-se favoravelmente ao reconhecimento do tipo misto cumulativo, e, conseqüentemente, à possibilidade de se reconhecer o concurso de crimes caso o agente venha a ter conjunção carnal com a vítima, bem como praticar outro ato libidinoso, Abrão Amisy Neto assevera:

A alteração legislativa buscou reforçar a proteção do bem jurídico e não enfraquecê-lo; caso o legislador pretendesse criar um tipo de ação única ou misto alternativo não distinguiria 'conjunção carnal' de 'outros atos libidinosos', pois é notório que a primeira se insere no conceito do segundo, mais abrangente. (AMISY NETO, p.78)

Adotando uma posição híbrida, Vicente Greco Filho preleciona:

O tipo do art. 213 é daqueles em que a alternatividade ou cumulatividade são igualmente possíveis e que precisam ser analisadas à luz dos princípios da especialidade, subsidiariedade e da consumação, incluindo-se neste o da progressão. Vemos, nas diversas violações do tipo, um delito único se uma conduta absorve a outra ou se é fase de execução da seguinte, igualmente violada. Se não for possível ver nas ações ou atos sucessivos ou simultâneos nexos causal, teremos então, delitos autônomos. A situação permanece sendo a mesma, a cumulação de crimes e penas se afere da mesma maneira, se entre eles há, ou não, relação de causalidade ou consequencialidade. Não é porque os tipos agora estão fundidos formalmente em um único artigo que a situação mudou. O que o estupro mediante conjunção carnal absorve é o ato libidinoso em progressão àquela, e não o ato libidinoso autônomo e independente dela. (GRECO FILHO, 2015, p.179)

O mencionado autor não consegue visualizar, em algumas situações, a possibilidade de continuidade delitiva, o que contraria as disposições do art. 71, CP. Acredita-se que não tenha considerado como da mesma espécie os atos libidinosos e a conjunção carnal, agindo como se existissem figuras típicas diferentes. Como as referidas figuras típicas foram fundidas, não há mais argumento que justifique o entendimento de que conjunção carnal e atos libidinosos, embora do mesmo gênero, não sejam da mesma espécie.

Se o agente, após praticar a consumação do primeiro estupro, vier a praticar novo crime da mesma espécie, e que pelas condições de tempo, lugar e maneira de execução e outras semelhantes, o crime subsequente deve ser havido como continuação do primeiro, aplicando-se a regra do art. 71, CP. Embora o art. 213 preveja um tipo misto alternativo, tal fato não impede de se visualizar, no caso concreto, a hipótese de crime continuado. Tal posicionamento foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, como caracterizando a continuidade delitiva entre estupro e atentado violento ao pudor. Senão vejamos alguns julgados sobre o assunto:

(...)2. A turma entendeu pelo reconhecimento de continuidade delitiva entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados de forma independente. Vencido, neste ponto, o Relator, que afirmava a configuração de concurso material. 3. Reconhecida a inconstitucionalidade do impedimento da progressão de regime na execução das penas pelo cometimento de crime hediondo, impõe-se a concessão da ordem para afastar a vedação que se impôs ao paciente. Ressalve-se que pretendida progressão dependerá do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos que a lei prevê; tudo a ser aferido pelo Juízo da execução. Writ parcialmente deferido.²¹

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. EXECUÇÃO PENAL. CONDENAÇÃO POR CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 213 E 214, NA ANTIGA REDAÇÃO DO CÓDIGO PENAL. DIVERSOS ESTUPROS, EM CONTINUIDADE DELITIVA. UM ÚNICO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, PRATICADO EM MESMA SITUAÇÃO FÁTICA DE UM DOS CRIMES DE ESTUPRO. ADVENTO DA LEI N.º 12.015/2009. UNIÃO, NO MESMO TIPO PENAL, DAS CONDUTAS REFERENTES AO ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E AO ESTUPRO. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. VIABILIDADE QUANTO AO ÚNICO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR RECONHECIDO. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A TERCEIRA SEÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS DELITOS DE ESTUPRO MANTIDA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.
2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.
3. Após o julgamento do habeas corpus n.º 205.873/RS, a Quinta Turma desta Corte Superior de Justiça reconheceu, por maioria de votos, a ocorrência de crime único quando o agente, num mesmo contexto fático, pratica conjunção carnal e ato libidinoso diverso, devendo-se aplicar essa orientação aos delitos cometidos antes da

21 STF; HC 89.827/SP; Relator: Ministro CARLOS BRITTO; Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento: 27/02/2007; Publicação: DJe 27/04/2007.

vigência da Lei n.º 12.015/2009, em observância ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

4. Hipótese em que o Paciente foi condenado nos seguintes termos: (i) com relação à vítima A. P. A., às penas de 14 anos e 7 meses de reclusão (por diversos estupros em continuidade delitiva) e 08 anos e 09 meses de reclusão (por atentado violento ao pudor, reconhecido por uma única vez em mesma situação fática de um dos crimes de estupro), ambos os delitos aplicados na forma do art. 69 do Código Penal, em concurso material; e (ii) com relação à vítima W. S. P. A., à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão pela prática de atentado violento ao pudor na forma tentada.

5. Possível o reconhecimento de crime único quanto a um, e somente um, dos delitos praticados contra a vítima A. P. A., pois o único atentado violento ao pudor praticado pelo Paciente foi realizado em mesma situação fática de um dos crimes de estupro, devendo ficar inalteradas as demais conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias, nomeadamente a continuidade delitiva reconhecida entre os diversos crimes de estupro – que perduraram por longo período e se encaixam perfeitamente na *fictio juris*.

6. Considerando que o decisum condenatório transitou em julgado, caberá ao Juízo das Execuções, nos termos do enunciado n.º 611 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, proceder à realização de nova dosimetria da pena, conforme a tipificação trazida pela Lei n.º 12.015/2009, cabendo ao Magistrado valorar a culpabilidade do agente quanto à pluralidade de condutas na primeira fase de aplicação da pena-base.

7. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para, reconhecendo a ocorrência de crime único entre um dos crimes de estupro e o único atentado violento ao pudor reconhecido, determinar ao Juízo das Execuções que proceda ao redimensionamento da pena do Paciente, aplicando retroativamente a Lei n.º 12.015/2009, nos termos explicitados no voto²².

Desta maneira, a continuidade delitiva, de acordo com a jurisprudência majoritária do STF, só seria possível se atendidos os requisitos do art. 71 do Código Penal e desde que ocorresse o mesmo crime – atentado violento ao pudor ou estupro – e contra a mesma vítima, embora este entendimento tenha sido amplamente criticado.

3.O PROBLEMA DA PROVA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Quando tratamos dos crimes contra a dignidade sexual, levamos em conta além de sua natureza, as suas peculiaridades, o que atribui a tais delitos uma conotação diferenciada. Em sua maioria, são crimes praticados na clandestinidade e que raramente deixam vestígios, fazendo com que a comprovação, ainda que classificados como crimes materiais, da autoria e materialidade seja dificultada ante a ausência de um conjunto probatório.

Com a pretensão punitiva, passa a haver a necessidade de colheita das provas do delito, as quais devem ser produzidas já na fase do Inquérito Policial, tendo em vista a rapidez com que elas perecem, sendo que muitas não poderão ser refeitas por não existirem vestígios ante o tempo decorrido. Eleva-se a dificuldade em obter provas, ao fato de que a atual redação conferida ao crime de estupro elenca além da conjunção carnal, outras condutas anteriormente tipificadas pelo antigo artigo 214, CP. Dessa forma, o problema da prova se tornou ainda mais complexo, haja vista que um crime que já era difícil de provar (ato libidinoso) foi equiparado a outro de pena ainda maior (estupro).

Para comprovação dos crimes sexuais, a lei define que o exame de corpo delito é indispensável nos casos em que a infração deixar vestígios. No entanto, já que não é necessário que haja conjunção carnal para a caracterização do crime, torna-se difícil a possibilidade referido exame afim de comprovar o ato. Além disso, por muitas vezes o resultado do laudo é inconclusivo, o que nos leva ao mesmo problema.

A prova testemunhal, que não raro substitui a ausência da pericial, também é escassa, levando em conta que na maioria dos casos o delito é cometido às escuras, não oferecendo a opção deste tipo probatório. Percebe-se assim, que em todos os casos, o juízo encontra um impasse, pois tem de se basear apenas em dados subjetivos, o que pode acarretar em fatos divergentes do ocorrido. No mais, o depoimento da vítima, ainda que atue como prova principal, pode conter diversos vícios, haja vista o envolvimento com a situação, somado ao trauma psicológico.

3.1 Meios de Prova

Por meios de prova, tem-se todos os instrumentos utilizados na demonstração dos fatos alegados no processo, de forma direta ou indireta. Nas palavras de Pontes de Miranda “são as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de provas”²³.

23 PONTES DE MIRANDA. “Comentários ao Código de Processo Civil”, 1947. Vol. II, pág. 155. Apud JOSÉ FREDERICO MARQUES. “Instituições”... Vol. III, pág. 336.

São 4 os momentos para produção de provas: a propositura, a admissibilidade, a produção e a valoração. O primeiro momento dá-se na fase postulatória, na peça acusatória para a acusação e na resposta para a defesa; o segundo é o deferimento judicial dos requerimentos formulados pelas partes, ou seja, quando o juiz estabelece quais provas serão apresentadas. O terceiro momento é na produção, com os interrogatórios e participação das partes e por fim, no último momento, a valoração da prova, em que o julgador deve manifestar-se sobre todas as provas produzidas.

O Código de Processo Penal especifica vários meios de prova em seu Título VII (arts.158 a 250), que constituem os chamados meios legais de prova. Entre eles estão o interrogatório do acusado, a confissão, a prova testemunhal, o exame de corpo de delito, as perguntas ao ofendido, o reconhecimento de pessoas ou coisas, a acareação, os documentos, os indícios e a busca e apreensão. A enumeração, ainda que aparente ser taxativa, permite que outros meios de prova se admitem, mas desde que compatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e à dignidade da pessoa humana.

3.1.1 Declarações do ofendido (art. 201, CPP).

As declarações daquele que sofreu com o crime são de grande interesse ao juízo e deverão ser colhidas para corroborar nos devidos esclarecimentos. O art.201 do CPP, com redação dada pela Lei nº 11. 690/08 preceitua que sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

Vale ressaltar que em regra, as palavras do ofendido não possuem o mesmo valor probatório de um depoimento testemunhal, já que este último é prestado sob o juramento de dizer a verdade, sob a pena de incorrer em crime de falso testemunho.

3.1.2 Interrogatório do réu (arts. 185 a 196, CPP).

O interrogatório em juízo é o ato no qual o juiz ouve o réu sobre a acusação que paira sobre si. É um momento de dupla natureza jurídica, pois trata-se de ao mesmo tempo um meio de prova e um meio de autodefesa do acusado, devendo sempre estar acompanhado de seu defensor. Antes de iniciado o ato, será alertado do seu direito ao silêncio, podendo se recusar a responder às perguntas que lhe forem formuladas sem que isso seja utilizado em seu prejuízo, de acordo com o artigo respaldado pela Constituição Federal (art. 5º, LXIII, CF).

Trata-se, enfim, de um ato processual no qual se oportuniza ao réu dirigir-se diretamente a quem lhe julga, apresentando suas razões de defesa aos fatos que lhe foram imputados, cabendo até mesmo a indicação de provas, a confissão do que lhe acusam, se lhe for conveniente, ou permanecer em silêncio, ao passo que poderá responder algumas perguntas e quedar-se em silêncio àquelas que entender que possam lhe expor a risco de se auto incriminar.

3.1.3 Prova Testemunhal (arts. 202 a 225, CPP).

Como pessoa que não é acusada e, tampouco, vítima, as declarações da testemunha são imperiosas ao procedimento, podendo esta ser qualquer pessoa que declarar conhecer algo. O artigo 203 do CPP preconiza o compromisso da testemunha de dizer a verdade. Em razão do disposto no artigo 207 do CPP, estão proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão devam guardar segredo. Contudo, o texto legal admite exceção à regra da proibição quando ocorrer, concomitantemente, a liberação por parte daquele cujo segredo interessa e conveniência por parte do que deva guardar o segredo. Nesta situação, não haverá qualquer vício.

O juiz não poderá recusar as perguntas das partes, sob pena de nulidade por ofensa ao contraditório ou a ampla defesa. Porém, o art. 212, com redação dada pela Lei nº 11.690/08, dispõe que o juiz não admitirá perguntas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

3.1.4 Prova Pericial (arts. 158 a 184, CPP).

Perícia é a prova promovida por técnicos visando esclarecer uma verdade que depende de conhecimentos específicos. O art. 159 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.690/08, estipula que o exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. De outra banda, o art. 159, § 1º do CPP prescreve que na falta de perito oficial, o exame será realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. Com a Lei nº 11.690/08 firmou-se a possibilidade de formulação de quesitos e indicação de assistente técnico nos termos do art. 159 parágrafos 3º e 4º do CPP.

De acordo com o art. 158, CPP, quando o delito deixar vestígios, o exame de corpo delito é indispensável, sendo ele direto ou indireto, não podendo ser suprido pela confissão do acusado. Ante a isso, o exame de corpo de delito é a verificação de existência do crime, feita por profissionais, de

forma direta ou por intermédio de outros vestígios, ainda que a materialidade desapareça, sendo então o referido exame a materialidade do crime, a prova de sua existência²⁴.

3.1.5 Reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 a 228, CPP).

É um meio de prova pelo qual uma pessoa admite e afirma como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa. O artigo 226 e seus incisos do CPP estabelecem a forma a ser observada para o reconhecimento de pessoa. O auto deve ser promovido de forma minudente, para permitir o contraditório entre as partes.

Reconhecer é admitir como certo, afirmar, verificar¹⁰⁹. Assim, o reconhecimento é o ato no qual uma pessoa afirma e tem como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa, possuindo natureza jurídica de meio de prova, da qual a pessoa ofendida ou a testemunha terá condições de identificar uma pessoa ou um objeto, possuindo grande valor na composição das provas²⁵.

3.1.6 Acareação (arts. 229 e 230, CPP).

Trata-se de colocar frente a frente os depoentes, confrontando-os e comparando suas declarações divergentes no processo, na busca da verdade real. O artigo 229 do CPP refere que a acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

O artigo 230 do CPP prevê a acareação ficta, em que estando presente uma testemunha e ausente outra, cujas declarações diverjam, se colherá o pronunciamento da testemunha presente, frente aos pontos de discordância, registrando-se no auto o que explicar ou observar.

3.1.7 Documentos (arts. 231 a 238, CPP).

É a afirmação feita por qualquer escrito. Diz o artigo 231 do CPP que salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo. Entretanto, existirão

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**, p. 362.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**, p. 496/497.

ocasiões em que a apresentação de documentos não será possível, como por exemplo, após o término da instrução processual.

Com a Lei nº 11.689/08, o art.479 do CPP, atinente ao procedimento do júri, preceitua que durante o julgamento não será permitida a leitura de qualquer escrito cujo conteúdo versar sobre a matéria fática a ser julgada pelos jurados que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de três dias úteis, sob pena de nulidade. Com relação à exibição e a leitura de documento em plenário, a lei busca evitar que a parte contrária seja pega de surpresa.

3.1.8 Indícios (art. 239, CPP).

Considera-se indício, de acordo com o art. 239 do CPP, toda a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autoriza, por dedução, concluir-se a existência de outra ou de outras circunstâncias. Os indícios são uma espécie de prova indireta. Possuem tanto valor como as demais provas, uma vez que no sistema processual penal brasileiro não existe hierarquia probatória. Contudo, por certo, deve o magistrado, para embasar um juízo condenatório, confrontá-los com os demais elementos probatórios constantes nos autos.

3.1.9 Busca e Apreensão (art. 240, CPP).

Prevista no artigo 240 do CPP, a busca e apreensão divide-se em domiciliar ou pessoal. Na primeira, junto ao domicílio em que se acredita estar a pessoa ou a coisa, lembrando que o artigo 5º, XII da CF preceitua que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela pode penetrar sem consentimento do morador, salvo em alguns casos. O mandado de busca, determinado pelo juiz, deverá observar os incisos do artigo 243 do CPP. O desrespeito a estas regras e que causar prejuízo, determinará nulidade do ato.

Nos moldes do artigo 245 do CPP, as buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite. É cabível a utilização de força a fim de vencer qualquer barreira imposta contra o cumprimento do mandado, logo, em caso de desobediência, poderá ser arrombada a porta e forçada a entrada.

O referido meio probatório não se trata realmente de prova, mas sim de medida cautelar de produção de prova criminal, valendo-se dizer que tal possui finalidade acautelatória consistente em assegurar não só a existência de uma prova criminal, mas também evitar seu perecimento²⁶.

A busca e apreensão possui natureza jurídica mista, podendo a busca significar ato preliminar à apreensão do produto do crime, devolvendo-se ao ofendido, ou significar meio de prova, quando, por exemplo, dada a autorização pelo juiz para que se proceda uma perícia em um local, e a apreensão, de igual forma, pode representar a tomada de um bem para acautelar o direito a indenização da parte ofendida, bem como assegurar que uma prova não pereça. Desta forma, tanto a busca, quanto a apreensão, podem ser vistas como meio assecuratório ou prova, e até mesmo ambos²⁷.

3.1.10 Confissão (art. 197, CPP).

Trata-se da assunção da responsabilidade do crime, declarada pelo indivíduo. Ou seja, ele assume ter praticado o delito. Face ao princípio da verdade real, existente no processo penal, não se alberga a possibilidade de confissão ficta. A única confissão admitida é a real, ou seja, a própria declaração do acusado. Logo, se o termo de confissão, por exemplo, for firmado pelo defensor do réu, inclusive com poderes especiais para assim agir, esta confissão será ato inexistente juridicamente. É possível que a confissão seja divisível, sem provocar nulidade. Assim, o julgador poderá acreditar em parte no que foi dito pelo acusado.

O art. 197 do CPP discorre sobre o tema, legislando que a valoração da confissão será aferida pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e ao apreciá-la o juiz deverá confrontá-la com as demais provas constantes no processo, verificando se entre ela e esta existe compatibilidade ou concordância.

3.2 Avaliação das Provas e o Livre Convencimento Motivado.

Prova, em seu sentido técnico, significa “aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente”. Sendo assim, depreende-se que a prova é o meio instrumental de que se valem o juiz e as partes a comprovar os fatos da causa, como fundamento do exercício de ação e defesa. Em relação à sua etimologia, “prova origina-se do latim *probatio*, podendo ser traduzida como experimentação, verificação, exame, confirmação, reconhecimento, etc., dando origem ao verbo *probare*²⁸. O Código de Processo Penal regulamenta a prova em seu Título VII a partir do artigo 155.

Na busca da verdade real e conseqüente apuração do fato criminoso e sua autoria, a prova é um

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**, p. 516.

²⁸ ARANHA, 2004, p. 5.

elemento indispensável que pode ser utilizado direta e indiretamente para demonstrar o que for alegado no processo. Pelo que depreende de sua conceituação, a prova tem caráter instrumental no processo, através do qual se tenta reconstruir, no curso do processo, determinado fato passado, bem como de todas as suas circunstâncias. A reconstrução da verdade molda duas vertentes, o direito de punir do Estado e a liberdade do indivíduo, o que justifica a procura da chamada “verdade real”. Em se tratando da verdade na instrução processual, sempre será uma verdade reconstituída, mas ainda que assim seja, é preciso um conjunto probatório consistente, considerando as duas vertentes de interesses. Nesse sentido:

A prova judicial tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no tempo e no espaço. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade²⁹.

O processamento e julgamento dos crimes contra a dignidade sexual, pela sua natureza e peculiaridades merecem especial atenção. De um lado, os bens juridicamente tutelados – dignidade e liberdade sexual – são de tal ordem importantes ao indivíduo que, quando atingidos, tendem a gerar grande impacto, tanto em relação à vítima quanto em relação ao meio social, o que, de certa forma, atribui a tais delitos uma conotação diferenciada. Por outro lado, são crimes praticados, em geral, na clandestinidade e que dificilmente deixam vestígios, fazendo com que a apuração da autoria e materialidade reste dificultada ante a ausência de um conjunto probatório composto por algo que não apenas a palavra da vítima.

A dificuldade para estabelecer um conjunto probatório mais robusto não pode ser usada como justificativa para levar à impossibilidade da condenação. Por outro viés, é crucial para a condenação a certeza da participação, não se cogitando a condenação por simples presunção de autoria, afinal, no Processo Penal, prevalece o princípio do *in dubio pro reo*. É nesse contexto que a avaliação das provas em relação aos crimes contra a dignidade sexual se faz tão relevante e importante no momento da decisão condenatória ou absolutória.

Faz-se mister ressaltar, que a diminuição das exigências de robustez probatória no caso dos crimes sexuais, embora compreensível, por um lado, constitui, de outro, um fato terrível para a perpetração de erros judiciários, que, quando se referem a questões de prisão e liberdade, são sempre irreparáveis.

A Decisão do juízo consiste em pelo menos três circunstâncias distintas, sendo elas: o juízo da admissibilidade das provas pretendidas pelas partes; a colheita destas; e por fim, a sua avaliação. Nisso interessa ao magistrado achar a prova essencial do processo, a fim de formar seu livre convencimento

acerca da exatidão das alegações sobre a infração penal. O livre convencimento motivado é regra para decisão, utilizado em sede de julgamento final, quando se valorará as provas trazidas ao processo³⁰.

O Processo Penal brasileiro, assim como os demais procedimentos processuais das modernas nações civilizadas, se filia ao sistema das provas racionais, pois, de acordo com o art. 155 do CPP, o juiz é livre para formar sua decisão, entretanto, está vinculado à legislação, que lhe autoriza essa liberdade de concepção, porém ressalva que terá sempre que esclarecer os motivos que o levaram a sua posição, de uma ou de outra forma, na maneira de alcançar o juízo da fidelidade³¹.

Tal exigência é feita a fim de que se saibam quais as razões que levaram o magistrado à sua convicção dos fatos, visando constatar o que está correto e errado na apreciação feita, pois a formação da sua convicção é livre, competindo somente ao juiz valorar a prova (art. 155 do CPP).

Não há limites e regras abstratas de valoração das provas (como no sistema legal de provas), mas tampouco há a possibilidade de formar sua convicção sem fundamentá-la (como na íntima convicção), portanto, todas as provas possuem valor relativo, atribuindo-se a elas a importância que exige o caso do processo, pondo em consideração a natureza ou espécie do delito, o *modus operandi* do crime, além de outras circunstâncias tocante a personalidade do agente criminoso e do crime em si.

A liberdade para apreciação da prova também não significa que o juiz poderá fazer da sua “opinião pessoal” ou “vivência acerca de algo” parte do conjunto probatório, tornando-se prova. O juiz extrairá a sua convicção das provas produzidas legalmente no feito, mas não prestará depoimento pessoal, nem poderá expor suas próprias ideias como se fossem fatos incontroversos, ressalvando-se que é natural que o julgador possa retirar da sua vivência a experiência e o discernimento necessários para decidir um caso, em que pese deva estar fundado, exclusivamente, nas provas produzidas no processo. Importante observar que, caso o magistrado tenha ciência acerca da existência de elemento ou circunstância de grande valor para seu julgamento, deverá determinar providências para realização de tais provas no processo. Em virtude desse sistema o julgador deve somente embasar-se nas provas constantes dos autos, pois “o que não está no processo não está no mundo”³².

A livre iniciativa do juiz é referente à sua não submissão a interesses da economia, da política ou da vontade da comunidade, garantindo a eficácia das garantias Constitucionais na tutela do ofendido submetido ao processo.

30 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**, p. 339.

31 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**, p.338.

32 MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008, p. 154.

Portanto, por tal sistema, todas as provas são relativas e nenhuma se sobrepõe às demais, sendo o magistrado autônomo para apreciá-las e formar sua decisão de acordo com o que entende essencial, certo daquilo que julga, todavia, sempre se fundamentando nos elementos coligidos no processo.

O elemento de fundamental importância para se caracterizar autoria, visando uma condenação justa, é a prova da existência da materialidade. Por conta do sistema do livre convencimento motivado, adotado pelo CPP, é natural que o juiz possa escolher a matéria que lhe é proporcionada de acordo com seu convencimento, analisando e avaliando as provas sem prévia hierarquia definida em lei, devendo apenas fundamentar a sua escolha dando-lhe respaldo constitucional. Por esse motivo, o art. 182 do CPP define que o magistrado não está adstrito ao laudo pericial, podendo acolher integralmente ou em partes as conclusões do perito, haja vista que o conjunto probatório é o guia do julgador, não apenas o exame pericial³³.

A prova nos crimes sexuais é feita essencialmente com o exame do corpo de delito, entendendo-se por *corpo de delito* a materialidade do crime, e por *exame de corpo de delito* a análise feita na materialidade do crime. Tourinho Filho (2009)³⁴ analisa: “Quando a infração deixa vestígios, por exemplo em um caso de estupro, é necessário o exame de corpo delito, isto é, a comprovação dos vestígios materiais por ela deixados torna-se indispensável.”

Entretanto, mesmo nos casos em que é possível o exame pericial, o dilema da prova se enfatizará ante o fato, por vezes, o laudo não provar se a relação sexual foi consentida ou não, isto porque, não basta, para a constatação de que houve crime de estupro a mera prova do ato sexual, pois ela não é capaz de demonstrar a resistência da vítima à prática do ato sexual e, uma vez que não houve resistência ao ato, o crime não se caracteriza.

Portanto, no dizer de Capez:

O laudo pericial deve comprovar ainda a violência empregada, pois a mera comprovação da conjunção carnal não é capaz de demonstrar a resistência da vítima. Ele deve levar em conta se houve qualquer tipo de defesa, como por exemplo, arranhões no corpo do acusado. (CAPEZ, 2012, p. 39)

Vale lembrar que nem sempre o estupro deixa vestígios, seja porque foi levado ao conhecimento da autoridade muitos dias após a ocorrência do crime de estupro, ou porque, por sua natureza, não restaram elementos a serem analisados, como nos casos citados por Capez:

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado, p. 398/399.

³⁴ TOURINHO FILHO, p. 256.

Na hipótese de tentativa, em que não chega a haver conjunção carnal, por exemplo, dificilmente restam elementos a serem periciados junto à ofendida e, mesmo havendo consumação, os resquícios podem ter desaparecido com o tempo, ou podem nem sequer ter ocorrido como na hipótese de mansa submissão após o emprego de grave ameaça, ou ainda quando não há ejaculação do agente, *verbi gratia*. Podendo ainda estarem ausentes as marcas de resistência, tendo em vista por exemplo quando a pessoa atacada entra em choque. (CAPEZ, 2012, p. 39).

Nessas hipóteses deve-se seguir a ordem dada pelo artigo 167 do Código de Processo Penal que determina que “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”. Contudo, tal meio não é tão eficaz quanto o pericial, como reforça Nucci:

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

Ainda de acordo com Guilherme de Souza Nucci:

(...) independentemente de inquérito policial (art. 12, Lei 4.898/65), caso existam vestígios, torna-se fundamental apurar com celeridade o rastro deixado pelo crime”, e que “exige-se, para a infração que deixa vestígios, a realização do exame de corpo de delito, direto ou indireto, isto é, a emissão de um laudo pericial atestando a materialidade do delito. Esse laudo pode ser produzido de maneira direta – pela verificação pessoal dos peritos – ou de modo indireto – quando os profissionais se servem de outros meios de prova. Note-se que, de regra, a infração que deixa vestígio precisa ter o exame de corpo de delito direto ou indireto (que vai constituir o corpo de delito direto, isto é, a prova da existência do crime atestada por peritos). Somente quando não é possível, aceita-se a prova da existência do crime de maneira indireta, isto é, sem o exame e apenas por testemunhas.³⁵ (NUCCI, 2011, p.397-398)

Especificamente, sabe-se que o exame de corpo de delito, como perícia, é uma declaração TÉCNICA acerca de um elemento de prova. A técnica aqui se demonstra através do perito, o qual dotado de saber científico, auxilia o juiz e as partes à apuração do fato possivelmente típico que se apresenta. Importante ressaltar que este exame, por ser capaz de efetivamente demonstrar a materialidade do crime, uma vez decorrente de seus próprios elementos, sua ausência ou deficiência afetam, assim, a própria existência do crime, sua tipicidade, não se restringindo ao convencimento do juiz sobre a prova, possível em perícias de outra natureza.

³⁵NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. São Paulo: 8ª Ed. Ver., atual. E ampl. Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 397-398.

Rogério Lauria Tucci (1994, p.180) também afirma, com maestria, que “configura ele [exame de corpo de delito], com efeito, uma das espécies de prova pericial, consistente na colheita, por pessoa especializada, de elementos instrutórios sobre fato cuja percepção dependa de conhecimento de ordem técnica ou científica”.³⁶

Portanto, é inegável a valoração da prova pericial, uma vez que ela exime um caráter de segurança ao magistrado. Bem como o laudo pericial é utilizado como base da decisão, no amparo à convicção em razão da responsabilidade atribuída ao juiz. Os demais meios de prova estão suscetíveis às situações que possam prejudicá-los, o que não ocorre com a prova pericial.

3.3A palavra da vítima no processamento dos crimes sexuais

De forma comum, as palavras da vítima não possuem o mesmo valor probatório de um depoimento testemunhal prestado em juízo. Adquire de certa forma um valor probatório relativo (*juris tantum*), haja vista que não presta o compromisso de dizer a verdade, devendo assim ser aceita com reservas e estando presente na comprovação de quase todos os crimes sexuais. Nesta seara já se manifestou o STJ³⁷: “A configuração do crime de estupro prescinde da realização do exame de corpo de delito, sendo suficiente a manifestação inequívoca e segura da vítima, quando em consonância com os demais elementos probatórios delineados no bojo da ação penal.”

No entanto, nos crimes sexuais a palavra da vítima se reveste de especial importância na medida em que esta espécie de crime geralmente é cometida às escondidas, sem a presença de testemunhas e, como já mencionado no presente trabalho, nem sempre conta com o exame de corpo de delito. Assim, caso seja prestada com convicção e forma coerente, sua declaração pode ser suficiente para o decreto condenatório. Neste diapasão³⁸ Gonçalves apud Lenza:

Em suma é possível a condenação de um esturador com base somente na palavra e no reconhecimento efetuado pela vítima, desde que não haja razões concretas para que se questione o seu depoimento. Há uma presunção de que as palavras desta são verdadeiras, mas é relativa. GONÇALVES apud LENZA, 2013, p. 243.

A credibilidade relativa citada pelo doutrinador, ocorre por conta do vício que a palavra da vítima pode conter, muitas vezes por ser o agressor conhecido desta, ou pelo trauma psicológico sofrido. Isto ocorre porque a vítima é diretamente envolvida na situação, tendo sua intimidade violada,

³⁶TUCCI, Rogério Lauria. **Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 180.

³⁷ HC 8.720-RJ, 6ª T., rel. Vicente Leal, 16.11.1999, v.u., DJ 29.11.1999, p. 126

³⁸ GONÇALVES, apud LENZA, 2013, p. 243.

estando coberta de emoções perturbadoras. Com isto, a vítima pode não ser capaz de declarar exatamente o que aconteceu enquanto esteve sob o poder do estuprador e mais uma vez sua palavra não será meio apto para produzir prova.

Não se pretende, aqui, desconsiderar a gravidade do delito, ou diminuir a importância dos bens jurídicos envolvidos. É exatamente por isso que não se pode dar valor absoluto aos depoimentos da vítima. Contudo, se a única prova dos fatos são depoimentos da vítima e, eventualmente, de outras testemunhas, exige-se, ao menos, a anuência de motivos para que a vítima incrimine o acusado, firmeza e coesão dos depoimentos, no caso, em sede policial, ou a inexistência de outros elementos que coloquem sua credibilidade em xeque.

A vulnerabilidade em que a vítima se enquadra, faz com que seja desconsiderada uma pessoa neutra à situação, podendo muitas vezes proferir uma declaração que contenha distorções quanto ao fato ocorrido. Nesses casos, o judiciário encontra um grande impasse, pois resta apenas basear-se em fatos subjetivos que nem sempre demonstram a verdade. Nesse contexto, Eluf faz um paralelo com outros tipos de crime:

É possível perceber que o descrédito da vítima é maior quando se trata de delito sexual. Em caso de roubo, por exemplo, se o ofendido declara que foi assaltado a mão armada ninguém duvida da veracidade de suas informações, mas o mesmo não pode e não ocorre nos casos sexuais, onde as mulheres são ouvidas com reservas. (ELUF, 1999, p. 20)

Traz-se, a esse propósito, a discussão acerca do que a criminologia identificou com “Síndrome da Mulher de Potifar”. Figura, com aspecto de história bíblica e viés de matéria para acadêmico de Direito, é mais comum do que se acredita na filosofia. Como advento da Lei nº 2.015/2009, que juntou a tipificação do art. 213 do Código Penal, as condutas de estupro e atentado violento ao pudor, tal síndrome ganhou força no nosso ordenamento jurídico, já que o crime de estupro passou a não exigir a em todas as suas modalidades a conjunção carnal para se configurar. Em traços gerais, trata-se da mulher que, por ser rejeitada, imputa falsamente àquele que a rejeitou a prática de ato de violência sexual.

Em casos como este, o magistrado deve ter a sensibilidade necessária para apurar se os fatos relatados pela vítima realmente ocorreram, comprovando a verossimilhança de sua palavra, haja vista que se contradiz com a negativa do agente. Portanto, a palavra da vítima, coerente e harmônica, com ausência de motivos que advertissem a existência de falsa imputação, em consonância com as provas amealhadas, ainda que frágeis, vem sendo aceitas pelas cortes superiores brasileiras para legitimar uma sentença de condenação³⁹.

39 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual penal e sua Conformidade Constitucional**, p. 640.

Nos casos dos crimes sexuais, a cautela deve ser maior. De um lado, não se pode desprezar a palavra da pessoa ofendida, mas do contrário, não pode haver a precipitação do juiz. Para uma condenação consubstanciada na palavra da vítima, é necessária a averiguação de todas as características e aspectos que constituem a personalidade da pessoa ofendida, bem como o confronto de suas alegações com a do acusado e demais provas colhidas, na medida em que a aceitação, isolada, de sua palavra pode ser tão arriscada quanto uma confissão do réu⁴⁰.

Mesmo que consolidado o entendimento de que a palavra da pessoa ofendida nos crimes contra a dignidade sexual possui significativo valor como prova, tal meio apenas serve como base à condenação, quando coerente com as demais provas colhidas no feito, pois, não sendo assim, fica a dúvida, e que em matéria penal, equivale à ausência de prova.

Em relação ao assunto, a jurisprudência já assentou entendimento que as palavras da vítima possuem grande valia na condenação do acusado. Todavia, mesmo que suas alegações sejam uníssonas em todas as fases do processo, não é possível a condenação quando não encontram amparo em outras provas, cabendo, inclusive, tese contrária, pugnando pela absolvição. Nesse conjunto, o princípio do in dubio pro reo vige no Processo Penal brasileiro, baseado na tese de que existindo provas conflitantes no processo, ou até mesmo a ausência delas aptas a corroborarem a materialidade e autoria do crime, leva à absolvição do agente⁴¹.

Segue entendimento jurisprudencial⁴² sobre o assunto:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CP. ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NESTA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça há muito se consolidou no sentido de que, em se tratando de crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima tem alto valor probatório, considerando que delitos dessa natureza geralmente não deixam vestígios e, em regra, tampouco contam com testemunhas.

2. No caso, contudo, o Tribunal Distrital, competente pela análise do conteúdo probatório dos autos, concluiu pela ausência de credibilidade da acusação, eis que a palavra da vítima não teria sido corroborada pelas demais provas produzidas, razão pela qual aplicou o princípio in dubio pro reo para absolver o ora recorrido com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, p. 975.

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Segunda Câmara Criminal, Ap. Crim. 2009.043280-2, Relator(a): Des. Salete Silva Sommariva, julgado em 08/06/2010

⁴² Relator (a): Min. Maria Thereza de Assis Moura, AgRg no REsp 1494344/DF, julgado em 18.08.2015.

3. A reforma do aresto impugnado demandaria o necessário reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado no julgamento do recurso especial por esta Corte Superior de Justiça, que não pode ser considerada uma terceira instância revisora ou tribunal de apelação reiterada, a teor do enunciado nº 7 da súmula deste Sodalício.

4. Agravos regimentais improvidos.

Tanto é que o relato da vítima se mostrando vago e conflitante, com o acusado negando veemente a prática das imputações, a absolvição se impõe, na forma do art. 386, VI, do CPP, ao passo que a palavra da vítima, que assume extraordinária importância, não é prova cabal do crime, ademais quando não está em acordo com as outras provas existentes nos autos. A fim de ilustrar as hipóteses acima transcritas, insta consignar julgados das Cortes Superiores:

“HABEAS CORPUS” - CRIME DE ESTUPRO COM VIOLÊNCIA REAL - AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA - SÚMULA 608 DO STF - DECLARAÇÃO DE POBREZA EMANADA DA VÍTIMA - VALIDADE - LAUDO PERICIAL NEGATIVO QUANTO À EXISTÊNCIA DE CONJUNÇÃO CARNAL - EXISTÊNCIA DE LESÕES INDICATIVAS DE RESISTÊNCIA A AGRESSÃO SEXUAL - VESTÍGIOS IDÔNEOS - EFICÁCIA PROBANTE DAS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA DE ESTUPRO - PRECEDENTES - NECESSÁRIO REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO - INADMISSIBILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO “HABEAS CORPUS” - PEDIDO INDEFERIDO. - Tratando-se de crime de estupro com violência real, torna-se dispensável qualquer delação postulatória (“representação”) por parte da ofendida, eis que, em tal específica situação, a perseguibilidade estatal se dá mediante ação penal pública incondicionada. Precedentes. - No que concerne à prova da violência nos delitos sexuais, é certo que, além das vulnerações que atingem o órgão genital feminino, existem outros vestígios idôneos que se revelam aptos a demonstrar a resistência da vítima ao ataque sofrido. - A existência de sêmen na vagina não é essencial à configuração do delito de estupro. As lesões típicas de defesa constatadas no corpo da vítima assumem decisiva eficácia probante no contexto dessa prática delituosa. Precedentes. - A palavra da vítima - quando não está em conflito com os elementos produzidos ao longo da instrução penal - assume importância probatória decisiva, especialmente quando a narração que faz apresenta-se verossímil, coerente e despojada de aspectos contraditórios. Precedentes. - A alegação de insuficiência do conjunto probatório, precisamente por impor uma ampla perquirição da prova penal produzida ao longo do processo de conhecimento, acha-se pré-excluída do âmbito de atuação do “habeas corpus”. Precedentes. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem salientado que o exame aprofundado das provas e a análise da eventual justiça ou injustiça do provimento jurisdicional impugnado não encontram sede processualmente adequada na ação de “habeas corpus”. Precedentes⁴³.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABSOLVIÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA

43BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma, H.C. 74302, Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 26/11/1996, publicado em 16/09/2011.

CONDENATÓRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO. - Inviável a alegação de ofensa a dispositivo constitucional em recurso especial, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação de competência de matéria reservada ao STF. -Nos crimes sexuais, geralmente praticados na clandestinidade e muitas vezes sem deixar vestígios, a palavra da vítima, em consonância com a prova testemunhal, autoriza a condenação. - No caso dos autos, todavia, o Tribunal de origem, ao reformar a sentença condenatória, destacou que "toda a situação ficou muito nebulosa e não satisfatoriamente esclarecida". Enfatizou, ainda, que o toque na região genital da vítima pode ter sido desprovido de qualquer conotação libidinoso. - O restabelecimento da sentença condenatória, na hipótese, enseja exame aprofundado do material fático-probatório, inviável em sede de especial a teor da Súmula n. 7 do STJ. Agravo regimental desprovido.⁴⁴

Desta forma, a palavra da pessoa ofendida em delitos de natureza sexual deve, para concretizar uma condenação, estar alicerçada e em consonância com outros subsídios de convicção que a confirmem, sendo escassos depoimentos meramente derivados da versão da suposta vítima. Não existindo comprovação cabal da autoria e materialidade do delito, é imperativa a aplicação do instituto *in dubio pro reo*, promovendo a absolvição do acusado.

3.4.As falsas memórias e o princípio da verdade real

Conforme exposto no capítulo anterior, concluímos que os crimes sexuais não podem ser analisados como os demais em se tratando de prova, de forma que eles, normalmente, ocorrem de forma clandestina, somente na presença do agente e da vítima. Inicialmente, é preciso ponderar que a vítima, por possuir interesse no resultado do processo e fazer parte dele, já é considerada viciada pelo caso penal.

Além disso, a prova testemunhal tem natureza frágil, na medida em que é caracterizada pelas lembranças aludidas ao relato testemunhal, podendo fugir, com certa facilidade, imagens e informações. Bem como podem surgir elementos, de uma origem incerta, para se correlacionar com os fatos.

De acordo com a Psicologia Judiciária de Enrico Altavilla⁴⁵, para que o indivíduo forme suas impressões, ele confronta a visão atual com as experiências vividas no passado ou com opiniões formadas anteriormente ao ocorrido, ou seja, apoia-se na sua relação consigo mesmo, para formar a

⁴⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma, Ag.Rg. noR.Esp. 1.267.435/PR, Relator(a): Min. Marilza Maynard (Des. Convocada do TJ/SE), julgado em 27/03/2014, publicado em 14/04/2014

⁴⁵ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária**, vol. I. Tradução de Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva & Cia., 1946, p.21.

sua percepção. É esta constatação que justifica não só o fato de duas pessoas perceberem um mesmo fato de maneiras totalmente diferentes.

Além do mais, a percepção do observador tem como influência fatores e condições na formação do processo perceptivo. Como exemplo tem-se as condições de tempo, lugar, iluminação, emoção, pressão, e sentimentos que podem influir de forma determinante no modo como o indivíduo percebe o fato que vê ou ouve.

É nesse viés que podemos nos deparar com o fenômeno das falsas memórias, que constituem um caso de criação de lembranças referente a eventos que na realidade não ocorreram. Podem ser geradas de forma espontânea ou resultar de sugestões externas, o que em ambos os casos acarretam na contaminação da prova penal.

Gustavo de Ávila⁴⁶ e Gabriel José Gauer apresentam o seguinte entendimento:

Nos processos que tentam (re)construção do fato criminoso pretérito, podem existir artimanhas do cérebro ou informações armazenadas como verdadeiras que, no entanto, não condizem com a realidade. Estas são as chamadas “falsas” memórias, processo que pode ser agravado quando de utilização de técnicas por repetição, exemplificadamente, empregadas de forma notória no âmbito criminal. A valoração e (re)conhecimento da ocorrência de “falsas” memórias também podem atuar de forma precaucional, impedindo ao magistrado que imponha condenações, como corolário dos princípios do in dubio pro reo (a dúvida beneficiará o réu) e estado de inocência (todos são considerados inocentes até o término do processo). (ÁVILA; GAUER. 2013 p.)

As falsas memórias diferenciam-se da mentira essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois, a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação⁴⁷. Um evento traumático, por exemplo, ou o uso de bebidas alcoólicas pode induzir no relato da testemunha, de modo que a implicar na produção de uma falsa memória.

De acordo com entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios⁴⁸:

46ÁVILA, Gustavo Noronha de.; GAUER, Gabriel José Chittó. **“Falsas” memórias e processo penal: (Re)discutindo o papel da testemunha.** 2013.

47LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** v.1. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.664.

48 Apelação Criminal 20100510062062, Rel. Sandra de Santis, 1ª Turma Criminal, publicado 01/12/2016

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DO MP – COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO – ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – MENORES – MAUS TRATOS – PALAVRA DAS VÍTIMAS – CONTRADIÇÃO – AUSÊNCIA DE OUTRAS PROVAS – ABSOLVIÇÃO.

I. Não obstante os relatos das crianças na DCA, as provas são frágeis. Os depoimentos colhidos sob o crivo do contraditório não são conclusivos. Há notícias de desavenças familiares. Mister absolver.

II. O perigo de induzir respostas e gerar falsas memórias é um risco na entrevista de crianças no estágio pré-escolar. Adultos e outras figuras de autoridade podem distorcer as percepções e recordações de infantes ao inquirir com uma pré-concepção do fato ocorrido.

III. Apelo desprovido.

No mesmo sentido julgou o Tribunal de Justiça da 7ª Câmara Criminal do Estado do Rio de Janeiro⁴⁹:

APELAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE EM PARTE A PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL PARA CONDENAR O ACUSADO, ORA APELANTE COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ARTIGO 157, § 2º, II DO CP, À PENA DE 05 (CINCO) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL SEMIABERTO, E PAGAMENTO DE 13 (TREZE) DIAS-MULTA, ESTA ÚLTIMA ARBITRADA NO VALOR MÍNIMO LEGAL. RECURSO DEFENSIVO REQUERENDO A REFORMA DO JULGADO PARA ABSOLVER O APELANTE EM RAZÃO DA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA EMBASAR O DECRETO CONDENATÓRIO, SALIENTANDO QUE UNICAMENTE BASEADO NO DEPOIMENTO ISOLADO PRESTADO PELA SUPOSTA VITIMA, E AINDA QUE O MESMO NÃO FOI DETIDO EM FLAGRANTE DELITO, OU NA POSSE DE EVENTUAL ITEM INTEGRANTE DA RES FURTIVA, OU NA POSSE DE EVENTUAL OBJETO UTILIZADO NA PRÁTICA DELITIVA, OU EM SITUAÇÃO SIMILAR AOS FATOS EM APURAÇÃO, NÃO HAVENDO, AINDA, QUALQUER INDICAÇÃO DE QUE TENHA ESTADO NO LOCAL DOS FATOS, NA HORA E DATA EM QUE ELES OCORRERAM, DESTACANDO AINDA QUE A SUPOSTA VITIMA, QUE INICIALMENTE HAVIA RECONHECIDO AMBOS OS ROUBADORES ATRAVÉS DE MATÉRIA JORNALÍSTICA, NÃO FOI CAPAZ DE RENOVAR EM JUÍZO O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO REALIZADO EM SEDE POLICIAL DO OUTRO AGENTE, O QUAL INCLUSIVE FOI ABSOLVIDO. APELO QUE MERECE SER PROVIDO. IN CASU, VERIFICA-SE QUE INEXISTE PROVA INEQUÍVOCA DA AUTORIA DO DELITO. EM QUE PESE A VÍTIMA TER REAFIRMADO EM JUÍZO A CERTEZA DE QUE UM DOS ROUBADORES, NO CASO O ORA APELANTE EDUARDO FOI A PESSOA QUE RECONHECEU ATRAVÉS DE MATÉRIA JORNALÍSTICA E EM SEDE POLICIAL POR FOTOGRAFIA, E SER O MESMO AQUELE QUE PILOTAVA A MOTOCICLETA, FATO É QUE, A MESMA AFIRMOU NO SEU DEPOIMENTO PRESTADO EM SEDE POLICIAL QUE NÃO TINHA CONDIÇÕES DE DESCREVER O CONDUTOR DA MOTOCICLETA POIS ESTE ESTAVA DE CAPACETE. CONFORME BEM DESTACADO PELA COMBATIVA DEFESA, AO SE PROCEDER AO RECONHECIMENTO PESSOAL EM JUÍZO A VÍTIMA, APONTOU PESSOA DIVERSA COMO SENDO O OUTRO AGENTE, QUE NADA TINHA A VER COM O FATO EM APURAÇÃO, O QUE LANÇA SÉRIAS DÚVIDAS SOBRE A VALIDADE DO RECONHECIMENTO REALIZADO EM

⁴⁹Apel. Crim. nº 00147983820178190204, Des. Rel. Siro Darlan de Oliveira, julgado em 15/05/2018.

RELAÇÃO AO ORA APELANTE. O FATO DE A VÍTIMA TER INICIALMENTE AFIRMADO NÃO POSSUIR CONDIÇÕES DE REALIZAR O RECONHECIMENTO E IDENTIFICAÇÃO DO ROUBADOR QUE ESTAVA PILOTANDO A MOTOCICLETA, INDICA QUE A MESMA FACILMENTE PODERIA TER SE EQUIVOCADO, ADUZINDO-SE QUE SEU Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro 7ª Camara Criminal Apelação 0014798-38.2017.8.19.0204 3 Secretaria da Sétima Câmara Criminal Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 107 – Lâmina IV Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20020-903 Tel.: + 55 21 3133-5007 – E-mail: 07ccri@tjrj.jus 2 COMPARECIMENTO EM SEDE POLICIAL PARA RECONHECIMENTO DO APELANTE DEU-SE EM RAZÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA SOBRE A PRISÃO DE DIVERSOS INDIVÍDUOS QUE ESTARIAM PRATICANDO ROUBOS NO MESMO BAIRRO ONDE OCORREU A SUBTRAÇÃO DO SEU VEÍCULO E DEMAIS PERTENCES. CEDIÇO QUE VIVEMOS EM UMA SOCIEDADE EM QUE DIVERSAS PESSOAS POSSUEM BIOTIPO SIMILAR AO DO RÉU/APELANTE, FATO DECORRENTE DA HISTÓRIA DA FORMAÇÃO DA POPULAÇÃO BRASILEIRA, RETRATO DA MISCIGENAÇÃO E MULTIPLICIDADE CULTURAL PROMOVIDA AO LONGO DOS ANOS. COM EFEITO, É POSSÍVEL QUE A VÍTIMA TENHA SIDO INFLUENCIADA PELA MATÉRIA JORNALÍSTICA E RECONHECIDO O APELANTE, NÃO PELO ROUBO QUE SOFREU, MAS PELAS IMAGENS MOSTRADAS NA REFERIDA MATÉRIA JORNALÍSTICA, PODENDO, DESTA FORMA, O RECONHECIMENTO SE TRATAR DE FALSAS MEMÓRIAS. POR OUTRO LADO, DA NARRATIVA DA VITIMA COLHE-SE QUE O ROUBO OCORREU A NOITE E EM LOCAL MAL ILUMINADO, E AINDA QUE A AÇÃO TERIA OCORRIDO DE FORMA MUITO RÁPIDA E A MESMA PERMANECEU OLHANDO PARA O CHÃO. DESSA FORMA, A APONTAR O APELANTE COMO AUTOR DO DELITO, TEMOS APENAS O DEPOIMENTO DA VÍTIMA, QUE REPISE-SE, NÃO SE MOSTRA COMO HÁBIL O SUFICIENTE PARA SUSTENTAR A TESA ACUSATÓRIA, SEM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA QUE A CORROBREM. INTERROGADO, O APELANTE NEGOU EM JUÍZO A IMPUTAÇÃO. EMBORA O DEPOIMENTO DA VÍTIMA NOS CRIMES PATRIMONIAIS, SEJA EM MUITAS DAS VEZES, ELEMENTO ÚNICO E SUFICIENTE A EMBASAR UM DECRETO CONDENATÓRIO, NA HIPÓTESE DOS AUTOS, A PROVA ORAL COLHIDA NÃO SE REVESTE DA CERTEZA NECESSÁRIA PARA ENSEJAR UMA CONDENAÇÃO, PORQUE EXISTE A VERSÃO NEGATÓRIA DOS FATOS PELO RÉU/APELANTE, CORROBORADA PELAS INCONSISTÊNCIAS NO PROCESSO. DESSA FORMA, NO PRESENTE CASO, SÓ A PALAVRA DA VÍTIMA, AFIGURA-SE COMO INSUFICIENTE PARA SE FORMAR UM JUÍZO DE CONVICTÃO SEGURO A SUSTENTAR UM DECRETO CONDENATÓRIO, NÃO DEVENDO SER ACOLHIDA SEM OUTROS ELEMENTOS QUE A CORROBORE. NESSE PANORAMA FRÁGIL, CONTANDO AINDA COM A NEGATIVA DE AUTORIA POR PARTE DO RÉU/APELANTE, NÃO EXISTE A MÍNIMA SEGURANÇA PARA A MANTENÇA DO DECRETO CONDENATÓRIO, ANTE A INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA DE QUE O ACUSADO TENHA PARTICIPADO DO ROUBO EM FOCO. DESTARTE, AINDA QUE SE PUDESSE SUSTENTAR A VEROSSIMILHANÇA DA TESE ACUSATÓRIA, O FATO É QUE NÃO FICOU DEMONSTRADO, QUANTUM SATIS, QUE O RÉU/APELANTE TENHA PRATICADO A CONDUTA DESCRITA NA EXORDIAL, ÔNUS QUE INCUMBIA INTEGRALMENTE AO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRINCÍPIO DO “IN DUBIO PRO REO” QUE FUNCIONA COMO CRITÉRIO DE RESOLUÇÃO DA INCERTEZA, IMPONDO-SE COMO EXPRESSÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA ABSOLVER O RÉU/APELANTE COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 386, VII DO CPP, DETERMINANDO-SE A IMEDIATA EXPEDIÇÃO E CUMPRIMENTO DE ALVARÁ DE SOLTURA, SALVO SE POR OUTRO MOTIVO SE ENCONTRAR PRESO.

A fim de auxiliar nesses casos, tem-se a perícia psicológica, utilizada para contribuir com a revelação da existência ou não de um fato, analisando o subconsciente das partes através de laudos, para tentar obter a exteriorização da possível verdade. Técnicas de entrevista calcadas em conhecimentos científicos sobre o funcionamento da memória se apresentam como poderosas ferramentas no anseio por coleta de informações detalhadas e com maior probabilidade de verossimilhança em relação à realidade dos fatos.

É nesse diapasão que se encontra o princípio da verdade real atua no Processo Penal. Tal princípio busca a apuração de fatos, que mais se correlacionam com o ocorrido, sendo necessário que se utilize todos os mecanismos de provas para a compilação idêntica dos fatos.

Segundo Fernando Tourinho, para que o juiz possa melhor formar suas convicções a respeito da matéria do processo, ele deve reproduzir por meio de provas os fatos que mais se aproximam com a realidade, ou seja, ele deve saber quem cometeu a infração, onde cometeu, quem foi a vítima, porque cometeu, de que forma cometeu, podendo assim, quem sabe, descrever minuciosamente o ocorrido, garantindo um julgamento justo para as partes.

Em verdade, o princípio em estudo tem como ponto nodal a demonstração da importância do mesmo, vez que é essencial a verificação dos fatos no que tange à sua veracidade durante o andar processual, em síntese, deve existir correspondência entre o que se vê no processo e o que verdadeiramente aconteceu, quando do cometimento do delito, do contrário não se resguardariam princípios constitucionais e retornaríamos ao sistema inquisitório, adotado pela igreja católica entre o século XII e o século XI.

Dessa forma, na esfera jurídica do processo penal, tal princípio se mostra importante em razão da essencial necessidade do respeito à individualização da pena, do contraditório e ampla defesa e do instituto do *in dubio pro reo*. Não pode se admitir erros dentro do processo penal, razão pela qual a verdade real dos fatos deve ser trazida à tona de todas as maneiras possíveis, devendo, ainda, o magistrado promover diligências no sentido de corroborar para o levantamento dos fatos nos autos.

Abaixo, julgado aplicando o princípio da verdade real no processo penal⁵⁰:

CORREIÇÃO PARCIAL. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA POSTULADA PELA DEFESA. OITIVA DE TESTEMUNHA. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL. O objetivo do processo penal é a busca da verdade real (da verdade dos fatos) e, na

50 TJ-RS - COR: 70057088304 RS, Relator: LizeteAndreisSebben, Data de Julgamento: 28/11/2013, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/12/2013

busca dessa verdade, estão interessados o Ministério Público, a Defesa e o Juiz. No presente caso, o indeferimento de diligência fundamental a elucidação dos fatos vem a cercear a defesa. CORREIÇÃO PARCIAL PROVIDA. LIMINAR RATIFICADA. (Correição Parcial Nº 70057088304, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: LizeteAndreisSebben, Julgado em 28/11/2013). (TJ-RS - COR: 70057088304 RS, Relator: LizeteAndreisSebben, Data de Julgamento: 28/11/2013, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/12/2013).

Entende-se assim a necessidade do estudo, bem como da aplicação da verdade real, na realidade jurídica do Brasil. Sendo essencial que os julgadores, bem como todos os operadores do Direito se utilizem de todos os mecanismos disponíveis para levantar a verdade real dos fatos. Tenha-se que diferente da realidade meramente formal, que é aquela que se levanta dos autos processuais, a verdade real é aquela que se aproxima, ao máximo, dos eventos que ensejaram o cometimento do delito.

Com a aplicação da verdade real pelos operadores do direito é possível que princípios diversos sejam resguardados no processo penal, em especial o contraditório, ampla defesa e individualização da pena, afinal, em se julgando de modo coerente e o mais próximo possível da verdade real dos fatos, se estará respeitando os mencionados princípios, que devem servir de norte a todos os operadores do direito.

4 A CONDENAÇÃO DO RÉU APENAS NA PALAVRA DA VÍTIMA COMO MEIO DE PROVA ISOLADO NO PROCESSO PENAL

Como já apontado anteriormente, as condenações em inúmeros casos de crimes de natureza sexual, vem tendo o embasamento (livre convencimento motivado) do juiz, quase que exclusivamente calcado na palavra da ofendida. Em suma, a parte da fundamentação da sentença aponta como causa suficiente para ensejar a condenação um único testemunho, relegando todo restante probatório. Isso leva a dois pontos inter-relacionados. O primeiro deles guarda relação com o princípio da presunção de inocência, sobre o assunto, Capez (2006)⁵¹:

O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não-culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida. (CAPEZ, 2006, p. 44)

Esse posicionamento deixa evidente que quando houver dúvida na análise da prova, o magistrado deve pender para o denunciado, que é presumidamente inocente, com finalidade de lhe absolver. Se a condenação tem sua base unicamente na oitiva da ofendida e este depoimento quase

⁵¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 44

sempre deixa uma margem de dúvida no processo, o princípio do *in dubio pro reo* está sendo amplamente violado. Nessa mesma esteira, se a um único tipo de prova (depoimento da ofendida) é dado valor superior a todo lastro probatório dos autos, fica claro o retorno da prova tarifada, tendo uma nova prova como a rainha das provas para o Processo Penal.

O princípio do *in dubio pro reo* é um princípio fundamental em direito penal que prevê o benefício da dúvida em favor do réu, isto é, em caso de dúvida razoável quanto à culpabilidade do acusado, nasce em favor deste, a presunção de inocência, uma vez que a culpa penal deve restar plenamente comprovada. Como dúvida razoável, tem-se o fator incerto quanto a culpa do acusado, é a falta de condições plenas de imputar ao acusado a ampla responsabilidade pelo cometimento do delito.

O fator incerto, aquele que gera determinada dúvida quanto à existência do ato infracional, bate de frente com o princípio da presunção de inocência, e por este é plenamente repellido do campo da capacidade de imputação de responsabilidade penal ao acusado. Isso porque a garantia da liberdade deve prevalecer sobre a pretensão punitiva do Estado. É perceptível a adoção implícita deste princípio no Código de Processo Penal, na regra prescrita no artigo 386, II:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

(...)

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Não conseguindo o Estado angariar provas suficientes da materialidade e autoria do crime, o juiz deverá absolver o acusado, por questões de legalidade e isonomia. Sempre que um magistrado não conhecer os limites de sua competência funcional, exacerbar suas atribuições, vão existir falhas processuais graves.

É amparado ainda pelo princípio constitucional da presunção de inocência, encravado do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal como corolário dos fundamentos vitalícios do Estado Democrático de Direito:

Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

(...)

LVII- ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Tal dispositivo assegura ao acusado, ou mesmo indiciado, o direito de ser considerado inocente até que sentença penal condenatória venha a transitar formalmente em julgado, sobrevivendo, então, a coisa julgada de autoridade relativa, servindo como um fundamental postulado de segurança jurídica diante dos poderes do Estado.⁵²

Além disso, o referido princípio requer que o julgador mantenha uma posição negativa em relação ao acusado, e, ainda, uma postura positiva, na medida em que não o considere culpado, mas, principalmente, trate-o efetivamente como inocente durante todo o processo. Conforme refere o Prof. Aury Lopes Jr., a presunção da inocência trata-se de “princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia)”⁵³.

Nesse diapasão, assevera o e. Supremo Tribunal Federal:

O postulado constitucional da não culpabilidade impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível. A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes”⁵⁴.

52 TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 321.

53 JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8 ed. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 177.

54 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n.º 89.501/GO. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 12 dez 2006. Publicação/Fonte: DJ de 16 mar 2007.

Vislumbram-se, então, duas regras, em relação ao acusado, decorrentes do princípio da “presunção de inocência”: uma regra de tratamento e outra de fundo probatório. A primeira estabelece que o acusado não pode sofrer qualquer restrição pessoal fundada na possibilidade de condenação, ou ainda, na lição de André Nicolitt (2010): “Embora recaiam sobre o imputado suspeitas de prática criminosa, no curso do processo deve ele ser tratado como inocente, não podendo ver-se diminuído social, moral nem fisicamente diante de outros cidadãos não sujeitos a um processo”⁵⁵.

Já a segunda condiciona que o ônus probatório, em relação ao fato delituoso e à sua autoria, deve recair exclusivamente sobre a acusação, restando à defesa a demonstração de excludentes de ilicitude e culpabilidade, em casos nos quais se façam presentes tais alegações. Subsistindo dúvida, tem-se que a acusação não se desincumbiu do ônus que lhe cabe, restando inafastável a absolvição do réu, já que, sem demonstração cabal de sua culpa, prevalece a inocência presumida.

Correlato processual do princípio da presunção de inocência, insculpido na fórmula *nulla poenasine culpa*, o princípio *in dubio pro reo* busca garantir que, sem provas suficientes dos elementos, tanto subjetivos quanto objetivos, do fato típico e ilícito, não seja possível a aplicação de pena. A insuficiência da prova equivale à subsistência de uma dúvida positiva sobre a existência ou inexistência de determinado fato ou de sua autoria. Dá-se, então, como não provado o fato desfavorável ao arguido, e é indicado ao juiz que valere a favor do acusado a prova dúbia.

Em juízo a condenação do acusado pressupõe a certeza ou convicção do juiz, que é “a crença de haver se apoderado da verdade”. Assim, realizadas ou colacionadas todas as provas possíveis, se ainda persistir a dúvida no espírito do julgador, não há outra solução senão aplicar o princípio *in dubio pro reo* (art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal), sob pena de engrossar-se o rol de erros judiciários.

Principalmente em relação a medidas que visam restringir a liberdade do indivíduo, não se pode aceitar uma condenação pautada em dúvidas ou em meias certezas. Ao mesmo tempo que o Estado tem o dever de punir, também tem o dever de amparar. Vê-se que nesses casos, o melhor preparo de todos os atos processuais, saindo das entrevistas tradicionais para as cognitivas é o início de uma melhor construção judicial probatória, confirmam nesse sentido Ávila, Gauer e Anziliero⁵⁶ (2012):

A entrevista cognitiva se mostrou mais eficaz na produção de informações juridicamente relevantes com alto grau de precisão em comparação a uma entrevista padrão. Achados como esses parecem apontar para a efetividade desse procedimento em diferentes países e populações. (ÁVILA; GAUER; ANZILIERO, 2012, p. 387)

⁵⁵ NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 61.

⁵⁶ ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó; ANZILIERO, Dinéia Largo. Memória(s) p.387.

Além disso, destaca-se que a mera prisão processual, sem que tenha havido o julgamento de mérito e a materialidade de fato comprovada já é suficiente para que o encarcerado tenha seus direitos fundamentais pautados na Constituição Federal violados. Ademais, os casos de erro em tais condenações, e o mero indiciamento e acusação já são instrumentos hábeis à destruição social do suposto agressor. Cria-se uma realidade inafastável, seja pelo falecimento de sua reputação, seu respeito social, seu conforto em família e a chancela para um longo sofrimento dentro da prisão. A sentença falha pode, permeada pelo transtorno da problemática da prova, atingir de forma irreparável as partes, principalmente o suposto agressor.

No momento em que o processo penal apoia-se excessivamente na ‘memória’ das testemunhas abre um imenso espaço para que a sentença atinja o alvo incorreto. A memória humana é fragilíssima e manipulável ao extremo. Logo, ao condenar alguém por crime de estupro (art. 213, CP) baseando-se exclusivamente na palavra da vítima, assume-se um dos maiores riscos no direito penal.

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

A sentença, ato processual no qual se decide o mérito da causa, é um ato de vontade do julgador após realizar um trabalho de cunho intelectual analisando as provas encartadas juntamente com os fatos apresentados baseando-se no direito aplicável ao caso. Quanto ao seu conteúdo, possui requisitos intrínsecos sem os quais o julgado pode ser considerado viciado, passível de ser anulado, de acordo com o art. 381, CPP.

A fundamentação é a parte essencial da sentença, pois nela está a motivação do julgador para aplicar o direito no caso concreto, julgando procedente ou improcedente a pretensão punitiva do Estado. É cogente que nela constem os motivos de fato, oriundos das provas encartadas no feito, e os motivos de direito, que vem da lei questionada pelo juiz, que vão dar direção para o dispositivo conclusivo da sentença.

No processo penal, é a consignação do princípio da persuasão racional, também chamado de livre convicção motivada. Nessa parte, é exigido que o juiz analise a fundamentação fática contida e garantida na pretensão de punir arguida na exordial acusatória e a resposta do acusado, avaliando e valorando as provas produzidas, analisando as regras de direito e externando-as, com base no seu convencimento, exteriorizando o trabalho intelectual que desenvolveu, o qual autorizou a conclusão

em que chegou. É na motivação que estão expostas as razões que levaram o juiz a decidir de tal maneira⁵⁷.

A fundamentação da decisão, daquilo que foi provado, refutáveis e de razões jurídicas adequadas, é o que limita os juízos morais. É um ambiente que não cabe a subjetividade que sempre se faz presente (pois não existe julgador neutro), mas que o juízo das garantias tem de distanciar e delimitar⁵⁸.

Nos crimes sexuais, em especial o crime estupro, raras as vezes é possível se obter vestígios satisfatórios para provar a sua consumação. A violência que integra o núcleo do tipo é umas das formas pelo qual a referida infração pode ser cometida, como exemplo a ameaça, que também o configura, sendo que nesta última hipótese não há a possibilidade de demonstrar a materialidade do delito por meio de exame pericial, visto se consolidar adverso aos vestígios. Mesmo que se pratique um estupro pelo uso da violência, ela não é um fim do tipo, mas um meio, razão pela qual nem sempre deixa vestígio.

Insta consignar que, além de tais considerações, o delito de estupro, com o novo texto dado pela Lei nº. 12.015/09 se tornou crime praticado por múltiplos meios, constituindo a conjunção carnal apenas um deles. O núcleo do tipo penal é o ato libidinoso, visando a satisfação da lasciva, que pode ser configurado apenas com um beijo mais intenso, por exemplo, forma esta que não deixa vestígios, tornando indiferente a realização de perícia técnica⁵⁹.

Apenas as palavras da pessoa ofendida não poderão sustentar uma sentença condenatória, contudo, a jurisprudência brasileira vem admitindo duas hipóteses contrárias a tais afirmações, sendo elas nos casos de crimes contra o patrimônio e delitos sexuais. Em tais hipóteses, tendo em vista que estes ilícitos são praticados na clandestinidade, poucas provas restam além da palavra da vítima, e eventualmente a apreensão de objetos com o agente ou identificação de material genético deste. Nesses casos, palavra da vítima, coerente e harmônica, com ausência de motivos que advertissem a existência de falsa imputação, em consonância com as provas amealhadas, ainda que frágeis, vem sendo aceitas pelas cortes superiores brasileiras para legitimar uma sentença de condenação.

57 TOURINHO FILHO, Fernando da Costas. **Código de Processo Penal Comentado**, p. 1.040.

58 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, p. 545.

59 NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Processual Penal**, p. 202.

Não existem impedimentos para que a condenação do réu seja sustentada num único depoimento (testemunhal), mesmo que destoante da prova pericial que lhe é favorável, pois o juiz deverá apenas dar as razões de seu convencimento.

Nesses casos, para uma condenação consubstanciada na palavra da vítima, é necessária a averiguação de todas as características e aspectos que constituem a personalidade da pessoa ofendida, bem como o confronto de suas alegações com a do acusado e demais provas colhidas, na medida em que a aceitação, isolada, de sua palavra pode ser tão arriscada quanto uma confissão do réu, para efeitos de certeza que se exige para condenação.

As declarações da vítima assumem essencial valor, se constituindo em importante artefato de persuasão no que concerne à apuração de crimes sexuais, visto que são, quase sempre, cometidos às escuras, à vista unicamente de seus autores. Por tal motivo, as palavras da vítima possuem presunção de verdade quando encontram respaldo nas provas produzidas, podendo dar base para condenação⁶⁰. Em tais casos, o relato da vítima é admitido como meio de sustentar eventual sentença condenatória, desde que segura, crível e verossimilhante, sendo imprescindível que se constituam coerentes e uníssonas tanto na fase inquisitiva quanto no contraditório.

Corroborando tal posicionamento, e servindo como exemplo, é importante colacionar o seguinte julgado das Cortes Superiores:

HABEAS CORPUS” - CRIME DE ESTUPRO COM VIOLÊNCIA REAL - AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA - SÚMULA 608 DO STF - DECLARAÇÃO DE POBREZA EMANADA DA VÍTIMA - VALIDADE - LAUDO PERICIAL NEGATIVO QUANTO À EXISTÊNCIA DE CONJUNÇÃO CARNAL - EXISTÊNCIA DE LESÕES INDICATIVAS DE RESISTÊNCIA A AGRESSÃO SEXUAL - VESTÍGIOS IDÔNEOS - EFICÁCIA PROBANTE DAS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA DE ESTUPRO - PRECEDENTES - NECESSÁRIO REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO - INADMISSIBILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO “HABEAS CORPUS” - PEDIDO INDEFERIDO. - Tratando-se de crime de estupro com violência real, torna-se dispensável qualquer delação postulatória (“representação”) por parte da ofendida, eis que, em tal específica situação, a perseguibilidade estatal se dá mediante ação penal pública incondicionada. Precedentes. - No que concerne à prova da violência nos delitos sexuais, é certo que, além das vulnerações que atingem o órgão genital feminino, existem outros vestígios idôneos que se revelam aptos a demonstrar a resistência da vítima ao ataque sofrido. - A existência de sêmen na vagina não é essencial à configuração do delito de estupro. As lesões típicas de defesa constatadas no corpo da vítima assumem decisiva eficácia probante no contexto dessa prática delituosa. Precedentes. - A palavra da vítima - quando não está em conflito com os elementos produzidos ao longo da instrução penal - assume importância probatória decisiva, especialmente quando a narração que faz apresenta-se verossímil, coerente e despojada de aspectos contraditórios. Precedentes. - A alegação de insuficiência do conjunto probatório, precisamente por impor uma

60 BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Segunda Câmara Criminal, Ap. Crim. 2011.004376-7, Relator(a): Des. Sérgio Paladino, julgado em 21/06/2011.

ampla perquirição da prova penal produzida ao longo do processo de conhecimento, acha-se pré-excluída do âmbito de atuação do “habeas corpus”. Precedentes. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem salientado que o exame aprofundado das provas e a análise da eventual justiça ou injustiça do provimento jurisdicional impugnado não encontram sede processualmente adequada na ação de “habeas corpus”. Precedentes⁶¹.

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

Incontroverso fato é que a problemática da prova sempre existirá, pois, o crime sexual continuará ocorrendo de forma secreta, abrangendo na hora do crime apenas a vítima e o autor. Com isto, e mediante as próprias circunstâncias do crime, pouco há que se fazer para tornar certa a autoria do ilícito penal. No entanto, poderão o Judiciário e o Legislativo amenizar as injustiças tomando consciência da seriedade do problema e dando mais atenção a ele.

De outro norte, principalmente para os casos de estupro a mais eficaz solução já existe, a prova psicológica. Ocorre que esta exige a melhor capacitação de seus representantes pelo Judiciário, de forma que estejam preparados para tais situações, bem como a disponibilização de um psicólogo nas delegacias, a serviço do Estado e que gozasse de fé pública para que este meio probatório dificilmente fosse contestado. Não caberia a prova psicológica ser dona de uma verdade absoluta, mas sim, orientar o judiciário, de tal modo que sua análise técnica, concomitantemente às demais provas traria uma verdade mais próxima da real (Revista JurisFIB, 2013).

Como é natural em toda técnica, a entrevista cognitiva apresenta algumas desvantagens, tais como o custo temporal e a complexidade do procedimento, vez que a aplicação da técnica, além de demandar um lapso temporal maior do que o comum, necessita que os entrevistadores sejam devidamente treinados para que haja o resultado esperado⁶².

Ocorre que, apesar das limitações apontadas, uma entrevista cognitiva bem conduzida no âmbito jurídico reduz as chances de falsas memórias por sugestão externa, tendo em vista que os entrevistadores são, a partir dessa técnica, treinados para monitorar suas próprias condutas durante a oitiva da testemunha ou da vítima, evitando o uso de perguntas fechadas e de outras intervenções

61 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma, Ag.Rg. noR.Esp. 1.267.435/PR, Relator(a): Min. Marilza Maynard (Des. Convocada do TJ/SE), julgado em 27/03/2014, publicado em 14/04/2014.

62 DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**, p. 171.

potencialmente tendenciosas. Considerando-se a relação custo-benefício, acreditamos que uma prova oral obtida com maior qualidade técnica, por meio da técnica de entrevista cognitiva (ainda que somente em seus elementos estruturais de essência), pode ajudar a trazer um avanço social imensurável, o que, de certa forma, compensaria excepcionais desvantagens do procedimento⁶³.

A dificuldade de obtenção da condenação do agressor reside justamente devido à falta de provas materiais que certifiquem os depoimentos das vítimas, ainda que exista a prerrogativa de prova da palavra da vítima. Neste sentido, afirmam Ardaillon&Debert (1987,p.24) que “comprovar a ocorrência de estupro não é fácil e por isso mesmo a personalidade dos envolvidos será constantemente referida no decorrer do julgamento.”

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

O que não é efetivamente dito, mas facilmente compreendido nos resultados das sentenças é que: o resultado da decisão que absolve ou condena é muito mais um efeito das questões polêmicas relacionadas ao sentido da punição nos casos de estupro do que a “real crença ou descrença em relação à palavra da vítima”, ou da capacidade da vítima de convencer os julgadores de que sua versão é a mais próxima da verdade. E isso porque “o que não está nos autos não está no mundo” intensificam a clara arbitrariedade dos magistrados ao exercerem seu poder de nomear determinados indivíduos como estupradores, determinadas mulheres como vítimas e determinadas situações como estupro – afronta clara aos princípios da igualdade de todos perante a lei e da presunção de inocência do acusado, previstos respectivamente no art. 5, caput e inciso LVII da Constituição Federal de 1988.

Diante do exposto, conclui-se que, na busca de um processo penal de acordo com os preceitos Constitucionais, e, para que possamos construir um verdadeiro Estado Democrático de Direito, é imperioso que sejam efetivadas as garantias fundamentais previstas em nossa Lei Maior.

Nesse diapasão, resta evidente que, no momento da decisão, na fase de instrução preliminar do procedimento do, o juiz tem o dever de aplicar o princípio constitucional da presunção de inocência, bem como a sua derivação, o princípio do *in dubio pro reo*.

Por conseguinte, subsistindo dúvida acerca da materialidade e/ou da autoria do crime, não cabe a utilização do princípio *in dubio pro societate*, uma vez que este vai totalmente de encontro aos ideais

63 STEIN, Lilian M., e Colaboradores. Falsas Memórias – Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas, p. 223.

emanados por nossa Carta Política, devendo ser o acusado impronunciado, na medida em que não está provada a própria ocorrência do crime, ou não existem indícios suficientes de que o réu seja o autor do fato delituoso.

Ainda, não se vislumbra como uma decisão correta em relação a pessoa sobre a qual não recaiam indícios suficientes de autoria de delito materialmente comprovado possa ser considerada uma decisão *pro societate*, já que o interesse da sociedade, por óbvio, dirige-se a um devido processo legal material, que respeite as garantias insculpidas na Constituição da República.

A finalidade da instrução preliminar nos procedimentos dos Tribunais é, exatamente, evitar o julgamento de réus provavelmente inocentes apenas pela íntima convicção do juiz, dispensados de fundamentação, e com possibilidade de condenação errônea. Os argumentos em favor da aplicação do *in dubio pro societate* na fase da decisão não se coadunam, portanto, com os ditames legais e, principalmente, constitucionais, devendo ser observados, nos casos em que haja dúvida razoável por parte do julgador, obrigatoriamente, os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento dos Crimes Sexuais foi uma grande conquista no Direito Penal, abandonando uma história preconceituosa e machista. A autodeterminação sexual tornou-se um direito de o indivíduo ter a liberdade para manter relações sexuais como desejar. Deduz-se que, embora a nova Lei tenha pacificado algumas controvérsias, também deu ensejo a outras, o que é característico no mundo jurídico. Desse modo, foi possível verificar avanços e retrocessos referentes à matéria.

No que tange aos aspectos positivos, vale mencionara inserção do termo “dignidade sexual” para substituir “costumes”, o que derruba de vez as velhas barreiras do preconceito herdadas de uma sociedade machista e patriarcal. Outra mudança importante adveio com a fusão do delito de estupro e atentado violento ao pudor em um tipo penal próprio(art. 213), o que encerrou muitas divergências anteriormente existentes, não obstante deu ensejo a outras.

Anteriormente, em que pese argumentações em contrário, quando o sujeito praticava estupro e atentado violento ao pudor, seria plausível a aplicação do concurso material de crimes, efetuando assim o somatório das penas previstas para ambos os delitos. Todavia, com a unificação dos tipos penais, é incabível o emprego de tal instituto, pois as condutas integram conjuntamente um artigo com tipificação mista alternativa, correspondendo ao mesmo preceito secundário.

Conclui-se diante de todo o exposto, de logo, que na apuração de crimes sexuais a vítima realmente deve assumir papel preponderante, mas não absoluto, até porque atribuir ao ofendido a

responsabilidade pelo sucesso do intento acusatório é, no mínimo, inadequado. Uma vez cometida uma infração penal, cabe ao Estado, através de órgãos com atribuições específicas (polícia judiciária e Ministério Público), reunir elementos suficientes para a identificação da autoria e a comprovação da materialidade, legitimando-se a acusação e pugnando pela condenação do infrator.

Diante de todos os fatores e elementos citados, verifica-se a complexidade em que está envolta a utilização da prova testemunhal face à sua vulnerabilidade, no que diz com as questões inconscientes e/ou despercebidas ao depoente que ocorrem no momento da percepção e da memorização da cena do delito, sobre as quais a testemunha exerce pouco ou nenhum controle, o que justifica a importância – e a própria escolha – da questão-problema da presente pesquisa.

No que se refere à percepção do evento pela testemunha ou pela própria supostamente vítima do delito, há sempre que se ter em mente que a prova testemunhal, ao ser examinada e considerada na fundamentação de uma decisão judicial, passa, no mínimo, por dois juízos de valor, quais sejam o da própria testemunha e o do julgador, que, conforme demonstrado no presente estudo, definitivamente não têm o condão de separar a emoção (pré-concepções e predileções) da razão, ao presenciar ou ao tomar conhecimento, ainda que indiretamente, de determinado evento.

Pode-se constatar, outrossim, por meio da análise de recentes estudos da área da psicologia, o impacto do fenômeno das falsas memórias no relato testemunhal (principalmente de crianças) no processo penal, haja vista a gama de fatores que podem influenciar subjetivamente no relato do depoente, tais como o transcurso do tempo, a mídia, o viés do entrevistador, o subjetivismo do magistrado e o procedimento utilizado para o reconhecimento do ofensor.

A pesquisa sobre a falsificação de lembranças aplicada à área jurídica, nesse sentido, constitui uma importante ferramenta para evitar que pessoas inocentes sejam investigadas, presas e condenadas com base unicamente em relatos testemunhais – que, conforme verificado no presente estudo, são vulneráveis e passíveis de serem afastados da situação de fato ocorrida, abrindo-se uma imensa margem de erro que causa o aumento da probabilidade de danos (materiais e processuais) por consequência da contaminação da prova penal.

Busca-se que o processo seja pautado na legalidade, respeitando-se as diretrizes a fim de que ocorram decisões justas, e através da prova, direta e indiretamente, é o meio mais eficaz na busca da verdade real, sendo assim o instituto da prova importante e indispensável num processo justo. Esse processo justo é pautado na ampla liberdade probatória outorgada às partes para a reconstrução do fato na forma mais abrangente possível ao ocorrido e ao livre convencimento do julgador para que aprecie as provas, fundamentando os motivos de sua decisão, assim a prova carregará seu importante papel no processo.

Assim, não é porque as circunstâncias do caso concreto inviabilizam, por exemplo, o exame de corpo de delito ou a oitiva de testemunhas oculares do fato (elementos diretos de convicção), que a postulação acusatória seja viável apenas com o depoimento da vítima. Necessário se faz, então, um movimento investigativo no sentido de colher dados que auxiliem na formação do convencimento, de forma indireta, pois não têm relação imediata com o fato.

À guisa de exemplo, cite-se a formulação de laudo multidisciplinar, especialmente quando se tratar de vítima criança ou adolescente, a fim de analisar a confiabilidade da versão por outro viés; o depoimento de pessoas próximas à vítima, com o escopo de analisar possíveis alterações em seu comportamento; a colheita de informações acerca da vida pregressa do acusado, dentre outras.

Além disso, não se consegue chegar a curto ou médio prazo a uma solução plausível, mas já é possível ter um vislumbre, enxergar uma porta de saída, que seria uma melhor condução da entrevista (oitiva) da vítima. Como apontado, um dos fatores que levam a criação da falsa memória é sugestionabilidade, é ouvir a testemunha/vítima de forma tendenciosa e despreparada. Isso ocorre tanto na fase pré-processual, pela polícia, assistente social, psicóloga, entre outros, como na condução do processo pelo juiz, promotor e advogado, todos por falharem na construção das perguntas e implicitamente implantarem ideias tendenciosas, que se tornarão falsas memórias. O primeiro norte para transpor esse obstáculo é o uso de uma forma mais correta de entrevista, que seria a entrevista cognitiva técnica mais moderna e desvelada de tendências.

Infelizmente, o problema quanto à prova sempre existirá, pois, o crime sexual continuará ocorrendo de forma praticamente secreta, abrangendo na hora do crime, apenas vítima e autor. No entanto, existem situações capazes de amenizarem as injustiças, sendo que para isto, é preciso que o Judiciário e a população tomem consciência da seriedade do problema e deem mais atenção a ele. Não caberia à prova psicológica, ser dona de uma verdade absoluta, mas sim, orientar o Judiciário, de tal modo que sua análise técnica, concomitantemente às demais provas traria uma verdade mais próxima da real.

Com isto, se adotadas algumas das soluções aqui apontadas, talvez o problema venha a ser amenizado e, não somente a população, mas também o Estado, sintam menos as consequências da escassez e da fragilidade das provas dos crimes sexuais.

Destarte, de acordo com o que se extrai do presente trabalho, a palavra da vítima em crimes sexuais como instrumento isolado de prova em Processo Penal não é hábil a sustentar um decreto penal condenatório, pois deve ao mínimo estar arrimada em outro elemento colhido no processo, haja vista que, sendo ínfima a prova, ou controversa, a aplicação do in dubio pro reo é medida proeminente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

CAPEZ, Fernando. Direito Penal. Parte Geral. 11. Ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

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

FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos / Alberto Silva Franco. – 7. Ed. rev., atual. eampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

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

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

Gustavo HENRIQUE, Righi Ivahi BADARÓ, Ônus da prova no Processo Penal, 2003.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v 8.

JESUS, Damásio de. Código Penal anotado. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

MIRABETE, Julio Fabrini. Código de Processo Penal interpretado. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, Alexandre de, Direito Constitucional, 11º edição, Editora Atlas, 2002.

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

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

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

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

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009/Guilherme de Souza Nucci. – 2.ed. re., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. Comentários ao código penal. 4ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial. 10ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Curso de direito penal brasileiro, volume 3: parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____ Processo penal. 34. ed.. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 1.