

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

RAMOÑ HENRIQUE NOGUEIRA

A VALORAÇÃO DA PROVA NO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO
DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

NATAL
2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

RAMOÑ HENRIQUE NOGUEIRA

A VALORAÇÃO DA PROVA NO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO
DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso para
obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Paulo Roberto Dantas de
Souza Leão

NATAL
2018

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN
Sistema de Bibliotecas - SISBI
Catalogação de Publicação na Fonte. UFRN - Biblioteca Setorial do Centro Ciências Sociais Aplicadas - CCSA

Nogueira, Ramoñ Henrique.

A valoração da prova no delito de estupro de vulnerável no Direito Processual Penal Brasileiro / Ramoñ Henrique Nogueira. - 2018.
32f.: il.

Monografia (Graduação em Direito) -
Universidade Federal do Rio Grande do Norte,
Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Departamento
de Direito. Natal, RN, 2018.

Orientador: Prof. Me. Paulo Roberto Dantas de
Souza Leão.

1. Valoração da prova - Estupro de Vulnerável -
Monografia. 2. Estupro de Vulnerável - Monografia.
3. Direito Processual Penal brasileiro -
Monografia. 4. Lei 13.431/2017 - Monografia. I.
Leão, Paulo Roberto Dantas de Souza. II.
Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III.
Título.

RN/UF/Biblioteca Setorial do CCSA
CDU 343.2/.7

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	5
2. CAPITULO 1	7
2.1 SISTEMA DE VALORAÇÃO DAS PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL	7
2.1.1 O Sistema Tarifado	7
2.1.2 O Sistema da Convicção Íntima do Juiz	8
2.1.3 O Sistema do Livre Convencimento Motivado	9
3 CAPÍTULO 2	12
3.1.1 Acerca do ato libidinoso	13
3.1.2 Pontuações acerca da presunção de violência mencionada no antigo delito de estupro e a figura do vulnerável	15
4 CAPÍTULO 3	19
4.1 ASPECTOS PECULIARES QUANTO À PROVA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	19
4.1.1 Do exame de corpo de delito	19
4.1.2 Da prova testemunhal	21
4.1.3 Do reconhecimento pessoa e da palavra da vítima	23
4.1.4 Da prova testemunhal prestada por menores de 14 anos em face da Lei 13.431/2017	24
4.1.5 Do interrogatório e da confissão	28
4.1.6 Do dano psicológico sofrido pela vítima menor de 14 anos como prova	28
5 CONCLUSÃO	31
REFERÊNCIAS	33

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por tema a valoração da prova no delito de estupro de vulnerável no Direito Processual Penal brasileiro, atendo-se especificamente ao *caput* do artigo 217-A do Código Penal, ou seja, limitando-se à figura do menor de 14 (quatorze) anos enquanto vítima.

É incontestável o fato de que tal delito é extremamente comum e por sua própria natureza, é cometido às ocultas, inexistindo, muitas vezes, prova testemunhal. Ademais, por vezes, o exame de corpo de delito não é realizado, ou, se realizado, é inconclusivo, uma vez que nem sempre restam vestígios dos atos do agente, a exemplo do sexo oral ou de outros atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

A ausência de corpo de delito e de prova testemunhal dificulta sobremaneira a colheita de provas, de modo que muitas vezes resta ao julgador apenas a palavra da vítima, ainda criança ou adolescente. Se normalmente a palavra da vítima já pode ser eivada de vícios em virtude do abalo emocional sofrido por ocasião da agressão, temerário seria adotar como verdadeiro o depoimento de uma criança vitimada por agressão tão mordaz, sem fazer análise cuidadosa, ou confrontar tal depoimento com elementos secundários coligidos aos autos.

O presente trabalho tece sobre mencionada problemática, adentrando primeiramente nos modelos de valoração da prova mais conhecidos – o Sistema Tarifado, o Sistema da Convicção Íntima do Juiz, e o Sistema do Livre Convencimento Motivado. Em seguida, no segundo capítulo, é feita breve explanação sobre as principais mudanças acarretadas nos tipos penais de estupro e estupro de vulnerável com a reforma penal e a Lei nº 12015/2009; pontuando-se, também, sobre a presunção de violência mencionada no antigo artigo 213 do Código Penal e a figura do vulnerável, apresentada no atual artigo 217-A do Código Penal.

No último capítulo, são abordados os aspectos peculiares concernentes à prova nos crimes contra a dignidade sexual, perpassando pelo exame de corpo de delito, pela prova testemunhal, pelo reconhecimento da pessoa e da palavra da vítima, pelo testemunho prestado pelo menor de 14 anos, pelo interrogatório e da confissão, e finalmente pelo dano psicológico sofrido pela vítima menor de 14 anos

como prova. Serão considerados também os reflexos da Lei 13.431/2017 na colheita do depoimento da vítima, suas inovações e impactos sobre o processo.

A problemática reside, então, no como o julgador poderá ou deverá valorar as escassas provas apresentadas, a fim de formar seu convencimento e chegar à verdade real dos fatos. O julgador, portanto, pode valer-se dos recursos atualmente disponibilizados por alguns tribunais para colher da vítima elementos de prova sem infligir a ela o constrangimento de prestar depoimento em Juízo; pode simplesmente inquirir a vítima menor e desempenhar sua função tal qual faria com qualquer outro feito; pode ainda desconsiderar a palavra da vítima e ater-se a outros elementos de prova, caso existam nos autos.

A discussão sobre o assunto é vasta e vem se modificando ao passo em que surgem novas técnicas e recursos multidisciplinares para auxiliar o magistrado. Alguns aspectos sobre a temática serão tratados a seguir.

2 CAPÍTULO 1

2.1 SISTEMA DE VALORAÇÃO DAS PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

No Direito Processual Penal há três sistemas de valoração das provas: o sistema tarifado, também chamado sistema da prova legal; o sistema da convicção íntima do juiz, ou sistema da certeza moral, ou ainda, do livre convencimento; e o sistema do livre convencimento motivado, igualmente conhecido por sistema da persuasão racional.

2.1.1 O Sistema Tarifado

O sistema tarifado, ou sistema da prova legal, da certeza legal, ou ainda da verdade legal, segundo Pacelli, seria o resultado da superação do sistema inquisitivo, pois objetivava mitigar o excesso de poderes conferidos ao juiz, ao instituir um modelo rígido de apreciação da prova, no qual tanto se estabelecia determinados tipos de provas para determinados delitos, quanto se valorava previamente as provas.

Tal sistema consiste naquele em que cada prova teria um valor específico previamente atribuído pela lei, de modo que o magistrado estaria atrelado a esses valores hierárquicos, devendo apegar-se a eles e prolatar sentença conforme o “peso” de cada prova apresentada ao longo da instrução processual.

Vinculado dosimetricamente às provas apresentadas, o magistrado não poderia avaliá-las de outro modo, a não ser conforme a “tarifa” estabelecida previamente; assim adotou-se o nome de Sistema Tarifado.

Conforme o professor Capez doutrina: “não existe convicção pessoal do magistrado na valoração do contexto probatório, mas obediência estrita ao sistema de pesos e valores imposto pela lei.” (CAPEZ, 2012, p.399) Assim, uma confissão obtida mediante tortura infligida ao acusado teria mais valor do que a prova testemunhal, de modo que por muitas vezes, as provas eram valoradas de modo a contrariar a verdade dos fatos, não tendo o juiz autonomia de abordá-las de forma diversa a fim de prestigiar a própria Justiça.

Neste exato sentido, Adalberto José Queiroz Teles de Camargo Aranha exemplifica tamanha incongruência de ordem prática:

Como paradoxo, pode chegar-se ao absurdo de negar a verdade, porque dita por uma só testemunha: (testis unus, testis nullus), ou validar uma mentira berrante, porque fruto dos depoimentos de duas pessoas (testibus duobus fide dignid credendum). (ARANHA, 1996, p.64)

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco, exemplo desse sistema é dado pelo antigo processo germânico, em que a prova representava uma invocação a Deus e não cabia ao juiz fazer juízo de valor acerca do caso levado ao seu conhecimento, mas somente auxiliar as partes na obtenção da decisão divina. Esse modelo igualmente predominou na Europa, no direito romano-canônico e no direito comum.

Embora esse modelo não seja mais adotado pela legislação pátria, tampouco adotado pela atividade jurisdicional, parte da doutrina assevera que há, hodiernamente, resquícios desse modelo de valoração de provas. Neste sentido, defende Paulo Rangel:

(...) em seu art. 158 c/c art. 564, III, b, a lei exige exame de corpo de delito nas infrações penais que deixam vestígios, sob pena de nulidade. Ou seja, para a lei, somente poderá ser provado o fato se houver exame de corpo de delito, pois, do contrário, haverá nulidade do processo. (RANGEL, 2009, p. 469)

Com o passar do tempo, passou-se a almejar mais um resultado justo através de um sistema de valoração de provas menos controlado pelo legislador e mais democrático, caindo em desuso.

2.1.2 O Sistema da Convicção Íntima do Juiz

Conforme Nilo Bairros de Brum, o sistema da convicção íntima do juiz teria surgido no século XVIII, após a Revolução Francesa, em reação ao sistema da prova legal. Em linha divergente, Hélio Tornagui o define como o sistema primitivo de todos os povos, e exemplifica sua tese com o povo romano.

Segundo o sistema do livre convencimento, o magistrado teria total poder para valorar as provas, independentemente de motivação, podendo fazê-lo de acordo com suas crenças pessoais ou valores preconcebidos. Parte da doutrina

afirma, inclusive, que o magistrado poderia valer-se também de elementos que não estivessem nos autos para firmar decisão e sentença.

Se o modelo da prova tarifada representava profundas reservas do legislador quanto à autoridade judiciária, no modelo da íntima convicção essa situação é invertida. Ao magistrado, portanto, é atribuída total confiança em suas habilidades, conferindo-lhe o legislador poder para fazer juízo de valor sem necessidade de explicações, ou mesmo referência a qualquer valoração estabelecida anteriormente.

Assim, o juiz poderia absolver ou condenar, sem necessariamente fundamentar sua decisão, mesmo que contrária à prova dos autos, ou mesmo que baseado apenas em suas impressões pessoais.

Tal modelo traz consigo grandes riscos de arbitrariedades, excessos, julgamentos parciais e tendenciosos, apresentando riscos à segurança jurídica por atribuir ao magistrado poder em demasia. Representando sério risco ao Estado Democrático de Direito e aos princípios processuais basilares, essa forma de valoração da prova foi abandonada.

Todavia, esse sistema ainda é usado na instituição do Júri em alguns ordenamentos jurídicos, bem assim, nos tribunais de honra em países como Itália, Portugal e Alemanha, conforme assevera Helio Tornaghi.

No que tange à legislação pátria, nos dizeres de Eugênio Pacelli de Oliveira o Direito Processual Penal, em necessário progresso, “caminhou para o sistema do livre convencimento motivado, ou da persuasão racional” (OLIVEIRA, 2008, p. 782).

2.1.3 O Sistema do Livre Convencimento Motivado

Por fim, o sistema do livre convencimento motivado, ou sistema da persuasão racional, adotado atualmente pela legislação processual penal brasileira, permite que o magistrado aprecie as provas dos autos com liberdade para avaliá-las, devendo, contudo, fazê-lo de forma fundamentada. Assim giza a Carta Magna acerca do assunto:

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

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais

a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (...) (BRASIL, Constituição Federal)

Com a alteração necessária para adequar a norma processual à Lei Maior, o Código Processual Penal passou a estabelecer:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, Código de Processo Penal)

Desse modo, o magistrado possui liberdade para apreciar as provas constantes dos autos - *quod non est in actis non est in mundo* -, devendo fundamentar sua decisão segundo a boa técnica. Com as palavras de Nilo Bairros de Brum, neste sistema, presume-se que “os juízes possuem capacitação técnica e podem socorrer de conhecimento de técnicos de outras áreas quando a prova depender de saberes alheios à sua capacitação”. Ainda conforme o doutrinador José Frederico Marques:

(...) o juiz deve decidir com relação à sã crítica, não tem a liberdade de raciocinar discricionariamente, arbitrariamente. O livre convencimento deve conjugar a lógica e a experiência, sem excessivas abstrações de ordem intelectual, mas observando sempre os preceitos e métodos que tendem a assegurar o mais acertado e eficaz raciocínio. (MARQUES, 1961, v. II, p.299)

Complementando, cabe mencionar o doutrinador português Jorge de Figueiredo Dias, quando acertadamente coloca:

(...) a liberdade de apreciação da prova é, no fundo, uma liberdade de acordo com um dever – o dever de perseguir a chamada verdade material -, de tal sorte que a apreciação há de ser, em concreto, reconduzível a critérios objectivos e, portanto, em geral susceptível de motivação e controle. (DIAS, 1981, v. I, p.202-203)

Ademais, o magistrado, ao fundamentar sua decisão, deve fazê-lo de modo claro e coerente, como se fosse convencer a si próprio e as partes, atendo-se ao fato de que sua decisão poderá ser revista ou mesmo reformada pela Egrégia Corte. Ante o exposto, o modelo do livre convencimento motivado é bem diverso do sistema da convicção íntima do juiz; está tão longe da taxatividade imposta pelo sistema tarifado, quanto da anarquia na apreciação da prova vista no sistema da convicção íntima do juiz.

Como registrado, os sistemas não possuem data certa para início de sua prática, ou mesmo abandono de sua utilização, havendo quem diga que ainda restam resquícios dos dois primeiros sistemas nos dias atuais.

Todavia, o ponto fundamental a ser fincado consiste em que qualquer prova, no Direito Processual Penal, mesmo a confissão “rainha das provas” não possui valor absoluto que a torne irrefutável; ainda, todas as provas devem ser avaliadas pela autoridade judicial, que as valorará motivadamente, fundamentando sua decisão ao utilizar-se da boa técnica, e com fim de alcançar a verdade real.

3 CAPÍTULO 2

3.1 ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS NOS DELITOS DE ESTUPRO E DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Os crimes sexuais sofreram importantes modificações legislativas nos últimos anos com a reforma penal e a Lei nº 12015/2009, sobretudo no que tange à figura jurídica do vulnerável e da conjunção de duas figuras distintas – estupro e atentado violento ao pudor. Com a reforma do Capítulo I do TÍTULO VI do Código Penal, foram criados os artigos 213 e 217-A, crimes de estupro e de estupro de vulnerável, respectivamente, como segue:

Estupro

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 resulta 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 resulta morte:

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

(...)

Estupro de vulnerável

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

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

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

§ 2º (VETADO)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

Nucci explica a importante alteração na lei:

Deve-se deixar bem claro não ter havido revogação do art.214 do CP (atentado violento ao pudor) como forma de abolitio criminis (extinção do delito). Houve uma mera novatio legis, provocando-se a

integração de dois crimes numa única figura delitiva, o que é natural e possível, pois similares. (NUCCI, 2009, p.815-816)

3.1.1 Acerca do ato libidinoso

Tendo em vista o momento social em que vivemos, onde a moralidade é diariamente colocada em cheque, onde vemos a valorização do corpo e da sexualidade de forma cada vez mais evidente é de fundamental importância compreender o que se deve considerar ato libidinoso. Não há pacificação quanto ao que seja, há quem diga que qualquer ato com fim sexual seria libidinoso para os efeitos da lei, há quem seja muito menos restritivo.

Capez (2013, p. 26) assevera que todo ato destinado a satisfazer a lascívia e o apetite sexual pode ser considerado um “coito anormal”, logo atentado violento ao pudor. Dentre as figuras possíveis estão inclusive o beijo lascivo, podendo se configurar ato libidinoso mesmo sem o contato de órgãos sexuais.

A jurisprudência tem entendido que alguns comportamentos, ainda que com conotação sexual e portanto merecedores de reprimenda estatal, não devem receber a mesma sanção de um estupro violento. São exemplos:

Atentado violento ao pudor. Desclassificação. Acusado de constranger menina de 09 anos de idade, consistindo em abraçar e beijar o rosto da vítima, e passar a mão pelo corpo e órgão genital da ofendida, mediante violência presumida. Tendo a prova demonstrado que a conduta do acusado não passou de manifestações eróticas, diversas do ato libidinoso propriamente dito, pela severidade da pena prevista ao delito de atentado violento ao pudor, deve ocorrer a desclassificação para o artigo 65 da lei das contravenções penais, sob pena de ferir-se o princípio da proporcionalidade penal. Improvido o recurso do ministério público.

(Recurso em sentido estrito nº 70004091088, 8ª Câmara Criminal, TJRS, Rel. Des. Marçõ Antonio Ribeiro de Oliveira, j. em 05.06.02)

Penal. Atentado violento ao pudor e importunação ofensiva ao pudor: O toque superficial e fugaz, por sobre as vestes, nos seios e na região genital da ofendida, ainda que uma menina de apenas nove anos de idade, pelo agente, sem comprovada intenção de manutenção de relações sexuais, não caracteriza atentado violento ao pudor, do art. 214 do CP, mas importunação ofensiva ao pudor, do art. 61 da Lei de Contravenções Penais.

(Apelação crime 70002105344, Câmara Especial Criminal, TJRS, Rel. Des. Vladimir Giacomuzzi, j. em 28.08.01.)

Atentado violento ao pudor. Inocorrência. Desclassificação para contravenção penal de perturbação de tranquilidade. Mero fato de acariciar as nádegas, sem a ocorrência de outros fatos libidinosos. Recurso defensivo parcialmente provido.

(TJRS, Apelação Crime n.º 699437786, 8ª Câmara Criminal, Rel. Des. Março Antônio Ribeiro de Oliveira, jul. em 29/09/1999.)

Apelação-crime. Atentado violento ao pudor. Proporcionalidade: não é qualquer ato que constitui o antigo atentado violento ao pudor. Desclassificação. Ato obsceno. Art. 233 do CP. Deram parcial provimento aos apelos ministerial e defensivo (unânime).

(Apelação Crime Nº 70042286237, Quinta Câmara Criminal, TJRS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 25/05/2011.)

Apalpadela dos seios de menor. Atentado violento ao pudor. Proporcionalidade. Desclassificação. Ato obsceno. O ato de apalpar os seios da vítima, criança de 12 anos de idade, merece reprimenda, mas na proporcionalidade com a gravidade do fato que, diferentemente de outros, não atinge as características de violência e repudio do atentado violento ao pudor. A resposta jurisdicional pretendida daria ao fato a mesma sanção de um homicídio simples, o que evidencia a desproporção entre a ação e sanção alvitada no recurso da acusação. A presunção de violência não pode atingir o injusto. Reprimenda necessária que se faz com a desclassificação do delito, tal como promovida na sentença. O crime é de ato obsceno tipificado no artigo 233, CP. Recurso ministerial desprovido.

(Apelação Crime Nº 70000765230, Quinta Câmara Criminal, TJRS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 22/03/2000.)

Tendo em vista o acima exposto, embora há de se considerar o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul como talvez um dos mais liberais e inovativos do país, percebe-se a tendência em descaracterizar condutas que não envolvam o coito propriamente dito como atos libidinosos. Acreditamos, no entanto ser essa uma tendência perigosa, haja visto a evolução tecnológica e mesmo social que abre diversas possibilidades de abuso.

3.1.2 Pontuações acerca da presunção de violência mencionada no antigo delito de estupro e a figura do vulnerável

Antes da alteração legislativa, os delitos de estupro (artigo 313 do CP) e atentado violento ao pudor (artigo 214 do CP) eram praticados mediante violência ou grave ameaça. Todavia, se praticados contra menor de 14 anos, pessoas “alienadas” ou “débeis mentais”, ou por quem não podia oferecer resistência, restava configurada a chamada presunção de violência, de modo que, mesmo sem haver violência real, ficava presumida a violência em face da condição especial da vítima.

Sem dúvida, diversos foram os questionamentos e debates acerca da “presunção de violência”, já que o próprio termo “presunção” traz a idéia de natureza subjetiva.

Todavia, de acordo com a redação atual do artigo 217-A, estupro de vulnerável é “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”, não existindo margem para questionamento ou menção à “presunção” de nenhum elemento. Desse modo, basta que a vítima seja menor de 14 (quatorze) anos para que o delito seja configurado, mesmo que a vítima tenha histórico de prostituição, vadiagem, de dependência química, ou mesmo relacionamento amoroso com o acusado.

Explicou a alteração na legislação do doutrinador Rogério Greco: “(...) com louvor, visando acabar de vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da lei 12.015, o delito que se convencionou chamar de estupro de vulnerável” (GRECO, 2013, p. 703).

No mesmo sentido, tem decidido o STJ:

O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta do recorrido - que praticou conjunção carnal com menor que contava com 12 anos de idade - subsume-se ao tipo previsto no art. 217-A do Código Penal, denominado estupro de vulnerável, mesmo diante de eventual consentimento e experiência sexual da vítima. 2. Para a configuração do delito de estupro de vulnerável, são irrelevantes a experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 anos. Precedentes. 3. Para a realização objetiva do tipo do art. 217-A do Código Penal, basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou in casu. 4. Recurso especial provido para condenar o recorrido em relação à prática do tipo penal previsto no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, e determinar a cassação do acórdão a quo, com o

restabelecimento do decisum condenatório de primeiro grau, nos termos do voto. (STJ, REsp 1371163 / DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, j. 25/06/2013). (grifo nosso)

A configuração do tipo estupro de vulnerável prescinde da elementar violência de fato ou presumida, bastando que o agente mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de catorze anos, como se vê da redação do art. 217-A, nos termos da Lei n.º 12.015/2009." (EDcl no AgRg no Ag 706012 / GO, 5ª Turma, relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 22/03/2010). (grifo nosso)

Presunção absoluta no antigo art. 224, a, do CP: "a presunção de violência prevista no art. 224, 'a', do Código Penal é absoluta, sendo irrelevante, penalmente, o consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo" (STJ, AgRg no REsp 1382136 / TO, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, j. 03/09/2013). (grifo nosso)

Esse posicionamento é ratificado por uma grande parcela dos profissionais da área de saúde, os quais definem que o menor teria capacidade para decidir sobre a vida sexual na faixa etária acima dos 14, uma vez que esta idade é a fase da puberdade, em que se expressam transformações psicológicas que estabelecem a maturidade. Nesse sentido, leciona Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho:

Boa parte dos profissionais da área de saúde e das ciências humanas tem definido a faixa etária acima de 14 anos de idade como a fase da puberdade conceituada esta como o conjunto de transformações psicofisiológicas ligadas à maturação sexual, daí a escolha desta idade como marco a partir do qual se instala, no terreno sexual, a capacidade de consentir, pelo legislador brasileiro. (CARVALHO, 2005. P.26-27)

No entanto, é útil pontuar a necessidade de que o acusado tenha conhecimento sobre a idade da vítima para se ter configurado o delito. Assim tem entendido o Superior Tribunal de Justiça:

O fato é que a condição objetiva prevista no art. 217-A se encontra presente e, portanto, ocorreu o crime imputado ao agravante. Basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de catorze anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou in casu (fls. 1/2, 88/95 e 146/159), para se caracterizar o crime de estupro de vulnerável, sendo dispensável, portanto, a existência de violência ou grave ameaça para tipificação desse crime, cuja conduta está descrita no art. 217-A do Código Penal." (STJ, AgRg no REsp 1407852 / SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, j. 05/11/2013).

Na hipótese em que o acusado desconhece a idade da vítima, e ainda tem motivos para crer que a mesma possui idade superior a quatorze anos, poderá ocorrer erro de tipo. A título de exemplo pode-se cogitar a possibilidade de o acusado ter conhecido a vítima em boate onde o acesso é restrito a maiores de 18 anos, a vítima ter compleição física correspondente a uma pessoa maior de 18 anos, e o acusado não saber, por qualquer outro meio, que a vítima possuía menos de 14 anos na data do fato. Assim, ocorreria erro sobre elemento constitutivo do tipo penal. Frise-se que o erro de tipo poderia recair apenas sobre a idade da vítima, nunca sobre sua vulnerabilidade. Nesse sentido, inclusive há precedente:

ESTUPRO - ABSOLVIÇÃO - NECESSIDADE - DESCONHECIMENTO DA IDADE DA VÍTIMA - ERRO DE TIPO - ARTIGO 20 DO CÓDIGO PENAL - Impõe-se a absolvição quando o apelante pratica a ação típica incorrendo em erro sobre circunstância elementar, o que afasta a tipicidade da conduta. RECUSO PROVIDO.

(TJ-SP - APL: 00026815220088260360 SP 0002681-52.2008.8.26.0360, Relator: Willian Campos, Data de Julgamento: 05/05/2016, 15ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 16/05/2016)

PENAL - ESTUPRO - ABSOLVIÇÃO - NECESSIDADE - DESCONHECIMENTO DA IDADE DA VÍTIMA - ERRO DE TIPO - ARTIGO 20 DO CÓDIGO PENAL - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Impõe-se a absolvição quando o apelante pratica a ação típica incorrendo em erro sobre circunstância elementar, o que afasta a tipicidade da conduta. 2. O error aetatis afasta o dolo e consequentemente a adequação típica da conduta. 3. Recurso provido.

(TJ-MG - APR: 10456060496985001 MG, Relator: Pedro Vergara, Data de Julgamento: 25/02/2014, Câmaras Criminais / 5ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 10/03/2014)

CRIMINAL. ART. 244-A DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CONFIGURAÇÃO. CLIENTE OU USUÁRIO DO SERVIÇO PRESTADO PELA INFANTE JÁ PROSTITUÍDA E QUE OFERECE SERVIÇOS. NÃO ENQUADRAMENTO NO TIPO PENAL. DESCONHECIMENTO DA IDADE DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE DOLO. RECURSO DESPROVIDO.

I. O crime previsto no art. 244-A do ECA não abrange a figura do cliente ocasional, diante da ausência de "exploração sexual" nos termos da definição legal.

II. Hipótese em que o réu contratou adolescente, já entregue à prostituição, para a prática de conjunção carnal, o que não encontra enquadramento na definição legal do art. 244-A do ECA, que exige a submissão do infante à prostituição ou à exploração sexual.

III. Caso em que a adolescente afirma que, argüida pelo réu acerca de sua idade, teria alegado ter 18 anos de idade e ter perdido os documentos, o que afasta o dolo da conduta do recorrido.

IV. A ausência de certeza quanto à menoridade da "vítima" exclui o dolo, por não existir no agente a vontade de realizar o tipo objetivo. E, em se tratando de delito para o qual não se permite punição por crime culposos, correta a conclusão a que se chegou nas instâncias ordinárias, de absolvição do réu.

V. Recurso desprovido.

(STJ - REsp: 884333 SC 2006/0192434-4, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 10/05/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 29.06.2007 p. 708)

4 CAPÍTULO 3

4.1 ASPECTOS PECULIARES QUANTO À PROVA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Ocorrendo um delito contra a dignidade sexual, passa a haver necessidade de colheita de provas que, em face do princípio da presunção de não culpabilidade, é de ônus da acusação. Embora de natureza material, tais delitos são de difícil comprovação em face de sua própria natureza.

Uma primeira dificuldade na obtenção da prova é a rapidez com que perecem, muitas vezes não sendo exitosa a realização de perícia em face do decurso do tempo, por exemplo. Considerando ainda que nem todas as formas de consumação ou tentativa dos delitos de natureza sexual deixam vestígios capazes de serem identificados em sede de corpo de delito.

A seguir discorreremos sobre as formas de coleta de provas, seu peso e impacto em especial sobre a vítima. Nesse diapasão é de fundamental relevância a redação da lei 13.431/2017 que traz regulamentação própria para a coleta de testemunho da vítima menor de 14 anos.

4.1.1 Do exame de corpo de delito

Tourinho Filho explana: “Quando a infração deixa vestígios, por exemplo em um caso de estupro, é necessário o exame de corpo de delito, isto é, a comprovação dos vestígios materiais por ela deixados torna-se indispensável”. (TOURINHO FILHO, 1999, p. 256).

Assim, seria lógico deduzir que a falta de exame de corpo de delito importaria na nulidade de qualquer prova produzida para sua substituição, e conseqüente absolvição do acusado. Todavia, tal regra tem sido deveras excepcionada:

É irrelevante o resultado negativo do laudo de corpo delito. A materialidade do crime de atentado violento ao pudor – hoje estupro – prescinde da realização do exame de corpo delito, porque nem sempre deixa vestígios detectáveis, sendo que a palavra da vítima, corroborada por prova testemunhal idônea tem relevante valor probante e autoriza a condenação quando em sintonia com os outros elementos de prova. (Ap. 2000 03.1.011076- 7, 1ª T., rel. Mario Machado, 19.07.2007)

Por outro lado, ainda que possível a realização de exame de corpo de delito, mesmo que este ateste ter havido algum ato sexual entre acusado e vítima, a perícia dificilmente poderá averiguar que tal ato tenha sido cometido contra a vontade da vítima, ou mesmo com violência ou ameaça. Tece seu raciocínio, Capez:

O laudo pericial deve comprovar ainda a violência empregada, pois a mera comprovação da conjunção carnal não é capaz de mostrar 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. 40).

Todavia, como é sabido, nem sempre crimes sexuais deixam elementos a serem analisados, a exemplo das hipóteses de tentativa, ou submissão da vítima logo após grave ameaça, não ejaculação do agente. Deve-se ainda incluir nesse rol os diversos atos libidinosos que podem configurar delito de estupro e que dificilmente deixam vestígios, como o sexo oral, beijos lascivos, toques impudicos, etc.

Acrescente-se a isso a compreensível atitude da vítima que inúmeras vezes toma banho e se higieniza logo após o ato, em desespero, sentindo nojo do agressor e de si mesma. Tal prática prejudica deveras uma possível coleta de material para perícia. Ainda, acrescente-se as hipóteses em que a realização de perícia seria uma nova agressão à vítima, pois esta seria necessariamente exposta aos peritos numa situação deveras vexatória.

Nessas hipóteses acima enumeradas, e em outras tantas em que a perícia seria inviável, deve-se seguir os preceitos do artigo 167 do Código de Processo Penal: “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”. (BRASIL, Código de Processo Penal) Vasta jurisprudência no mesmo sentido:

“(...) nos crimes sexuais a ausência de laudo pericial não afasta a materialidade do delito, tendo em vista que, praticado na clandestinidade e muitas vezes não deixando vestígios, a palavra da vítima em consonância com a prova testemunhal autoriza a condenação” (STJ, HC 240393 / BA, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD, j. 18/06/2013).

Entretanto, a prova testemunha 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)

4.1.2 Da prova testemunhal

Alternativa à falta de corpo de delito, a prova testemunhal também é escassa, uma vez que por sua própria natureza, delitos sexuais geralmente não são cometidos em público, ou à vista das pessoas. Pelo contrário, o agressor tende a se prevalecer da ausência de pessoas que poderiam ajudar a vítima, para consumir a violência, de modo que, esses são delitos em grande maioria cometidos à sorrelfa, às escondidas, prejudicando em demasia a colheita de prova testemunhal.

Entretanto, caso haja testemunhas, essas serão de suma importância para a comprovação do crime, especialmente diante da falta de exame de corpo de delito. As testemunhas são como os olhos e ouvidos da Justiça, dizia-se outrora; isso porque podem descrever diretamente para o magistrado o modo como o delito ocorreu, esclarecer dúvidas, narrar pormenores, falar sobre as circunstâncias do crime, o comportamento do agressor, as reações da vítima, etc.

Sobre tal modalidade de prova, leciona Fernando Capez:

Em sentido lato, toda prova é uma testemunha, uma vez que atesta a existência do fato. Já em sentido estrito, testemunha é todo homem, estranho ao feito e eqüidistante das partes, chamado ao processo para falar sobre fatos perceptíveis a seus sentidos e relativos ao objeto do litígio. É a pessoa idônea, diferente das partes, capaz de depor, convocada pelo juiz, por iniciativa própria ou a pedido das partes, para depor em juízo sobre fatos sabidos e concernentes à causa. (CAPEZ, 2012, p. 295)

Complementando esse entendimento, Julio Fabbrini Mirabete aduz:

Testemunha é a pessoa que, perante o juiz, declara o que sabe acerca dos fatos sobre os quais se litiga o processo penal ou as que são chamadas a depor, perante o juiz, sobre suas percepções sensoriais a respeito dos fatos imputados ao acusado. Isto porque, o conhecimento da testemunha a respeito dos acontecimentos lhe é fornecido pelos seus sentidos, em especial a visão e a audição, não se podendo excluir, também, em determinadas hipóteses, o paladar, o olfato e o tato (MIRABETE, 2000, p. 292).

A prova testemunhal é produzida diretamente para o juiz, na presença das partes, podendo o magistrado analisar a veracidade ou não das declarações

prestadas em Juízo, o que importa numa grande influência sobre o convencimento do juiz quando do momento decisório.

Em princípio, nos termos do artigo 202 do CPP, qualquer pessoa pode testemunhar, não podendo a testemunha se eximir da obrigação de depor (artigo 206 do CPP). Contudo, a lei admite exceções às seguintes pessoas ao dever de testemunhar: o ascendente, o afim em linha reta, o cônjuge mesmo que divorciado, o irmão, o pai, a mãe ou o filho adotivo do acusado. Tal exceção se deve ao fato de que tais pessoas dificilmente prestariam depoimento com a imparcialidade que se espera das demais testemunhas.

Quanto ao papel do magistrado diante da prova testemunhal, tem-se que avaliar a prova testemunhal não é o mesmo que verificar o valor probatório dos testemunhos, como assevera Hélio Tornaghi:

Ao formar a sua convicção, deve o juiz fazer um exame psicológico da testemunha e um estudo lógico do depoimento. Mas as questões de psicologia e de lógica, conquanto muito interessantes, não são objeto da ciência jurídica. Aqui interessam as normas de Direito relativas à ponderação da prova testemunhal. (...)

Tal como qualquer outra, essa prova é apreciada pelo juiz, no Direito brasileiro, com a mais absoluta liberdade, isto é, sem vinculação a nenhum padrão preestabelecido. É o sistema da livre convicção. O juiz examina o conteúdo e a forma do depoimento; pesa-o, e chega a uma conclusão como qualquer pessoa normal. A própria recusa de depor, embora ilícita, é elemento de convicção e pode levar o juiz a uma interpretação correta das razões dessa atitude e do que ela significa com relação à inocência ou à culpa do réu. (TORNAGHI, 1995, p. 428)

Ante o exposto, tem-se que o magistrado deverá observar a testemunha, analisar suas circunstâncias sociais ou psicológicas, a título de aferir maior ou menor credibilidade a seu testemunho. Por exemplo, o juiz pode analisar a profissão da testemunha, seus antecedentes criminais, seu estado emocional durante o delito e durante o depoimento em Juízo, a firmeza de suas respostas, etc.

Em seguida, o conteúdo do depoimento pode ser analisado, sendo importantes as contradições, incoerências, concordâncias com elementos secundários ao fato.

Por fim, o julgador analisa o valor probatório dos testemunhos, atento ao fato de que é comum ao ser humano diminuir a gravidade de fatos presenciados num passado remoto, principalmente se houver algum constrangimento da testemunha em face da solenidade típica do Judiciário, ou imposta pela presença do acusado.

Outro ponto é o de que mesmo que haja apenas uma testemunha, suas declarações não serão descartadas por serem únicas. Assim, se estiverem em consonância com as demais provas produzidas, serão de grande valia. Ensina o mestre Mirabete “que não vigora no nosso direito o brocado “*testis unus, testis nullus*”. Uma só testemunha faz prova bastante para a decisão quando o seu depoimento se harmoniza com o mais que se apurar no processo” (MIRABETE, 2012, p. 306).

4.1.3 Do reconhecimento pessoal e da palavra da vítima

Nos crimes sexuais a palavra da vítima recebe maior importância, já que esta espécie de crime nem sempre conta com exame de corpo de delito ou provas testemunhais. Assim, caso a vítima preste depoimento com convicção, de forma coerente e clara, sua palavra poderá ser suficiente a um decreto condenatório.

Têm entendido os tribunais:

(...) nos crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima é importante elemento de convicção, na medida em que esses crimes são cometidos, frequentemente, em lugares ermos, sem testemunhas e, por muitas vezes, não deixam quaisquer vestígios, devendo, todavia, guardar consonância com as demais provas coligidas nos autos. (AgRg no REsp 1346774/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, j. 18/12/2012)

(...) É ponto pacífico na doutrina e jurisprudência pátria, que nos crimes sexuais a palavra da vítima assume relevância especial e tal declaração pode ser suficiente para o decreto condenatório, conforme demonstrado in casu. (...) Deve-se levar em conta que, uma das peculiaridades dos crimes sexuais é quanto a valoração das provas, tendo em vista que a prova, no crime de estupro de vulnerável é sempre de difícil obtenção, seguindo os mesmos aspectos da prova do crime de estupro. No entanto, no caso do estupro de vulnerável, o legislador teve a intenção de punir o agente, independente de ter a vítima consentido ou não com o ato. Na exposição de motivos do Código de Processo Penal, o legislador salientou que todas as provas têm a mesma valoração, cabendo ao Magistrado, dentro do princípio da livre convicção fundamentada, analisar o conjunto probatório e chegar a uma conclusão quanto as provas que mais se aproximam da verdade dos fatos. Nessa senda, a prova testemunhal tem peso extraordinário, em especial no processo penal, conforme o dizer de Tourinho Filho: "Em geral, as infrações penais só podem ser provadas em juízo por pessoas que assistiram ao fato ou dele tiveram conhecimento. Assim, a prova testemunhal é uma necessidade". Em relação à palavra da vítima, imperioso salientar que, via de regra, tem valor probatório juris tantum, no entanto, no caso de crimes de natureza sexual, se reveste de especial importância, em razão desse tipo de crime ser

normalmente cometido às escondidas, sem a presença de testemunhas e nem sempre conta com a prova material. Assim, conforme preceitua Gonçalves em relação a palavra da vítima: "Caso seja prestada com convicção e de forma coerente, sua declaração pode ser suficiente para o decreto condenatório. 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. (STJ - AREsp: 1012606 AM 2016/0295059-2, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Publicação: DJ 13/02/2017)

Muitas vezes, no entanto, vítima e agressor se conhecem, possuem um relacionamento, ou mesmo a vítima mantém um grau de submissão em relação ao autor. Esse fator contribui para que a vítima se cale, ou mesmo falte com a verdade em Juízo. Nestas hipóteses, a vítima pode não ser capaz de narrar os fatos tais como aconteceram, ao julgador, e sua palavra não será meio apto a produzir prova.

Tal problemática não é rara, vez que a vítima de crime sexual, tendo sua intimidade violada e exposta, é levada a estados emocionais intensos e perturbadores, passando pelo medo, a ira, a depressão, o desejo de vingança. Assim, caso sua palavra contrarie os elementos colhidos durante a instrução, não poderá ser aceita como verdadeira.

O reconhecimento pessoal geralmente é feito pela vítima, cuja palavra mais uma vez deve ser considerada. Em muitos casos, por não conhecer o agressor, a vítima não tem outro critério para a determinação do delinquente, senão sua aparência, sua fisionomia, estatura, seu físico e vestimentas.

Ante o pontuado, tem-se que “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)

4.1.4 Da prova testemunhal prestada por menores de 14 anos em face da Lei 13.431/2017

Especificamente no que tange a delitos cujas vítimas sejam crianças ou adolescentes, há maior dificuldade na colheita de provas, como pontuado no subtítulo 4.1.2, e ainda mais por serem desacreditadas pela sociedade em face de sua idade e imaturidade emocional. Desse modo, uma vez que haja dúvida quanto

ao depoimento da vítima menor, o julgador pode se ver em uma situação deveras difícil, ante um conjunto probatório frágil.

Não há proibição legal sobre testemunhos prestados por crianças e adolescentes, mas a situação pessoal do menor também deverá ser analisada para que o julgador valere seu testemunho. Estando o menor muitas vezes em situação delicada, ou situação de influência, ameaça, necessidade, sugestionamento, essa análise se torna bem mais difícil.

Muito se discute acerca da credibilidade de depoimentos prestados por menores em face da facilidade com que esses podem ser manipulados por terceiros. Admite-se, assim, o depoimento infantil como meio de prova, ficando a criança isenta de prestar compromisso. Todavia, reconhece-se as dificuldades em chegar-se à verdade real através desses depoimentos, apenas.

Há quem defenda que a criança é ser tão puro que mal sabe mentir; devendo, portanto, seu depoimento ser tomado como a exata reprodução da verdade. Por outro lado, há cientistas os quais afirmam que crianças de até 8 (oito) anos de idade não possuem ainda a habilidade necessária para distinguir realidade e imaginação em cem por cento das situações do cotidiano.

Segundo Nucci, o menor de 14 anos deverá ser ouvido como informante, sem prestar compromisso. Aponta o autor que, diante da fragilidade de testemunhos prestados por menores de 14 anos, muitos erros judiciais ocorrem; que principalmente as crianças são frágeis para reproduzir os fatos delitivos por ventura presenciados; e que fantasias ou mentiras seriam fruto da inexperiência da criança e da natural instabilidade emocional e psicológica que experimentam na tenra idade.

Adalberto José Aranha assevera:

Admite-se o depoimento infantil como meio de prova, mesmo porque em certos crimes é a única existente, porém será defeso o compromisso ao menor de catorze anos. O testemunho infantil merece ressalvas; é deficiente e perigoso. Por conter defeitos psicológicos e morais não pode ser recebido como juízo de plena certeza (ARANHA, 1999, p. 157-158).

Estudiosos apontam os seguintes fatores psicológicos que poderiam comprometer o testemunho infantil: a imaturidade orgânica e funcional, decorrente do desenvolvimento psíquico incompleto; a imaginação, atuando como meio de defesa ou de satisfação de desejos; a sugestibilidade, que surge aos cinco anos, tem seu ponto alto aos 8 anos, e então volta a decrescer; fatores morais, já que a

moralidade é adquirida pela criança ao longo do tempo, com base em estímulos externos.

Parte da doutrina, no entanto, defende que a criança, até certa faixa etária, não tem interesse em prejudicar as partes, de modo que suas afirmações seriam imparciais. Ainda, que embora uma criança vítima de estupro saiba, de alguma forma, que “algo errado” aconteceu, até certa idade ela não é capaz de valorar a violência sofrida, de modo que tende a reproduzir os fatos de forma mais objetiva e clara.

Por outro lado esse tipo de depoimento pode ser muito bem aproveitado, desde que haja o devido cuidado quanto à forma de sua obtenção. Daí as implementações de equipes multidisciplinares funcionando muitas vezes em salas próprias e adaptadas, capazes de contornar os vieses característicos dos depoimentos infantis. Tais equipes, de um modo geral, coletam informações ao interagir com a criança de modo livre, sem formato de uma audiência, sem as formalidades do Judiciário, e sem a presença das partes. Por vezes, magistrado, defesa e Ministério Público podem assistir a interação entre menor e equipe através de um vidro, sem serem vistos pela criança.

Equipes preparadas para a coleta de informações de vítimas menores têm tido sucesso na obtenção de elementos úteis e evitam uma nova vitimização da criança, pois abordam assunto tão delicado de forma muito menos agressiva. Investimento do Estado e desprendimento de tempo do julgador são essenciais para que os testemunhos prestados pelas crianças representem uma nova violência para elas. Ainda, um profissional habilitado, com contato suficiente com o menor será capaz de conquistar sua confiança e obter informações que não seriam conhecidas de outra forma.

Na prática, a valoração do depoimento do menor dependerá de seu conteúdo e de questões como seu comportamento e coerência de suas afirmações com as demais provas colhidas.

Como julgador, deve-se presumir a veracidade das provas colhidas; assim não fosse, nunca poderia um magistrado chegar a uma condenação penal. Nicola Framarino Dei Malatesta explica que:

A presunção, portanto, de que os homens em geral percebem e narram a verdade, presunção que serve de base a toda a vida social, é também base lógica da credibilidade genérica de toda a prova pessoal e testemunho em particular. Esta credibilidade genérica,

pois, que se funda na presunção de veracidade humana, é concretamente aumentada, diminuída ou destruída pelas condições particulares, inerentes ao sujeito individual do testemunho ou a seu conteúdo individual ou à sua forma individual [...] (MALATESTA, 2001, p. 321).

A Lei 13.431/2017 traz de forma clara e inovadora regulamentação específica para a colheita de testemunho de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. Traz, inclusive a possibilidade de violência institucional (Art. 4º, IV) ao considerar o risco de revitimização praticada por instituição pública ou conveniada, uma das razões principais da edição, portanto, da referida lei. Essa regulamentação busca garantir que o depoimento de menor de 14 anos tenha o mínimo de vícios possível através de processos e mecanismos que permitam a profissionais especializados inquirir de maneira especial os fatos junto à vítima ou testemunha de violência.

Dentre os institutos definidos pela lei encontram-se a Escuta Especializada e o Depoimento Especial:

Art. 7º Escuta Especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.

Art. 8º Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária.

A recomendação nº 33/2010 do Conselho Nacional de Justiça que sugeria aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes partes em processos judiciais foi mais adequadamente regulamentada. MASSOM (2018) aduz que:

A escuta especializada e o depoimento pessoal devem ser realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência (art. 10º), de forma que também sejam resguardados de contato, ainda que visual, com o suposto autor ou acusado, ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento (art. 9º).

Quanto ao procedimento, a lei dispõe que haja:

I - os profissionais especializados esclarecerão a criança ou o adolescente sobre a tomada do depoimento especial, informando-lhe os seus direitos e os procedimentos a serem adotados e planejando sua participação, sendo vedada a leitura da denuncia ou de outras peças processuais;

II - é assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos;

III - no curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo;

IV - findo o procedimento previsto no inciso II desse artigo, o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco;

V - O profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente;

VI - o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo;

Outras regulamentações protetivas foram introduzidas com a supracitada Lei com o intuito de garantir a segurança e integridade física e emocional do depoente menor de 14 anos. Entendemos serem essas medidas fundamentais para o desenrolar adequado de tal feito, que envolve diversos traumas e situações de risco.

4.1.5 Do interrogatório e da confissão

Sendo interrogado, o acusado poderá invocar seu direito constitucional de permanecer calado, e caso confesse, sua confissão ainda deverá ser confrontada com as demais provas produzidas.

Assim prediz o Código Processual Penal, em seu artigo 197:

O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância. (BRASIL, Código de Processo Penal.)

Busca-se, com isso, evitar a falsa confissão, motivada por medo, coação, deficiência mental, altruísmo, ou qualquer outro motivo. Mais uma vez o julgador deverá analisar as declarações prestadas a fim de verificar se são corroboradas com os demais elementos colhidos durante a instrução processual, a fim de se chegar à verdade real.

4.1.6 Do dano psicológico sofrido pela vítima menor de 14 anos como prova

Os delitos contra a dignidade sexual costumam causar sérios problemas emocionais e físicos nas vítimas. Em sua maior parte tais conseqüências podem ser atestadas minuciosamente por especialistas, tais como médicos, pedagogos, psicólogos e sociólogos.

Principalmente quando a vítima é criança ou adolescente, após o fato delitivo seu comportamento muda a olhos vistos. Decresce seu aproveitamento escolar, a criança para de brincar e se envolver com colegas, surgem perturbações do sono, disfunções alimentares, crises de ansiedade, depressão e outros problemas de ordem emocional, autoflagelação, suicídio.

O julgador pode, portanto, lançar mão de profissionais habilitados a atestar tais alterações sofridas pela vítima e utilizar esses estudos como prova na elucidação dos fatos. Tais exames periciais demonstram as conseqüências do fato delitivo, podendo elucidar acerca de sua existência, de fato.

Em outras situações, a vítima pode amenizar a sua narrativa, na tentativa – consciente ou não – de desculpar o agressor, ou superar o fato esquecendo-se de sua gravidade. Tal comportamento é mais comum quando o agressor é familiar da vítima, a quem esta é afeiçoada. Principalmente a criança cria, então, uma história alternativa, na qual muitas vezes passa a crer, motivada pelo medo de perder o convívio da pessoa do agressor, que embora tenha lhe causado um mal que não sabe explicar, lhe é pessoa querida, ou mesmo medo de sentir-se responsável por um possível afastamento em caso de condenação.

Malatesta explica:

Todo crime faz nascer no espírito do ofendido, uma perturbação que, tornando difícil a exata percepção das coisas, possibilita os enganos. Isto, principalmente, quando se trata de crime consistente em violência contra as pessoas ou acompanhado destas. (MALATESTA, 2001, p. 435)

Para atestar a profundidade dessas conseqüências do trauma sofrido pelas vítimas, evitar que elas influenciem negativamente na colheita de prova, ou mesmo para utilizá-las como forma de compor a prova - demonstrando que, de fato, a vítima sofreu mudança de humor e comportamento, por exemplo - é imprescindível a perícia técnica realizada por profissional abalizado.

A perícia psicológica serve, assim, para analisar o subconsciente das partes a através de laudos, exteriorizar a possível verdade. Silva afirma:

O poder judiciário entende que o parecer fornecido pelo psicólogo deva funcionar como um operador da verdade, que irá apenas constar tais fatos e quais argumento são verdadeiros e quais evidências servem realmente como provas. (SILVA, 2003, p. 177)

Para isso, mais uma vez torna-se imprescindível preparo dos funcionários e estrutura, para que as perícias e coletas de elementos comecem o quanto antes, vez

que o lapso temporal contribui para o esvaecimento das lembranças, especialmente em crianças. Neste sentido, Granjeiro e Costa leciona:

O ideal seria que as vítimas, especialmente crianças, comparecessem à delegacia no prazo de 24 horas para que, antes mesmo de o delegado tomar o depoimento dela, possa um psicólogo ouvir o relato da criança e já emitir um relatório prévio. (GRANJEIRO e COSTA, 2008, p. 20).

Com estas medidas, certamente a dificuldade de coleta de provas em crimes sexuais seria atenuada.

5 CONCLUSÃO

Os crimes contra a dignidade sexual são uma realidade brasileira. Sua natureza é bastante complexa, as pesquisas acerca do assunto são inexatas, suas conseqüências são nefastas. Todavia, tais delitos são ainda mais gravosos quando cometidos contra crianças e adolescentes, muitas vezes desprotegidos e incapazes de compreender os fatos e colaborar com depoimentos que reproduzam fielmente os momentos do crime.

E é com base na dificuldade em trazer elementos probatórios aos autos, já que esses delitos nem sempre deixam vestígios e raramente são praticados na presença de testemunhas, surge a preocupação acerca do valor probatório do depoimento prestado por menor de idade.

A solução é a de que o magistrado deve filtrar as provas, verificando se o depoimento da criança ou adolescente condiz ou não com os demais elementos dos autos. Em caso positivo, o depoimento pode sim ser aproveitado para a formação do convencimento do magistrado; caso contrário, deverá ser descartado, evitando que possível erro judiciário ocorra.

O Estado tem obrigação de proteger essas vítimas e aparelhar seus órgãos a fim de coibir tal prática delitativa, assim como, assistir às vítimas contribuindo para a minoração das conseqüências físicas e psicológicas, ainda, de promover o devido processo legal e a adequada punição do acusado em caso de condenação. Para tanto, ainda mais preparados devem ser os funcionários que lidarão diretamente com as vítimas, testemunhas e acusados, desde a fase inquisitória, até após a decisão do magistrado.

O julgador, para fielmente cumprir seu *mister*, deve analisar cuidadosamente cada indício e cada elemento de prova; analisar se cada perícia, testemunho ou confissão se coaduna com os demais elementos coligidos aos autos. A responsabilidade que paira sobre o juiz é bastante grande. As perguntas, impressões, comportamentos, entonação da fala, expressão corporal, tudo pode colaborar para o seu convencimento.

Certo de que sua decisão acarretará efeitos diversos para as partes, marcando incisivamente as vidas da vítima, do acusado e respectivos familiares, o julgador deverá, de acordo com modelo do livre convencimento motivado, ponderar

sobre os itens presentes nos autos, formar sua opinião, e motivá-la fundamentadamente. Deverá fazê-lo como se estivesse convencendo a si próprio ou às partes, de seus argumentos.

Para tanto, o juiz não está vinculado a qualquer perícia apresentada, qualquer depoimento, ou mesmo a uma confissão. Seu convencimento é livre e deve ser exercido com base na boa técnica, na sua *expertise*, homenageando os princípios processuais constitucionais, ao bom senso e à proporcionalidade.

Sábio é o magistrado que, podendo, utiliza-se de profissionais capacitados e técnicas menos agressivas para abordar a vítima menor de 14 anos, diminuindo o impacto que a agressão sofrida lhe causou e impedindo que ela sofra uma segunda vitimização ao ser perquirida sobre violação tão bestial de sua intimidade, sua sexualidade, sua saúde física e emocional, seu bem-estar e sua autoconsciência.

Caberá, então, ao magistrado - dentro do princípio da livre convicção fundamentada - valorar as provas obtidas, e concluir quanto às que mais o aproximam da verdade. Assim explanou o legislador quando da publicação do Código de Processo Penal e sua Exposição de Motivos: “Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que a outra.” (BRASIL, Código de Processo Penal)

As provas deverão ser valoradas pelo julgador, profissional preparado, imparcial e atento. Todavia, seu tato com as partes, seu raciocínio crítico, seu senso ao lidar com vieses tão delicados são imprescindíveis para se alcançar a verdade real amenizando efeitos negativos inevitavelmente surgidos com o cometimento do crime.

Ademais, delitos dessa espécie são problema social, largamente praticados contra os mais indefesos. O magistrado, ao bem desempenhar suas atribuições, funciona como instrumento para a melhoria social; o impacto de seu bom desempenho pode colaborar com a coibição desses delitos na comarca de sua lotação. Para tanto, muito se exige do julgador; muito além de conhecimento e técnica, é imprescindível o aguçamento de seu senso de humanidade e empatia.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 5ª ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Publicado no Diário Oficial da União em 13 de outubro de 1941. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte especial - dos crimes contra a dignidade sexual e dos crimes contra a administração Pública (arts. 213 a 359H)**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência sexual presumida**. Curitiba: Juruá, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2013.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Bookseller, 2001.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1961.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de Direito Penal. Parte Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Provas no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SILVA, D. M. P. **Psicologia jurídica no processo civil brasileiro**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003.

TORNAGHI, Helio. **Curso de Processo Penal**. 9^a ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

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

SILVA, Jessica Fernanda. **O princípio da proporcionalidade, o conceito de ato libidinoso no crime de estupro e a criação de um tipo penal intermediário**. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49529/o-principio-da-proporcionalidade-o-conceito-de-ato-libidinoso-no-crime-de-estupro-e-a-criacao-de-um-tipo-penal-intermediario>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

MASSON, Cleber et al. **Interesses Difusos e Coletivos**. São Paulo: Método, 2018. (Vol 2).