



UNIVERSIDADE DO VALE DO TAQUARI
CURSO DE DIREITO

**A VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA DE ABUSO SEXUAL
COMO PRINCIPAL PROVA PARA A CONDENAÇÃO DO
ACUSADO**

Rômulo Becker Pires

Lajeado, junho de 2018

Rômulo Becker Pires

**A VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA DE ABUSO SEXUAL
COMO PRINCIPAL PROVA PARA A CONDENAÇÃO DO
ACUSADO**

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia/Artigo, do Curso de Direito, da Universidade do Vale do Taquari – UNIVATES, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Hélio Miguel Schauren Jr.

Lajeado, junho de 2018

Rômulo Becker Pires

**A VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA DE ABUSO SEXUAL
COMO PRINCIPAL PROVA PARA A CONDENAÇÃO DO
ACUSADO**

A Banca examinadora abaixo aprova a Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia, do curso de graduação em Direito, da Universidade do Vale do Taquari – Univates, como parte da exigência para a obtenção do grau de Bacharel em Direito:

Professor Me. Hélio Miguel Schauren Júnior-orientador
Universidade do Vale do Taquari – Univates

Professor Me. João Antônio Merten Peixoto
Universidade do Vale do Taquari – Univates

Professor Me. André Ruver
Universidade de Caxias do Sul – UCS

Lajeado, 28 de junho de 2018

RESUMO

Os crimes de abuso sexual, em sua maioria, são cometidos na clandestinidade, sendo muito difícil a produção de provas além do depoimento da vítima, o qual assume papel fundamental para o processo. Assim, esta monografia tem como objetivo geral analisar alguns dos meios de prova existentes no ordenamento penal brasileiro, identificando qual o valor da palavra da vítima em casos de abuso sexual, bem como a possibilidade do embasamento no depoimento da vítima de abuso sexual como a principal prova do crime para se alcançar uma sentença condenatória. Trata-se de pesquisa qualitativa, realizada por meio de método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental. Dessa forma, os primeiros apontamentos versam sobre a teoria geral da prova, princípios probatórios e a busca pela verdade no processo penal. Em seguida se analisa alguns dos meios probatórios do ordenamento penal brasileiro. Finalmente, examina os crimes de abuso sexual, em especial o estupro e estupro de vulnerável, se faz uma análise da valoração da palavra da vítima em casos de abuso sexual e, por fim, se analisa a possibilidade do uso da palavra da vítima como principal prova processual apta a embasar uma condenação. Nesse sentido, conclui-se que a palavra da vítima é de fundamental importância para o processo penal, sendo reconhecida pela doutrina e jurisprudência como a principal prova em casos de abuso sexual, portanto possível o embasamento de uma condenação se tal meio de prova estiver de acordo com os demais elementos colhidos no processo. Caso contrário, sendo a palavra da vítima incoerente com os demais elementos ou sendo ínfima a prova, a melhor decisão é absolvição do acusado.

Palavras - chave: Abuso sexual. Palavra da vítima. Valoração da palavra da vítima. Embasamento da condenação.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 TEORIA GERAL DA PROVA	8
2.1 Conceitos e princípios probatórios	12
2.2 Critérios para valoração da prova	18
2.3 A busca pela verdade no processo penal	21
3 MEIOS DE PROVA	26
3.1 O depoimento do ofendido.....	27
3.2 O interrogatório e a confissão do acusado.....	30
3.3 Da prova pericial	36
3.4 Da testemunhal.....	41
3.5 Da prova documental	45
3.6 DA prova indiciária.....	48
4 CRIMES DE ABUSO SEXUAL: A VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA.....	52
4.1 Crimes contra a dignidade sexual: o estupro e o estupro de vulneráveis...	52
4.2 A valoração da palavra da vítima em casos de abuso sexual	59
4.3 A (im)possibilidade de sustentação da condenação do acusado com base na palavra da vítima como principal prova do crime	62
5 CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS.....	71

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade, são recorrentes as notícias sobre abusos sexuais no Brasil, casos que, na grande maioria das vezes, acontecem no âmbito familiar, ou seja, a maior parte dos agressores faz parte do círculo de convívio das vítimas.

O abuso sexual pode ocorrer de várias formas, desde um ato libidinoso até a conjunção carnal. Há vezes em que o criminoso utiliza-se do fato de possuir certa influência sobre a vítima, podendo, inclusive, oferecer recompensas para convencê-la, porém, há casos em que a força física e a pressão psicológica obrigam a vítima a realizar o ato.

Esse crime é um dos mais reprovados pela sociedade, sendo cometido na clandestinidade, quando a vítima não tem como se defender ou pedir por socorro e, se não denunciado logo, as provas do crime resumem-se apenas ao relato da vítima, a qual, além da violação física que sofre, pode desenvolver diversos distúrbios psicológicos, carregando para o resto de sua vida as marcas do crime.

Assim, o presente trabalho possui como objetivo geral analisar alguns dos meios de prova existentes no ordenamento penal brasileiro, identificando qual o valor da palavra da vítima em casos de abuso sexual e se é possível o embasamento de uma sentença condenatória no depoimento da vítima de abuso sexual como a principal prova do crime. O estudo propõe como problema: a palavra da vítima como a principal prova no processo criminal tem força para sustentar a condenação do acusado de abuso sexual? Acerca da hipótese para tal indagação,

entende-se que nos crimes de abuso sexual a palavra da vítima é uma das primeiras provas a serem colhidas, por isso é preciso dar atenção especial a ela, afinal, em sua grande maioria, os crimes sexuais são cometidos na clandestinidade, sendo muito difícil a produção de outras provas de autoria e materialidade. Dessa forma, entende-se que a palavra da vítima deve ser bem analisada, sendo de fundamental importância, tanto na fase investigatória quanto no processamento judicial.

A pesquisa, com relação à abordagem, adota o modelo qualitativo, uma vez que a compreensão das informações será feita de uma forma mais ampla e inter-relacionada com fatores variados, privilegiando contextos, se diferenciando do modelo quantitativo, uma vez que não vai medir seus dados, mas procurar identificar suas naturezas. Segundo Mezzaroba e Monteiro (2014) o que vai prevalecer é o exame rigoroso da natureza, objetivando compreender, interpretar e ressignificar os dados de acordo com as hipóteses estabelecidas pelo pesquisador. Nesse caso a pesquisa qualitativa estudará se a palavra da vítima de abuso sexual como principal prova do crime tem a força necessária para sustentar a condenação do acusado. Buscando alcançar a finalidade desejada pelo estudo, será utilizado o método dedutivo, cuja operacionalização se desenvolverá por meio de procedimentos técnicos baseados em doutrinas, legislações e jurisprudências.

Dessa forma, o primeiro capítulo de desenvolvimento desse estudo trata sobre noções gerais da teoria geral da prova, explicando suas conceituações. Em seguida, busca-se identificar os princípios que embasam a matéria probatória, os critérios de avaliação da prova ao longo da história em comparação ao cenário atual, além de considerações sobre a busca pela verdade no processo penal.

No segundo capítulo é explicado o que são meios de prova, identificando os meios probatórios usados na investigação e processamento penal, explicando como é feita a tomada de depoimentos da vítima e do acusado, como se dá a confissão do acusado, como é realizada a prova pericial, a tomada de depoimentos de testemunhas, como é feita a produção da prova documental bem como a maneira pela qual é formada a prova indiciária no processo penal.

Adiante, no terceiro capítulo, é feita uma análise dos crimes contra a dignidade sexual, explicando de maneira geral o que são esses crimes e alterações trazidas com novas legislações, com abordagem mais específica nos crimes de estupro e estupro de vulneráveis. Em seguida, se analisa o valor da palavra da vítima em casos de abuso sexual e, por fim, é verificado se a palavra da vítima como a principal prova do crime de abuso sexual tem força para sustentar uma condenação criminal.

2 TEORIA GERAL DA PROVA

A palavra “prova” segundo Aranha (2004, p. 5), “origina-se do latim *probatio*, podendo ser traduzida como experimentação, verificação, exame, confirmação, reconhecimento, confronto etc., dando origem ao verbo ‘*probare*’ (probo, as, are)”.

Fernando Capez (2010, p. 342), explica sobre prova que:

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

O autor acrescenta sobre a finalidade da prova que, “destina-se a formar a convicção do juiz acerca dos elementos essenciais ao deslinde da causa”. Aduz que a prova é um dos temas mais importantes de toda ciência processual, pois, são elas, nas palavras do autor, “os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual” (CAPEZ, 2010, p.342).

Mirabete (2007, p. 249) acrescenta que:

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

Então, pode-se dizer que prova é o instrumento que vai convencer o juiz sobre os fatos e circunstâncias presentes no processo para, ao final, ele dar a sua decisão.

Segundo Aranha (2004), a prova pode ser dividida em três critérios, quanto ao objeto, quanto ao sujeito e quanto à forma.

Quanto ao **objeto** da prova, o doutrinador Fernando Capez (2010, p. 342), explica que:

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

Então, o objeto da prova é tudo o que deve ser demonstrado, aquilo que o juiz deve tomar conhecimento para ao final tomar sua decisão, abrangendo não só os fatos relacionados à autoria e materialidade do crime em apreço, mas também todas as circunstâncias que possam influenciar no deslinde da causa (MIRABETE, 2007).

Conclui-se, então, que o objeto da prova é constituído de fatos. Cabe destacar que esses fatos podem ser divididos entre os que, dentro do processo, não precisam ser provado e os que devem ser provados (ARANHA, 2004).

Aranha (2004, p. 27), expõe que, “como regra geral no processo penal todos os fatos necessitam ser provados, porém, como exceção justificadora da regra, encontramos um mínimo que dispensa a força probatória”.

São fatos que independem de prova os fatos **axiomáticos** ou **intuitivos**, os quais, na explicação do doutrinador Fernando Capez (2010, p. 343), “são aqueles evidentes. [...]. Nesses casos, se o fato é evidente, a convicção já está formada; logo, não carece de prova”.

Ainda, na explicação do escritor Aranha (2004, p. 27):

Se o objetivo da prova é formar a convicção do julgador a respeito de um determinado fato, sua existência e realizações, se o fato é evidente, a convicção já está formada, dispensando, destarte, qualquer demonstração. Os fatos intuitivos ou evidentes, isto é, as verdades axiomáticas do mundo do conhecimento, não carecem de prova.

Os fatos **notórios** também dispensam a prova, conforme explica Mirabete (2007, p. 251), “são fatos cujo conhecimento integra a cultura normal, a informação dos indivíduos de determinado meio”.

Capez (2010, p. 343) complementa dizendo que, “fatos notórios são aqueles cujo conhecimento faz parte da cultura de uma sociedade”, por exemplo, não é preciso provar que se comemora o Natal no dia 25 de dezembro, ou que o fogo queima e a água molha.

No entendimento de Mirabete (2007), não se pode aferir a notoriedade de um fato apenas pela circunstância do fato ser de conhecimento de um grande número de pessoas, pois estes podem ser fruto de rumores, boatos vagos que não se tem uma comprovação, ou ainda, quando um fato é verdadeiro, pode ser distorcido pela população. O autor cita ainda o clamor público quando da prática de um crime que abala uma determinada população, os fatos colhidos podem ser distorcidos para que se chegue ao culpado, ou à pessoa que acha ser o culpado, o mais rápido possível, tornando-se, na maioria dos casos, uma espécie de vingança social.

As **presunções legais** também não necessitam ser provadas, conforme explica Capez (2010, p. 343), “são as conclusões decorrentes da própria lei, ou, ainda, o conhecimento que decorre da ordem normal das coisas [...]”.

Nesse caso a presunção pode ser dividida em duas, a presunção absoluta (*juris et de jure*), não se admitindo prova em contrário, por exemplo, um menor de 18 anos que comete um crime, não se tem como provar que ele tinha plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato, pois a legislação presume sua inimputabilidade absoluta. A outra é a presunção relativa (*juris tantum*), que pode ser afastada quando houver prova em contrário, por exemplo, alguém que comete um crime em estado de embriagues completa provocada por ingestão voluntária de álcool, não poderá alegar que no momento do crime não sabia o que estava fazendo, pois a lei presume sua responsabilidade (CAPEZ, 2010).

Por fim, os **fatos inúteis**, os quais, segundo Aranha apud Fraga (2004, p. 28) são aqueles que, “sejam verdadeiros ou não, não podem influir para a decisão neste ou naquele sentido; e, assim, sendo supérfluo, não devem ser admitidos à prova: *frustra probatur quod probantum non relevat*”.

De forma simples o doutrinador Ishida (2009, Texto Digital) explica que, “são os fatos verdadeiros ou não, que não influenciam na solução da causa, na apuração da verdade real”.

Os fatos que devem ser provados no processo, segundo Ishida (2009, Texto Digital), são “todos os fatos”, com exceção das hipóteses acima narradas, “dependem de prova, inclusive os incontroversos. Fatos incontroversos são aqueles aceitos pelas partes. Exemplo: a confissão do réu”.

Então, qualquer fato deve ser provado no processo, com exceção dos já citados acima, porém, conforme explica Aranha (2004), os fatos devem respeitar o princípio do ônus da prova, e a prova a ser produzida deve ter alguns aspectos, devendo ser: **admissível**, sendo ela permitida por lei, que seja **pertinente** ou **fundada**, tendo relação direta com o processo e esclarecendo determinado ponto, **concludente**, que esclarece um ponto controvertido no processo, e **possível** de se realizar.

Quanto ao **sujeito** da prova, na explicação do doutrinador Aranha (2004, p. 24), “é a pessoa ou coisa de quem ou de onde promana a prova”.

Conforme explica Avena (2017), quanto ao sujeito da prova, pode-se dividi-lo em **real**, onde a prova não resulta diretamente da pessoa, mas de algo externo que também poderá comprovar que o fato existiu, por exemplo, o cadáver ou a arma; e **pessoal**, que decorrem diretamente da pessoa, por exemplo, o interrogatório ou exame de corpo de delito.

Quanto à **forma**, Aranha (2004) explica que podem ser testemunhal, documental e material. Sendo a testemunhal, como o nome já diz, a oitiva de testemunhas ou partes do processo; a documental, também conhecida como literal ou instrumental, são os documentos escritos usados como provas; e a material, que são os exames ou perícias feitos nas pessoas ou objetos que servem como prova no processo, por exemplo, corpo de delito, perícia balística etc.

Conforme Pacelli (2017), a prova então serve para a reconstrução de um fato ocorrido no passado, sendo por difícil ou até improvável a sua reconstrução, por isso é necessário tanto cuidado com a sua produção, se baseando em princípios e garantias fundamentais para que não ocorram abusos em relação a qualquer parte integrante do processo.

O autor explica que, com a produção correta da prova, observando-se todas as garantias legais dos indivíduos, o processo penal consegue demonstrar uma verdade judicial por meio da sentença final e, após o trânsito em julgado, passa a produzir uma certeza jurídica, que pode ou não ter reconstruído os fatos da maneira como realmente aconteceram, mas causa uma estabilidade jurídica ao caso, pois, durante o processo, as provas legalmente produzidas tentaram chegar o mais perto possível da reconstrução dos fatos, convencendo o juiz que proferiu uma decisão e cumprindo o papel de reestabelecimento da ordem social.

Assim, o presente capítulo tem o objetivo de identificar os princípios que embasam a matéria probatória, os critérios de avaliação da prova ao longo da história e atualmente, além de considerações sobre a busca pela verdade no processo penal.

2.1 Conceitos e princípios probatórios

Segundo Avena (2017, p. 430), “prova é o conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juiz visando à formação do convencimento quanto a atos, fatos e circunstâncias”. A prova, então, serve para convencer o juiz, quanto à veracidade dos fatos e afirmações feitas e alegada pelas partes, e é com base nesse convencimento que o juiz tomará a decisão de condenar ou absolver o acusado.

Por ser a prova o único meio de convencimento do juiz acerca dos fatos e eventos apurados durante a investigação e posterior instrução penal, é de fundamental importância que ela seja em sua essência baseada em princípios. Isso significa dizer que deve seguir parâmetros, ou normas com maior força do que a própria lei e que tem a força de reger a nossa sociedade (AVENA, 2017).

Um dos maiores princípios que existem no direito brasileiro tanto na esfera penal quanto na cível, e que se aplica também às provas, é o **princípio do contraditório** que, segundo Avena (2017, p.433), “significa que toda prova realizada por uma das partes admite a produção de uma contraprova pela outra”. Significa dizer que, tudo que uma parte alegar, a outra pode apresentar uma defesa ou uma contradição ao que a parte alegou, ou mesmo dá o direito da parte requerer a mesma

coisa do que foi requerido, como, por exemplo, a apresentação de rol de testemunhas, onde uma parte arrola e a outra parte pode contraditá-las, aceitá-las ou mesmo apresentar o seu rol de testemunhas. Esse princípio é que evita o processo penal de tomar a forma de uma inquisição, onde apenas uma parte faria alegações sem que a outra pudesse se defender.

Dentre os diversos princípios probatórios explicados por Avena (2017), em seu livro, estão o da comunhão, oralidade, publicidade, autorresponsabilidade das partes e o da não-autoincriminação, conforme se apresenta a seguir:

- a) **o princípio da comunhão**, o qual, na explicação do autor, tem relação com as provas trazidas aos autos, que não ficam vinculadas à parte que as trouxe ao processo, podendo ser utilizadas por qualquer uma das partes do processo, inclusive o juiz. Esse princípio faz com que a prova trazida ao processo não possa ser retirada sem que a outra parte concorde, por exemplo, o arrolamento de uma testemunha, a qual só poderá ser retirada do processo se a outra parte concordar;
- b) **o princípio da oralidade** estabelece que as provas devem ser realizadas oralmente, prevalecendo à palavra à escrita, sendo muito mais valorada a prova colhida oralmente em audiência e na presença do juiz, do que a alegada em declarações escritas;
- c) **o princípio da publicidade**, conforme exposto pelo doutrinador, preceitua que, em regra, todo processo penal é público e acessível a todos, salvo em situações em que alguma parte possa sofrer algum prejuízo ou que a exponha de maneira degradante. Esse princípio traz transparência ao processo, dando acesso ao cidadão aos sistemas da administração da justiça;
- d) **o princípio da autorresponsabilidade das partes** preceitua que as partes assumirão as consequências de sua inatividade, por exemplo, o réu que deixar de comparecer à audiência designada poderá ter decretada sua revelia;

- e) **o princípio da não-autoincriminação** significa dizer que o acusado não está obrigado a produzir provas contra si mesmo, ou seja, ele não está obrigado, por exemplo, a responder qualquer pergunta em seu interrogatório, ou que realize qualquer tipo de exame que possa lhe incriminar.

Como já exposto acima, a prova é um instrumento para convencer o juiz, e fundamentada em princípios, porém, não é uma obrigatoriedade no processo, mas sim um ônus (ARANHA, 2004).

Ainda, conforme o doutrinador supra, a prova não é uma obrigatoriedade, mas sim um ônus, pois uma obrigatoriedade geraria à pessoa que não a fizer uma penalidade, já o ônus não gera uma penalidade, mas sim a perda da chance de se beneficiar com a prática do ato. Assim explica Aranha (2004):

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

No mesmo sentido é o entendimento do doutrinador Norberto Avena (2017) o qual explica que:

[...] uma obrigação descumprida representa um ato contrário ao direito, ao qual corresponde uma penalidade. Por exemplo: uma vez intimada a depor, tem a testemunha a obrigação de comparecer; caso contrário, haverá condução coercitiva, pagamento das despesas da condução, eventual responsabilidade penal por crime de desobediência e multa (arts. 218 e 219 do CPP). Caso compareça e não diga a verdade em face das perguntas que lhe forem formuladas, poderá, salvo exceções legais, responder por crime de falso testemunho (art. 342 do CP).

Já quanto ao ônus, possui natureza diversa, representando, simplesmente, um arbítrio relegado à parte onerada, que, realizado, é capaz de conduzi-la ou deixá-la em condição favorável dentro do processo. Descumprido pela defesa o ônus da prova quanto aos fatos que lhe incumbe comprovar, a consequência será uma possibilidade maior de condenação, embora esta não seja uma consequência certa ou provável. Outro exemplo: descumprido, pelo Ministério Público, o ônus de apresentação de quesitos à perícia que requereu, nem por isso ficará esta prejudicada, representando o ato de inadimplemento, simplesmente, uma circunstância capaz de colocar a acusação em posição jurídica desfavorável, pois, eventualmente, ausentes quesitos específicos, não esclarecerá o expert exatamente o objeto da dúvida que motivou o requerimento de laudo (AVENA, 2017, p. 435).

Portanto, o ônus da prova cabe àquele que afirma ou alega determinado ato, fato ou circunstância, provar que o que está defendendo é a verdade, dando sustentação e argumentos para que o juiz possa fazer a apreciação do que lhe foi exposto (AVENA, 2017).

O que não podemos confundir é a não obrigatoriedade probatória com a não obrigatoriedade de defesa, conforme Aranha (2004), a defesa é uma obrigatoriedade, pois, se não a fizer vai gerar uma penalidade, dentre elas a nulidade do processo. Ele defende que mesmo não se produzindo prova não se está violando o princípio da obrigatoriedade de defesa, explicando que, “defender-se ou ser defendido é uma obrigação processual; produzir provas é apenas um ônus” (ARANHA, 2004, p. 9).

A figura do ônus da prova (*ônus probandi*) está contida na legislação penal brasileira no Código de Processo Penal em seu artigo 156, o qual prevê que, “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]”, ou seja, quem alega tem o ônus de provar. Porém, essa afirmação não é absoluta, segundo Capez (2010), o inciso segundo do próprio artigo 156 do Código de Processo Penal, de certa forma desmente a afirmação, dispondo que, é facultado ao juiz: “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”(art.156, inciso II, CPP), assim, o juiz se torna uma terceira pessoa a produzir prova no processo, mas com intenção diferente das demais partes, ele não alega nada, apenas produz a prova para consolidar seu posicionamento quando existir dúvidas.

Segundo o artigo citado acima, o juiz, de ofício, pode requerer a realização de provas, porém, conforme explica Capez (2010), a produção de prova pelo juiz deve ocorrer de forma excepcional, quando ele ainda tiver dúvidas sobre a condenação ou absolvição do réu, explica ainda que a atuação do juiz em requerer provas deve ser restringida para não interferir no princípio da imparcialidade do juiz.

Ainda sobre o ônus da prova, pode-se dizer que ele é dividido. Partindo-se da premissa de que “quem alega tem que provar”, o ônus da prova é dado a quem fizer a alegação, na explicação de Aranha (2004), o ônus da prova é dividido entre a acusação e a defesa, cabendo à acusação provar fatos constitutivos, os quais dizem

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

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

Reforçando essa tese, Aranha apud Noronha (2004, p. 12) explica que:

[...] cabe a acusação fazer a prova da culpa (*stricto sensu*), nos crimes culposos, sendo indispensável a prova acusatória do elemento subjetivo nos crimes dolosos, porque o dolo é presumido e está contido implicitamente dentro da figura típica.

A justificativa para a diferenciação de tratamento entre dolo e culpa, é de que, conforme já explicado acima, o dolo é presumido, desde que comprovado o fato, e de que ele corresponde a uma normalidade psíquica em relação à atividade delituosa; mas é na culpa que esse conceito ganha forma, pois, a culpa é tratada como exceção, ela é uma anormalidade psíquica em relação ao fato delituoso, portanto, a sua punibilidade também é excepcional. Se o dolo é presumido em uma situação delituosa a culpa deve ser demonstrada, pois se torna uma excepcionalidade (ARANHA, 2004).

Em contrapartida, Aranha apud Tourinho Filho (2004, p. 12), adota a teoria de que a acusação deve provar tanto o dolo quanto a culpa, referindo que:

Cabe, pois, à parte acusadora provar a existência do fato e demonstrar sua autoria. Também lhe cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz por dolo ou culpa. Se o réu goza da presunção de inocência, é evidente que a prova do crime, quer a *parte objecti*, quer a *parte subjecti*, deve ficar a cargo da acusação.

Tratando-se da defesa, Aranha (2004) cita que cabe a ela o ônus de demonstrar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos.

O autor denomina os fatos extintivos da seguinte forma, “fatos extintivos são os que têm a eficácia de fazer cessar a relação jurídica, como, a título de exemplo, a prescrição, a decadência [...]” (ARANHA, 2004, p. 13).

Os fatos impeditivos são os que impedem a aplicação normal da norma penal, o autor usa como um dos exemplos às causas de exclusão da culpabilidade (ARANHA, 2004).

Por fim, os fatos modificativos, que são os que dão um novo aspecto às circunstâncias do crime, um exemplo usado pelo autor é um crime praticado em legítima defesa, onde o réu reconhece a autoria do crime, porém deve provar que foi praticado em circunstância excepcional (ARANHA, 2004).

Finalizando sobre alguns conceitos probatórios, cabe destacar alguns aspectos sobre as provas inadmissíveis, proibidas ou as chamadas provas ilícitas, as quais, conforme explica Mirabete (2007, p. 253), “[...] a prova é proibida toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios do ordenamento de natureza processual ou material”. Então, as provas que são produzidas e que de alguma forma violam as normas legais do ordenamento brasileiro ou que violam princípios são denominadas provas ilícitas ou inadmissíveis.

Ainda, Mirabete (2007) divide as provas inadmissíveis em ilícitas e ilegítimas, sendo a primeira a que contraria o Direito Material, tanto em seu meio como a sua forma de obtenção, por exemplo, a obtenção de uma confissão mediante a tortura do suspeito. A segunda é a que afronta o Direito Processual, tanto em sua produção quanto na sua introdução no processo, por exemplo, a juntada ou produção de um documento que está em desacordo com alguma norma legal.

Por essas provas violarem princípios e regras legais, a Constituição Federal de 1988 regulou sobre o tema expondo que, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art.5º, inciso LVI), valendo esta afirmação tanto para a esfera penal como na cível (MIRABETE, 2007).

Importante destacar a chamada “teoria dos frutos da árvore envenenada” ou prova ilícita por derivação, a qual, conforme explica Capez (2010, p. 346-347):

[...] são aquelas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando a sua regular apreensão. Esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício na origem.

Sobre a ilicitude por derivação, temos no ordenamento jurídico brasileiro no Código de Processo Penal a seguinte disposição, “A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência” (art.573, parágrafo 1º), então, toda prova que derivar de outra que seja declarada nula, nula também esta será. Fazendo uma analogia com a teoria dos frutos da árvore envenenada, o veneno ou o vício da árvore, que seria a prova ilegalmente produzida, se transmite aos seus frutos, que seriam as consequências da produção da prova ilícita, ocorrendo a nulidade da prova e de seus efeitos no processo (CAPEZ, 2010).

Cumprе salientar que no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do princípio da proporcionalidade, o qual busca um equilíbrio entre os direitos violados na produção da prova ilícita e os que serão violados se elas forem utilizadas, verifica-se que em casos específicos, aplicando o princípio da proporcionalidade, sempre em favor do réu (*favor rei*), a prova derivada de outra que foi obtida de forma ilícita, se for a única que pode beneficiar o réu, poderá ser utilizada. Tal entendimento é pacificado no ordenamento brasileiro (ARANHA, 2004).

Sobre o princípio da proporcionalidade *pro reo*, no mesmo sentido é o entendimento do doutrinador Fernando Capez (2010, p. 351), expondo que:

A aceitação do princípio da proporcionalidade *pro reo* não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas. Entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana.

2.2 Critérios para valoraçãо da prova

Ao longo da história, existiram vários sistemas para valoraçãо das provas, dentre eles destacam-se o ordálico, o legal ou tarifado, da livre convicçãо e o da

persuasão racional ou livre convencimento motivado, conforme explicado por Ishida (2009).

No sistema **ordálico**, ou o chamado juízo Divino, em que se acreditava que o próprio Deus mandaria algum tipo de recado, ou que por meio de uma intervenção divina a verdade apareceria, por exemplo, um homem que foi acusado de roubo é jogado em uma jaula com um leão, se o leão não o comesse ou não o atacasse seria considerada uma intervenção divina, provando que o homem é inocente (MACHADO, 2012).

No sistema **legal** ou **tarifado**, a valoração da prova era dada por lei, sendo a confissão do acusado a prova mais robusta que poderia ser produzida. Nesse sistema o juiz não tinha espaço para interpretações ou aplicações de qualquer tipo de valoração própria, apenas aplicava o que estava disposto na legislação (LOPES JÚNIOR, 2009).

Conforme explica Aranha (2004, p. 76), “o juiz torna-se um órgão passivo, pois, diante do valor tabelado, a ele cabe apenas verificar o valor atribuído pela lei, reconhecendo-o na sentença, sem que possa fazer sua apreciação [...]”.

Ainda hoje, conforme esse doutrinador, podem ser vistos resquícios desse sistema no Brasil, aplicando-se em casos em que os crimes deixam vestígios, onde a lei, no caso, o Código de Processo Penal de 1941, em seu artigo 525, estabelece que, nos casos que deixam vestígios, a denúncia ou a queixa só serão recebidas se instruídas com o exame pericial que comprove tais vestígios; da mesma forma, o artigo 564, inciso III, alínea “b”, do mesmo diploma legal, estabelece que ocorrerá nulidade se faltar o exame de corpo de delito em crimes que deixam vestígios. Verifica-se, então, uma exigência da lei em coletar determinadas provas como requisito para o reconhecimento da prática de determinados crimes, tendo essas evidências um valor definido, ou uma função valorativa preestabelecida.

O sistema da **livre** ou **íntima convicção** ocorre quando o juiz julga o caso usando sua convicção pessoal, não necessitando de justificativa para a decisão, podendo usar provas que não estão no processo ou conhecimentos próprios. Esse sistema foi adotado pelo Código Napoleônico de 1808 e atualmente tem seus

resquícios no sistema penal brasileiro relacionado à íntima convicção na decisão dos jurados pelo Tribunal do Júri (BADARÓ, 2008).

Ainda, sobre esse sistema, Aranha (2004) cita que é baseado no princípio da certeza moral do juiz e, por isso, ficou conhecido também como o sistema da íntima convicção do juiz. O autor expõe ainda que, com a centralização do poder de decidir todo nas mãos do juiz, com o passar do tempo e, demonstrando certa evolução no sistema, foi necessária a implantação de três barreiras que de certa forma limitavam a liberdade de decisão do juiz e davam mais segurança jurídica às partes, sendo elas: a apelação, a qual permitia o reexame da decisão; o princípio *quod non est in actis non est in hoc mundo*, ou seja, o que não está escrito no processo não pertence ao mundo; e a prova legal, que restringia a apreciação totalmente livre das provas pelo juiz.

Por fim, o sistema de **persuasão racional** ou **livre convencimento motivado**, em que o juiz é livre para decidir, porém, deve ser a decisão baseada em provas existentes no processo, valorando-as de forma racional e lógica, motivando sua decisão (BADARÓ, 2008).

Esse sistema é que foi adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, inclusive está previsto na nossa Constituição Federal de 1988, em seu artigo 93, inciso IX, prevendo que:

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

IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (grifo nosso).

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

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

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

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

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

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

2.3 A busca pela verdade no processo penal

Conforme explica Machado (2014) a busca pela verdade é uma das tarefas mais angustiantes do homem, pois o juízo atribuído aos homens nem sempre é capaz de trazer à tona a realidade com um grau de certeza grande o bastante para dizer que os fatos ocorridos no passado ocorreram da forma como exposto no processo.

O autor ainda explica que o problema da verdade existe em vários campos das ciências, e nem mesmo com todo rigor metodológico aplicado, por exemplo, às ciências exatas, pode se dizer que há certeza em todas as suas alegações, e com as revoluções trazidas pela teoria da relatividade de Albert Einstein a ciência passou a ser vista como uma forma de alcançar uma realidade provável deixando as certezas de lado.

Machado apud Ferrajoli (2014, p. 458) complementa dizendo que:

[...] a ideia de uma verdade objetiva ou absolutamente certa é uma ingenuidade epistemológica que as teorias jurídicas iluministas compartilham com o realismo do conhecimento vulgar.

Para o autor supra, de fato a busca pela verdade absoluta é muito difícil, ou até impossível, porém, o que se tem, e já está de certa forma pacificada, é o chamado juízo verdadeiro, que está ligado a análises dos elementos com adequação à realidade. Nas palavras do autor são:

[...] julgamentos que contém um grau de certeza em razão da verificabilidade objetiva que se estabelece entre a percepção intelectual dos fatos e o modo como esses fatos realmente ocorreram no plano histórico (MACHADO, 2014, p. 458).

Os juízos verdadeiros estão ligados com o chamado princípio da “verdade real”, dispondo que os fatos do processo não poderão ser presumidos para acarretar na condenação de alguém, mas sim a comprovação de fatos concretos que remontam a história, sem espaços para raciocínios e presunções imaginárias do homem (MACHADO, 2014).

Na explicação do doutrinador Eugênio Pacelli (2017), a busca pela chamada “verdade real”, instituiu no Brasil várias práticas probatórias que não tinham previsão legal e que violavam diretamente o que hoje se entende serem direitos fundamentais da população, com a prerrogativa de estarem autorizados pela busca de algo maior, que seria a verdade.

Conforme esse autor, por meio do princípio da “verdade real” as autoridades estatais estavam protegidas de quaisquer desvios praticados pela busca da verdade, inclusive o juiz tinha uma liberdade probatória tão ampla quanto o órgão acusador, podendo requerer a produção de provas se este restasse inerte. Assim ocorria, pois, o nosso Código de processo penal data de 1941, quando garantias e direitos individuais e coletivos não eram respeitados. A gravidade das condutas penais era o alicerce para que as autoridades tomassem decisões que violavam a intimidade e locomoção das pessoas, assim como ocorria no processo penal da Idade Média, quando a única preocupação era a obtenção da verdade, legitimando várias práticas abusivas e cruéis pra obter a confissão do acusado, por exemplo, e de intimidação da defesa.

Tais formas de “obtenção da verdade” e livre atuação do juiz em produzir provas foram drasticamente limitadas após a promulgação da Constituição Federal de 1988, e assinaturas de tratados internacionais, onde se estabeleceram regras e princípios fundamentais que de maneira nenhuma devem ser violados para prejudicar qualquer pessoa, e que estão valendo até os dias de hoje (PACELLI, 2017).

No entendimento de Machado (2014), a verdade que se busca no processo penal não é uma verdade absoluta, mas sim uma verdade histórica, a qual tem uma relação muito próxima dos fatos ocorridos e que estão sendo reconstruídos por meios das provas e elementos do processo. Nas palavras do autor:

Trata-se, portanto, de uma verdade processual, reconstituída em torno de fatos bem delimitados no âmbito de um processo, sempre por intermédio das provas produzidas dialeticamente pelas partes, com a observância das regras e princípios que disciplinam toda a atividade probatória, tal qual estabelecido na lei e na Constituição (MACHADO, 2014, p. 459).

Ainda, no entendimento do autor, pode-se dizer que está se buscando uma verdade ética ao processo, construída com provas lícitas e com argumentação capaz de estabelecer relação de maneira razoável ente os fatos e as provas produzidas para que se tenha, pelo menos, uma noção da ocorrência dos fatos no plano histórico. Os elementos de prova estão à disposição das partes, assim como os objetos históricos estão para os historiadores, podem ser relatos de testemunhas ou objetos encontrados que servem para reconstruir ou contar como determinado fato aconteceu, sendo impossível a aferição da verdade absoluta, mas com os elementos encontrados e relacionados aos depoimentos colhidos pode-se ter uma noção de como o fato passado ocorreu, nas palavras do autor, “o certo é que sempre a prova “fala” algo a respeito dos fatos que se pretendem reconstruir ou demonstrar nos relatos históricos ou processos judiciais” (MACHADO, 2014, p. 460).

Eugênio Pacelli (2017) faz uma comparação do processo penal com o processo cível na questão da obtenção da verdade, explicando que embora as formas de obtenção sejam diferentes, a verdade revelada por meio de um processo será sempre uma verdade reconstruída e, dependendo do grau de comprometimento das partes em disponibilizar elementos probatórios, ainda vai

depende do juiz a apreciação desses elementos para concretização da certeza. E complementa explicando que:

Enquanto o processo civil aceita uma certeza obtida pela simples ausência de impugnação dos fatos articulados na inicial (art. 341, CPC/2015), sem prejuízo da iniciativa probatória que se confere ao julgador, no processo penal não se admite tal modalidade de certeza (frequentemente chamada de verdade formal, porque decorrente de uma presunção legal), exigindo-se a materialização da prova. Então, ainda que não impugnados os fatos imputados ao réu, ou mesmo confessados, compete à acusação a produção de provas da existência do fato e da respectiva autoria, falando-se, por isso, em uma verdade material (PACELLI, 2017, Texto Digital).

Esse autor acredita que a expressão “verdade real” é inadequada à atual situação do processo penal, pois ela remete aos tempos em que se buscava a verdade a qualquer custo, com uma postura inquisitorial por meios dos agentes estatais, não se observando qualquer tipo de garantia fundamental.

Machado (2014) explica que a expressão “verdade real” usada pela doutrina e jurisprudência, está relacionada ao fato do processo penal não poder aplicar sanções aos acusados apenas com base em indícios ou presunções, devendo ser demonstrada a conduta ilícita por meio de provas contundentes e legítimas. Deve-se considerar que a busca pela verdade nem sempre é possível, pois se trata da reconstrução de um fato ocorrido no passado, podendo ser lembrado por meio de memórias e imaginação dos envolvidos, sendo muito possível a ocorrência de falhas e distorções, propositas ou não, e é justamente por isso que se deve trocar a expressão *verdade real* por *verdade processual*, que é construída dentro de um campo ético, moral e legal, sempre com o objetivo de esclarecer a relação da prova com o fato passado que está sendo julgado no presente.

O que pode ser criado é apenas uma versão do passado. Pode-se dizer que, dentre as verdades ditas no processo penal, não podemos afastar as mentiras contadas, pois, conforme dito por Machado (2014, p. 459):

[...] a mentira não é mesmo algo que se possa considerar inteiramente afastado dos domínios do direito e do processo penal, afinal, é mentira que todos os réus são iguais perante a lei, é mentira que todos os réus têm acesso à justiça criminal, é mentira que o processo penal atua de forma isonômica na sociedade, é mentira que a pena reeduca e recupera o criminoso.

Finalizando, pode-se dizer então que a incansável busca pela verdade real no processo penal é um mito, a verdade e a mentira no processo estão caminhando lado a lado, as provas trazidas para o processo podem trazer elementos que realmente aconteceram no passado bem como elementos criados pelas partes para beneficiar-se ou prejudicar o outro e, por isso, é muito importante saber diferenciar essas particularidades para se chegar o mais próximo da reconstrução do fato passado.

3 MEIOS DE PROVA

Conforme explicado no capítulo anterior, a prova serve para convencer o juiz; então, os meios probatórios são os que dão o suporte, direta ou indiretamente, para que a prova possa ser produzida e produzir efeitos no processo, pode-se dizer que os meios de prova são todas as formas de mostrar a verdade almejada no processo (CAPEZ, 2010).

Outrossim, no entendimento de Demercian e Maluly (2014, Texto Digital):

Meio de prova é tudo o que possa ser utilizado para a demonstração da ocorrência dos fatos alegados e perseguidos no processo. São os instrumentos necessários para comprovar a existência ou não da verdade de um fato [...].

[...] é importante ressaltar que os meios de prova não encerram hipóteses de *numerus clausus*, não precisam estar especificados na lei de maneira exaustiva, bastando que não encontrem nela qualquer obstáculo ou restrição à sua produção.

Na explicação de Mirabete (2007), não há no ordenamento brasileiro uma limitação dos meios de prova, as partes no processo tem um amplo campo de trabalho visando o interesse público ou social da repressão do crime, sendo que qualquer tipo de limitação imposta pode impedir que se chegue mais próximo da verdade e da correta aplicação da lei.

Conforme esse doutrinador, em relação ao princípio da liberdade probatória, explica que o princípio não é absoluto, pois, o próprio Código de Processo Penal (CPP) em seu artigo 155, parágrafo único, dispõe que, “somente quanto ao estado

das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”, ou seja, de certa forma o artigo restringe a produção de certas provas, sendo a restrição apenas no sentido de que só existe um meio possível de produzir aquela prova, não de que não se possa produzir a prova, por exemplo, quando no processo se tem que provar o casamento da pessoa, a prova que se tem do casamento é a certidão ou registro de casamento conforme disposto no Código Civil (CC) artigo 1.543, *caput*, dispondo que, “o casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro”.

Ainda, nas palavras de Mougenot (2017, Texto Digital):

Não podemos confundir meio com sujeito ou com objeto de prova. A testemunha, por exemplo, é sujeito, e não meio de prova. Seu depoimento é que constitui meio de prova. O local averiguado é objeto de prova, enquanto sua inspeção é caracterizada como meio de prova. Meio é tudo o que sirva para alcançar uma finalidade, seja o instrumento utilizado, seja o caminho percorrido.

Nesse sentido, o presente capítulo aborda alguns dos meios de prova mais usados na investigação criminal e processamento penal, analisando como é feita a produção da prova em cada meio probatório, explicando as características de cada um e seu embasamento legal.

3.1 O depoimento do ofendido

O depoimento do ofendido ou vítima, que é o sujeito passivo do crime, é a primeira prova a ser produzida, é ali que tem início à investigação. Conforme dispõe o artigo 201 do Código de Processo Penal, a vítima será, sempre que possível, qualificada com a extração de todos os dados identificadores, como nome, naturalidade, estado civil, idade, filiação, residência, profissão etc. Após, será questionada sobre as circunstâncias do delito, indicando provas do ocorrido bem como sobre quem poderia ser o possível infrator (NUCCI, 2008).

Na explicação de Aranha (2004), a vítima pode ser uma pessoa física, jurídica ou até uma comunidade de pessoas sem personalidade jurídica, desde que seja o titular do bem jurídico que foi afetado pela prática do crime.

Conforme esse autor, apesar de o ofendido ser peça fundamental no processo ele não faz parte da ação penal, a não ser em casos de ação penal

privada, onde o próprio ofendido é o titular do direito de entrar com a ação, tampouco testemunha no processo, tendo posição própria e específica, sendo que é dever do juiz ouvi-lo, ainda que a sua falta não gere nulidade no processo. Por não ser considerado testemunha, não é contabilizado entre as pessoas arroladas pelas partes e não presta compromisso ou juramento de dizer a verdade, por tanto, se mentir em seu depoimento não poderá ser enquadrado no crime de falso testemunho, mas poderá responder por denúncia caluniosa.

Embora o artigo 201 do CPP estabeleça que a vítima seja identificada, com a promulgação da Lei 11.690/2008, o ofendido ganhou tratamento especial, passando o “capítulo V” a se chamar “do ofendido”, sendo incluídos ao artigo seis parágrafos, com destaque ao parágrafo sexto, com a seguinte redação:

Art. 201. [...].

§ 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.

Conforme explica Nucci (2008), esse entendimento se consolidou devido à impossibilidade do Estado em proteger a integridade física da vítima ou das testemunhas do crime, tornando-se necessário que o julgador tome providências valendo-se dos princípios gerais de direito, visando proteger as partes no processamento criminal.

Ainda, na explicação desse doutrinador, a omissão dos dados das vítimas e ou testemunhas não afeta os direitos constitucionais adquiridos pela defesa em ter acesso aos depoimentos e dados dos depoentes, uma vez que os dados apenas serão ocultados no sistema onde o processo consta como cadastrado, não impedindo que o defensor analise os autos fisicamente, tendo acesso aos dados e depoimentos.

Seguindo com base no artigo 201 do Código de Processo Penal, a vítima será questionada acerca das circunstâncias da infração e a possibilidade de indicação do possível autor do fato.

Cabe ressaltar que são consideradas circunstâncias da infração todos os dados que informam a configuração do delito, desde a materialidade até as circunstâncias que o cercam, como provas de sua existência, motivos, modo de execução, lugar, postura do agressor, entre outros (NUCCI, 2008).

A colheita do depoimento da vítima perante o Juiz, em sede de instrução criminal, poderá ser feito, se assim solicitado por ela, sem a presença do réu, conforme prevê o artigo 217 do Código de Processo Penal. A justificativa é de que, com a presença do réu na mesma sala, a vítima pode se sentir humilhada, causando algum tipo de temor ou constrangimento, fazendo com que ela não diga tudo o que teria para dizer (ARANHA, 2004).

Seguindo com o artigo 201 do CPP, o parágrafo segundo estabelece que o ofendido deve ser comunicado sobre audiências marcadas, sobre eventual prisão ou soltura do acusado, da sentença final do processo e de acórdãos que por ventura venham a ser proferidos. Ainda, o parágrafo terceiro diz que o ofendido deve ser comunicado no endereço que ele indicar ou, se preferir, por meio eletrônico.

Conforme explica Avena (2017), são importantes e relevantes avanços no Código de Processo Penal, pois, obriga o magistrado a manter o ofendido informado do que está se passando no processo, para, assim, se for de seu interesse, poder intervir no processo conforme permitido pela lei, por exemplo, como assistente de acusação (art. 268 do CPP).

Estabelece o parágrafo quarto do artigo 201 do CPP que o ofendido poderá requisitar um espaço separado para permanecer antes do início ou durante a audiência, o que, no entendimento do autor supracitado, serve para que o ofendido não tenha contato direto com o acusado ou a pessoas ligadas a ele.

O parágrafo quinto do art. 201 do CPP aduz que, se o juiz entender necessário, o ofendido poderá receber apoio psicológico ou assistência jurídica, a serem pagos pelo acusado ou pelo estado, apesar de o artigo estabelecer que é o juiz quem deve requisitar o apoio, nada impede que o Ministério Público ou a vítima requeiram o benefício, podendo ser impetrado Mandado de Segurança se o juiz negar o pedido. Em alguns casos, dependendo da gravidade do delito, a vítima pode sofrer grave abalo psicológico, o que pode desencadear diversos danos emocionais,

como por exemplo, os crimes sexuais, onde a vítima fica muito abalada podendo desenvolver doenças e distúrbios que podem ser tratados com acompanhamento de um profissional da área (AVENA, 2017).

3.2 O interrogatório e a confissão do acusado

O interrogatório do acusado está regulamentado de forma específica no “Capítulo III” do “Título VII” do Código de Processo Penal, entre os artigos 185 a 196. Segundo Távora e Alencar (2010, p.386), “O interrogatório é a fase da persecução penal que permite ao suposto autor da infração esboçar a sua versão dos fatos, exercendo, se desejar, a autodefesa”.

O interrogatório é um ato personalíssimo, isso quer dizer que, o réu não poderá ser representado por outra pessoa no ato (ARANHA, 2004).

Na explicação de Fernando Capez (2010) o interrogatório pode ser interpretado como um meio de prova, ao processo, ou como um meio de defesa ao acusado, apesar do Código de Processo Penal trata-lo apenas como meio de prova.

Esse doutrinador defende que o interrogatório é o momento em que o réu tem para pôr em prática o direito à autodefesa, portanto pode ser usado como meio de prova, sendo esta personalíssima e renunciável, dividindo-se em dois momentos, o direito de audiência e o direito de presença, sendo o primeiro a chance que o acusado tem de influenciar na formação do convencimento do juiz; e o segundo o direito que o acusado tem de tomar conhecimento e se posicionar em relação às provas e alegações apresentadas contra ele.

No entendimento de Mirabete (2007), o interrogatório é um misto de prova com defesa, explicando que o interrogatório também é ato de defesa, pois, é o momento que o réu tem de se defender das acusações impostas contra ele, apresentando a sua versão dos fatos, podendo até permanecer em silêncio se desejar. Entretanto, quando o acusado está sendo interrogado, não deixa de demonstrar elementos que servem para se apurar a verdade, ou seja, provas, seja pelo confronto das informações com as provas já colhidas ou pela própria informação em si.

Diferente é o entendimento de Aranha (2004), o qual expõe que, o interrogatório é meio de prova, pois assim a lei o fez, é um meio pelo qual o julgador usa para formar sua convicção, as perguntas podem ser feitas de forma livre, apenas obedecendo ao disposto no art. 188 do CPP, o que for dito pelo acusado pode ser usado de forma a beneficiá-lo ou prejudicá-lo e porque o direito ao silêncio é uma recusa a responder às perguntas, podendo atuar como um ônus processual. Indubitavelmente o interrogatório é um meio de prova, podendo, apenas acidentalmente, ter aspecto defensivo, como igualmente pode ter aspecto incriminador.

O interrogatório apresenta características próprias, as quais, na explicação de Avena (2017) são:

- a) **a obrigatoriedade do interrogatório:** o interrogatório é um momento de fundamental importância para o processo e para o réu, onde ele pode exercer a autodefesa e expor a sua versão dos fatos, sendo que a sua falta no processo irá gerar nulidade processual, conforme disposto no art. 564, inciso III, alínea “e” do CPP. Mesmo que o réu já tenha sido considerado revel e posteriormente venha a participar do processo, terá o juiz, desde que antes da sentença, o dever de ouvi-lo, revogando os efeitos da revelia;
- b) **ato personalíssimo do imputado:** somente o acusado poderá prestar depoimento, não podendo ser representado por nenhuma outra pessoa. Há casos em que o acusado possui algum tipo de deficiência mental, quanto a isso, importante é saber se a doença preexistia ao fato criminoso ou é posterior ao fato, se posterior ao crime, por tanto, durante a ação penal, conforme exposto no art. 152, do CPP, o juiz deverá suspender o processo até que o acusado se reestabeleça, podendo ordenar sua internação para tratamento, não se suspendendo o prazo prescricional do crime. Sendo a doença anterior ao crime, o acusado será assistido por um curador, o qual o representara nos atos que não forem personalíssimos, como é interrogatório, o qual restará prejudicado se o acusado não conseguir se expressar;

- c) **oralidade:** em regra o interrogatório será feito de forma oral, salvo em situações em que acusado não possa se expressar oralmente, como no caso do surdo, mudo, surdo-mudo ou estrangeiro. Ocorrendo essa situação, o juiz nomeará uma pessoa especializada para interpretar ou traduzir o que o acusado está dizendo;
- d) **publicidade:** em regra todo interrogatório será público, podendo qualquer pessoa assisti-lo. Essa característica faz com que se tenha a ideia de que o acusado não está sofrendo qualquer tipo de pressão no momento do interrogatório, sendo que, em casos onde possa gerar qualquer prejuízo ao acusado ou outra parte do processo, o juiz, o Ministério Público ou mesmo o acusado poderão pedir que o interrogatório não fosse assistido ou que o número de pessoas assistindo seja limitado;
- e) **individualidade:** no caso de existirem dois ou mais réus deverá se interrogar separadamente cada um, sem que um possa ouvir o interrogatório do outro, assim, poderá o juiz identificar eventuais versões contraditórias dos fatos, conforme o art. 191 do CPP;
- f) **perguntas da acusação e da defesa:** realizado o interrogatório, o juiz questionará as partes sobre questões que porventura não estão bem esclarecidas, podendo fazer perguntas ao acusado, que serão deferidas ou não pelo juiz.

Conforme explica Capez (2010), o interrogatório do réu ocorre em duas etapas, seguindo o disposto no art. 187 do CPP, a primeira parte referente à pessoa do acusado e a segunda em relação aos fatos. No que se refere à pessoa, o que se busca é individualizar o acusado, evitando possível confusão com homônimos e garantindo a coincidência de identidades entre a pessoa e o denunciado, deverá ser indagado sobre seus dados pessoais, dados familiares, residência, profissão, vida pregressa, se já foi preso ou processado e, se afirmativo, por qual fato e em qual juízo e se houve condenação.

Na segunda parte o acusado será questionado sobre os fatos e acusações, mas antes, será lida a denúncia propriamente dita, cientificando-o da acusação que lhe é feita e expondo seu direito de permanecer em silêncio e a não responder

qualquer pergunta feita sobre os fatos. Após, o magistrado fará perguntas sobre os fatos, formulando-as e adaptando-as ao caso, conforme disposto no art. 187 do CPP e incisos, que apresentam um rol de perguntas que deverão ser feitas ao réu.

Ainda na explicação do mesmo doutrinador, o réu, além do direito de permanecer em silêncio durante o seu interrogatório, sem que isso importe em prejuízo à defesa, poderá negar as imputações, confessar ou até mesmo mentir, sem que seja responsabilizado pelo ato, uma vez que ele não presta compromisso com a verdade, como ocorre com as testemunhas. O direito ao silêncio está previsto na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso LXIII e está atrelado apenas a segunda parte do interrogatório, ou seja, sobre o mérito, não se aplicando a primeira etapa.

Em complementação, Avena (2017) explica que o direito ao silêncio sem causar prejuízo à defesa, embora já previsto na Constituição Federal de 1988, só foi regulamentado no Código de Processo Penal com as alterações feitas pela Lei nº 10.792/2003 que mudou a redação do artigo 186 e incluiu o Parágrafo Único, com a seguinte redação, "o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa". O autor cita que embora a nova redação do art. 186, os legisladores esqueceram-se de revogar o inconstitucional art. 198 do CPP, o qual expõe que o silêncio poderá servir de instrumento formador da convicção do juiz.

Importante também destacar sobre o interrogatório do réu é a figura da confissão, a qual nas palavras de Aranha (2004, p. 109), "pode ser traduzida como a declaração voluntária, feita por um imputável, a respeito de fato pessoal e próprio, desfavorável e suscetível de renúncia".

Ainda na explicação desse doutrinador, a confissão é chamada de "a rainha das provas", pois, embora tenha o mesmo peso das demais provas, ela causa uma sensação de alívio às pessoas que trabalharam na investigação e processamento, sabendo que o investigado era a pessoa certa, que não cometeram qualquer erro que pudesse incriminar um inocente.

Nas palavras de Aranha apud Tornaghi (2004, p. 109):

[...] realmente, a confissão atendível é um raio de luz que ilumina todos os escaninhos dos crimes mais misteriosos, dissipa as dúvidas, orienta as ulteriores investigações e conforta de um só passo os escrúpulos do juiz e as preocupações da justiça dos homens de bem.

No entanto, a confissão para ter validade no processo penal, segundo Mirabete (2007), deve ser verossímil com o fato imputado ao réu confesso, ela deve ser certa e clara, para que não exista qualquer obscuridade ou incertezas nas alegações, deve haver a persistência, ou seja, ela deve ser repetida e ainda coincidir com os demais elementos probatórios já colhidos no processo. Ela deverá ser pessoal, não se admitindo a representação do réu por terceiro; expressa, sendo reduzida a termo, podendo ser feita em qualquer fase do processo perante juiz competente; ser livre e espontânea, sem qualquer coação ou intimidação para com o acusado; e ter o réu plena saúde mental.

Pode-se considerar como confissão apenas a autoria de um fato, e não a sua existência, pois, a existência é investigada mesmo antes de se ter um autor do fato, o fato confesso deve ter relação direta com o confidente, não podendo confessar fato de um terceiro, pois isso seria um testemunho. Só há confissão quando o fato for desfavorável ao confidente, quando o fato for adverso aos seus interesses. Não se pode criar provas em benefício próprio, porém, admite-se que a pessoa confesse algo mesmo que for prejudicial a si próprio, pois, sempre que o homem tem um fato negativo a seu favor a tendência é de que ele crie formas de afastá-lo ou negá-lo, mas se confessar é porque o fato realmente é verdadeiro (ARANHA, 2004).

Conforme explica Fernando Capez (2010), existem sete tipos de confissão, sendo elas:

- a) confissão simples:** quando o réu simplesmente reconhece e atribui a si a prática do delito;
- b) confissão qualificada:** quando o réu reconhece que praticou o delito, mas, ao mesmo tempo, expõe motivos modificativos ao fato para se eximir da pena, por exemplo, o réu admitir que matou outrem, mas que o fez em legítima defesa;
- c) confissão complexa:** quando, de forma simples, o réu reconhece a prática de vários delitos;

- d) confissão judicial:** prestada perante o juiz competente, sem qualquer tipo de nulidade, feita no próprio processo, pelo interrogatório ou por termo nos autos;
- e) confissão extrajudicial:** a qual pode ser feita no inquérito policial ou fora dos autos da ação penal;
- f) confissão explícita:** quando o acusado reconhece espontaneamente e expressamente a prática do delito;
- g) confissão implícita:** quando o acusado procura ressarcir os danos causados à vítima do delito.

Ainda, na explicação desse autor, a confissão pode ser retratável, ou seja, o confesso pode se retratar da confissão feita, pode voltar atrás, desdizer a confissão, tendo previsão legal para tanto, no art. 200 do CPP.

Na explicação de Aranha (2004), a retratação só terá valor quando comprovado que a confissão ocorreu eivada de algum vício, como por exemplo, a coação.

Avena (2017, Texto Digital) explica sobre a retratação que:

[...] quer dizer que, se o réu, mesmo confesso em juízo, voltar atrás, caberá ao magistrado confrontar a confissão e a retratação que lhe sucedeu com os demais meios de prova incorporados ao processo, verificando qual delas deve prevalecer. Assim, tal circunstância não significa que, uma vez retratada a confissão de um crime, perca ela seu valor como prova, pois nada impede que venha o juiz, a partir de seu livre convencimento, considerar como verdadeira a confissão e falsa a retratação.

A confissão poderá ser divisível, o que, na explicação do autor supra quer dizer que:

[...] significa que o juiz pode considerar verdadeira uma parte da confissão e inverídica outra parte, não sendo obrigado a valorar a confissão como um todo. Pode acontecer, por exemplo, que o acusado confesse a prática de lesões corporais graves contra a vítima, justificando-se, contudo, na legítima defesa. Ora, à vista do conjunto probatório, pode o magistrado dividir a confissão, aceitando-a no que toca ao reconhecimento da autoria, mas refutando a excludente de ilicitude invocada. Neste caso, a confissão terá sido dividida em seus termos (AVENA, 2017, Texto Digital).

3.3 Da prova pericial

Quando o juiz ou a autoridade policial não tiver conhecimento técnico e, tendo que julgar causas ou investigar delitos que dependam de conhecimento específico, é necessário recorrer a pessoas que tem o conhecimento específico sobre o assunto que se pretende saber mais, essas pessoas são chamadas de peritos, os quais, por meio de exames periciais ajudam a elucidar o julgamento ou a investigação (MIRABETE, 2007).

Embora o autor acima somente cite o juiz e a autoridade policial como os que podem requisitar a perícia, também é direito das partes requisitá-la, porém, o juiz deve autorizar (ISHIDA, 2009).

Conforme explica Capez (2010, p. 387):

O termo perícia, originário do latim *peritia* (habilidade especial), é um meio de prova que consiste em um exame elaborado por pessoa, em regra, profissional, dotado de formação e conhecimento técnicos específicos, acerca dos fatos necessários ao deslinde da causa. Trata-se de um juízo de valoração científico, artístico, contábil, avaliatório ou técnico, exercido por especialista, com o propósito de prestar auxílio ao magistrado em questões fora de sua área de conhecimento profissional.

As perícias estão dispostas no Código de Processo Penal no Título VII, Capítulo II, “do exame de corpo de delito, e das perícias em geral”, entre os artigos 158 e 184.

No entendimento de Aranha (2004), a perícia está disposta no CPP como um meio de prova, porém, sua natureza é diferenciada, ultrapassando a condição de uma simples prova. Ela está logo à frente das provas simples e ao mesmo tempo atrás da sentença, se o objeto das provas são os fatos e o da sentença é a declaração de um direito, a perícia é uma manifestação técnico-científica, situando-se em uma posição de meio, entre os fatos e o direito.

O autor explica a afirmação de que a perícia está além de uma simples prova baseando-se em três elementos, o primeiro é de que o perito não apenas faz constatações acerca do objeto ou exame específico realizado, pois, se assim o fizer, está apenas prestando um testemunho. Ele deve fazer afirmações, emitir um juízo

de valor sobre o fato apurado, sendo assim, supera a condição de uma simples prova.

Em segundo lugar, porque a perícia sempre analisa fatos de forma prospectiva, enquanto que as provas simples analisam fatos com a visão retrospectiva. A perícia é dividida em três fases: a observação, avaliação e demonstração, estando caracterizada principalmente pela avaliação, onde o perito observa o fato e, fazendo sua avaliação, ao final presta as declarações e conclusões.

Aranha apud Cerneluti (2004, p.182) afirma que, “o juiz chama a testemunha porque já conhece o fato, chama o perito para que o conheça; o conhecimento da testemunha preexiste, o do perito se forma depois”, e complementa dizendo que, “a testemunha recorda, o perito relata; a primeira é um meio de reconstrução, o segundo, de comunicação da verdade”.

O terceiro e último elemento que faz a perícia ser considerada mais que uma simples prova é a sua subjetividade, enquanto as demais provas são objetivas. A subjetividade da perícia está caracterizada pelo fato de ser um julgamento técnico, artístico, científico ou avaliativo dos fatos, fazendo-se necessário um julgamento subjetivo, que gera, ao final, um juízo de valor.

No mesmo sentido Capez (2010) explica sobre a natureza jurídica da perícia colocando-a como um meio de prova ao qual se atribui um valor especial, ou também chamado de prova crítica.

Sobre a natureza da perícia, Aranha (2004) complementa apontando-a como um instrumento técnico que dá o alicerce à sentença. É um instrumento de apoio usado pelo poder judiciário para a composição dos litígios, gerando ao final, uma resposta técnica que servirá de base para a aferição da existência do direito pleiteado pelas partes.

O autor expõe que a perícia somente se justifica em casos de necessidade de emissão de opinião especializada sobre o fato específico. Quando exposto o resultado da perícia, somente se poderá alegar nulidade da mesma, quando provada irregularidade por erro ou dolo do perito.

Importante destacar que, embora a perícia tenha um peso maior do que uma prova comum, e que serve para esclarecer determinado fato pelo conhecimento específico de um profissional capacitado que expõe os resultados fazendo um juízo de valor, o juiz não necessita se basear na perícia realizada, ele não tem a obrigação de se vincular ao resultado, podendo inclusive rejeita-la (DEMERCIAN e MALULY, 2014).

Esses doutrinadores explicam que a perícia pode ser realizada em objetos, pessoas, lugares ou vários vestígios deixados na cena do crime. Em regra, a perícia é feita por um perito oficial, portando diploma de curso superior, como disposto no art. 159 do CPP, sendo que, na falta de um perito oficial, o art. 159, § 1º do CPP, estipula que a perícia pode ser realizada por duas pessoas idôneas, que tenham curso superior, de preferência na área a ser realizada a perícia, sendo que, por não serem peritos oficiais, os dois deverão, conforme o parágrafo segundo do mesmo artigo, prestar um compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

Outra questão que os autores destacam é sobre a Súmula 361 do STF, a qual determina que a perícia realizada por apenas um perito torna-se nula. Eles explicam que a nulidade que se refere à súmula não se aplica quando está se falando de perícias realizadas por peritos oficiais, mas sim nos casos em que não há peritos oficiais, onde são necessárias duas pessoas para poder ser realizada a perícia, tornando-se nula se realizada por apenas uma pessoa, conforme explicado no parágrafo anterior.

O número e tipos de perícias existentes são muitos, Fernando Capez (2010) expõe e explica algumas espécies de perícias, são elas:

- a) **perícia “*percipiendi*”**: é o tipo de perícia que examina o objeto apenas apontando percepções, sem fazer uma análise valorativa;
- b) **perícia “*deducendi*”**: ocorre quando o perito é chamado para interpretar um fato de forma científica;
- c) **perícia intrínseca**: ocorre toda vez que o seu objeto é a materialidade do crime, por exemplo, a necropsia;

- d) perícia extrínseca:** quando o seu objeto é externo ao crime, elementos que não compõem diretamente a materialidade do crime, mas que também são usados como prova;
- e) perícia vinculatória:** ocorre quando o juiz fica vinculado o resultado da perícia, não podendo avalia-la de forma diferente do que se concluiu no laudo pericial;
- f) perícia liberatória:** é o contrário da vinculatória, nesse caso o juiz pode avaliá-la de forma diferente, inclusive aceitar ou não o seu resultado para formar seu convencimento;
- g) perícia oficial:** é a perícia elaborado por um perito especializado que integra o quadro de peritos oficiais do Estado.

Dentre as várias perícias realizadas destaca-se o exame de corpo de delito, o qual encontra espaço específico na legislação brasileira. Esse exame, conforme Avena (2017), compreende-se como a perícia destinada a comprovar a materialidade da infração que deixa vestígio, por exemplo, lesão corporal e dano. O próprio nome já expõe o objetivo dessa perícia, é corporificar, materializar o resultado da infração, do delito.

Fernando Capez (2010, p. 391) diferencia a expressão “corpo de delito” de “exame de corpo de delito”, conceituando o primeiro como “[...] o conjunto de vestígios materiais deixados pela infração penal, ou seja, representando a materialidade do crime [...]”, e complementa dizendo que, “o corpo de delito é o próprio crime em sua tipicidade”.

Já o exame de corpo de delito, é materializado com a investigação do “corpo de delito” deixado pelos crimes que deixam vestígios, o autor acrescenta que, “o exame de corpo de delito é um auto em que os peritos descrevem suas observações e se destina a comprovar a existência do delito”.

O exame do corpo de delito é fundamental para o processo, conforme disposto no art. 158 do CPP, “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”. Então, nos casos em que o crime deixar vestígios e não for realizado o

exame de corpo de delito acarretará em nulidade processual, conforme disposto no art. 564, III, alínea “b” do CPP (CAPEZ, 2010).

Ainda, o autor explica sobre o exame ser direto ou indireto, conforme mencionado no artigo citado anteriormente, sendo que o exame direto é realizado diretamente sobre os elementos da infração, diretamente sobre o corpo do delito, por exemplo, um cadáver, porta arrombada ou arma utilizada.

O exame indireto está relacionado com o raciocínio dedutivo, por exemplo, sempre que os elementos da infração desaparecem, o que pode ser feito é ouvir testemunhas do fato para tentar entender o que ocorreu, essa oitiva é a forma indireta do exame e também uma exceção que está prevista no art. 167 do CPP, o qual preceitua que, “Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”. Importante salientar que o desaparecimento dos vestígios deve ocorrer sem que os órgãos estatais tenham interferido, seja pela demora na ocorrência ou outra forma, a causa do desaparecimento deve ser, por exemplo, uma causa natural, ou em casos que o vestígio é destruído pelo infrator, só assim será aceito outras provas em substituição ao exame de corpo de delito no processo.

O Código de Processo Penal ainda estabelece diversas outras ordens sobre a realização das perícias, por exemplo, o exame de autópsia, estabelece o art. 162 do CPP que a autópsia deverá somente ser realizada passadas pelo menos seis horas do óbito, salvo se pelas circunstâncias da morte os peritos verificarem que possa ser feito antes. O parágrafo único do mesmo artigo dispõe que em casos de morte violenta bastará o simples exame externo do cadáver, ou quando as lesões externas puderem expressar a causa da morte não havendo necessidade de exame interno. As demais regras estabelecidas pelo Código se estendem entre os artigos seguintes, sendo que, obviamente, não se pode interferir em um procedimento específico de cada tipo de perícia, pois, é um processo que está em constante evolução, devendo os peritos sempre esclarecer os meios que utilizaram para obtenção do resultado da perícia (GRECO FILHO, 2015).

3.4 Da prova testemunhal

A testemunha como prova está regulamentada a partir do art. 202 do CPP, dispondo que, “toda pessoa poderá ser testemunha”. Nas palavras de Avena apud Mirabete (2007, Texto Digital) sobre as testemunhas, explica que:

[...] testemunha é a pessoa que, perante o juiz, declara o que sabe acerca dos fatos sobre os quais se litiga no processo penal, ou as que são chamadas a depor, perante o juiz, sobre as suas percepções sensoriais a respeito dos fatos imputados ao acusado.

O doutrinador Fernando Capez (2010, p. 416 - 417) conceitua sobre as testemunhas afirmando que:

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 equidistante das partes, chamado ao processo para falar sobre fatos perceptíveis a seus sentidos e relativo 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.

Aranha (2004, p. 147) explica que, “testemunhar, etimologicamente, vem do latim *testari*, significando mostrar, asseverar, manifestar, testificar, confirmar etc. Por sua vez deu origem ao vocábulo testemunha [...]”.

Esse autor também comenta que a prova testemunhal é a mais comum para o processo penal, mas, ao mesmo tempo, é a mais duvidosa, recebendo o nome de, “a prostituta das provas”. Ele explica que é a prova mais falha no processo, tendo em vista que existem fatores que podem influenciar a testemunha, como por exemplo, o ângulo que ela presenciou os fatos, a opinião pessoal sobre o fato, a maneira como é feita a pergunta a ela na audiência. Se alguma das partes achar que já está com a causa ganha pelo fato de ter testemunhas do fato está enganado, pois, seu depoimento pode dismantelar qualquer tese defensiva que for, por isso, não é possível se basear apenas em testemunhas.

A prova testemunhal apresenta varias características próprias, Capez (2010) cita seis características fundamentais à prova, sendo elas:

- a) **judicialidade:** diz respeito à prova testemunhal produzida em juízo, a qual, tecnicamente, é a que produz efeito no processo;
- b) **oralidade:** a prova deve ser colhida por meio verbal, testemunho falado, perante o juiz e as partes, salvo nos casos de a testemunha ser muda, surda ou surda-muda, procedendo-se, nesse caso, conforme o art. 192 do CPP;
- c) **objetividade:** a testemunha deve relatar os fatos sem expor sua opinião, embora a opinião influencie na visão dos fatos, sem fazer conclusões, exceto quando o relato do fato não puder ser feito sem a emissão da opinião;
- d) **retrospectividade:** a testemunha deve relata fatos ocorridos no passado, ela depõe sobre o que viu, não sobre o que acha que vai ocorrer;
- e) **imedição:** a testemunha deve relatar o que captou através dos sentidos, na maioria dos casos, visão e audição;
- f) **individualidade:** a testemunha presta seu depoimento sem a presença de outras testemunhas.

Ainda, pode-se classificar as testemunhas, Mougenot (2017) as classifica da seguinte forma:

- a) **numerárias e extranumerárias:** são as arroladas pelas partes levando-se em conta o número máximo permitido pela lei, o que varia de acordo com o procedimento processual em questão, pelo rito comum, estabelece o art. 401 do CPP que poderão ser arroladas até 08 testemunhas por parte, no procedimento sumário, conforme o art. 532 do CPP, são 05 testemunhas por parte, no sumaríssimo, regulado pela Lei nº 9.099 de 1995 o máximo são 03 testemunhas por parte, e no procedimento do júri, como disposto no art. 406 do CPP são 08 testemunhas que poderão ser ouvidas na instrução e 05 no plenário, art. 422, CPP. As extranumerárias são as que o juiz decide ouvir por iniciativa própria, podendo ultrapassar o número máximo de testemunha do procedimento adotado;
- b) **diretas ou indiretas:** as diretas são as que de fato presenciaram o ocorrido, obtendo o conhecimento sobre o fato pelos próprios sentido. As indiretas são as que ficam sabendo do ocorrido por terceiros;

- c) próprias e impróprias:** a primeira é a testemunha que viu o fato delituoso em si, o objeto do litígio, a segunda refere-se as testemunhas que presenciaram fatos processuais, por exemplo, a prisão do suspeito;
- d) informantes:** são as que não prestam compromisso com a verdade, por motivos pessoais de proximidade com alguma das partes ou por força de lei;
- e) referidas:** são as que se enquadram nas extranumerárias, por exemplo, uma testemunha cita outras pessoas que presenciou o fato e que não está no rol, o juiz pode requisitar a sua oitiva também.

A pessoa arrolada como testemunha adquire um dever, não podendo se eximir dessa obrigação, é o que dispõe o art. 206 do CPP, sob pena de incorrer no crime de desobediência ou aplicação de multa pelo juiz (art. 219, CPP) e, ainda assim, não comparecendo à audiência, pode ser conduzida coercitivamente pelo oficial de justiça (art. 218, CPP). Por outro lado, existem as pessoas que legalmente tem o direito de se eximirem desse encargo, no caso de serem muito próximos do acusado, por exemplo, ascendente, descendente, cônjuge, irmão, pai, mãe etc., conforme também disposto no art. 206 do CPP (DEMERCIAN e MALULY, 2014).

Existem também as pessoas que são proibidas de testemunhar, conforme disposto no art. 207 do CPP, como é o caso, por exemplo, das pessoas que devem guardar sigilo profissional, salvo se autorizadas pelo interessado. Para que se possa proibir essa pessoa de testemunhar é preciso que o fato deva ser tratado de forma oculta, deixando claro pelo interessado que não deve chegar ao conhecimento de terceiros, como ocorre com os advogados, psicólogos, médicos etc. O artigo também cita o impedimento pela função, ministério, ofício ou profissão que devam guardar sigilo de informações (ARANHA, 2004).

Conforme explicado por Avena (2017) antes de depor, a testemunha será devidamente compromissada de dizer a verdade sobre os fatos que sabe, sob pena de, não o fazendo, serem responsabilizadas pelo crime de falso testemunho se mentir ou omitir fatos relevantes ao deslinde do processo, conforme disposto no art. 203, o qual preceitua:

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

O autor entende que apenas as testemunhas que forem compromissadas podem ser enquadradas no crime de falso testemunho previsto no art. 342 do Código Penal, não podendo então ser aplicado às pessoas citadas no art. 208 do CPP, por elas não prestarem o compromisso do artigo citado acima, são elas, os doentes e deficientes mentais, os menores de 14 anos e os citados no art. 206 do CPP.

Ainda, na explicação desse doutrinador, as testemunhas têm o direito de prestarem seu depoimento sem a presença do réu na audiência, é o que está disposto no art. 217 do CPP, justificando-se pelo fato da presença do réu poder gerar na testemunha algum temor ou constrangimento, fazendo que ela não fale tudo o que teria para falar.

Como já dito anteriormente, a prova testemunhal é, por assim dizer, menos confiável do que, por exemplo, uma perícia ou um documento, isso se deve ao fato de ser uma pessoa que está ali, é um ser humano, que pode ser influenciado por diversos motivos, duas testemunhas do mesmo fato podem descrevê-lo de duas formas diferentes, a percepção pessoal conta muito, sem falar nos vícios dos depoimentos, muitas vezes motivados pela emoção e sentimentos dos mais variados, ainda que a testemunha deva deixar sua opinião de lado e apenas relatar os fatos, por isso é muito difícil avaliar o peso de uma prova testemunhal (MIRABETE, 2007).

Tentando chegar a um método que possa aferir a valoração da prova testemunhal, Aranha (2004) acredita que devem ser levado em conta dois fatores importantes, o primeiro é o sujeito, a pessoa que está testemunhando, observado seus antecedentes e conduta social, profissão, posição no meio social, educação, postura e até a vestimenta, o estado emotivo ao prestar o depoimento e a firmeza nas afirmações diante das perguntas.

O segundo fator é o conteúdo do depoimento como um todo, se é coerente ou não, se de fato é possível a ocorrência dos relatos em um plano de realidade normal e concordância com elementos de outras provas. Fazendo essa avaliação o juiz pode ter uma maior noção na hora de pesar o testemunho ao elaborar a sentença, embora possa dar o valor que bem entender, bastando que o motive.

Importante destacar a questão relacionada ao depoimento infantil, o qual é admitido como meio de prova, porém, desfruta de um valor probatório relativo, devido ao fato da criança ou adolescente não estarem com a sua maturidade moral e psicológica totalmente formada, sendo frequente a fantasia e sugestibilidade e até a mentira nos depoimentos, a qual é usada, em muitos casos, como uma defesa da criança, devido a situações de estresse frequentes e fatos que possam causar constrangimento a ela. Há casos em que se pode aferir um valor maior ao depoimento, verificando-se a coerência do depoimento com relatos bem compreensivos e com uma boa percepção visual do fato, mas sempre os confrontando com as demais provas já colhidas (MIRABETE, 2007).

Outra questão que pode gerar discussão é o testemunho de policiais, em especial os que efetuaram a prisão em flagrante ou a ocorrência. A jurisprudência não é unânime nessa questão, muito embora haja um entendimento dominante, o qual entende que, o depoimento de policiais que trabalharam diretamente na ocorrência ou mesmo na prisão do acusado podem sim serem usados para embasar a sentença, sem margem para alegações de qualquer nulidade em função exclusivamente disso. O exercício da função de policial não desmerece o depoimento, tendo o mesmo valor de qualquer outra testemunha, somente não tendo valor quando não encontra embasamento nas demais provas já colhidas, o que pode ocorrer com qualquer outro meio de prova (AVENA, 2017).

3.5 Da prova documental

A prova documental está prevista no Código de Processo Penal no Título VII, Capítulo IX, do art. 231 ao art. 238. Aranha (2004) explica que o termo documento é originário da palavra *documentum*, que por sua vez, deriva do latim *doceo*, que

significa ensinar, indicar, em outras palavras, tudo aquilo que por si só demonstra algo e faz com que se conheça outra coisa.

O doutrinador Guilherme Souza Nucci (2015, Texto Digital) complementa com o seguinte conceito sobre documento:

Documento é toda base materialmente disposta a concentrar e expressar um pensamento, uma ideia ou qualquer manifestação de vontade do ser humano, que sirva para expressar e provar um fato ou acontecimento juridicamente relevante. São documentos: escritos, fotos, fitas de vídeo e som, desenhos, esquemas, gravuras, disquetes, CDs, DVDs, pen-drives, e-mails, entre outros. Trata-se de uma visão moderna e evolutiva do tradicional conceito de documento – simples escrito em papel – tendo em vista o avanço da tecnologia.

A prova documental é muito importante para o processo penal, sendo que em vários casos é ela que vai ser decisiva para condenar ou absolver o acusado. Capez (2010, p. 436-437) descreve a função do documento dividindo-a em três aspectos, são eles:

- a) **dispositivo:** quando o documento é necessário indispensável para a existência do ato jurídico, por exemplo, um título de crédito;
- b) **constitutivo:** quando elemento essencial para a formação e validade do ato, considerado como integrante deste, por exemplo, escrituras públicas;
- c) **probatório:** quando a sua função é de natureza processual, servindo para provar a existência do ato.

Ainda, conforme Aranha (2004), existem os documentos comunicativos, os quais reproduzem um pensamento, que dizem algo a respeito de alguma coisa; e os certificantes, que são aqueles que afirmam ou confirmam algo. Ademais, o autor expõe outros três aspectos sobre os documentos, o primeiro refere-se ao autor do documento, que é a pessoa que deu origem a ele, tanto é autor quem deu a ordem para que fosse feito quanto quem o desenvolveu; o segundo refere-se ao meio, o qual diz respeito à forma como o documento se desenvolveu, é a parte instrumental para que o documento ganhe forma física; o terceiro refere-se ao conteúdo do documento, o qual é uma reprodução de um fato ou uma manifestação de um pensamento que é materializado em um documento.

O art. 232 do CPP expõe que, “consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”, a respeito do exposto pelo artigo, o doutrinador Norberto Avena (2017), explica que o artigo dá uma definição de documento *lato sensu*, que é mais ampla, e o divide em duas partes, os documentos *stricto sensu*, que são os documentos elaborados e que não tem o propósito de ser usado como prova, embora possam ser usado dessa forma se necessário, e os *instrumentos*, que tem um propósito probatório futuro e que se dividem em *particulares*, os quais não tem interferência de qualquer agente público em sua formação, e os *públicos*, que são elaborados por um agente público ou perante o agente no exercício de suas funções, sendo esse documento dotado de fé pública.

Esse doutrinador também explica sobre o momento em que se produz a prova documental, com base no art. 231 do CPP, o qual expõe que, “salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo”, então, as partes poderão exhibir documentos em qualquer fase do processo, desde que esses documentos forem produzidos lícitamente e a outra parte tenha acesso a eles, inclusive o juiz pode requerer a apresentação de documentos pelas partes. Como exemplo de uma exceção a regra, temos o caso dos documentos apresentados na hora do Plenário do Tribunal do Júri, o que, por força do art. 479 do CPP não pode ser feito, pois, os documentos que podem ser apresentados no Plenários devem ser apresentados ao processo com antecedência mínima de 3 dias.

Sobre a limitação da produção da prova documental, Capez (2010) expõe que o juiz não pode admitir que as partes juntem ao processo documentos obtidos por meios criminosos, é o que preceitua o art. 233 do CPP, que tem a seguinte redação, “as cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo”, embora o artigo fale em cartas, a inadmissibilidade se estende a qualquer documento.

Uma das formas de documentos que não podem ser admitidos no processo são os documentos falsificados, os quais podem ser públicos ou particulares, Aranha (2004) explica que os documentos falsificados procuram alterar fatos e verdades, e divide a falsificação em dois aspectos, a extrínseca, quando relacionada à forma do

documento, e a intrínseca, quando relacionada com o seu conteúdo. Quando o documento é falsificado em seu conteúdo, por dolo, fraude e até coação, se pode considerar um vício de vontade, quando a falsificação ocorre do próprio documento tem-se um vício instrumental.

Ao perceber a falsidade de um documento, será instaurado um incidente de falsidade, previsto no art. 145 do CPP, o qual somente poderá versar sobre vícios instrumentais do documento, não abrangendo os vícios de vontade. O incidente será autuado em apartado, suspendendo o processo principal, com prazo de resposta da outra parte em 48 horas, pode ocorrer produção de provas e após vai para decisão. O incidente só pode ser instaurado diante de uma falsidade instrumental, ideológica e material no caso de ser um documento público, e somente material se for particular.

Portanto, para que o documento seja recebido e tenha validade para o processo é necessário que ele possua todos os requisitos acima citados, não podendo, de qualquer forma, ser produzido violando direitos ou propositalmente sejam inseridas informações inverídicas sobre o caso causando prejuízos a outra pessoa.

3.6 Da prova indiciária

A prova indiciária, ou apenas indícios, está disposta no art. 239 do CPP, com a seguinte redação, “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Aranha (2004) explica que a palavra indícios deriva do latim *indicium*, que significa o que é apontado, o que é indicado.

O doutrinador Fernando Capez (2010) define indícios como:

[...] toda circunstância conhecida e provada, a partir da qual, mediante raciocínio lógico, pelo método indutivo, obtém-se a conclusão sobre o fato. A indução parte do particular e chega ao geral. Assim, nos indícios, a partir de um fato conhecido, deflui-se a existência do que se pretende provar. Indício é o sinal demonstrativo do crime: *signum demonstrativum delicti*.

Conforme Mirabete (2007), os indícios são provas indiretas, devido ao fato deles derivarem de raciocínio lógico que revela um fato ou circunstância, ao contrário da prova direta, que revela o fato sem qualquer tipo de processo lógico, a própria prova já demonstra o fato, por exemplo, a prova testemunhal e confissão.

Conforme disposto no art. 239 do CPP, os indícios são encontrados por meio de um processo indutivo, a esse respeito, Aranha (2004) faz uma crítica à redação do artigo, explicando que a indução é um método de raciocínio lógico que parte de uma premissa menor para uma maior, ou de um particular ao geral, o que ocorre é que para que se chegue aos indícios o processo deve ocorrer de forma inversa, partindo-se de uma premissa geral, que é o fato já comprovado, para uma premissa particular, que é o fato que se deseja provar, por tanto, a prova indiciária, ao contrário do que está previsto na lei, não é constituída pelo processo de indução, mas sim por um processo dedutivo.

Ainda, esse doutrinador classifica os indícios do ponto de vista temporal, os quais se dividem em anteriores, contemporâneos e posteriores. O primeiro trata-se dos indícios anteriores ao crime, por exemplo, a compra da arma, a ameaça etc.; o segundo, os colhidos no momento do crime, relacionado com o flagrante; e o terceiro são os indícios encontrados após o crime, como, vestígios de pólvora nas mãos do suspeito, sangue na roupa, objetos do crime com o suspeito etc.

Os indícios têm o mesmo valor probatório de qualquer outra prova, claro que, do mesmo modo como ocorre com as outras provas, não pode ser analisado isoladamente, ele deve encontrar o mínimo de coerência com as demais provas (MIRABETE, 2007).

A prova indiciária, como explica Nucci (2015), embora indireta, não diminui o seu valor, o que se deve levar em conta é a suficiência de indícios, realizando um raciocínio dedutivo confiável para que se chegue a um culpado. Em muitos casos a prova indiciária é mais confiável do que outras, como a testemunhal, por exemplo. O autor cita um exemplo que explica bem como se chega à conclusão dos indícios, qual seja:

um gato e um passarinho foram colocados no interior de uma sala hermeticamente fechada e completamente vazia. Várias testemunhas idôneas foram colocadas do lado de fora da sala durante todo o evento. A única saída foi fechada e, rapidamente, foi aberta novamente, com todas as

testemunhas observando a única saída. No interior da sala, o passarinho tinha sumido. Havia somente penas pelo chão. O gato encontrava-se num canto da sala, lambendo os beiços, com sangue pelos bigodes e, ainda, umas penas pelos dentes. Alguém viu o gato comendo o passarinho? Alguém viu o 'assassinato' do passarinho? Todas as provas são indiciárias: a sala hermeticamente fechada, o gato e o passarinho sozinhos na sala, as testemunhas idôneas que observaram todo o evento etc. Mas, de todos estes indícios, podemos tirar nossa firme conclusão: alguém tem dúvida de que foi o gato que comeu o passarinho?(NUCCI, 2015, Texto Digital).

A partir desse exemplo podemos ter maior noção do que realmente são os indícios, no caso em tela, se perguntarmos para alguma testemunha o que ocorreu dentro da sala, obviamente responderão que o gato comeu o passarinho, porém, elas não viram o que de fato ocorreu dentro da sala, mas os indícios de que o gato comeu o pássaro são tão fortes que se pode concluir que o gato é o assassino, mesmo não vendo o assassinato.

Importante destacar a figura dos *contraindícios* que, na explicação de Avena (2017, Texto Digital):

São circunstâncias que invalidam, em determinadas condições e circunstâncias, os indícios colhidos contra alguém. Exemplo de contraindício reside no *álibi*, que pode desfazer o indício de que, no dia e horário do crime, o réu se encontrava no local onde este ocorreu.

Outra questão importante e que pode gerar discussão é a materialização do crime feita por indícios. Em regra os crimes que deixam vestígio devem ter a sua materialidade comprovada pelo exame de corpo de delito (art.158 do CPP), concluindo-se então que, por meio de indícios não é possível sua comprovação, porém, existe a figura do corpo de delito indireto, que se entende como prova indireta, então, é prova indiciária, não havendo obstáculos nesse caso para a materialização, por exemplo, em um caso de aborto, o qual pode ser comprovado pela ficha médica da paciente, constituindo corpo de delito indireto, ou seja, prova indiciária (NUCCI, 2015).

O doutrinador supracitado também explica a questão da autoria observada por meio de indícios, o que é cabível, desde que os indícios forem suficientes e fortes o bastante, para que, por meio do processo dedutivo, se chegue à autoria do crime. Contudo, há momentos no processo que não se exige a prova clara da autoria, somente a existência de indícios suficientes, como por exemplo, para a decretação da prisão preventiva e recebimento da denúncia, sendo que quem

decidirá se há suficiência de indícios é o juiz, que poderá não receber a denúncia ou prender o sujeito se achar que há outras provas a serem produzidas.

4 CRIMES DE ABUSO SEXUAL: A VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA

Atualmente vive-se em uma sociedade tomada pelo medo, em que o Estado não consegue impor sua força de maneira a proteger toda a população. Cada vez mais há notícias de crimes bárbaros, dentre eles os crimes de abuso sexual, o qual é cometido de forma clandestina, deixando poucos rastros e provas além de uma vítima completamente abalada e frágil.

Assim, no presente capítulo é feita uma análise dos crimes contra a dignidade sexual, explicando de maneira geral o que são esses crimes e alterações trazidas com novas legislações, com abordagem mais específica nos crimes de estupro e estupro de vulneráveis. Em seguida se analisa o valor da palavra da vítima em casos de abuso sexual e, por fim, verifica-se se a palavra da vítima como a principal prova do crime de abuso sexual, tem força para sustentar uma condenação criminal.

4.1 Crimes contra a dignidade sexual: o estupro e o estupro de vulneráveis

Conforme explica Costa e Costa Junior (2010, Texto Digital), anteriormente esses tipos de crimes eram denominados como “crimes contra os costumes”, essa nomenclatura era usada pelos legisladores para expressar “os bons costumes”, levando-se em conta a moralidade pública regulando as condutas sexuais. O autor explica sobre a moralidade pública que, “é a consciência ética de um povo, em dado momento histórico, é precisamente seu modo de entender e distinguir o bem e o mal, o honesto e o desonesto [...]”. Assim, o direito penal seleciona os

comportamentos mais graves e tipifica-os como crime, nesse caso, as condutas sexuais que ferirem a liberdade, pudor, dignidade honra etc.

Ishida (2015) explica que após o advento da Lei 12.015 de 2009, o Título VI do Código Penal ganhou uma nova redação, passando a se chamar “dos crimes contra a dignidade sexual”, essa nova nomenclatura se deve a evolução dos crimes e da sociedade como um todo, sendo que a expressão anterior de “costumes” é ultrapassada não condizente com a atual realidade em que vivemos.

Ainda, o autor explica que o termo dignidade é muito mais atual e compatível com a situação do nosso estado de direito, trazendo mais respeito à dignidade da pessoa humana, dignidade moral e valores da sociedade atual. Sobre o direito a dignidade e autodeterminação pessoal o autor expõe que:

Tem o ser humano o direito à autodeterminação e à liberdade na condução da própria vida, devendo ser protegido pelo Direito e suas normas, como medida de reconhecimento da própria essência e da condição de ser humano. A dignidade sexual, nesse diapasão, representa os valores que devem ser respeitados no plano sexual visando à sua autodeterminação e à liberdade (ISHIDA, 2015, Texto Digital).

No mesmo sentido Sarrubbo (2012, Texto Digital) expõe que:

A atual denominação, “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, é positiva, posto que se apresenta como a proteção, o respeito que se deve ter para com o ser humano em relação ao seu comportamento sexual, à sua liberdade de escolha nesse campo, sem qualquer forma de exploração.

A mudança trazida com a lei anteriormente citada não ocorreu somente em relação à nomenclatura do título no Código Penal, ocorreu uma mudança na objetividade jurídica do tema, ampliando o sentido de abuso sexual e unindo algumas condutas em um só tipo penal, abrangendo qualquer conduta com conotação sexual ao título. A sexualidade está deixando de ser um tabu e diariamente comentada em praticamente todos os meios sociais e de comunicação, inclusive as novas gerações tratam do assunto sem nenhum tipo de trauma, encarando a sexualidade com naturalidade. Ao analisar os crimes regulados nesse título deve-se levar tudo isso em consideração, para assim melhor interpretar os fatos, devido à sexualização da sociedade e unificação de alguns crimes (JESUS, 2014).

Ainda, na explicação do autor supra, o direito penal visa à proteção à livre escolha e consentimento nas relações sexuais, é sobre dispor de seu próprio corpo e escolha do parceiro. Nas palavras do autor:

Conforme se verifica da leitura dos dispositivos penais a liberdade carnal pode ser violada mediante o emprego de violência (física ou moral) ou de fraude. Em qualquer das hipóteses haverá o comprometimento da vontade do sujeito passivo, que estará praticando atos sexuais (normais ou anormais) sem a eles emprestar o seu consentimento. Para a caracterização dos delitos é indispensável à violência (física ou moral) ou a fraude, sem o que o fato será penalmente indiferente ou não se constituirá em crime contra a dignidade sexual (JESUS, 2014, Texto Digital).

Os crimes contra a dignidade sexual podem ser classificados como: crimes contra a liberdade sexual; crimes sexuais contra vulneráveis; lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual; e ultraje público ao pudor (JESUS, 2014).

Os crimes contra a *liberdade sexual* estão dispostos do art. 213 ao 216-A do Código Penal. Destaca-se o crime tratado no art. 213 do CP que é o crime de estupro, que tem a seguinte redação:

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.

Conforme Coêlho (2015) o crime de estupro é o mais grave entre os crimes contra liberdade sexual, é o crime mais violento, tanto psicologicamente quanto fisicamente, deixando muitas sequelas à vítima. Nesse contexto o legislador brasileiro frequentemente tenta fazer com que a prática desse crime reduza, endurecendo cada vez mais a pena aplicada ao crime.

O bem jurídico que se tenta proteger nesse artigo é a liberdade sexual de qualquer pessoa como dito no próprio artigo, esta liberdade está relacionada à autonomia sexual dos indivíduos em dispor do próprio corpo sem o emprego de violência ou ameaça de um terceiro.

Com a nova redação do art. 213 do CP o sujeito passivo ou ativo do crime de estupro pode ser quaisquer pessoas, homem ou mulher, ao contrário do que ocorria anteriormente, quando o sujeito ativo somente poderia ser um homem e o passivo uma mulher, tendo em vista que era considerado estupro apenas o coito vaginal, pênis-vagina, sendo que hoje com a unificação de alguns crimes ao estupro, trouxe ao artigo a figura dos atos libidinosos que são qualquer ato sexual capaz de excitar o indivíduo, por exemplo, sexo oral, coito anal, manipulação dos órgãos genitais, masturbação, e até mesmo um beijo pode ser enquadrado como estupro, desde que seja contra a vontade e que cause constrangimento à vítima.

Esse doutrinador explica que não há a possibilidade do crime ocorrer de forma culposa, o estupro sempre é doloso, porém, para a sua configuração sempre deve estar presente a vontade do sujeito ativo em satisfazer sua lascívia e a manifestação contrária ao ato pela vítima, deixando claro que a situação é forçada, por meio de violência ou grave ameaça pelo sujeito ativo, sem o seu consentimento, embora há casos em que a vítima não pode se manifestar contra o ato, o que poderia acarretar em sua imediata morte, por exemplo, se o sujeito ativo está ameaçando matar a vítima se esta não praticar algum ato sexual com ele.

No estupro é cabível a tentativa, ocorrendo quando o sujeito ativo não consegue consumar o ato, por exemplo, quando ainda está tirando a roupa da vítima para a prática do estupro e é interrompido por algum motivo, porém, o agente não pode ter praticado nenhum ato libidinoso antes, pois já configuraria o estupro.

Ainda o autor expõe que a consumação do estupro se dá com o primeiro ato libidinoso praticado com a vítima, se o sujeito tem a intenção de praticar conjunção carnal com a vítima, ou seja, penetração do pênis na vagina, e antes disso faz carícias, beija ou passa as mãos em suas partes íntimas, já é consumado o estupro. A prática de apenas um ato ou vários atos libidinosos ou conjunção carnal no mesmo momento e circunstâncias configura estupro apenas uma vez, porém, se praticado diversas vezes em outras oportunidades e com atos semelhantes, se configura um estupro em cada oportunidade, ocorrendo à figura do estupro continuado.

A materialidade do estupro se dá com a realização do exame de corpo de delito, todavia, não sendo realizado o exame ou se realizado não encontrar vestígios do crime a palavra da vítima servirá para a materialização do delito (ISHIDA, 2015).

Seguindo com o art. 213 do CP, verifica-se em seus parágrafos que é um crime que admite a forma qualificada, ou seja, se o crime for praticado nas circunstâncias ou tiver um resultado ali especificado a pena será maior. Porém, a conduta do sujeito ativo deve ser de dolo no antecedente e culpa no consequente, ou seja, se o sujeito quer manter conjunção carnal com uma pessoa e passa a agredi-la resultando lesão, o ato de agredir deve ser secundário, apenas para garantir a consumação da sua intenção principal (COELHO, 2015).

O parágrafo primeiro do artigo citado acima estabelece que, se da conduta resultar lesão grave ou for praticado contra pessoa menor de 18 anos e maior de 14 a pena será maior, de 6 a 10 anos passará a 8 a 12 anos. O parágrafo segundo estabelece que se da conduta resultar em morte da vítima a pena será de 12 a 30 anos, nesse caso temos a mesma situação do exposto no parágrafo anterior, a conduta principal deve ser o estupro e a secundária e não planejada a morte. Se a intenção do sujeito for estuprar e depois matar a vítima ele será enquadrado nos crimes de estupro e homicídio doloso (ISHIDA, 2015).

O estupro é uma conduta criminosa das mais reprovadas pela sociedade, sendo enquadrado pela Lei nº 8.072 de 1990 em seu art. 1º, inciso V, como crime hediondo, o que trouxe mais rigor em sua pena aplicada e no cumprimento da condenação (COSTA e COSTA JUNIOR, 2010).

Em regra a ação penal no crime de estupro é condicionada à representação, ou seja, o Ministério Público que é o titular da ação penal só poderá dar início a ela se a vítima autorizar. A vítima tem prazo decadencial de 6 meses para noticiar o crime, contados a partir do momento em que ela sabe quem é o autor do crime, conforme art. 103 do CP. O estupro afeta tão profundamente a vítima que o legislador deu o direito dela decidir se quer ou não seguir com um processo, o qual pode ser ainda mais penoso para a vítima. Porém, uma vez iniciada a ação penal, o Ministério Público assume seu papel incondicionalmente, não podendo a vítima voltar atrás de sua decisão (CAPEZ, 2010).

O art. 225 do CP, que também vigora com nova redação por força da Lei nº 12.015 de 2009, estabelece que os crimes previstos nos Capítulos I e II do Título VI, que são os contra a liberdade sexual e contra vulneráveis, se procede mediante ação penal condicionada à representação, ressalvada a hipótese do parágrafo primeiro do mesmo artigo, o qual aduz que se procede mediante ação penal incondicionada à representação quando os crimes forem cometidos contra menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

Os crimes sexuais contra pessoas vulneráveis estão elencados no Capítulo II do Título VI, entre os artigos 217-A e 218-B do Código Penal. Em destaque tem-se o art. 217-A, que foi incluído pela Lei nº 12.015 de 2009, o qual trata do estupro de vulneráveis, com a seguinte redação:

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.

Nesse capítulo, o objeto jurídico que se pretende proteger é um pouco diferente do primeiro, o qual defendia a liberdade sexual individual, nesse caso o que se pretende proteger é a dignidade sexual de um determinado grupo considerado frágil, evitando que entrem de modo abusivo e precoce na vida sexual (JESUS, 2014).

Conforme explica Ishida (2015, Texto Digital) a pessoa vulnerável necessita de uma proteção diferenciada, sendo consideradas pessoas vulneráveis o menor de 14 (quatorze), os que possuem alguma enfermidade, ou seja, alguma doença permanente ou transitória que faça com que o paciente não tenha discernimento ou tenha sua capacidade de resistência diminuída frente ao ato sexual, e os que possuem deficiência mental, que da mesma forma não tem o necessário discernimento para a prática do ato ou não podem oferecer resistência por qualquer outra causa. No caso de possuir alguma deficiência ou enfermidade e que não

possa oferecer resistência, não importa a idade da pessoa, será considerado vulnerável, mesmo que de maneira transitória.

Na explicação de Coêlho (2015) o sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável pode ser qualquer pessoa, porém, o sujeito passivo só pode ser pessoa vulnerável, conforme descrito no artigo, caso contrário entraria no estupro simples. O crime consiste em realizar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com pessoas vulneráveis, independente de violência ou grave ameaça, sendo sempre presumida a vulnerabilidade quando tiver menos de 14 anos, da mesma maneira do estupro, o crime se consuma com o primeiro ato libidinoso realizado pelo sujeito ativo.

Esse entendimento de presunção de vulnerabilidade foi pacificado recentemente com a implementação da Súmula 593 do STJ, a qual vigora com a seguinte redação:

O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente (SUMULA 593 do STJ, julgada em 25/10/2017).

Por esse motivo que não há de se falar nesse capítulo de liberdade sexual, uma vez que as pessoas que tratam esse capítulo não são consideradas com discernimento suficiente para dispor dessa liberdade e de seu corpo de maneira sexual, tornando criminosa a prática de qualquer ato sexual com vulneráveis (ISHIDA, 2015).

Esse doutrinador ainda explica que, do mesmo modo que o estupro do art. 213 do CP, o estupro de vulnerável admite a forma qualificada, presentes nos parágrafos 3º e 4º do art. 217-A do CP, aumentando-se as penas se da conduta resultar lesão corporal grave (§3º) ou morte (§4º). Igualmente como citado no crime do art. 213, a conduta deve ser secundária à principal, se não ocorrerão dois crimes.

Sendo a caracterização do crime de estupro de vulnerável independente de qualquer tipo de consentimento da vítima, se pode concluir que a ação penal que se procede a este crime é a ação penal pública incondicionada à representação, a qual o Ministério Público dá prosseguimento ao processo sem precisar de autorização da vítima (COÊLHO, 2015).

A prescrição desse crime fica condicionada e começa a contar a partir do momento em que a vítima completar 18 anos, salvo se o Ministério Público já tenha ingressado com a ação penal, conforme o art. 111, inciso V do CP (ISHIDA, 2015).

4.2 A valoração da palavra da vítima em casos de abuso sexual

No processo penal brasileiro não existe hierarquia quando se trata de meios de prova, não há uma prova que valha mais do que a outra, assim preceitua Pacelli (2017, Texto Digital), que complementa sobre o assunto quanto à hierarquia das provas dizendo que:

A seu turno, a hierarquia não existe mesmo. Julgamos efetivamente não ser possível afirmar, a priori, a supremacia de uma prova em relação à outra, sob o fundamento de uma ser superior a outra, para a demonstração de qualquer crime. Como regra, não se há de supor que a prova documental seja superior à prova testemunhal, ou vice-versa, ou mesmo que a prova dita pericial seja melhor que a prova testemunhal. Todos os meios de prova podem ou não ter aptidão para demonstrar a veracidade do que se propõem.

Como destacado acima, habitualmente não há hierarquia de uma prova para outra, porém, quem vai avaliá-las é o juiz na hora de proferir a decisão, usando de seu livre convencimento, o qual lhe dá liberdade para decidir qual prova tem maior peso, bastando que explique os motivos (CAPEZ, 2010).

Porém, conforme explicado por Machado (2014), embora exista essa paridade entre as provas, em tese, o depoimento da vítima não pode ter o mesmo valor do que o depoimento de uma testemunha, pois esta é devidamente compromissada, fazendo um juramento de somente falar a verdade dos fatos, sob pena de incorrer no crime de falso testemunho. De outra banda, é nítido que o depoimento da vítima tem fundamental importância ao processo, se não tivesse importância não estaria classificado como meio de prova. Porém, como a vítima tem interesse na condenação do acusado é compreensível que ela preste declarações tendenciosas a ensejar a sua condenação, e é por isso que o seu depoimento deve ser bem observado e tem certa desvalorização se comparado a uma testemunha compromissada.

No mesmo sentido, Vicente Greco Filho (2015, Texto Digital) expõe que:

No processo penal é importantíssimo o depoimento do ofendido, já que personagem do fato criminoso e que, se, de um lado, pode estar carregado de sentimentos contrários ao acusado, de outro, em grande número de casos é de importância decisiva para o reconhecimento da verdade e a própria convicção da existência do crime, cabendo ao juiz a cautela de distinguir as situações.

No entanto, há situações em que o depoimento da vítima é a prova principal do processo, devido ao fato do crime ter ocorrido de forma obscura, em local ermo sem que ninguém presenciasse a sua consumação, como ocorre, em sua maioria, nos crimes contra a dignidade sexual (SANTOS, 1997).

Nesses casos, é muito importante conhecer os antecedentes e buscar informações pessoais, tanto da vítima quanto do acusado, além dos fatos ligados diretamente ao crime. Aranha (2004) explica que é fundamental a busca por essas informações, principalmente quando existem poucas provas sobre o crime e a palavra da vítima assume o papel principal. Os antecedentes, formação moral, idade, estado mental, e a maneira como a vítima e o acusado prestam seus depoimentos resultará em uma análise de maior ou menor credibilidade, podendo embasar nos casos de crimes cometidos na clandestinidade até mesmo a condenação do acusado.

Ainda, o autor expõe que é de fundamental importância buscar informações a respeito do relacionamento da vítima com o réu, se há um histórico de conflitos entre ambos, se já ocorreram outras situações semelhantes ou se já se conhecem, para, assim, poder melhor estabelecer relação entre os depoimentos e os fatos, verificar se os depoimentos não escondem nenhuma causa obscura que ensejou a denúncia, pois, caso o crime não tenha deixado outro vestígio, será a palavra de um contra a do outro.

De maneira geral os crimes sexuais são cometidos na clandestinidade, sendo muito difícil a sua comprovação por meio de outras provas além do depoimento da vítima, por isso as provas devem ser avaliadas de forma diferente nesses casos, dando maior apreço à palavra da vítima. É muito importante que se busque o máximo de informações sobre o caso para que não se aplique uma pena sobre uma pessoa que nada de errado fez, ferindo princípios fundamentais ao direito penal, principalmente o da presunção de inocência e o princípio do *in dubio pro reo*, o qual preceitua que se o juiz tiver qualquer dúvida, seja por falta de prova ou qualquer

outra questão, deve decidir em favor do réu. Por isso a palavra da vítima deve ser convincente, consistente e ter apoio probatório nos demais elementos colhidos com a investigação, sejam provas materiais do crime, laudos psicológicos ou demais exames (GRECO FILHO, 2015).

Por tanto, a palavra da vítima é de fundamental importância ao processo e para o convencimento do juiz, e é nesse sentido que vem decidindo as cortes superiores no nosso país, sustentando que a palavra da vítima em casos de abuso sexual assume o papel principal para o convencimento do juiz, conforme se verifica na decisão exposta a seguir:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. **PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.** 1. O Tribunal estadual, ao analisar os elementos de prova constantes nos autos, entendeu pela ratificação da decisão de primeira instância que condenou o ora agravante pelo crime de estupro de vulnerável. 2. A pretensão de desconstituir o julgado por suposta contrariedade à lei federal, pugnando pela absolvição ou readequação típica da conduta, não encontra amparo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do material fático-probatório, que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. **3. Este Sodalício há muito firmou jurisprudência no sentido de que, nos crimes contra a dignidade sexual, geralmente ocorridos na clandestinidade, a palavra da vítima adquire especial importância para o convencimento do magistrado acerca dos fatos.** 4. Assim, a palavra da vítima mostra-se suficiente para amparar um decreto condenatório por delito contra a dignidade sexual, desde que harmônica e coerente com os demais elementos de prova carreados aos autos e não identificado, no caso concreto, o propósito de prejudicar o acusado com a falsa imputação de crime. 5. Agravo regimental improvido. (Acórdão registrado sob o nº 1.211.243 – CE (2017/0311378-6), Quinta Câmara do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Jorge Mussi. Julgado em 24/04/2018. Grifo nosso).

Situação especial ocorre quando o crime sexual é cometido contra pessoa vulnerável, onde se tem que valorar a palavra de uma vítima que, se com boa faculdade mental, contará com menos de 14 anos de idade, sendo muito fácil que a sua denúncia seja forjada por influência de terceiros que querem prejudicar o suposto agressor ou fruto de sua imaginação que nessa idade é muito fértil (PACELLI, 2017).

Ainda, segundo esse doutrinador, o valor probatório em relação à palavra da vítima nesses casos é o mesmo, somente a forma de obtenção e meios para dar suporte ao depoimento da vítima é diferente, o autor cita a figura do depoimento sem

dano, o qual é usado em casos onde a vítima é criança ou adolescente, a qual é levada para um local especial e menos intimidante do que uma sala de audiência, onde, na presença do juiz, de um assistente social ou psicólogo especializado e de um servidor do juízo, presta seu depoimento, relatando os fatos na maneira que achar conveniente, sem forçar nenhuma pergunta que a faça se sentir intimidada com a situação, de maneira natural, como em uma conversa, podendo ser usados brinquedos e outras formas que façam a criança se distrair, e aos poucos ganhando confiança para entrar no assunto pertinente e relatar o ocorrido.

Conclui-se então, que em casos de abuso sexual, apesar de a vítima poder estar com sua situação emocional e psicológica afetada por esse crime brutal é ela a pessoa que está mais capacitada para reproduzir a verdade dos fatos, sendo de fundamental importância o seu depoimento para que o juiz, quando o confrontar com os demais depoimentos e provas do processo poder apreciá-lo e decidir da melhor forma possível a questão (ARANHA, 2004).

4.3 A (Im)possibilidade de sustentação da condenação do acusado com base na palavra da vítima como principal prova do crime

Após o longo caminho percorrido, depois de todas as provas serem analisadas, todos os depoimentos tomados e sem que haja qualquer dúvida sobre os fatos, o juiz decidirá a procedência ou não da denúncia por meio de uma sentença (PACELLI, 2017).

Conforme Greco Filho (2015, Texto Digital), “no sentido substancial, sentença é o ato do juiz que resolve a lide, aplicando a lei ao caso concreto”, “[...] é o ato final do juízo monocrático de primeiro grau [...]”.

A sentença está regulamentada na legislação penal no Art. 381 e seguintes do Código de Processo Penal, o qual preceitua que:

Art. 381. A sentença conterá:

- I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;
- II - a exposição sucinta da acusação e da defesa;
- III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;
- IV - a indicação dos artigos de lei aplicados;
- V - o dispositivo;

VI - a data e a assinatura do juiz.

A sentença deverá conter todos os requisitos apresentados acima, cabendo ao juiz decidir, com base nos elementos colhidos durante o processo pela condenação ou absolvição do acusado (AVENA, 2017).

O juiz avaliará as provas usando de seu livre convencimento motivado, conforme previsto no art. 155 do CPP, fazendo uma reconstrução histórica dos fatos para poder tirar suas conclusões, considerando a espécie, natureza do delito, o modo como o crime foi praticado e as circunstâncias acerca da personalidade do acusado e da vítima, proferindo a decisão que deverá ser sempre fundamentada em provas e elementos que estão presentes no processo (CAPEZ, 2010).

Em regra, não existe no sistema de provas brasileiro uma hierarquia entre elas, não há valor pré-estabelecido para cada tipo de prova, cabendo ao juiz fazer essa avaliação (AVENA, 2017).

A prova serve para se tentar reconstruir um fato ocorrido no passado e para convencer o juiz de que os fatos ocorreram conforme demonstrado. Porém, há situações em que a quantidade de provas existentes sobre o crime é tão pequena que a reconstrução dos fatos fica muito prejudicada e recai quase que totalmente apenas no depoimento da vítima, o qual assume o papel fundamental, principalmente quando o crime é cometido na clandestinidade, como ocorre nos crimes contra a dignidade sexual (PACELLI, 2017).

Conforme Nucci (2013), via de regra a palavra do ofendido, de forma isolada, não tem a capacidade de sustentar uma sentença condenatória. Porém, a jurisprudência brasileira já decidiu de forma diferente quando se trata de crimes sexuais, devido ao fato desses crimes ocorrerem de forma clandestina, sem deixar muitas provas e vestígios, sendo a vítima a principal prova do ocorrido, a qual será examinada, servindo de apoio à investigação, por meio de coleta de eventual material genético deixado pelo agressor e pelo seu testemunho. Nesses casos, a palavra da vítima deve ser harmônica com o contexto fático e deve ser convincente, mesmo que as demais provas sejam frágeis poderá ocorrer à condenação do acusado.

Se por um lado a palavra da vítima é muito importante ao processo, ao mesmo tempo ela deve ser apreciada sem precipitações para que não se cometam injustiças, como já se viu ocorrer em diversos casos sobre este assunto. Por isso é muito importante a investigação pessoal da vítima e do acusado, tentando-se descobrir alguma relação entre ambos, para, assim, ter a certeza de que a denúncia do crime ocorreu sem nenhuma falsificação para prejudicar o acusado (LOPES JUNIOR, 2009).

Nesse sentido vem decidindo as cortes superiores no Brasil:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O Tribunal estadual, ao analisar os elementos de prova constantes nos autos, entendeu pela ratificação da decisão de primeira instância que condenou o ora agravante pelo crime de estupro de vulnerável. 2. A pretensão de desconstituir o julgado por suposta contrariedade à lei federal, pugnando pela absolvição ou readequação típica da conduta, não encontra amparo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do material fático-probatório, que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 3. Este Sodalício há muito firmou jurisprudência no sentido de que, nos crimes contra a dignidade sexual, geralmente ocorridos na clandestinidade, a palavra da vítima adquire especial importância para o convencimento do magistrado acerca dos fatos. **4. Assim, a palavra da vítima mostra-se suficiente para amparar um decreto condenatório por delito contra a dignidade sexual, desde que harmônica e coerente com os demais elementos de prova carreados aos autos e não identificado, no caso concreto, o propósito de prejudicar o acusado com a falsa imputação de crime.** 5. Agravo regimental improvido. (Acórdão registrado sob o nº 1.211.243 – CE (2017/0311378-6), Quinta Câmara do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Jorge Mussi. Julgado em 24/04/2018. Grifo nosso).

Analisando-se a jurisprudência acima, podemos verificar a importância que é dada a palavra da vítima em casos de abuso sexual. Os julgadores deixaram bem claro também a importância de se conhecer a pessoa da vítima e do acusado, como destacado acima, a palavra da vítima é suficiente para sustentação de uma sentença condenatória, porém, deve ser coerente com o contexto fático e ainda deve-se investigar se a acusação feita pela vítima não é falsa, visando prejudicar o acusado.

APELAÇÕES DELITO CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL NA MODALIDADE DE CONJUNÇÃO CARNAL E ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS. PRELIMINAR. INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DO LUGAR. Embora o crime tenha sido cometido na cidade de Minas do Leão, a ocorrência policial foi registrada em Rio Pardo, comarca em que o feito foi processado e julgado. Considerando que não fora oposta exceção de incompetência no momento oportuno (quando da resposta à acusação),

mas somente levantada a questão em sede de memoriais, não merece acolhimento a alegação defensiva, seja porque já alcançada pela preclusão, seja porque, em razão disso (da falta de impugnação no momento adequado), a competência em razão do local - que dá azo somente à nulidade relativa - restou prorrogada. Precedentes. Preliminar rejeitada.

FATO-CRIME. Acusado que manteve relações sexuais com a vítima, menina de 11 anos de idade, sendo ambos induzidos e instigados pela mãe da ofendida, que não podia engravidar. **Conjunto probatório que autoriza a manutenção da condenação.** **PALAVRA DA VÍTIMA.** Nos crimes contra a dignidade sexual, em especial, no estupro de vulnerável, o depoimento da vítima assume especial relevo, pois geralmente é a única prova do acontecimento do delito. Os relatos das vítimas infanto-juvenis, quando precisos, coerentes e subsidiados de outras provas podem apresentar ainda maior valor probatório, seja porque os menores - geralmente - são desprovidos de prévias experiências ou informações a possibilitar a fantasia, seja porque, pela suas tenras idades, não possuem - em geral - manifestações hormonais ligadas à libido, não tendo, portanto, razão para inventar fatos relacionados à sexualidade, passando a tratar de tais assuntos quando realmente são vítimas de abuso sexual. **CONJUNÇÃO CARNAL. CONSUMAÇÃO.** O fato de o auto de exame de corpo de delito ter atestado quer a vítima era virgem quando da perícia não tem o condão de enfraquecer o conjunto probatório no que tange à materialidade do crime, tampouco descredibilizar o relato da ofendida, que sempre se mostrou seguro quanto aos abusos sexuais praticados. A uma, porque é possível se ter conjunção carnal sem ocorrer o rompimento do hímen (hímens complacentes, presença de muitos entalhes que aumentam o orifício, grande lubrificação gerada pela excitação pênis muito pequeno, etc.). A duas, porque não se pode esperar que a vítima, menina então com 11 anos de idade, sem qualquer experiência sexual, pudesse relatar, com precisão e segurança, o que de fato aconteceu por ocasião do abuso sexual, isto é, se o acusado apenas esfregou/encostou, introduziu pouco/parcialmente ou se efetivamente logrou penetrar o pênis, por completo, na sua vagina. A três, porque, mesmo que se excluindo a conjunção carnal, a condenação pelo crime de estupro de vulnerável remanesceria no fato de o acusado ter cometido contra a vítima atos libidinosos diversos da conjunção carnal, seja pelos toques no corpo da menina, seja - aqui desconsiderada a introdução do membro viril - pelo toque/contato pênis-vagina. **PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA.** Está sendo imputada à acusada a conduta de partícipe, qual seja, a de ter induzido e instigado a vítima, sua filha, e o réu, seu companheiro, a manterem relações sexuais. Conduta que não pode ser acobertada pelos institutos de "estado de necessidade" ou de "coação moral irresistível", dado que o temor da acusada para com o réu (suposta violência doméstica) e sua dependência financeira não se constituem em intimidação com o condão de colocar a ré em uma situação de perigo atual ou de eliminar sua vontade consciente, sendo-lhe exigível conduta diversa, ainda mais por sua condição de garante, na qual tinha o dever legal de impedir a produção do resultado (artigo 13, § 2º, alínea "a", do Código Penal). **MAJORANTES.** Vai mantida a majorante do artigo 226, inciso I, do Código Penal para ambos os réus, já que o crime foi "cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas", assim como a causa de aumento prevista no inciso II do mesmo dispositivo legal, mas somente à ré, já que esta era mãe da vítima e, portanto, exercia autoridade sobre ela. Aplicação da causa de aumento mais grave, na forma do artigo 68, parágrafo único, do Código Penal. **DOSIMETRIA DAS PENAS.** Reprimendas mentidas. **DETRAÇÃO.** Reconhecido, de ofício, o tempo de segregação cautelar dos réus, presos preventivamente durante a instrução, para efeitos da detração, sem qualquer alteração nos regimes de cumprimento, porque dito dispositivo deve ser interpretado em consonância com o artigo 112 da Lei de

execuções Penais. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÕES DESPROVIDAS. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. (Apelação Crime Nº 70073407330, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 29/06/2017. Grifo nosso).

A jurisprudência acima trata de um caso de estupro de vulnerável que ocorria dentro de seio familiar, contando com a convivência da mãe da vítima, o que dificultou ainda mais o reconhecimento da prática do crime, a vítima contava com apenas 11 anos de idade e era abusada pelo seu padrasto. Os julgadores também reconhecem a especialidade do depoimento da vítima que, embora tenha apenas 11 anos de idade descreveu com clareza e firmeza as circunstâncias do crime. Destacam ainda, que o depoimento da vítima considerada vulnerável, quando prestado de forma clara e coerente, é revestido de mais força do que o depoimento de uma pessoa comum, uma vez que os menores estão desprovidos de experiências sexuais anteriores, o que quase impossibilita a fantasia e imaginações na esfera sexual, por isso o relato da vítima é considerado puro. Outro fato que merece destaque no presente caso é em relação ao exame de corpo de delito, o qual concluiu que a vítima era virgem na data do exame, portanto, afastando a hipótese e conjunção carnal. Ocorre que, conforme fundamentado pelos julgadores, existem ocasiões em que, apesar de ocorrer a conjunção carnal, não há a ruptura do hímen, pelo fato dos abusos não se restringirem apenas em conjunção carnal, como no caso, onde foram praticados diversos outros atos libidinosos com a menor, que sempre que questionada sobre, manteve-se firme nas alegações, o que deu suporte à condenação e posterior desprovimento da apelação.

Existindo a hipótese de insuficiência de provas e de depoimentos incoerentes e sem nexos com as circunstâncias do crime, deve-se aplicar a absolvição do acusado, afinal, não se pode condenar o acusado se restam dúvidas sobre o crime (ARANHA, 2004).

Nesse sentido também é o entendimento da superior instância nacional:

EMBARGOS INFRINGENTES. ESTUPRO DE VULNERÁVEL TENTADO. No caso, o réu-embargante é primário e não registra qualquer envolvimento com infrações penais contra a dignidade sexual de quem quer que seja, ainda que drogadito e tenha se envolvido com fatos penalmente relevantes de natureza patrimonial, mas sem o exercício de violência e/ou grave ameaça a pessoa (dois furtos, um em 2011 e outro em 2013, ambos sem condenação). No processo vertente, ademais, diante de denúncia faticamente inespecífica e da absoluta ausência de provas identificadoras

do fim criminoso concreto pretendido executar pelo réu, quando flagrado em ato de mera preparação testemunhado no acervo fático-probatório produzido, a sua absolvição é medida que se impõe com força no princípio humanitário *in dubio pro reo* (CPP, art. 386, VII). RECURSO PROVIDO. POR MAIORIA. M/GC 587 - S 20.04.2018 P 08 (Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70075884684, Terceiro Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em 20/04/2018)

Verifica-se, no caso, a importância de se conhecer os antecedentes e personalidades do réu, uma vez que, embora já tenha praticado diversos crimes contra o patrimônio, não é de seu perfil o cometimento de crimes mediante violência. É certo que, por si só, esse fato não tem relevância nenhuma para condenação ou absolvição, mas, ligado ao fato da insuficiência de prova do crime sexual, a absolvição é a medida mais acertada a ser tomada, tomando-se por norte o princípio do *in dubio pro reo*.

Então, após a colheita de toda prova no processo, conhecendo-se a personalidade da vítima e do acusado e os demais elementos que rodeiam o crime, o juiz, usando de seu livre convencimento poderá alicerçar a sua sentença condenatória com base na palavra da vítima como a principal prova do crime sempre que ela tiver coerência com os demais elementos fáticos colhidos no processo, salientando-se que, a falta de concordância do depoimento da vítima com os demais elementos do processo ou no caso de insuficiência de provas, a medida mais segura a ser tomada é a absolvição do acusado.

5 CONCLUSÃO

Com a sociedade cada vez mais se modernizando, podemos ver o avanço de assuntos que há muito tempo geram polêmica, como o sexo. Afinal, este sempre foi tratado como um tabu, porém, nos dias de hoje, já se tem uma abertura muito maior sobre o assunto, sendo recorrente em rodas de conversas de jovens que o encaram com maior naturalidade.

Por outro lado, essa sexualização da sociedade vem trazendo grande impacto, uma vez que os jovens estão entrando para a vida sexual cada vez mais cedo e, com isso, os problemas decorrentes da prática sexual também ocorrem mais cedo, como as doenças sexualmente transmissíveis, gravidez precoce, abortos e também os abusos sexuais.

O abuso sexual é um dos crimes mais reprovados pela nossa sociedade e, por ele ocorrer de forma obscura, longe de olhos de testemunhas ou onde o agressor usa de artifícios cruéis para que a vítima não denuncie o crime, na maioria dos casos, a principal prova é a própria vítima, a qual fornece os primeiros elementos para a investigação por meio de exames periciais que serão realizados e pelo seu depoimento, por isso ela merece atenção especial.

Assim, esta monografia ocupou-se em apresentar, no primeiro capítulo do desenvolvimento, noções gerais da teoria geral da prova, a qual explica que a prova serve para a reconstrução de um fato ocorrido no passado e para formar o convencimento do juiz em relação ao crime investigado. Quando há uma correta coleta da prova, de forma legal, sem a violação de nenhuma garantia individual, o

processo consegue demonstrar uma verdade judicial que causa a estabilidade jurídica sobre o fato, pois as provas produzidas legalmente tentam chegar o mais perto possível da realidade fática e, com aplicação de uma pena ao indivíduo, se tem reestabelecida a ordem social. Em seguida falou-se sobre a evolução dos sistemas de valoração da prova durante os anos, o qual culminou com o que temos nos dias de hoje, que é o sistema do Livre Convencimento Motivado do Juiz, ou seja, o juiz está livre para apreciar a prova da forma que achar melhor, bastando que explique os motivos na sentença. Ao final do primeiro capítulo falou-se sobre a busca pela verdade no processo penal, onde foi possível concluir que a verdade no processo penal é uma verdade histórica, a qual tem uma relação muito próxima dos fatos ocorridos, os quais são reconstruídos por meios das provas e elementos do processo, por isso, a verdade absoluta não é possível de se atingir por meio do processo, o que podemos reconstruir é apenas uma versão do passado.

Em seguida, foram abordados os meios probatórios, os quais têm a incumbência de dar o suporte, direta ou indiretamente, para que a prova possa ser produzida e repercutir efeitos no processo. Pode-se dizer que os meios de prova são todas as formas de mostrar a verdade almejada no processo. Da análise de alguns dos meios de prova presentes na legislação brasileira, concluiu-se que são de fundamental importância para a investigação e processo penal, são os meios pelos quais podemos apurar as circunstâncias do crime, confirmar e modificar teses e formar novos pontos de vista sobre os fatos, servindo de base para que o juiz possa proferir uma decisão legalmente embasada nos elementos colhidos pelos meios de prova.

Na sequência, abordou-se sobre o valor da palavra da vítima em casos de abuso sexual, crimes estes que sofreram modificações durante os anos acompanhando a evolução da sociedade. A palavra da vítima tem especial valor quando se trata de crimes de abuso sexual, pois cometidos de forma a não deixar rastros, tornando a vítima a prova cabal da prática do crime, a qual, prestando um depoimento coerente com o contexto fático e consistente com os demais elementos colhidos, poderá embasar a condenação do acusado.

Diante da análise do problema proposto para este estudo - a palavra da vítima como a principal prova no processo criminal tem força para sustentar a

condenação no acusado de abuso sexual? –, pode-se concluir que a hipótese inicial levantada sobre o questionamento é verdadeira, de forma que foi possível concluir que a palavra da vítima de abuso sexual é tratada com especial relevo pela doutrina e jurisprudência brasileira, sendo possível a sustentação de uma condenação com base na palavra da vítima como a principal prova do crime. Concluiu-se, ainda, que a palavra da vítima deve ser tratada como a “principal” prova do crime e não a “única” apta a embasar a condenação do acusado, uma vez que tal prova deve ser coerente com o contexto fático e demais elementos colhidos no processo, sendo que, quando não se tem o mínimo de elementos probatórios ou o depoimento da vítima é contraditório aos elementos colhidos no processo, a decisão certa a ser tomada é a absolvição do acusado.

REFERÊNCIAS

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

AVENA, Norberto Pâncaro. **Processo Penal**, 9ª edição. Método, 02/2017. [Minha Biblioteca]. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530979911/cfi/6/34!/4/836@0:47.0->> Acesso em 23 mai 2018;

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Método, 2017;

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Elsevier, 2008;

BRASIL, **Decreto Lei nº 12.015** de 07 de agosto de 2009. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm > Acesso em 29 mai. 2018;

BRASIL, **Decreto-Lei n.º 2.848** de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 abr.. 2018;

BRASIL, **Decreto-Lei n.º 3.689** de 08 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018;

BRASIL, **Decreto-Lei nº 8.072** de 25 de julho de 1990. Lei de crimes hediondos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm > Acesso em: 29 mai. 2018;

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018;

BRASIL. **Decreto Lei nº 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 25/04/2018;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.211.243 – CE (2017/0311378-6), da 5ª Câmara. Agravante: C. E. de O. G. Agravado: Ministério Público do Estado do Ceará. Brasília 24 de abril de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201703113786&dt_publicacao> 11/05/2018. Acesso em 23 mai.2018;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 593. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>> Acesso em 29 mai. 2018;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70073407330, da Sexta Câmara Criminal. Apelante: M.S.L.T. e M.R.N.D.S. apelado: Ministério Público. Porto Alegre 29 de jun. de 2017. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70073407330%26num_processo%3D70073407330%26codEmenta%3D7346816+palavra+v%C3%ADtima+abuso+sexual+falta+pericia++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF8&site=ementario&access=p&oe=UTF8&numProcesso=70073407330&comarca=Comarca%20de%20Rio%20Pardo&dtJulg=29/06/2017&relator=Vanderlei%20Teresinha%20Tremeia%20Kubiak&aba=juris> Acesso em 28 mai. 2018;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio grande do Sul. Embargos Infringentes e de Nulidade, Nº 70075884684, do Terceiro Grupo de Câmaras Criminais. Embargante: D.L.P.T. Embargado: Ministério Público. Porto Alegre 20 de abr. de 2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70075884684%26num_processo%3D70075884684%26codEmenta%3D7717668+absolvi%C3%A7%C3%A3o+abuso+sexual++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF8&site=ementario&access=p&oe=UTF8&numProcesso=70075884684&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=20/04/2018&relator=Aymor%C3%A9%20Roque%20Pottes%20de%20Mello&aba=juris>. Acesso em 28 mai. 2018;

CAPEZ, Fernando, **Curso de processo penal**, 17 ed. São Paulo, Saraiva 2010;

CHEMIN, Beatris F. **Manual da Uniates para trabalhos acadêmicos: planejamento, elaboração e apresentação**. 2. ed. Lajeado: Univates,2012;

COÊLHO, Yuri Carneiro . **Curso de Direito Penal Didático**: Volume Único: Atualizado de Acordo com as Leis nºs 12.971/14 e 13.104/15, 2ª edição. Atlas, 05/2015. [Minha Biblioteca]. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522499502/cfi/879!/4/2@100:0.00>> Acesso em: 23 mai. 2018;

DEMERCIAN, Pedro Henrique, MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**, 9ª edição. Forense, 01/2014. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5017-0/cfi/6/38!/4/2@0:0>> Acesso em: 03 mai. 2018;

FILHO, GRECO, Vicente. **Manual de Processo penal**, 11ª edição. Saraiva, 5/2015. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502219588/cfi/256!/4/4@0.00:0.00->>> Acesso em: 23 mai. 2018;

ISHIDA, Válter Kenji . **Curso de Direito Penal**, 4ª edição. Atlas, 02/2015. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522496594/cfi/497!/4/2@100:0.00>> Acesso em 25 mai. 2018;

ISHIDA, Válter Kenji. **Processo Penal: de acordo com a reforma processual penal**. São Paulo: ed 1. Atlas, 2009. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/18046231/valter-kenji-ishida---processo-penal---1-edicao---ano-2009>>. Acesso em: 06 abr. 2018;

JESUS, Damásio de. **Direito penal**, 3º volume : parte especial : crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública, 23ª edição. Saraiva, 10/2014. [Minha Biblioteca] Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502619401/cfi/156!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 25 mai. 2015;

JR., COSTA, Paulo da, COSTA, Fernando José. **Curso de Direito Penal**, 12ª EDIÇÃO. Saraiva, 07/2010. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502135390/cfi/677!/4/4@0.00:0.00>> Acesso em: 16 mai. 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

MACHADO, Antônio Alberto . **Curso de processo penal**, 6ª edição. Atlas, 01/2014. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522486687/cfi/0!/4/4@0.00:21.6->>> Acesso em: 20 abr. 2018;

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012;

MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 6. Ed. Atlas 2014. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/livro/curso-de-processo-penal-6-edio-9788522486687>> Acesso em: 23 mai. 2018;

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Frabrini, **Processo Penal**, 18 ed. São Paulo, atlas 2007;

MOUGENOT, Edilson. **Curso de Processo Penal**, 12th edição. Editora Saraiva, 2017. [Minha Biblioteca]. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547221911/cfi/0>> Acesso em: 03 mai. 2018;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme Souza. **Provas no Processo Penal**, 4ª edição. Forense, 03/2015. [Minha Biblioteca]. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6304-0/cfi/6/34!/4/2/2@0:46.1>> Acesso em: 09 mai. 2018;

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 21ª edição. Atlas, 02/2017. [Minha Biblioteca]. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010268/cfi/6/34!/4/1498@0:83.1->> Acesso em: 23 mai. 2018.

SANTOS, Maria de Fátima Franco dos. **Violência Sexual contra a mulher cometida por agressor desconhecido da vítima**. São Paulo. Alínea, 1997.

SARRUBBO, Mário Luiz. **Direito Penal: Parte Especial**. Manole, 01/2012. [Minha Biblioteca]. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520444368/cfi/0!/4/4@0.00:32.0>> Acesso em: 23 mai. 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.