**FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – FUPAC
FACULDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE NOVA LIMA**

ELIZABETH ANDRADE MILITÃO

**A FRAGILIDADE DA PROVA NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL:
A palavra da vítima e os riscos da condenação**

**NOVA LIMA
2020**

ELIZABETH ANDRADE MILITÃO

**A FRAGILIDADE DA PROVA NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL:
A palavra da vítima e os riscos da condenação**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em direito.

Orientador: Fábio Presoti Passos.

NOVA LIMA

2020

Elizabeth Andrade Militão

**A FRAGILIDADE DA PROVA NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL:
A palavra da vítima e os riscos da condenação**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC, como
requisito parcial para obtenção do título de Bacharel
em direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Fábio Presoti Passos

Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC

Daniela Moreira de Souza

Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC

Ricardo Ferreira Barouch

Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC

RESUMO

O presente trabalho objetiva apresentar uma análise do crime de estupro previsto na legislação brasileira por força do artigo 213 do Código Penal, análise esta que se aprofundará no estupro de vulnerável, disposto no artigo 217-A do mesmo dispositivo legal, tratando de analisar a criança ou adolescente menor de 14 anos que seja vítima de estupro, refinando a pesquisa por sua vez, também na produção de provas prolatadas para provar a prática do crime. O Título VI do Código Penal, com a redação dada pela Lei 12.015 de 2009 trata dos Crimes contra a dignidade sexual, elegendo-a como bem jurídico protegido em reciprocidade com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Isso porque, todos têm o direito de exigir respeito em relação à sua vida sexual, como também tem a obrigação de respeitar a dos demais, cabendo, portanto, ao Estado assegurar os devidos meios. Ocorre que, a constatação do crime de estupro de vulnerável é frágil e é justamente essa linha que o trabalho pretende analisar. O menor de 14 anos, como bem assegura o artigo 217-A é parte vulnerável merecendo com toda certeza maior defesa do Estado. Todavia, justamente por ser parte vulnerável a produção de provas nesse tipo de crime devem ser contundentes de forma a não provocar a condenação do suposto autor equivocadamente. Portanto, questiona-se neste trabalho a validade e veracidade das alegações da vítima, entendendo ser essa prova frágil, não podendo, portanto, ser a única prova prolatada para a condenação do suposto autor.

Palavras-chave: Crime de Estupro. Estupro de Vulnerável. Fragilidade das provas. Condenação do autor.

ABSTRACT

The present work aims to present an analysis of the crime of rape foreseen in the Brazilian legislation under article 213 of the Penal Code, an analysis that will deepen in the rape of the vulnerable, provided for in article 217-A of the same legal provision, trying to analyze the child or a teenager under 14 years of age who is a victim of rape, refining the research in turn, also in the production of evidence produced to prove the practice of the crime. Title VI of the Penal Code, as amended by Law 12,015 of 2009, deals with Crimes against sexual dignity, choosing it as a legal asset protected in reciprocity with the constitutional principle of human dignity. This is because, everyone has the right to demand respect in relation to their sexual life, as well as the obligation to respect that of others, therefore, it is up to the State to ensure the appropriate means. It turns out that the finding of the crime of rape of the vulnerable is fragile and it is precisely this line that the work intends to analyze. The under-14s, as Article 217-A assures, is a vulnerable part and certainly deserves greater defense from the State. However, precisely because it is a vulnerable party, the production of evidence in this type of crime must be blunt in order not to cause the alleged perpetrator to be wrongly condemned. Therefore, it is questioned in this work the validity and veracity of the victim's allegations, understanding that this evidence is fragile, and therefore cannot be the only evidence produced for the conviction of the alleged author.

Keywords: Crime of Rape. Rape of Vulnerable. Fragility of evidence. Author condemnation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DA PROVA PROCESSUAL PENAL.....	13
2.1 Conceito e finalidade de Prova	13
2.2 Princípios Relacionados à prova	15
2.2.1 <i>Princípio da Verdade real</i>	15
2.2.2 <i>Princípio da Proporcionalidade</i>	17
2.3 Falsas memórias	18
2.4 Prova Testemunhal	20
3 O CRIME DE ESTUPRO.....	23
3.1 Estupro de Vulnerável.....	25
4 FRAGILIDADE DA PROVA NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	30
4.1 Das provas em crimes sexuais	32
4.2 Da confiabilidade da palavra da vítima.....	34
4.2.1 <i>Da Declaração de Menores de 18 Anos e de crianças</i>	36
4.2.2 <i>A palavra da vítima e os riscos da condenação</i>	38
4.3 Depoimento assistido	39
5 CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS.....	46

1 INTRODUÇÃO

O trabalho tem como tema discorrer sobre o crime de estupro de vulnerável, especialmente no que concerne às provas produzidas para a constatação desse crime. Conforme será apresentado no decorrer do trabalho, o crime de estupro é um crime de poucas provas, precisando assim valorar-se o depoimento da vítima, atribuindo a ele prova principal.

Assim, a principal abordagem deste trabalho envolve os riscos que existem por trás da condenação julgada apenas pela palavra da vítima, objetivando demonstrar quão frágil é esse meio probatório, embora muitas vezes seja o único existente e capaz de apartar as injustiças sofridas pelo vulnerável.

Diante disso, o trabalho analisa um paradoxo existente entre a fragilidade da prova e sua valoração no crime previsto no artigo 217-A do Código Penal de 1940. O fato de dificilmente haver provas materiais nesses crimes, os acusados por vezes acabam sofrendo uma condenação penal sem a existência de provas físicas suficientes, fragilizando o sistema com decisões fundadas apenas na palavra das vítimas, propiciando riscos à condenação.

Noutro norte, se pela ausência de provas físicas ou materiais a decisão judicial não incorrer em condenação haverá a desvalorização da palavra da vítima e, conseqüentemente, a impunidade de um crime tão devastador à sociedade.

O estupro de vulnerável trata-se da prática de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 ou 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, cuja pena é de reclusão e varia de 08 a 15 anos.

Com base na literalidade do artigo 217-A, verifica-se a dificuldade que o judiciário encontra em prolatar suas decisões. Isso porque se prolatar a sentença pela condenação e o acusado não for de fato o autor do crime, acarretará em dano irreparável ao indivíduo. Da mesma forma, se deixa de condenar o acusado simplesmente pelo fato de haver apenas a palavra da vítima como prova, a vítima fica desamparada.

Nessa linha e, visando valorar a palavra da vítima para que seja considerada meio probatório de maneira que não haja risco à condenação, ou que ele seja o menor possível, o trabalho foi dividido em três capítulos, além da presente introdução

e da conclusão. Desta feita, o primeiro capítulo discorre sobre a prova processual penal, seu conceito, finalidade e princípios que sustentam seu instituto e que fazem ligação com o crime de estupro, como o princípio da verdade real e da proporcionalidade. O capítulo ainda cuida de analisar as falsas memórias e a prova testemunhal nesse tipo de crime, para entender como elas são dispostas de forma a reconhecê-las no processo penal e evitá-las que sejam apresentadas eivadas de nulidades.

O segundo capítulo explica o crime de estupro de forma geral, bem como sua subespécies, qual seja o estupro de vulnerável construindo o entendimento desse crime para analisar persecução penal. Por fim, o terceiro capítulo apresenta a problemática do tema, discorrendo sobre as provas em crimes sexuais, a confiabilidade da palavra da vítima, a declaração do menor de 18 anos e da criança, os riscos da condenação e o depoimento assistido para explicar a palavra da vítima como meio probatório frágil e como esta deve ser usada para deixar de ser frágil e ser usada em favor da justiça.

2 DA PROVA PROCESSUAL PENAL

O Código de Processo Penal dispõe, embora não taxativamente, de um capítulo relacionado à prova, estabelecendo os variáveis meios de provas e suas finalidades. Na prova processual penal não há rol taxativo, nem hierarquia, podendo o direito penal valer-se de variáveis meios de prova para conseguir provar os fatos alegados pelas partes, objetivando sempre o convencimento do juiz, que se utiliza das provas apresentadas para sentenciar o fato existente. As provas não são taxativas, nem hierarquicamente superiores as outras, todavia, o processo penal precisa-se respeitar a licitude das provas.

Ou seja, a prova não pode-se aceitar provas ilícitas, que estejam em desconformidade com a lei ou a Constituição, sob pena de ferirem o princípio da verdade real, que é provar licitamente a ocorrência de um fato e das alegações angariadas no processo de forma que o magistrado sentencie a demanda de forma mais próxima da verdade possível.

Nessa linha, verifica-se quão importante é o estudo e a compreensão desse instituto para o tema em questão, qual seja a análise do crime de estupro de vulnerável e a fragilidade da prova ante a este crime, haja vista considerar-se como uma modalidade de prova a palavra da vítima e com ela seus riscos à condenação.

2.1 Conceito e finalidade de Prova

O termo prova para o direito significa todo instrumento processual que se usa para provar o acontecimento de determinado fato, com finalidade de formar o convencimento do juiz. Logo, todas as informações, documentos, dentre outros elementos que se leva ai conhecimento do magistrado visando convencê-lo de que aquele fato que ocorreu é real trata-se de prova e de um ato processual do direito.

Guilherme Nucci assim conceitua prova:

O termo prova origina-se do latim – probatio –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – probare –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar. (NUCCI; 2014, p.338).

Desta feita, pode-se conceituar prova como o meio pelo qual se verifica um fato, ou melhor, a verdade dos fatos, confirmando que determinado acontecimento é real. A prova processual penal assim, tem a finalidade de provar que determinado crime aconteceu, demonstrando como aconteceu e tentando colocá-lo o mais próximo da realidade possível, para que o crime seja desvendado e o culpado punido.

Continuando nos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci (2014), há três sentidos para o termo prova. O primeiro se refere ao ato de provar, constatado por meio de processo, que tenta provar a verdade dos fatos alegados na fase instrutória e processual penal. O segundo sentido trata-se do meio de provar, que é o instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo, como, por exemplo, a utilização de testemunha. Por fim, o terceiro sentido para o termo prova é o resultado que ela provoca no processo, ou seja, o resultado da ação de provar, que trata da conclusão prolatada pelo magistrado diante da análise das provas fornecidas.

Prova, portanto, será toda ação ou documento fornecido ao processo que tente provar as alegações das partes e a finalidade da prova é justamente convencer o magistrado de que as alegações são verdadeiras, demonstrado à ele provas contundentes para assimilar com a verdade real dos fatos. Vale ressaltar que a verdade real dos fatos são aquelas apresentadas no processo, tanto por meio de alegações, quanto por meio de meios probatórios, desde que lícitas, conforme estabelece o Código de Processo Penal, sendo válidas a convicção do magistrado.

Ademais, sobre a finalidade da prova, a mesma trata-se de um instrumento obrigatório à prolação da sentença, conforme prescreve o artigo 155 do Código de Processo Penal: “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 (...)”. (BRASIL, 1941).

O estupro de vulnerável trata-se de crime previsto no Código Penal, bem como trata-se também de atitude inaceitável socialmente, merecendo por isso muita cautela na verificação dos fatos e apresentação das provas. Isso porque há um paradoxo nessa relação probatória, pois de um lado há a vítima que não pode ficar desamparada em razão da falta de prova. De outro lado há o suposto autor do crime, que pode ser condenado erroneamente em razão de provas escassas e frágeis,

provocando com a condenação uma medida irreparável na vida desse indivíduo que passa a ser vítima.

Uma vez que, o crime de estupro de vulnerável tem várias situações, tende que muitas das vezes o único meio probatório da autoria é o testemunho da vítima, que por conta da situação que viveu está fragilizada emocionalmente e pode ter seu testemunho infamado por esse fator, dificultando a comprovação da prática delituosa ou formando convencimento equivocado quanto à culpabilidade do réu.

Para tanto, passa-se a análise dos princípios relacionados à prova processual penal, como medida de estudo e meio de interpretação capaz de minimizar a fragilidade da instrução probatória nesse tipo de crime.

2.2 Princípios Relacionados à prova

Os princípios jurídicos tratam-se de um conjunto de padrões de conduta presentes de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico, classificados como normas. Miguel Reale aduz que "princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas". (REALE, 2003, p. 37).

Dessa forma, verifica-se que o princípio norteia a criação da norma, possuindo a função de instruir o legislador ou outro agente sobre os seus motivos. No que tange a prova processual penal não será diferente. No instituto da prova os princípios também têm suas importantes funções.

A produção de prova se baseará além de suas instruções legais, também em princípios do direito, que darão subsídio aos meios de prova aplicados, atribuindo a elas objetivos e finalidades. Abaixo, serão analisados dois princípios do direito que se fazem importantes para a prolação de provas do direito processual penal, quais sejam o princípio da verdade real e da proporcionalidade.

2.2.1 Princípio da Verdade real

O princípio da verdade real é aplicado ao instituto das provas, visando garantir com as provas fornecidas no processo penal, que o magistrado chegue o

mais próximo possível da verdade real dos fatos, para assim conseguir sentenciar o caso de forma mais clara e justa. Renato Brasileiro Lima define esse princípio como:

O princípio da verdade real [...] também é conhecido como princípio da livre investigação da prova no interior do pedido, princípio da imparcialidade do juiz na direção e apreciação da prova, princípio da investigação, princípio inquisitivo e princípio da investigação judicial da prova. (LIMA, 2011, p. 49).

A citação acima disciplina vários nomes assemelhados a verdade real, demonstrando a importância das provas para que segar o mais próximo possível da verdade dos fatos, de forma que de forma imparcial o magistrado analise as provas e julgue o caso concreto. É importante que as provas sejam bem apresentadas e representem exatamente o acontecimento para que assim a decisão seja a mais correta e mais próxima da verdade, permitindo uma decisão justa.

Para Capez (2011) a verdade real ou material exige a produção de todos os meios de obtenção de prova para a busca da verdade, exceto as provas ilícitas, que não são permitidas pelo ordenamento jurídico. Essa produção de prova pela busca da verdade real, ainda segundo o autor (CAPEZ, 2011) permite a imparcialidade do juiz que julgará os fatos e as provas relacionadas apresentadas para, com base nelas prolatar sua decisão.

Esse princípio, também conhecido como princípio da verdade material, exige uma busca da verdadeira realidade dos acontecimentos. Aury Lopes Jr. (2016) critica esse princípio afirmando que é impossível obter essa verdade real, uma vez que a verdade é algo absoluto, dificilmente reconstituída na sua integralidade.

Ada Pellegrini Grinover completa dizendo que “verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele”. (GRINOVER, 1999, p. 6). Ainda sob fortes críticas ao princípio, Pacelli (2011) leciona que esse princípio no passado legitimou práticas autoritárias, desmerecendo a verdade material, constituindo apenas uma verdade processual dentro da instrução penal.

Por outro lado, seguindo os ensinamentos de Capez (2011) e Nucci (2014), entende-se que no processo penal, o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram, impedindo assim, provas colhidas autoritariamente e em desconformidade com a verdade. Não obstante as críticas, o Princípio da Verdade Real se demonstra fundamental para o processo penal e tutela do direito, já que a produção de provas verdadeiras assegura uma justa decisão e punição quando for o caso. Sobre o significado da verdade real, Avena pondera:

Significa que, no processo penal, o juiz possui o dever de apurar os fatos com o intuito de descobrir como estes efetivamente ocorreram, de forma a permitir que o *jus puniendi* seja exercido em relação àquele que praticou ou concorreu para a infração penal e somente contra essa pessoa. (AVENA, 2009, p. 32).

A verdade real além de proteger o acusado dos fatos incorretos alegados a seu desfavor assegura também o magistrado a sentenciar da forma mais justa, evitando injustiças e erros.

2.2.2 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade objetiva equilibrar os direitos individuais com os coletivos, assegurando a todos de forma equilibrada direito a um ordenamento jurídico justo. Para Sarmento (2003) a proporcionalidade transmite ideia de harmonia, justa medida, coerência, meio condizente com a finalidade que se propõe.

Significa, assim, ainda segundo o autor (SARMENTO, 2003) que na atuação do direito deve-se prezar pela intervenção que resulte na máxima otimização dos princípios fundamentais, ainda que em detrimento da liberdade de organização do sistema normativo pelo legislador.

Greco Filho continua a explicação sobre o princípio da proporcionalidade: “o texto constitucional não pode ser interpretado de forma rigorosa, pois sempre haverá situações, cujo valor e importância do bem jurídico envolvido, a ser alcançado com a obtenção irregular da prova, levarão os Tribunais a aceitá-la”. (GRECO FILHO, 2010, p. 172).

Desta feita, compara-se a possibilidade da prova ilícita baseada no princípio da proporcionalidade, com o objetivo de provar a verdade dos fatos. Embora a Constituição Federal não possa ser rigorosa e a mesma consagra o princípio da proporcionalidade no direito é difícil aceitar a prova ilícita como medida de prova, uma vez que a própria constituição também veda sua aplicação.

Com base no princípio da proporcionalidade, pode-se entender que provas ilícitas, dependendo do fato, são permitida, pois é melhor uma prova ilícita, do que um fato não provado. Se a prova, mesmo que ilícita prova os fatos narrados no processo, a mesma com base na proporcionalidade, deveria ser aceita pelo direito, valorizando mais a verdade real dos fatos do que a vedação da prova ilícita.

2.3 Falsas memórias

O crime de estupro via de regra é praticado de forma obscura e calada, o que acarreta pro si só a dificuldade da presença de alguma testemunha. Em razão disso, o depoimento da vítima tem significativo valor probatório para a persecução penal, sendo esse tipo de prova defendido pelo Superior Tribunal de Justiça em vários casos que envolvem os crimes contra a liberdade sexual, dispostos no Código Penal.

Pintar demonstra que:

A corte tem entendido que "a ausência de laudo pericial não afasta a caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante, em particular nessa forma clandestina de delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios". (PINTAR, 2016, s/p).

Sem discordância de que a palavra da vítima é o meio probatório mais relevante para o processo penal, especialmente no crime de estupro, até porque o depoimento da vítima é o primeiro contato com os fatos do crime, mas, como será demonstrado no decorrer do artigo há casos em que esses.

Todavia, o presente trabalho analisa o crime de estupro de vulnerável, tipificado no artigo 217-A do Código Penal, qualificando como vulnerável a pessoa que for menor de 14 anos de idade, que tiver enfermidade ou deficiência mental, que não tiver o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

E é justamente em razão dessa vulnerabilidade atribuída a vítima, que o valor probatório do depoimento não deve ter tanto valor probante individualmente, merecendo ser relativizado de acordo com cada caso e especificações da vítima. Não se trata aqui de desconsiderar o depoimento, mas sim de fortalecê-lo ou desqualificá-lo com a inserção de outras provas também.

De acordo com Ferreira e Rodrigues "não pode se fixar apenas no depoimento dessas vítimas para se tomar uma decisão dessa gravidade, visto que essas pessoas são chamadas de vulneráveis por não obter o discernimento para entender essa violência sexual". (FERREIRA; RODRIGUES, 2019, s/p).

Sobre esse depoimento frágil da vítima vulnerável, a doutrina nomeia de falsas memórias. Assim explica Ferreira e Rodrigues:

Além da influência do estado emocional da vítima, a maneira como o depoimento é colhido, os fatores como muitas perguntas sugestivas, o local onde está acontecendo aquele depoimento, contribui para o surgimento do fenômeno falsas memórias que impedem que a lembrança do ocorrido seja relatada de forma verídica, mesmo que está não seja a intenção daquela vítima. (FERREIRA. RODRIGUES, 2019, s/p).

Segundo Iván Izquierdo: “A memória humana é caracterizada pela capacidade dos seres humanos de adquirir, conservar e evocar informações através de dispositivos neurobiológicos e da interação social”. (IZQUIERDO, 2004, p. 15).

Logo, no âmbito jurídico a memória das partes envolvidas é de extrema importância, uma vez que no processo penal é necessário que se evoque todas as memórias relativas ao delito ocorrido, consubstanciando a investigação e a busca pela verdade real dos fatos ocorridos. Todavia, se os relatos se amoldarem em falsas memórias o depoimento de vítima e testemunhas fica inseguro e esse tipo de prova fragilizada.

Para Ramos “as falsas memórias são lembranças de determinado fato que não ocorreram, porém, o indivíduo acredita veemente na existência deste”. (RAMOS, 2017, s/p). No crime de estupro de vulnerável, a violência sofrida pela vítima “que não detém capacidade suficiente de resistência, podem deixar sequelas físicas e psíquicas que podem ensejar uma desestabilização emocional, tornando prejudicada a recordação das lembranças do crime”. (RAMOS, 2017, s/p).

Para Stein (2010) existem questões em torno dos acontecimentos delituosos envolvendo crianças como vítimas de violências físicas e sexuais que prestam depoimentos, que infelizmente são depoimentos fragilizados pelas falsas memórias e pode ter caráter decisivo tanto na vida da vítima, quanto na do réu. Por isso, o surgimento das falsas memórias pode ocorrer, provocando distorções no depoimento da vítima e com isso informações inverídicas à persecução penal.

Segundo os entendimentos de Lopes Jr. e Morais da Rosa:

A contaminação por falsas memórias é algo ainda pouco estudado no sistema brasileiro. Não raro às vítimas, sem que tenha sido colhido formalmente seu depoimento e a descrição do autor e suas características, é apresentado o famoso “álbum de fotografias” ou mesmo as “imagens de computador” dos agentes que já passaram por investigações policiais ou que os policiais possuem a intuição da autoria. Há, com isso, a apresentação do conjunto dos agentes e, muitas vezes, instigação pelo reconhecimento. A sequência visual das pessoas em cenas traumáticas é diversa da acontecida em situações normais, dado que a fixação dos olhos se dá justamente no que lhe é estranho, causador de temor e medo. A questão é saber se é possível condenar alguém a uma pena significativa com uma prova duvidosa em face dos desenvolvimentos da psicologia —

especialmente da psicologia cognitiva. (LOPES JR.; MORAIS DA ROSA, 2014, s/p).

O testemunho na instrução processual do crime de estupro é o meio probatório mais recorrente, quando não o único meio de prova. Pois, neste tipo de crime difícil é encontrar e recorrer a outros meios de prova, como provas documentais ou periciais. Logo, necessário e importante se faz tal prova. Contudo, de forma controversa, a testemunha ou vítima vale-se da sua memória para a explanação do fato ocorrido, o qual se precisa elucidar e julgar.

Para Ramos “toda a importância do testemunho está concentrada na capacidade da vítima ou testemunha de evocar suas memórias e descrever o fato qual como ocorreu”. (RAMOS, 2017, s/p). Logo, para evitar as falsas memórias na instrução criminal necessário se faz que o interrogatório seja o menos tendencioso possível, permitindo que a vítima relate os fatos sem nenhuma interferência policial.

Por tanto, de acordo com os ensinamentos de Lopez (2011) quanto mais determinante e menos sugestiva for a pergunta, melhor será a resposta da vítima, pois com menos influências de resposta menos informações errôneas aparecem no depoimento. A elaboração de perguntas menos sugestivas, permite ao depoente evocar sua memória sem influência de fatores externos, podendo reduzir o risco de uma falsa memória sugerida.

Desta feita, tendo em vista o crime de estupro de vulnerável, a modalidade de prova testemunhal ou o depoimento da vítima deve ser analisada sob muita cautela e sempre que possível ser corroborada por outros tipos de prova, promovendo ao máximo a verdade real do fatos no processo para se evitar condenação equivocada.

2.4 Prova Testemunhal

O presente tópico tem por finalidade apresentar a prova testemunhal no processo penal, tendo em vista ser ela prova elementar no crime de estupro de vulnerável.

Tendo em vista ser o crime de estupro de vulnerável, crime difícil de se comprovar nada a ausência de meios de provas, a prova testemunhal acaba por ser definida como aquela que pode levar ao conhecimento do fato ocorrido. Desse modo, a finalidade desse tipo de prova, notadamente no crime estudado em questão, é

permitir que o julgador conheça o conjunto dos fatos sobre os quais irá proferir uma sentença.

A prova testemunhal, segundo Fabio Vasconcelos Menna (2007) consiste na reprodução oral dos fatos ocorridos que deram ensejo a um processo penal, com previsão legal nos artigos 202 ao 225 do CPP/41. A testemunha, segundo o doutrinador trata-se “pessoa física capaz, (...), que pode depor, desde que não esteja no rol das pessoas suspeitas ou impedidas. Não se confunde com uma das partes do processo pois não tem qualquer interesse na demanda”. (MENNA, 2007, p. 90).

Prova testemunhal é um meio de prova oral bastante utilizado para a busca da verdade e efetivação da justiça, pois a testemunha pode auxiliar o juiz a esclarecer e se aproximar dos fatos, para que possa proferir uma sentença justa. Nesse ínterim, a testemunha não é parte no processo, bastando apenas que tenha presenciado o crime para que seja qualificada como testemunha do processo, levando para os autos o conhecimento dos fatos e informações relevantes para o julgamento.

Não obstante, no crime de estupro a prova testemunhal muitas vezes é a própria palavra da vítima, isso por se tratar de um crime de difícil instrução probatória, a palavra da vítima, desde de que confiável e sem contradições, é valorada, de forma que o crime não fique sem punição. Desta feita, jamais deve-se cogitar a possibilidade de excluir a prova testemunhal do processo penal, pois é elemento relevante e essencial para a decisão do magistrado na busca pela verdade e na elaboração de uma sentença condizente com a realidade dos fatos.

Segundo Pedro Lenza:

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

De igual modo, cabe citar o artigo 167 do Código de Processo Penal, com a seguinte redação: “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”. (BRASIL, 1941).

Trata-se, portanto, de única hipótese em que o exame de corpo de delito pode ser substituído pela prova testemunhal, aplicável assim em sua maioria ao crime de estupro quando os vestígios desaparecem por força maior.

Não obstante, julgar um crime baseado apenas em prova testemunhal, ainda mais quando esta se perfaz pela própria palavra da vítima, vítima de um crime contra a dignidade sexual, por vezes em face de crianças e adolescentes ou vulneráveis, diversos são fatores que influenciam no testemunho, podendo alterar as percepções sobre o fato, e conseqüentemente o entendimento do magistrado, qualificada assim como prova frágil.

Desse modo, por ser considerada uma prova que é, ao mesmo tempo, fundamental e frágil, cabe ao julgador levar em conta diversos fatores para a avaliação de um depoimento, como por exemplo, o modo que a testemunha teve conhecimento dos fatos, se a versão é compatível com os fatos narrados, seu comportamento ao depor, idade, entre outros fatores.

Igualmente, havendo mais provas no processo o depoimento ou testemunho deve ser analisado juntamente, dando maior valor e credibilidade, quando for possível. Não havendo outras provas, o depoimento deve ser analisado por pessoas capacitadas para analisar a veracidade dos fatos narrados e assim valorar o testemunho como prova cabal. À prova não pode haver nenhuma suscitação de dúvida. Do contrário, e havendo qualquer vestígio de insegurança, prevalece o princípio da presunção de inocência e não deve haver a condenação do réu.

3 O CRIME DE ESTUPRO

O direito penal, disciplinado pelo Direito Público e protetor dos bens jurídicos mais importantes da sociedade consiste em um agrupamento de leis e princípios que buscam combater o crime e manter o controle da sociedade. Por isso sua aplicação deve ocorrer apenas quando os outros ramos do direito e os meios de controle do Estado se mostrarem omissos ou ineficazes perante determinada situação.

Assim o Direito Penal tem como uma de suas bases o princípio da intervenção mínima, o qual consiste na necessidade de tutelar apenas os bens jurídicos mais importantes para a sociedade. Nessa linha, no que concerne à parte especial do Código Penal, atenta-se para a tipificação do crime de estupro, o qual encontra-se disposto no artigo 213, a saber: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, sua pena é de reclusão, de 06 (seis) a 10 (dez) anos” (BRASIL, 1940).

Esse crime encontra-se tipificado no Título VI intitulado como “Crimes Contra a Dignidade Sexual”. A nomenclatura do supracitado Título, alterado em 2009 adequou os tipos penais à nova realidade dos bens jurídicos protegidos, tendo em vista que “o foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual.” (GRECO, 2011, p. 611).

Assim, segundo Grecco, o artigo 213 do CP/40 cuja redação foi dada pela Lei 12.015 de 2009:

Tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o próprio corpo, no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, que se vê humilhado com o ato sexual”. (GRECCO, 2011, p. 616).

Ante a nova redação do crime de estupro abrangida pela Lei 12.015 de 2009, o delito de estupro caracteriza-se como crime comum, isto é, aquele que não exige qualquer qualidade especial do sujeito ativo ou passivo, podendo ser praticado por qualquer pessoa a qualquer pessoa.

O artigo também disciplina causas de qualificação por força de seus parágrafos 1º e 2º:

Art. 213.

(...)

§ 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. (BRASIL, 1940).

Essas qualificadoras, ora apresentadas precisam existir porque a prática do estupro muitas vezes vem seguida de outras agressões, merecendo maior rigor. Ainda que a conduta tenha sido no sentido somente do estupro, pode a mesma acarretar lesão corporal e até mesmo a morte, sendo, portanto, as penas mais severas. Será também tratado com maior importância, a prática de estupro contra menor de 18 anos e maior de 14, protegendo assim o adolescente.

Segundo Matos:

As qualificadoras do estupro quando do fato resulta lesão grave ou morte, são punidas a título de culpa. Como já dito anteriormente, trata-se de um crime preterdoloso, ou seja, há dolo na conduta antecedente (do estupro) e culpa no consequente (lesão grave ou morte). (MATOS, 2011, p. 19).

Já no que tange a qualificadora referente a menoridade da vítima (idade entre 14 e 18 anos), esta ocorre em defesa da qualidade pessoal do ofendido que leva o legislador considerar violência mais grave e, conseqüentemente, causa de aumento da punibilidade em prol da defesa do adolescente. (BITENCOURT, 2012).

Retomando ao tipo penal, este se consagra com o constrangimento, empregado no sentido de forçar, coagir, obrigar ou subjugar a vítima ao ato sexual ou outro ato libidinoso. Logo, segundo Greco (2011) para a caracterização do crime de estupro necessário haver o dolo, não havendo, portanto, sua tipificação na modalidade culposa.

Ademais, trata-se de um crime material, dependendo para sua consumação a produção de um resultado. Igualmente, o crime na sua modalidade tentada é perfeitamente possível e punível, pois se o agente ativo, iniciando a execução, não auferir o resultado pretendido por circunstâncias alheias a sua vontade, a tentativa de estupro ocorreu e deve sim ser imputado ao agente o crime.

Assim explica Matos:

Apesar de ser de difícil comprovação, admite-se o estupro na forma tentada, que irá ocorrer quando, o sujeito ativo, depois de iniciada a execução, tiver sua ação interrompida pela reação eficaz da vítima ou por qualquer outra

circunstância alheia a sua vontade, independente de ter ocorrido qualquer tipo de contato íntimo, bastando que haja grave ameaça à vítima com a finalidade de constrangê-la à conjunção carnal ou outro ato libidinoso. (MATOS, 2011, p. 6 - 7).

Assim Trindade também defende:

Não haverá o crime se a conjunção carnal for consentida, salvo quando o consentimento for viciado em razão da idade, enfermidade, doença mental ou qualquer forma de reduzir a capacidade de resistência da vítima (art. 217-A do CP). [...] a falta de consentimento é um elemento essencial para que ocorra o crime de estupro. (TRINDADE, 2011, p.3).

Como analisado, essa é a modalidade clássica de estupro, que para sua configuração o legislador exigiu a presença de violência ou grave ameaça. Não obstante, a legislação penal prevê uma subdivisão do crime de estupro bastante importante, qual seja, a figura do crime de estupro de vulnerável, tipificado no artigo 217-A do mesmo Diploma Legal, consistindo o crime na ação de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, ou incapaz.

Para a configuração desse crime a presença de violência ou grave ameaça não é necessária, bastando apenas que a prática ocorra contra pessoa vulnerável. Em síntese, o crime de estupro de vulnerável, que é o objeto do presente artigo e será melhor detalhado no tópico seguinte, para ser configurado, faz-se necessário tão somente a vulnerabilidade, caracterizada pela presunção absoluta do não consentimento, merecendo proteção maior ainda..

3.1 Estupro de Vulnerável

O estupro de vulnerável é uma ramificação do crime de estupro, tornando mais severa sua tipificação, quando o estupro ocorrer em desfavor do menor de 14 anos ou pessoa vulnerável que por algum motivo não possa oferecer resistência. Assim prevê o artigo 217-A do CP/40:

Estupro de vulnerável:

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

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

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (BRASIL, 1940).

Como se ressaltou do artigo, no crime de estupro de vulnerável o bem jurídico que se protege é a dignidade sexual do menor de 14 anos ou daquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Segundo Bitencourt (2012) a tipificação penal objetiva defender a dignidade sexual para que a evolução e desenvolvimento da personalidade do menor ou do incapaz seja sadio, sem que traumas psicológicos possam afetar o seu comportamento sexual.

Desta feita, o crime de estupro de vulnerável tem os sujeitos específicos, os quais compilam ou não nessa prática delituosa. O sujeito ativo pode ser o mesmo do crime de estupro tipificado no artigo 213, todavia, para caracterização do estupro de vulnerável o sujeito passivo precisa ser específico. Caso contrário, não será o sujeito ativo incurso no crime do artigo 217-A do CP/40.

Logo na qualidade de sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, havendo a caracterização independentemente se homens ou mulheres. No entanto, seguindo os ensinamentos de Bitencourt (2012) para a caracterização do crime necessariamente como sujeito passivo deve configurar a condição de vulnerabilidade, qual seja ser menor de 14 anos, o enfermo ou deficiente mental que não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Nos ensinamentos de Fernando Capez vulnerável “é o indivíduo menor de 14 anos ou aquele 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”. (CAPEZ, 2017, s/p).

Assim, vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo:

A lei não se refere aqui à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica etc. Uma jovem menor, sexualmente experimentada e envolvida em prostituição, pode atingir à custa desse prematuro envolvimento um amadurecimento precoce. Não se pode afirmar que seja incapaz de compreender o que faz. No entanto, é considerada vulnerável, dada a sua condição de menor sujeita à exploração sexual. (CAPEZ, 2017, s/p).

Como verifica-se, a lei protege a pessoa em situação de fragilidade ou perigo. Logo, o menor ainda que tenha discernimento dada sua simples condição de menor

já se considera vulnerável e, assim deve ser amparado, notadamente na tutela de seus direitos, como à dignidade sexual.

Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, sendo assim, de acordo com Santos “o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime”. (SANTOS, 2015, s/p).

No entanto, o crime se estende por força do parágrafo 1º do referido artigo, enquadrando em situação vulnerabilidade não somente o menor de 14 anos, mas também o incapaz (enfermo ou deficiente mental que não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência).

Guilherme de Sousa Nucci conceitua o referido tipo penal:

Ter (conseguir, alcançar) conjunção carnal (cópula entre pênis e vagina) ou praticar (realizar, executar) outro ato libidinoso (qualquer ação relativa à obtenção de prazer sexual) com menor de 14 anos, com alguém enfermo (doente) ou deficiente (portador de retardo ou insuficiência) mental, que não possua o necessário (indispensável) discernimento (capacidade de distinguir e conhecer o que se passa, critério, juízo) para a prática do ato, bem como com alguém que, por outra causa (motivo, razão), não possa oferecer resistência (força de oposição contra algo). As figuras estão previstas no *caput* e no § 1.º, do art. 217-A. A pena é de reclusão, de oito a quinze anos. Conferir o capítulo XIII, item 2.1, da Parte Geral. (NUCCI, 2014, p. 694).

A lei 12.015/2009 trouxe o instituto do estupro de vulnerável ao Código Penal, elevando a pena para esses casos de estupro e positivou a aplicabilidade da presunção absoluta a esse tipo penal. A consumação do delito, portanto, ocorrerá quando:

Na modalidade constringer à conjunção carnal, consuma-se desde que haja introdução completa ou incompleta do órgão genital masculino na vagina da vítima, mesmo que não tenha havido rompimento da membrana hímica, quando existente, consuma-se, enfim, com a cópula vagínica, sendo desnecessária a ejaculação. Na modalidade – praticar ou permitir a prática de outro ato libidinoso – consuma-se o crime com a efetiva realização ou execução de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, o momento consumativo dessa modalidade coincide com a prática do ato libidinoso. (BITENCOURT, 2012, p. 103).

Sobre a pena, tem-se, que esta para o crime previsto no caput é de reclusão de 8 a 15 anos, recebendo variações de acordo com os demais resultados do crime, sendo para lesão corporal de natureza grave a pena passa a ser de 10 a 20 anos e para morte da vítima de 12 a 30 anos.

Também consta um aumento de metade da pena para quando o sujeito ativo for ascendente, padrasto/madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador, ou, ainda, se assumiu por lei ou outra forma obrigação de proteção ou vigilância. (BITENCOURT, 2012).

Desta feita, o tipo penal deste crime é praticar a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com pessoa vulnerável, bem como que haja dolo consciente do agente ativo e que este possua conhecimento da vulnerabilidade da vítima. Caso contrário não estará o sujeito ativo incurso nas iras do artigo 217-A. Isso ocorre porque o crime de estupro de vulnerável é muito tênue, precisando o direito penal estar vigilante para que nenhum crime deixe de ser punido, bem como nenhum agente seja punido além do crime que praticou.

Não obstante, a vulnerabilidade nos crimes contra a dignidade sexual é presumidamente absoluta. Isso significa dizer que “a presunção, por sua vez, é o julgamento baseado em indícios, aparências, é o que se toma por verdade, e essa é absoluta porque não há possibilidade de ser questionada, ou relativizada, ou seja, não admite prova em contrário”. (SILVA, 2019, s/p). Trata-se de presunção absoluta porque a caracterização da incapacidade e a idade são elementos absolutos, não necessitando prova de sua veracidade. Logo, sendo o ato praticado contra os sujeitos passivos no tipo penal, instantaneamente qualifica-se estupro de vulnerável.

Assim dispõe a súmula 593 do STJ:

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

A súmula decidiu que a presunção de vulnerabilidade deve ser absoluta independente das circunstâncias nas quais se deu o ato libidinoso ou qual seu grau de lesividade.

O direito penal precisa estar atento porque a mesma vulnerabilidade que garante a incursão literal do sujeito ativo no crime de estupro, sem que caiba prova

em contrário é a que pratica a defesa da vítima. Ou seja, muitas vezes o crime de estupro não tem provas documentais ou testemunhais, se valendo na prática, na maioria das vezes da palavra da vítima, que por sua vez é vulnerável.

Assim, precisa-se atentar-se para que a fragilidade da prova não resulte em injustiças ou disparidades, para que não haja ausência de defesa do direito da vítima, bem como tampouco incursão equivocada de tipificação penal ao sujeito ativo, como vem tratando o trabalho em tela com melhor exposição do assunto no capítulo seguinte.

4 FRAGILIDADE DA PROVA NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O crime de estupro consiste no fato de o agente constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, conforme disciplina o artigo 213 do Código Penal. O crime de estupro de vulnerável trata-se do estupro qualificado, haja vista a prática do crime ocorrer contra criança ou adolescente menos de 14 anos.

O objetivo do crime de estupro de vulnerável, disposto no artigo 217-A do CP/40, é justamente tutelar e proteger com mais rigor o crime praticado contra o menor, figura que deve ser tutelada e protegida pelo Estado. Desta feita, o simples fato de existir a relação carnal ou a prática do ato libidinoso com o menor de 14 anos já qualifica estupro de vulnerável, independente do consentimento da vítima.

Tendo em vista a proteção acentuada do Estado para evitar esse tipo de crime e proteger a criança e o adolescente, a legislação peca um pouco no que tange a produção de provas para constatar a prática desse tipo de crime, levando-se em consideração basicamente a declaração da vítima do acontecimento.

Não obstante a vítima é parte, como o próprio artigo prevê, vulnerável e, por isso é claro merece proteção maior. Todavia, não é isso que o presente trabalho ataca. A proteção do menor é clara e deve ser sempre completa, extensiva e eficaz. Mas em paralelo, não se pode condenar um suposto autor sem provas contundentes da prática de um ilícito penal. Até porque a condenação provoca danos e consequências irreparáveis, devendo estar provado o crime para a condenação do autor.

A pesquisa questiona justamente a fragilidade da produção de provas nesse tipo de crime, que se perfaz com ênfase na palavra da vítima para a condenação do autor. É claro que a palavra da vítima tem validade, mas ela não deve ser isoladamente uma prova condenatória, merecendo produzir outras provas que completem a declaração da vítima para então haver a condenação adequada e correta do autor.

Relativamente diferente do que se estabelece pela doutrina sobre provas e como estas devem ser fornecidas, há a discussão sobre sua produção probatória no estupro de vulnerável.

O artigo 213 do Código Penal prevê o crime de estupro, a saber: “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”. (BRASIL, 1940).

Nas palavras de Daniela Soares:

O Estupro é a coação feita pelo homem ou pela mulher que, mediante emprego de violência (física ou real) ou grave ameaça, compele: a) a mulher ou o homem à cópula sexual (é necessária a introdução, ainda que parcial, do pênis na cavidade vagina); b) a mulher ou o homem à prática, ativa ou passiva, de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, tais como o coito anal, *inter femora*, sexo oral, masturbação, etc. O bem jurídico tutelado neste delito, ou seja, o direito que está sendo protegido é a Dignidade e liberdade sexual do homem e da mulher. A pessoa tem o direito pleno à inviolabilidade carnal. (SOARES, 2015,s/p).

Como assevera a autora, o bem jurídico tutelado no crime de estupro é a defesa da dignidade e liberdade sexual do indivíduo, não podendo outrem forçar o ato sexual sem consentimento da parte, causando, desta feita, a prática do crime. O estupro de vulnerável também defende a dignidade e liberdade sexual do indivíduo, entretanto, vai um pouco além do estupro puro, se demonstrando como um crime qualificado por ser praticado contra menor de 14 anos.

O crime de estupro de vulnerável encontra-se previsto no artigo 217-A do Código Penal, cuja redação é: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”. (BRASIL, 1940).

Para Greco:

(...) o delito de estupro de vulnerável se consuma com a efetiva conjunção carnal, não importando se a penetração foi total ou parcial, não havendo, inclusive, necessidade de ejaculação. Quanto à segunda parte prevista no caput do art. 217-A do estatuto repressivo, consuma-se o estupro de vulnerável no momento em que o agente pratica qualquer outro ato libidinoso com a vítima. (GRECO, 2015, p. 74).

Conforme se verifica, o simples fato de ter havido a conjunção carnal ou o ato libidinoso com menor de 14 anos já se qualifica crime de estupro, haja vista a obrigação do Estado em defender a tutela da criança e do adolescente.

No mesmo sentido a declaração da vítima sobre a prática do crime muitas vezes é a única prova existente, mas ao mesmo tempo não pode ser isoladamente considerada suficiente para a condenação do autor, haja vista a declaração da vítima ser também uma prova vulnerável e frágil, necessitando de outros meios de prova para a efetiva e correta condenação do autor dos fatos.

O tema é polêmico, pois muitas vezes o crime ocorre em um lugar onde só a vítima e o autor se encontram, sendo a vítima a única testemunha. Tourinho Filho explana que: “quando a infração deixa vestígios, por exemplo, em um caso de estupro, é necessário o exame de corpo de delito, isto é, a comprovação dos vestígios materiais por ela deixados torna-se indispensável”. (TOURINHO FILHO, 2007, p. 256).

Portanto, cabe ao magistrado, somar a declaração da vítima a alguma outra prova presente nos autos da ação penal, ainda que seja apenas o exame de corpo de delito ou mesmo o acompanhamento de pessoas capacitadas à colheita dos depoimentos da vítima, como psicólogos, capazes de medir a veracidade dos fatos narrados.

Essa dificuldade em relação a prova acontece devido ao fato de que a vítima é figura vulnerável, sendo extremamente séria sua declaração, por representar a existência e prática de um crime. A declaração da vítima deve ser reconhecida, todavia, merece ser contemplada com outras provas que corroboram pela veracidade dos fatos, evitando condenação do suposto autor equivocadamente.

Desta feita, o presente capítulo para fins de demonstrar a aceitação da referida prova vulnerável analisa as provas em crimes sexuais em geral, a confiabilidade da palavra da vítima, a declaração do menor de 18 anos e da criança, a palavra da vítima e os riscos da condenação, bem como a importância e necessidade do depoimento assistido.

4.1 Das provas em crimes sexuais

A atividade probatória é meio fundamental para o alcance da efetiva prestação jurisdicional, uma vez que a prova do crime é necessária a identificação do delito e da autoria. Para tanto, o direito utilize-se de vários meios válidos, necessários e adequados para que se concretize a tutela pleiteada.

Desse modo, imperioso apresentar tais meios, hábeis às provas dos crimes sexuais, de maneira a formar a convicção do julgador, observando-se, é claro, as particularidades inerentes a esses tipos penais, cujas especificidades podem ensejar especial validade a determinado meio de prova.

Com relação aos crimes sexuais, grande destaque é atribuído à palavra da vítima ao prestar declarações em sede de crimes contra a dignidade sexual. Desta

feita, frisa-se a necessidade de se “valorar a declaração do ofendido, de acordo com o crime contra ele praticado, demonstrando o valor diferenciado que deve ser conferido à palavra da vítima de crimes sexuais, objetivando-se uma satisfatória aplicação do Direito Penal”. (SPERANDIO, 2017, s/p).

Segundo Greco Filho (2013) para que o sujeito que praticou crime contra a dignidade sexual seja condenado, é indispensável a comprovação da autoria e materialidade do delito, para que assim o magistrado possa avaliar as provas e julgar a ação procedente ou improcedente, aplicando-se o direito ao caso concreto.

Nesse sentido, necessário é analisar a produção de provas no que tange ao crime de estupro e estupro de vulnerável, crimes contra a dignidade sexual que muitas vezes contam apenas com a palavra da vítima como meio probatório.

Destarte, para provar esses crimes, Greco Filho defende ser prova “todo objeto ou coisa do qual, em virtude de linguagem simbólica, se pode extrair a existência de um fato” (GRECO FILHO, 2013, p. 253). A prova pode ocorrer por fotos, vídeos e laudos psicológicos, por exemplo, todavia, tais mecanismos raramente existem em delitos de natureza sexual, havendo a necessidade de se valorar ainda mais a palavra da vítima, para que o sujeito ativo não fique impune por ausência de provas de sua autoria.

De acordo com Nucci “nos crimes sexuais, a palavra da vítima, ainda que de pouca idade, tem especial relevância probatória, ainda mais quando harmônica com o conjunto fático-probatório”. (NUCCI, 2014, p. 142). É claro que precisa cautela na análise desses relatos, para que a palavra da vítima não se reverta em condenação equivocada, principalmente, quando a vítima for criança ou incapaz, como é o caso do crime de estupro de vulnerável. Assim, Nucci continua: “apesar da validade desse testemunho infantil, a avaliação deve ser feita com maior cautela, sendo arriscada a condenação escorada exclusivamente neste tipo de prova”. (NUCCI, 2014, p. 142).

Logo, para tentar assimilar os relatos da vítima, a instrução probatória contará com psicólogos capacitados que saibam lidar com esse tipo de situação, deixando a vítima à vontade para que seu depoimento seja o mais verdadeiro possível. Igualmente, Segundo Avena (2009), além da palavra da vítima, nos crimes sexuais, deve-se tentar realizar o exame de corpo de delito, produzindo mais um meio de prova à instrução penal. Para o autor “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”. (AVENA, 2009, p. 267).

Assim, para provar os crimes contra a dignidade sexual, deve a justiça valer-se da declaração da vítima, lastreada sempre que possível do exame de corpo de delito e de laudo psicológico. Como verificado, a declaração da vítima é prova principal e assim deve ser tratada, principalmente quando somente dela se valer a instrução penal, o exame de corpo de delito, bem como laudo psicológico deve haver sempre que possível, não sendo, portanto, sua ausência, requisito para a não caracterização do crime e da autoria.

Nucci nesse viés relata decisão do STJ:

A ausência de laudo pericial conclusivo não afasta a caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante, em particular nessa forma clandestina de delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios. (NUCCI, 2014, p. 73).

Tourinho Filho também se posiciona:

Nos crimes contra a liberdade sexual, e.g., a palavra da ofendida constitui o vértice de todas as provas. Na verdade, se assim não fosse, dificilmente alguém seria condenado como corruptor, estuprador etc., uma vez que a natureza mesma dessas infrações está a indicar não poderem ser praticadas à vista de outrem. (TOURINHO FILHO, 2007, p. 336).

Assim, em se tratando de crime sexual, torna-se difícil a prova da materialidade e da autoria, haja vista na maioria das vezes haver apenas a palavra da vítima contra a palavra do autor do delito, de modo que, ao operador do direito cabe atribuir valoração diferenciada às declarações da vítima, havendo que se delimitar grau de confiança para extrair veracidade e valor probatório da palavra da vítima em confronto com a declaração do acusado.

4.2 Da confiabilidade da palavra da vítima

O presente trabalho visa analisar a fragilidade das provas no estupro de vulnerável justamente pelo fato da ausência de meios probatórios para se provar o delito e a materialidade. Tendo em vista o crime analisado contra a dignidade sexual, vislumbra-se que a vítima é sempre menor de 14 anos ou incapaz, o que dificulta a confiabilidade da prova consubstanciada pelos seus relatos.

Além da violação da intimidade da vítima, há que se considerar o cenário em que estas estão inseridas. A criança e o adolescente vitimados:

Lidam, algumas vezes, com a falta de proteção da família e da sociedade e, assim, importante considerar, também, a possibilidade da vítima, influenciada, fantasiar fatos relativos à ocorrência do abuso e, sendo assim, acabar prestando uma informação distorcida às autoridades. (JACINTO, 2009, s/p).

Nesse sentido, a preparação dos profissionais que trabalham com esse tema se faz imprescindível para uma colheita de prova de qualidade, confiável, que garanta a proteção da vítima, bem como não acarrete condenação equivocada. De acordo com Sperandio para que a palavra da vítima seja confiável na instrução penal, deve ela “estar coesa com os demais elementos de prova carreados aos autos e, em se tratando das declarações como meio de prova isolado, devem estar carregadas de verossimilhança e linearidade, analisando-se a credibilidade da pessoa que as presta”. (SPERANDIO, 2017, s/p).

Conforme se ressaltou da explicação da autora, verifica-se que no crime de estupro de vulnerável se faz extremamente difícil a instrução probatória para a caracterização do crime. Isso porque, a palavra da vítima como visto anteriormente, é prova elementar e isolada nesses tipos de crime, que raramente contam com outro tipo de prova que possa consubstanciar a caracterização do delito. Desta feita, necessário é atribuir à declaração da vítima confiabilidade para que seus relatos sejam validados como prova.

Igualmente, necessário é fazer juízo de valor dos relatos apresentados para não haver engano na valoração da prova e condenação do réu, haja vista exatamente a fragilidade das provas no delito de estupro de vulnerável. Logo, é de suma valia que o Poder Público possua profissionais capacitados para colher os depoimentos da vítima de forma a trazer os relatos o mais próximo da verdade possível.

Seguindo os ensinamentos de Bittencourt: “elemento importante para o crédito da palavra da vítima é o modo firme com que presta suas declarações. Aceita-se a palavra da vítima, quando suas declarações ‘são de impressionante firmeza, acusando sempre o réu e de forma inabalável”. (BITTENCOURT, 2012, p. 104).

Sob essa ótica, destaca-se que, dificilmente vítimas desses tipos de delitos os inventam, tendo em vista que referidos crimes carregam um forte e negativo estigma social. E, por isso, seus depoimentos não podem deixar de serem aceitos, embora precisam ser criteriosamente valorados de acordo com cada caso concreto, de modo

que a vítima seja protegida e o autor não seja condenado erroneamente, por uma invenção da criança.

Para que haja a confiabilidade e convicção do depoimento, portanto, importante haver profissionais capacitados à colher depoimento de crianças e extraírem de suas memórias os fatos reais do delito. Não obstante, sempre que possível, a palavra da vítima será confirmada por meio de outras provas, como testemunhas, exame de corpo de delito, gravações de imagens ou de áudios quando houver.

Somente, quando não houver outros meios de prova é que o depoimento servirá de prova isoladamente, haja vista justamente seu valor probante e confiabilidade atribuída à palavra da vítima em crimes contra a dignidade sexual.

4.2.1 Da Declaração de Menores de 18 Anos e de crianças

Conforme o trabalho vem tratando, em crimes contra a dignidade sexual, embora a palavra da vítima seja uma prova frágil, via de regra, é ela que assume maior relevância probatória na persecução penal.

Desta feita, necessário se faz analisar a declaração de menores de 18 anos e de crianças nesses tipos de crime, vez que a idade do ofendido reflete diretamente na análise de credibilidade das declarações apresentadas. Isso, porque, segundo Nucci (2014) o Estado tem o dever de resguardar a formação moral do menor, tendo em vista que seu amadurecimento sexual demanda proteção e confiabilidade.

Logo, consideráveis são as peculiaridades em relação às declarações do ofendido menor de dezoito anos, especialmente quando este se tratar de criança ou adolescente com idade inferior a quatorze anos, denominado legalmente como vulnerável. (BITTENCOURT, 2012).

Assim, na colheita desses depoimentos vários elementos merecem análise minuciosa, visando relacionar a narrativa com os fatos reais ocorridos. Para tanto, Nucci elenca quais os elementos mais importantes de serem analisados em depoimento:

Na colheita de depoimentos infanto-juvenis, há vários elementos sujeitos à análise, como o grau de veracidade das declarações, o trauma inculcado à vítima pela própria tomada em juízo destas, o confronto entre a palavra da criança ou do adolescente e a do acusado adulto, bem como a consideração de princípios constitucionais (NUCCI, 2014, p. 119).

Desta feita, tendo em vista a grande quantidade de crimes de natureza sexuais contra crianças e adolescentes, em decorrência de sua vulnerabilidade física e psicológica, imperioso atribuir credibilidade as particularidades de suas declarações. Segundo Tourinho Filho (2007) os depoimentos infanto-juvenis devem ser recebidos com extrema cautela, pois a criança ou o adolescente pode ser mais facilmente manipulado. Dessa forma, necessário é extrair do depoimento os fatos mais próximos da verdade possível, evitando que o menor deixe de falar algum caso por receio, ou que narre fatos não ocorridos.

De acordo com Jacinto (2009) é importante defender a tese de que a criança sempre estará narrando o fato tal como aconteceu, todavia, deve-se atentar para os cuidados específicos que devem ser tomados em sua oitiva, já que se os memores se reverterem de condição peculiar, merecendo dessa forma de tratamento diferenciado do adulto:

À palavra da criança, neste tipo de crime, em determinadas horas é dada especial relevância, em outras é questionável, duvidosa. O certo é que, (...) a palavra da criança deve ser coerente e concisa em todas as vezes que precisar depor, além da necessidade de apresentar-se junto a algum outro indício ou evidência; do contrário, torna-se frágil. (JACINTO, 2009, s/p).

Considerando a dificuldade enfrentada por uma vítima adulta em relatar situação de abuso sexual, menos provável ainda é que uma criança ou adolescente invente sua ocorrência, partindo-se, por isso, da premissa que as narrativas são verdadeiras. Igualmente, é de difícil assimilação de que crianças ou adolescentes conseguissem inventar ou descrever situações de abuso que não conhecem, principalmente se o fizerem com riqueza de detalhes, facilitando o reconhecimento da existência da prática do crime e atribuindo credibilidade aos depoimentos.

Para tanto, imprescindível é a atenção do julgador e das equipes que abarcam o procedimento penal, buscando sempre que possível, demais elementos probatórios que corroborem com os depoimentos. Não obstante, a ausência de outros meios probatórios não impedem a validação do depoimento da vítima, desde que este esteja pautado na lisura das informações que propiciem o entendimento sem questionamentos da prática do crime.

Destarte, a valoração conferida à declaração do ofendido não fere as garantias do acusado. Isso porque a palavra da vítima sempre será analisada de forma criteriosa, com a máxima atenção a qualquer sinal de desconformidade do

caso narrado, respeitando dessa forma, todos os direitos do sujeito ativo da infração penal, não o condenando, caso exista dúvida quanto à ocorrência do delito.

Em se tratando da declaração de crianças e adolescentes, indispensável à validação da palavra da vítima, é uma minuciosa análise realizada pelo julgador, da qual resulte na certeza processual, com o fim de alcançar, fundamentadamente, a justa responsabilização e conclusão do caso, seja pautado na condenação ou absolvição, quando for o caso, do sujeito investigado.

4.2.2 A palavra da vítima e os riscos da condenação

No crime de estupro muito se precisa preocupar com os meios de prova existentes para sua caracterização, de forma que a valoração da palavra da vítima não acarrete risco iminente a uma condenação injusta. Isso porque, como vem sendo tratado, no crime de estupro, ainda mais de vulnerável as provas são poucas, existindo mínimos elementos para formular a culpa.

Desta feita, para que a palavra da vítima tenha valor probante e não seja um risco à condenação do autor, ela deve ser apresentada de forma coerente e sempre que possível corroborada com as demais provas dos autos, como as declarações de seus genitores/responsáveis, exame de corpo de delito, quando for possível, sendo ainda estas declarações avaliadas por meio de laudo psicológico, médico e psiquiátrico feito por profissionais escolhidos judicialmente.

Aury Lopes Junior (2016) entende que a prova testemunhal gera grandes riscos ao judiciário por sua facilidade de manipulação, por isso, em casos que a declaração da vítima é a prova principal para a caracterização de um crime, a mesma precisa estar sempre revertida de muita cautela para que não haja nenhum tipo de risco à condenação do autor.

O crime de estupro de vulnerável, o qual engloba além da conjunção carnal, atos libidinosos diversos, em suma, é consideravelmente carente de prova, posto que não necessariamente restarão vestígios das ações lascivas, bem como testemunhas e outros meios de provas de sua consumação ou até mesmo tentativa.

Diante disso, a palavra da vítima involuntariamente ganha especial relevo, eis que, na maioria dos casos é a única prova da ocorrência do delito. Por isso, o ordenamento jurídico brasileiro não veda a condenação baseada na palavra da vítima como prova. Não obstante, com vistas a evitar os riscos da condenação

injusta que podem vir a ocorrer em razão de um depoimento distorcido, o depoimento para ser valorado como prova única deve estar alinhado com outros elementos e indícios existentes no processo.

A pena mínima cominada ao crime de estupro de vulnerável é de 8 anos de reclusão (art. 217-A do CP/40), a ser cumprida inicialmente em regime fechado (art. 33, § 2^a, 'a' do CP/40). Desta feita, ao condenar alguém por crime de estupro de vulnerável baseando-se exclusivamente na palavra da vítima, assume-se um dos maiores riscos no direito penal brasileiro, qual seja a condenação de um inocente.

O erro da vítima, no reconhecimento do autor do delito, segundo Lopes Jr. (2016) é um risco iminente, podendo em razão da confusão mental provocada, apontar pessoas inocentes como o agente do crime ou falsas memórias.

A palavra da vítima, se equivocada gera danos irreparáveis ao condenado. Igualmente, o crime não punido gera danos irreparáveis à vítima. Nessa linha tênue há um paradoxo no valorar o depoimento da vítima quando única prova no crime de estupro de vulnerável. Não obstante, é um crime cruel e, por isso, traz grande repulsa pela sociedade, por isso a dada importância as palavras da vítima, sendo analisado cada caso com suas peculiaridades.

Logo, com fins de evitar a condenação equivocada, necessário é buscar analisar todos os elementos e indícios que levam à provar o ilícito penal. Caso contrário e, havendo uma mera dúvida, o acusado não deverá ser acusado. Na contra mão, não restando dúvidas do delito, ainda que apenas por meio do depoimento da vítima, o autor do delito deve ser punido e o crime solucionado, com vistas especialmente na defesa da criança e do adolescente.

4.3 Depoimento assistido

O depoimento assistido, também chamado de depoimento especial consiste em um depoimento da vítima de forma diferenciada, com metodologia adequada à escuta de crianças e adolescentes perante a justiça, contando com métodos e ambientes mais reservados e adequados ao cenário infantil. Dessa forma, para se efetivar esse tipo de depoimento, servidores da Justiça são capacitados para conversar com crianças em um ambiente lúdico, procurando ganhar a sua confiança e não interromper a sua narrativa, permitindo o chamado relato livre.

Logo, esse tipo de depoimento foi recentemente disciplinado em lei de forma a estabelecer uma técnica humanizada para oitiva de menores vítimas de violência e abuso sexual. A lei n. 13.431 de 2017, alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, estabelecendo o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência.

A legislação estabelece medidas de assistência e proteção à criança e ao adolescente, seguindo as diretrizes da Constituição Federal de 1988, notadamente, do artigo 227, que estabelece dever do Estado - além da família e da sociedade - assegurar ao menor, direitos como a vida e a dignidade, além de colocá-lo a salvo de toda forma de violência.

Antes, conforme o próprio site do TJMG (2019) uma criança que sofresse violência sexual, adentrava à sala de audiência, ambiente formal, solene e intimidante, e se depara com várias autoridades que, com perguntas objetivas e precisas, esperavam que a vítima relate os abusos que vivenciou, causando desconforto e constrangimento, provocando na criança sensação de vítima, mais uma vez.

De acordo com Castro e Lépre “a criança e o adolescente merecem proteção integral pelo simples fato de serem pessoas em estágio peculiar de desenvolvimento físico, psíquico e moral” (CASTRO; LÉPORE, 2017, s/p), assim assegurados pelos artigos 2º e 3º do ECA e artigo 2º da Lei 13.431/17.

Dessa forma, obriga-se à proteção das seguintes formas de violência, as quais estão resguardadas pelo artigo 4º da Lei n. 13.431/17: física (ofensa à integridade ou saúde corporal), psicológica (abrangendo ameaça, agressão verbal e constrangimentos como bullying e alienação parental), sexual (envolvendo conjunção carnal ou outro ato libidinoso, exploração sexual e tráfico de pessoas) e institucional (praticada por instituição pública ou privada, podendo acarretar revitimização). (CASTRO; LÉPORE, 2017).

Assim:

No depoimento especial, o relato de crianças e adolescentes é tomado em ambiente acolhedor e amigável, dotado de infraestrutura que garante privacidade e impede o contato com o acusado. Tudo é gravado, de maneira que a vítima ou testemunha de violência menor de idade não precise repetir em diferentes ocasiões o que vivenciou ou testemunhou. (TJMG, 2019).

Visando sempre a referida proteção, a lei disciplina em seu artigo 5º alguns direitos e garantias, dos quais os menores fazem jus e deve o Estado primar por eles, sendo um deles o formato adaptado à prestação das informações, de forma a não machucar ou denegrir ainda mais a vítima de violência sexual:

Art. 5º A aplicação desta Lei, sem prejuízo dos princípios estabelecidos nas demais normas nacionais e internacionais de proteção dos direitos da criança e do adolescente, terá como base, entre outros, os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente a:

I - receber prioridade absoluta e ter considerada a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento;

(...)

III - ter a intimidade e as condições pessoais protegidas quando vítima ou testemunha de violência;

(...)

V - receber informação adequada à sua etapa de desenvolvimento sobre direitos, inclusive sociais, serviços disponíveis, representação jurídica, medidas de proteção, reparação de danos e qualquer procedimento a que seja submetido;

(...)

VII - receber assistência qualificada jurídica e psicossocial especializada, que facilite a sua participação e o resguarde contra comportamento inadequado adotado pelos demais órgãos atuantes no processo. (BRASIL, 2017).

Com base na proteção da vítima e direitos do menor, Sumariva (2017) pondera quão importante foi a definição dada pela lei n. 13.431/17, disciplinando diferentes formas “de ouvida de criança ou adolescente acerca da situação de violência (artigo 4º, parágrafo 1º), quais sejam, a escuta especializada e o depoimento especial” (SUMARIVA, 2017, p. 97), evitando a chamada vitimização secundária.

Escuta especializada, conforme disciplina o artigo 7º se refere ao “procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade” (BRASIL, 2017). Depoimento especial é o “procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária” (BRASIL, 2017).

Dessa forma, a oitiva da vítima ou testemunha menor, seja pela escuta especializada ou depoimento especial será realizada “de forma multidisciplinar (com auxílio especialmente de assistente social ou psicólogo), permitindo um ambiente menos constrangedor e mais propício para a busca da verdade”. (CASTRO, LÉPORE, 2017, s/p).

Nos termos do artigo 9º e 10 da lei de 2017, a escuta especializada e o depoimento especial serão realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência, resguardando a eles qualquer contato, ainda que visual, com o suposto autor ou acusado, ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento.

A conversa com a vítima, portanto, é gravada e assistida ao vivo na sala de audiência pelo juiz e demais partes do processo, como por exemplo, os procuradores e advogados da defesa, estando a criança ciente de que está sendo gravada. Dessa forma, a conversa será intermediada por um técnico capacitado que estará com a criança e fará a ela as perguntas formuladas pelo juiz, valendo-se de linguagem acessível à vítima.

Essa técnica, segundo Sumariva (2017) evita que perguntas impertinentes e que causem sofrimento, já que quem as faz são pessoas capacitadas para lidar com menores de idade e fragilizadas com a situação. Também às vistas de um depoimento menos danoso a criança, a lei determina que o menor será ouvido apenas uma vez e na presença apenas do técnico:

Art. 11. O depoimento especial reger-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado.

§ 1º O depoimento especial seguirá o rito cautelar de antecipação de prova: I - quando a criança ou o adolescente tiver menos de 7 (sete) anos; II - em caso de violência sexual.

§ 2º Não será admitida a tomada de novo depoimento especial, salvo quando justificada a sua imprescindibilidade pela autoridade competente e houver a concordância da vítima ou da testemunha, ou de seu representante legal. (BRASIL, 2017).

Dessa forma, o testemunho serve como prova antecipada em todo o processo, cabendo novo depoimento somente em último caso, quando justificada a sua imprescindibilidade pela autoridade competente e houver a concordância da vítima ou da testemunha, ou de seu representante legal. A lei passou a determinar essa singularidade da oitiva, porque antes a criança era ouvida diversas vezes e por diferentes órgãos, o que fragilizava ainda mais a vítima.

Além da Lei o TJMG publicou no DJe de 20 de março a Portaria Conjunta 823/PR/2019 visando uniformizar e padronizar o procedimento do depoimento especial no âmbito do Estado de Minas Gerais, tornando o depoimento especial ou assistido uma realidade forense em Minas Gerais:

Trinta comarcas mineiras que foram consideradas prioritárias para a aplicação da metodologia receberam salas estruturadas em seus fóruns para o depoimento especial e estão concluindo a capacitação de profissionais nesse gênero de escuta. Algumas já deram início a esse trabalho, e outras estão prestes a iniciá-lo. (TJMG, 2019).

A ideia do depoimento assistido advindo com a lei de 2017 é justamente proteger a vítima, propiciando a ela ambiente menos danoso e mais adequado possível para que seu psicológico seja menos afetado, haja vista a violência pretérita sofrida. Com o depoimento assistido, além de ferir menos o menor e protegê-lo, os fatos serão narrados o mais próximo da verdade possível, evitando equívoco ou receio da criança em seus relatos, o que configura maior segurança também à determinação da condenação.

5 CONCLUSÃO

O crime de estupro de vulnerável abrange especificamente o respeito à vulnerabilidade e a tentativa de provar o crime e punir o autor, casos de grande repulsa na sociedade. Desta feita, o trabalho desenvolveu o assunto relacionado a palavra da vítima como meio probatório neste tipo de crime, haja vista sua difícil comprovação por outros meios de prova, por vezes inexistentes.

Ocorre, que a palavra do vulnerável, como o próprio nome aduz, trata de prova extremamente frágil, que na contramão da fragilidade, provoca resultado decisivo na vida do autor do crime. Desta feita, cabe ressaltar quão difícil é a constatação desse tipo de crime e sua persecução penal. Da mesma forma que se precisa proteger o vulnerável, muitas vezes crianças e adolescentes menores de 14 anos, o judiciário não pode determinar uma condenação criminal sem provas contundentes do crime e de sua autoria.

O crime de estupro se qualifica como crime hediondo, vez que causa danos irreversíveis e irreparáveis à vítima. Nestes tipos de crime, incluindo aqui o estupro de vulnerável, a palavra da vítima é geralmente a única prova obtida para a conclusão de uma sentença. Desta maneira, ainda que a palavra da vítima ganhe força e valoração, é necessário muita cautela, pois esse tipo de prova é muito frágil e facilmente distorcida.

A análise dos fatos e das provas nesses tipos de crime precisam estar muito bem alinhadas, de modo que não haja injustiças nem à vítima, nem ao acusado condenado injustamente. Para tanto, o processo penal tem buscado mecanismos para que essa fragilidade testemunhal seja podada sempre mais e, seja cada vez mais contundente, evitando assim decisões equivocadas.

Como relatado por todo o trabalho, na grande maioria dos casos de estupro, notadamente de vulnerável, há como prova somente a palavra da vítima, não merecendo a mesma que o crime praticado contra ela fique impune por ausência de provas. Para tanto, o direito processual penal tem tomado algumas providência para valorar a prova e diminuir sua fragilidade, de forma a propiciar decisões justas. Desta feita, o depoimento da vítima não é garantia de condenação. Para a caracterização de prova irrefutável a justiça precisa contrapor essa prova com todos os meios existentes possíveis.

Logo, a palavra da vítima será sempre importante, mas existindo outros meios de provar o caso, todas serão apresentados e valorados, como a apresentação de provas testemunhais, quando houver testemunhas, o próprio depoimento do suposto autor para ser confrontado com a narrativa da vítima, o exame de corpo de delito sempre que for cabível sua feitura, câmeras de segurança quando houverem.

Não havendo, todavia, meios de provas diversos, a palavra da vítima será sim apresentada e valorada como prova, ainda que única. Não obstante, para sua caracterização e diminuição da fragilidade a mesma será contraposta à palavra do autor do crime, bem como outros mecanismos processuais serão tomados para a identificação da veracidade dos fatos narrados.

Recentemente, a partir de 2017 o ordenamento jurídico brasileiro trouxe para o processo penal o depoimento assistido, conhecido também como depoimento especial, o qual dá mais assistência a vítima, propiciando que a mesma relate os fatos o mais próximo da verdade possível.

Esse tipo de depoimento ocorre sem a presença do juiz, ele é gravado, evitando novos depoimentos e desgastes emocionais e é colhido por profissionais capacitados para tanto, com acompanhamento de psicólogos e laudos médicos, capazes de atestar que o vulnerável está ou não faltando com a verdade, evitando assim as falsas memórias, permitindo que a decisão seja o mais próximo da verdade real.

O direito penal atribui sim confiabilidade à palavra da vítima, todavia, à confiabilidade dessas declarações não são absolutas e, somente são declaradas como prova de condenação se não houver nenhum tipo de dúvida quanto a autoria ou a prática do crime. Do contrário, a justiça ainda prima pelo princípio da presunção de inocência, e se houver dúvida, a condenação não será o objeto da sentença.

Esse foi o meio que a justiça encontrou até o momento de não punir o acusado injustamente sem provas absolutas e contundentes da prática do crime, mas também sem deixar a vítima desamparada, quando nos autos não restar dúvida de que a prática criminosa aconteceu, ainda que apenas com base nos relatos da vítima exauridos de forma assessorada e assistida.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal - Versão Universitária**. 1. ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte especial 4: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, Senado, 05 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, Senado, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 02 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, Senado, 13 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 02 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, Senado, 16 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 18 mai. 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Diário Oficial da União, Brasília, Senado, 10 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 12 mai. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.431 de 04 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Diário Oficial da União, Brasília, Senado, 05 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm>. Acesso em: 18 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 593 de 25 de outubro de 2017**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Estupro de vulnerável e a contemplação lasciva**, 03 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/253038/estupro-de-vulneravel-e-a-contemplacao-lasciva>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Lei protege criança e adolescente vítima ou testemunha de violência**, de 06 abr. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-06/lei-garante-protecao-menor-vitima-ou-testemunha-violencia#_ftnref2>. Acesso em: 18 mai. 2018.

FERREIRA, Juliana Horrana Costa; RODRIGUES, Gustavo Luiz Mendes Tupinambá. **Os Riscos da Condenação Causados Pelas Falsas Memórias na Apuração do Crime de Estupro de Vulnerável**, 05 dez. 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/os-riscos-da-condenacao-causados-pelas-falsas-memorias-na-apuracao-do-crime-de-estupro-de-vulneravel/>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Revista atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5ª ed. - Niterói, RJ: Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: Parte Geral**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista Forense, vol. 347. Rio de Janeiro, 1999.

IZQUIERDO, Ivan. **Questões sobre Memória**. São Leopoldo. Ed. Unisinos. 2004.

JACINTO, Mônica. **O valor da palavra da vítima nos crimes de abuso sexual contra crianças**, jul. 2009. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1447.html>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Penal Esquematizado: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. V. 1. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

LÓPEZ, E. M. **Manual de Psicologia Jurídica**. 2ª edição. São Paulo. Ed. Vida Livros. 2011.

MATOS, Fernanda Lima Gomes de. **Análise do concurso de crimes no art. 213 do CP (estupro): a pluralidade de condutas constitui crime único?**, 2011. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/454/3/20712328.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

MENNA, Fabio de Vasconcelos. **Elementos do Direito**. 6. ed., Editora Arx Siciliano 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

PINTAR, Marcos Alves. **STJ reúne decisões sobre uso de depoimento de vítimas de estupro como prova**, 26 jan. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-26/stj-reune-decisoes-valor-depoimentos-vitimas-estupro>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

RAMOS, Monalysa. **Estupro de vulnerável, falsas memórias e fragilidade das provas**, 22 abr. 2017. Disponível em: <<https://monalysaramos.jusbrasil.com.br/artigos/450936863/estupro-de-vulneravel-falsas-memorias-e-fragilidade-das-provas>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Geovani. **Crime de Estupro de vulnerável, 09 out. 2015**. Disponível em: <<https://geovanisantos.jusbrasil.com.br/noticias/241413858/crime-de-estupro-de-vulneravel>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

SILVA, Ortiz Coelho da. **Estupro de Vulnerável: Uma (re)análise acerca da presunção absoluta do não-consentimento aos menores de 14 anos**. Set. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/76317/estupro-de-vulneravel>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

SOARES, Daniela Bastos. **Análise Jurídica do Crime de Estupro**, 11 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/43517/analise-juridica-do-crime-de-estupro>>. Acesso em: 29 set. 2019.

STEIN, L. M. **Falsas Memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Ed. Artmed. 2010.

SUMARIVA, Paulo. **Criminologia: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

TJMG. **Depoimento especial de menores é novo paradigma para a Justiça**, 26 mar. 2019. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/depoimento-especial-de-menores-e-novo-paradigma-para-a-justica.htm#.Xsu0tVRKgdU>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, 3º volume. 29ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

TRINDADE, Paulo Andrade. **Dos crimes contra a dignidade sexual – LEI 12.015/09**. STF - Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2011.

SPERANDIO, Vittoria Bruschi. **O valor probatório da palavra da vítima nos crimes contra a dignidade sexual**, de 01 mai. 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-160/o-valor-probatorio-da-palavra-da-vitima-nos-crimes-contra-a-dignidade-sexual/>>. Acesso em: 19 mai. 2020.