

FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

STEPHAN CAROLINE DA SILVA

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: O VALOR PROBATÓRIO DA
PALAVRA DA VÍTIMA COMO PRINCIPAL PROVA PARA A CONDENAÇÃO
DO ACUSADO**

BACHARELADO

EM

DIREITO

CARATINGA – MG

2019

STEPHAN CAROLINE DA SILVA

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: O VALOR PROBATÓRIO DA
PALAVRA DA VÍTIMA COMO PRINCIPAL PROVA PARA A CONDENAÇÃO
DO ACUSADO**

Projeto de Monografia apresentado à banca examinadora do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Caratinga, como exigência na disciplina Monografia Jurídica I, requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

CARATINGA - MG

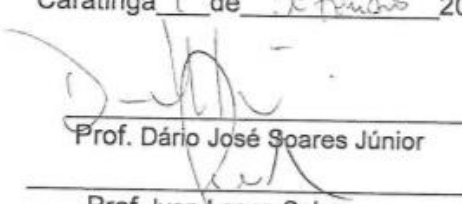
2019

TERMO DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso Estupro de vulnerável: O valor probatório da palavra da vítima como principal prova a condenação do acusado foi aprovado Stephan Caroline da Silva por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

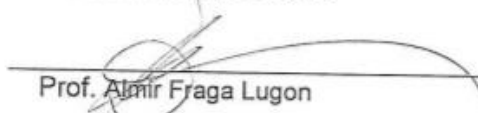
BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga 9 de Dezembro 2019



Prof. Dário José Soares Júnior

Prof. Ivan Lopes Sales



Prof. Almir Fraga Lugon

AGRADECIMENTOS

Mais um sonho se realizando em minha vida, assim, passo a dedicar esse trabalho, bem como agradecer a Deus primeiramente, por ter me dado forças e fé para acreditar no meu sonho e lutar para alcançar meus objetivos. Como está escrito no livro Josué 1:9: “Lembrem-se da minha ordem: Seja forte e corajoso, porque eu, o Senhor, o seu Deus, estarei com você em qualquer lugar para onde você for. ”

Deixo também meus sinceros agradecimentos à minha Família, especialmente a minha mãe Geralda, meus avós Custódio e Maria e, por fim, às minhas tias Lucilene, Carla, Flávia e Márcia, que me ajudaram, me incentivaram e com muito carinho, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida. À minha melhor amiga e irmã Ana Carolina (Nina Braga), que também foi fundamental para a minha formação. Só tenho a te agradecer por todo amor, carinho, cuidado que teve comigo, me ajudando nos momentos mais difíceis de minha vida, você é demais. À amiga, mãe e pastora Helen, que também sempre nos ajudou, seja direta ou indiretamente.

Por fim, à todos os meus tios, primos (as), amigos e colegas que, de alguma forma, contribuíram para à realização deste grande sonho. Aos servidores, estagiários e a Magistrada do Fórum de Raul Soares, que muito colaboraram para o meu crescimento profissional e à todos os professores, coordenadores e demais funcionários da Rede Doctum de Caratinga. Enfim, eu jamais serei capaz de retribuir todo carinho, amor e incentivo que recebi e recebo de todos vocês. Todos merecem meus eternos agradecimentos. Eu amo vocês, obrigada.

RESUMO

No que concerne a todas as legislações mundiais, é notório que sempre tiveram como principal objetivo ressaltar o que é moral ou não dentro de cada sociedade. Assim, ao buscarmos analisar a necessidade da interpretação do direito no que tange às frequentes mudanças socioculturais e adaptando-as aos princípios ético-morais, passa-se então, a um estudo dos crimes de estupro de vulnerável à luz da Código Penal Brasileiro, tendo como finalidade perscrutar o valor probatório da palavra da vítima, menor, nos casos de abuso sexual como prova principal para se alcançar uma Sentença condenatória do acusado, vez que há uma grande necessidade de tutela do Estado em benefício da criança, protegendo a sua moral, sua dignidade, e honra objetiva e subjetiva. Tipificado pelo art. 217-A do Código Penal, foi previsto como estupro, todo e qualquer ato libidinoso contra o menor de 14 (quatorze) anos. Ocorre que, de fato, em sua generalidade, tais crimes são praticados em oculto, raramente sendo testemunhados por alguém, assim, restando somente a palavra da vítima como uma das poucas e possíveis provas ao processo. Trataremos, então, de uma pesquisa qualitativa, realizada por meio de método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental, verificando alguns conceitos relacionados às provas que estão previstas em nosso Código de Processo Penal, bem como o os procedimentos para a oitiva da criança, o chamado Depoimento Especial. Anteposto, verificaremos os meios de provas existentes em nosso ordenamento jurídico, identificando qual valor que palavra da vítima possui nos casos contra sua dignidade sexual.

Palavras-chave: Proteção integral da criança e do adolescente; Abuso sexual; Depoimento Especial; Valor probatório da palavra da vítima; Embasamento da condenação.

RESUME

With regard to all world legislations, it is notorious that they have always had as their main objective to emphasize what is moral or not within each society. Thus, as we seek to analyze the need for the interpretation of the law with regard to frequent sociocultural changes and adapting them to the ethical-moral principles, we proceed to a study of rape crimes of vulnerable under the Brazilian Penal Code, having in order to scrutinize the probative value of the minor victim's word in cases of sexual abuse as the main evidence for reaching a convicting sentence of the accused, since there is a great need for state protection for the benefit of the child, protecting his morals, his dignity, and objective and subjective honor. Typified by art. 217-A of the Criminal Code, was provided as rape, any and all libidinous act against the under 14 (fourteen) years. As a matter of fact, in fact, in general, such crimes are committed in occult, rarely being witnessed by anyone, thus leaving only the victim's word as one of the few and possible proofs to the process. We will then deal with a qualitative research, conducted through deductive method and bibliographic and documentary technical procedure, verifying some concepts related to the evidence that are provided for in our Code of Criminal Procedure, as well as the procedures for the hearing of the child, the so-called Special Testimony. In view of this, we will check the evidence available in our legal system, identifying what value the victim has in cases against his sexual dignity.

Keywords: Comprehensive protection of children and adolescents; Sexual abuse; Special Testimony; Probative value of the victim's word; Basis of the condemnation.

SUMARIO

CAPITULO I – A CRIANÇA E O ADOLESCENTE E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1-Garantias Constitucionais

1.2- Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8099/90)

1.3- Diretrizes para Políticas Nacionais para Criança e Adolescente

CAPÍTULO II – TEORIA GERAL DA PROVA

2.1- Conceitos e Princípios probatórios

2.2- Critérios para valoração da prova

2.3- Busca da verdade no processo penal

2.4- Produção de Provas por Meio de Perícias, laudos e interrogatório

2.4.1- O Depoimento Especial - Violência contra a criança e os procedimentos para sua oitiva

CAPITULO III – DOS CRIMES DE ABUSO SEXUAL

3.1–Análise Histórica e Legislação Brasileira

3.1.2– Crimes contra a dignidade sexual: o estupro e o estupro de vulneráveis

3.2– Revitimização e as falsas memórias

3.3 - A (im) possibilidade de sustentação da condenação do acusado com base na palavra da vítima como principal prova do crime

CONSIDERAÇÕES FINAIS

INTRODUÇÃO

A presente monografia abordará o valor probatório da palavra da vítima, menor, como prova única para a condenação do acusado. Atualmente, muitas são as notícias de abusos sexuais que, por sua vez, tem como autores do crime as pessoas que fazem parte do âmbito familiar ou que são mais próximas à família. Tal delito pode ocorrer de formas diversas, desde um ato libidinoso até a conjunção carnal, podendo o agressor utilizar da pressão física, psicológica ou, até mesmo, oferecer recompensas para a realização do ato.

O estupro é considerado um dos crimes mais reprováveis pela sociedade, assim, acontecem habitualmente na clandestinidade, o que torna a vítima impossibilitada, no todo ou em parte, de defender. Desta forma, vê-se que as provas para a instrução processual se resumem basicamente na palavra um contra o outro.

Desta maneira, a presente monografia tem como finalidade analisar os meios de provas existentes no jurídico brasileiro, identificando qual o valor da palavra do menor que outrora fora vítima de violência sexual e a possibilidade de se chegar em uma sentença condenatória com base em seu depoimento.

No primeiro capítulo será analisada a criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro e suas garantias constitucionais. Já no segundo capítulo, abordaremos a teoria geral da prova, seus conceitos e princípios probatórios, os critérios para a valoração da prova, bem como seus meios de produção. Por fim, faremos relataremos sobre os crimes de abuso sexual, a sua análise histórica e a possibilidade de sustentação da condenação do acusado com base na palavra da vítima como principal prova do crime.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Inicialmente, é importante um completo estudo das palavras chaves para maior elucidação dos fatos ao leitor. Posto isto, passaremos à uma análise circunstanciada, senão vejamos:

Ao tratarmos das crianças e dos adolescentes no nosso ordenamento jurídico brasileiro, temos como marco histórico e definitivo, nossa CF/88 em seu art. 227 o qual preceitua:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988, art. 227)

A Lei 12.015/09 veio para encerrar com toda e qualquer discussão, colocando com critério objetivo, a idade da vítima devido suas condições de vulnerabilidade. Denominada a fase, Doutrina de Proteção Integral, veio para abolir a ideia de situação irregular em que se encontravam crianças e os adolescentes, que só eram notados quando não estavam introduzidos no âmbito familiar ou teriam atentado contra o ordenamento jurídico.

Após, para corroborar com o disposto em nossa Carta Magna, em 13 de julho de 1990, foi promulgada a Lei 8.069/90, o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), no qual veio pormenorizar todos os direitos dos menores, tendo como base principal os princípios da prioridade absoluta e o melhor interesse da criança, (consolidado em 1959, através da Declaração dos Direitos da Criança).

Pois bem, visando tal interesse, foi criado o art. 217-A do CPB, acompanhado pela revogação expressa do art. 224 do CP pela lei 12.015/09, a saber: “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.” (BRASIL, 2009, art. 217-A)

Vale ressaltar que a antiga redação do Código Penal havia somente dois delitos: o estupro, previsto no art. 213 e o atentado violento ao pudor, disposto no art. 214 do CPB, como meio de execução a violência ou a grave ameaça. Contudo, quando o crime é praticado contra menor de 14 (quatorze) anos ou por pessoa que não podia oferecer algum tipo de resistência, era presumida a violência do autor, ainda que o mesmo não a empregasse isso se dava em virtude da idade.

Assim, vários posicionamentos foram surgindo: E se existisse um relacionamento amoroso entre a vítima e o autor? E se ela fosse prostituta? E se houvesse o consentimento? A Lei, daí provem a rubrica "estupro de vulnerável". Neste sentido o STJ aprovou a Súmula 593, que dispõe:

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. (CONJUR, REVISTA DIGITAL, 2017)

Pois bem, o art. 201 do Código de Processo Penal prevê que sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. (BRASIL, 1941, art. 201)

Consolidado a partir do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente de 2006, o Sistema de Garantias de Direitos, integrado pela família, Estado e população com o objetivo de que as Leis do ECA e da Constituição Federal sejam cumpridas, no cerne às crianças e aos adolescentes, foi aperfeiçoado novas técnicas e meios de proteção aos menores, apresentando a perícia psíquica e o depoimento especial com intenção de se evitar a revitimização. Assim, foi regulamento pela PORTARIA CONJUNTA No 823/PR/2019 o depoimento sem dano:

CONSIDERANDO que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe, em seu art. 227, sobre o dever do Estado de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à dignidade e ao respeito, colocando os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão; CONSIDERANDO que o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - em seu art. 28, § 1º, assegura à criança e ao adolescente o direito de ter sua opinião devidamente considerada e de ser previamente ouvido(a) por equipe Inter profissional, respeitados seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida; CONSIDERANDO a Lei federal nº 13.431, de 4 de abril de 2017, que dispõe sobre o procedimento e a obrigatoriedade do Depoimento Especial para crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. (BRASIL, 2019, Portaria nº 823/PR)

É importante destacar que, atualmente, ainda é possível a oitiva tradicional dos menores quando necessário. Ante todo o exposto, passa-se a um breve relato. Vejamos: Por um lado, em 2017 foi criada uma “sugestão legislativa” (Sugestão nº 7 de 2017), que propõe a criação de uma lei para classificar a falsa acusação de estupro um crime hediondo e inafiançável.

Neste viés, vários cidadãos apoiaram a causa embasando-se que grande parte das acusações de estupro seriam falsas e originadas de uma alienação parental, tendo entendimentos que aduzem a necessidade de outras provas que corroborem para tal condenação, em alguns casos, utilizando como tese de defesa a “Síndrome da mulher de Potifar”.

Ocorre que tais crimes contra a dignidade sexual, em tese, são praticados sem sequer ter alguma testemunha ocular dos fatos, vestígios ou qualquer outro meio de prova, o que faz com que as provas derivem somente da palavra da vítima. Vale ressaltar que mesmo com a realização de exames periciais, a materialidade não é possível ser claramente demonstrada, isso porque a relação sexual praticada contra a vítima que não é mais virgem ou os atos libidinosos praticados em seu desfavor, não deixam vestígios que podem ser constatados através de perícias.

Destaca-se que tais fatos geram traumas que perceptíveis, e um constrangimento imensurável como a revitimização, motivo pelo qual os crimes desta natureza quase não são revelados.

Destaca-se, por fim, a seguinte decisão emanada pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS - CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 217-A, CAPUT, C/C ART. 226, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSENTIMENTO DA VÍTIMA - IRRELEVÂNCIA - PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE. Comprovadas a materialidade e a autoria delitivas, e inexistindo causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, deve ser mantida a condenação do agente que mantém conjunção carnal ou pratica outro ato libidinoso com menor de catorze anos por infração ao art. 217-A, do Código Penal. Nos crimes de cunho sexual, comumente cometido às escondidas, o depoimento da vítima, sobretudo quando coerente, como no caso, tem alto e relevante valor probatório. O consentimento de criança menor de quatorze anos, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a presunção absoluta de violência tanto nos casos da prática de conjunção carnal quanto de atos libidinosos diversos (inteligência da Súmula 593, do Superior Tribunal de Justiça). Entendimento firmado sob a égide dos recursos repetitivos no julgamento do REsp 1480881/PI. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado autoriza a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Noticiando os autos que o crime ocorreu em diversas ocasiões, durante anos, possível a exasperação da pena em fração superior à mínima legal prevista no art. 71, caput, do Código Penal. V.v.: APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL, LESÃO CORPORAL E AMEAÇA - ANÁLISE DESFAVORÁVEL DA CONDUTA SOCIAL - IMPOSSIBILIDADE - COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA - INADEQUAÇÃO. No concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes nenhuma preponderância é absoluta. Cabe ao julgador analisar cada caso concreto. Ausentes informações

incontroversas aptas a demonstrar o comportamento social desfavorável do acusado, a conduta social deve ser av aliada como circunstância judicial favorável. APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - CARÁTER RELATIVO DA VULNERABILIDADE - CONDIÇÃO DE VULNERÁVEL NÃO AFASTADA - AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO. I - A relativização da vulnerabilidade deve observar as condições reais da vítima de entender o caráter das relações sexuais e de se orientar de acordo com esse entendimento. II - A simples aceitação da vítima, sem o necessário discernimento sobre o que estava fazendo, não é suficiente para afastar a condição de vulnerabilidade da menor, diante da inexistência de consentimento válido. (TJMG - Apelação Criminal 1.0355.17.000383- 2/001, Relator(a): Des.(a) Edison Feital Leite , 1a CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 04/06/0019, publicação da súmula em 12/06/2019).

Assim, restando dúvidas, é mister tal questionamento: A palavra da vítima menor, serviria como prova principal para sustentar uma Sentença condenatória?

CAPÍTULO I – A CRIANÇA E O ADOLESCENTE E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 – Contextualização e Análise Histórica

No que tange aos direitos e garantias inerentes aos menores de idade, têm-se que no ano de 1927, houve um marco de extrema relevância para os infantes. O chamado Código de Menores de Mello Matto, apesar de não tão empenhado na proteção das crianças e adolescentes, trouxe uma nova ideia onde o Estado tinha o dever de prestar assistência àqueles menores de idade, haja vista a transparente fragilidade. Tanto que, conforme leciona Azambuja, o referido código deixou expresso que a infância e a juventude são objetos de cuidados e garantias do Estado. (AZAMBUJA, 2004, p. 47)

Já no ano de 1948, com a criação da ONU – Organização das Nações Unidas e a Aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, surgiu o reconhecimento dos direitos fundamentais inerentes à pessoa, fator que acabou por destacar ainda mais necessário proteção aos infantes.

Imperioso destacar que a Declaração visou atingir todo homem, lhe garantido bem-estar, felicidade, a valorização de sua família e comunidade, além de seus interesses ligados a ética e aos demais direitos dentro de uma sociedade. Muito embora já existissem dispositivos dando conta da fragilidade e de uma necessária maior atenção por parte dos Estado quanto a infância e a juventude, somente com o surgimento da Carta Magna é que foi concretizada a ideia de formular e, conseqüentemente promulgar, um estatuto em favor da preservação dos menores.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, criado em 1998 em obediência a disposição do art. 227, da CF/88, surgiu com o intuito determinar os direitos dos infantes dentro do meio social. Além disso, concretizou-se a garantia destes em serem vistos como pessoas em desenvolvimento, sujeitos de direitos e destinatários de proteção por parte do Estado, no geral.

Sobre o estatuto em estudo, leciona José Antônio Daltoé César:

O ECA, ao contrário da doutrina da situação irregular que colocava crianças e adolescentes como objetos do direito, colocou esses como sujeitos dos direitos estabelecidos na legislação, alterando significativamente as relações jurídicas afetas a infância e a juventude. No plano geral, dispôs sobre os direitos fundamentais da criança e do adolescente, introduzindo no campo normativo obrigações referentes

à prevenção e instituindo uma nova política de atendimento. Criou uma instância administrativa de distribuição de justiça, os Conselhos Tutelares, e disciplinou a proteção judicial dos interesses difusos e protetivos. (CÉZAR, 2007, p. 41)

Nesse ínterim, é preciso destacar que o estatuto definiu em seu artigo 2º crianças àquelas de até 12 anos incompletos e adolescente entre 12 e 18 anos de idade. No entanto, há que se ressaltar que a Convenção sobre os Direitos da Criança não faz distinção entre as idades inferiores a 18 anos, pois visa tratar todos os menores de 18 anos igualmente como crianças. Veja-se:

Essa distinção possui relevância prática tanto no que concerne às medidas socioeducativas quanto à colocação em família substituta: é que a criança infratora não pode sofrer medida socioeducativa, apenas medida de proteção (art. 101), enquanto o adolescente infrator se submete a medida socioeducativa (art. 112). Da mesma forma, para fins de adoção, o adolescente deve necessariamente ser ouvido (art. 45, § 2º). (DEZEM, 2009, p. 15)

Vale dizer, também, que o próprio artigo, em seu parágrafo único, apresenta ressalva à aplicação do Diploma àqueles com idade entre 18 e 21 anos nos casos de medida excepcional e naqueles expressos em lei.

1.2 – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8099/90)

Com a promulgação da constituição de 1988 e o seguinte Estatuto da Criança e do Adolescente, houve uma série de mudanças no cenário em que busca um melhor reconhecimento da proteção das pessoas em desenvolvimento. A efetivação de direitos inerentes a pessoa relacionadas ao crescimento infanto-juvenil passou a garantir amplitude àqueles que merecem mais atenção por parte da sociedade e também do Estado.

As disposições da lei e do estatuto trouxeram orientações importantes para a família, ensejando maior responsabilidade quanto ao crescimento e desenvolvimento dos menores, haja vista, inclusive, se tratarem do futuro da nação. Com isso, a relação de assistência e garantia fornecidas pelo Estado corrobora com o status de equilíbrio social.

Nesse ponto, há de se dar espaço para um dos princípios que regem essa relação exposta até aqui, o chamado princípio da proteção integral. Esse instituto principiológico, como próprio nome já diz, busca entrelaçar os direitos inerentes a pessoa e fazer com que eles promovam exatamente a proteção em todos os aspectos.

Destaca-se as disposições do art. 227 da Constituição Federal de 1988, *in*

verbis:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá: (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;
(Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) ^{NEGRITEI}

Como se pode ver, criou-se uma política de atendimento aos menores, dando ênfase de que eles são carecedores de direitos que possam promover educação, saúde, segurança, dentre outras mais inerentes a pessoa.

Nesse sentido, ensina Tânia da Silva Pereira:

(...) Destaque-se, especialmente, a “Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança”. Aprovada por unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua sessão de 20 de novembro de 1989, é fruto de um esforço conjunto entre vários países que, durante dez anos, buscaram definir quais os direitos humanos comuns a todas as crianças, para a formulação de normas legais, internacionalmente aplicáveis, capazes de abranger as diferentes conjunturas socioculturais existentes entre os povos. A Convenção consagra a “Doutrina da Proteção Integral”, ou seja, que os direitos inerentes a todas as crianças e adolescentes possuem características específicas devido à peculiar condição de pessoas em vias de desenvolvimento em que se encontram e que as políticas básicas voltadas para a juventude devem agir de forma integrada entre a família, a sociedade e o Estado. Recomenda que a infância deverá ser considerada prioridade imediata e absoluta, necessitando de consideração especial, devendo sua proteção sobrepor-se às medidas de ajustes econômicos, sendo universalmente salvaguardados os seus direitos fundamentais. Reafirma, também, conforme o princípio do interesse maior da criança, que é dever dos pais e responsáveis garantir às crianças proteção e cuidados especiais e na falta destes é obrigação do Estado assegurar que instituições e serviços de atendimento o façam. Reconhece a família como grupo social primário e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de seus membros, especificamente das crianças, ressaltando o direito de receber a proteção e a assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade. Houve preocupação em garantir à criança direitos primordiais, como direito ao nome, à identidade, à nacionalidade, entre muitos outros, tentando sempre preservar seus laços culturais e linguísticos (...) (PEREIRA, 1996, p. 25/26)

A função do ECA passou a se traduzir em regulamentação das disposições constitucionais a serem efetivadas, consoante ao teor do art. 27, da CF/88. O Estatuto em comento apresentou inovações em diversos artigos, dispondo acerca do direito à

vida e a saúde; direito à liberdade, ao respeito e à dignidade; direito à convivência familiar e comunitária; guarda; tutela; adoção; direito à educação, cultura, esporte e lazer, além de direito à profissionalização e à proteção no trabalho.

Em uma análise perfunctória do estatuto, nota-se a preponderância dos princípios da prioridade absoluta e da proteção integral, cujos quais reconhecem os estágios de desenvolvimento dos menores e sua preservação como fundamental.

Na sequência, é estabelecido no livro I as matérias de ordem cível, onde, inclusive, trata-se das orientações ligadas a família, tanto a natural quanto a substituta, além dos preceitos ligados ao meio familiar ao todo. Por outro lado, o livro II, já vai angariar as matérias de modo geral, só que de caráter infracional, sendo certo que crianças de adolescentes não cometem crimes, mas sim, atos infracionais análogos as disposições da legislação penal e extravagante.

O referido livro atrai, ainda, a introdução de entidades que visam a proteção dos infantes, bem como aquelas que atuam em produção de tutelar, em apoio ao desenvolvimento das crianças e adolescentes que acabam por se desviar das condutas aceitáveis pela sociedade, ou seja, agem em desacordo com as regulamentações fomentadas pela legislação.

Repisa-se que o estatuto não difere as crianças de adolescentes quando se trata de direitos e garantias, mas quanto as medidas socioeducativas existem algumas peculiaridades. A Convenção sobre os Direitos da Criança não faz distinção entre os termos, tratando todos os menores de 18 anos igualmente como crianças.

Nota-se que o estatuto promoveu intrinsecamente uma pequena discrepância quando o assunto é ato infracional, demonstrando que as crianças merecem uma atenção maior para garantir que não voltem a delinquir, porém, a medida a ser tomada deverá ter caráter educativo, de proteção integral.

De diferente modo, os adolescentes já recebem uma espécie de punição ou castigo, uma vez que já possuem discernimento para entender de forma mais clara o que é certo e o que é errado. Nesse aspecto, há uma transparente diferença entre os infantes, mas nada que os tornem menos merecedores de atenção por parte do Estado e da sociedade, o que é respaldado pela própria legislação, que busca uma ressocialização, ainda que as vezes seja punitiva em alguns casos.

Importante frisar que as medidas socioeducativas a serem aplicadas partem de advertência e podem chegar até em uma medida de segurança, a qual seria a

internação do menor em um local apropriado para acolher infantes que cometam atos infracionais, muitas vezes de caráter gravíssimo.

Já as medidas de proteção para as crianças infratoras estão elencadas no art. 101, do ECA e cabe à autoridade competente determinar qual delas melhor se aplica a cada ofensa ocorrida. Elas abrangem desde o encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade até colocação em família substituta ou acolhimento institucional.

Em que pese todas as considerações levantadas até esse ponto, o direito do infante ainda tem muito o que melhorar. Insta dizer que as normativas são muitas, mas a sua aplicação nem sempre tem sido tão favorável. Muito embora a exatidão seja impossível de ser alcançada, a junção da legislação deveria garantir resultados muito mais significativos dos já conquistados

Outrossim, a própria legislação em si traz algumas disposições passíveis de análise, como é o caso do tema proposto pelo presente trabalho, circunstância que será melhor trabalhada nos próximos capítulos.

1.3 – Diretrizes Principlológicas Inerentes a Criança e ao Adolescente

Embora existam diversos dispositivos de lei e estatutos dando conta das questões ligadas as crianças e adolescentes, as basilares principlológicas não podem ser deixadas de lado, uma vez que são elas as responsáveis por atender os anseios em conflito que eventualmente possam existir.

Nesse diapasão, surgem três princípios que merecem destaque no presente trabalho, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana, da proteção integral e da prioridade absoluta. É evidente que, a doutrina, assim como a própria legislação, atraem outros princípios importantes para o assunto, mas como já bem ressaltado, os três princípios a serem tratados nesse tópico possuem especial valor.

O princípio da dignidade da pessoa humana, apesar de não ser devidamente conceituado no ordenamento jurídico, é um dos basilares em todos os aspectos principlológicos, uma vez que é dele que se pode permitir uma interpretação mais extensiva dos demais institutos existentes em todas as searas abrangidas pela constituição.

A doutrinadora Mestre em Teoria e História do Direito pelo PPGD/UFSC, Ana

Paula Lemes de Souza, descreve bem o conceito do referido princípio. Vejamos:

A dignidade da pessoa humana se tornou, no ordenamento jurídico brasileiro, uma espécie de totem, um símbolo sagrado e indefinível, que circula duplamente entre as dimensões mágicas e práticas. Com seu poder simbólico, passou a figurar em demandas das mais diversas, trazendo sentidos cada vez mais distintos e inimagináveis para sua mensagem. Nos tribunais, esse metaprincípio passou a ser uma espécie de mestre ou xamã na grande manta principiológica ordenamentária, e tem se disseminado como uma palavra-chave, ou mantra sagrada, invocada como uma entidade jurídico-protetora dos oprimidos (ou, a depender, também dos poderosos). (SOUZA, 2015, p. 22)

Vê-se que, apesar de não existir um delineamento conceitual, este princípio é referência em diversos outros dispositivos ¹, não se limitando apenas como uma indicação de fundamentos do Estado de Direito brasileiro.

Doutro norte, urge o princípio da proteção integral como um instrumento necessário para que seja efetivado e garantido os direitos fundamentais dos infantes. Consoante a isso, Cury, Garrido & Marçura leciona:

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento. (2002, p. 21)

Nesse ínterim, vislumbra-se que o referido princípio busca nortear uma proteção dos direitos dos infantes, partindo da ideia de que eles são seres humanos como qualquer outro, mas sem total capacidade de colocar em exercício, por si só, os seus direitos, o que atrai a incidência de terceiros, devendo o Estado dar conta desse bem jurídico, ainda que seja por mero incentivo a sociedade ou principalmente, a família².

Por fim, temos o princípio da prioridade absoluta, que, conforme ilustra Wilson Donizete Liberati, deve ser entendido no sentido de que a criança e o adolescente

¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...) Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (CF/88)

² Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (CF/88)

deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; deve-se entender que, primeiro devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes (...) (LIBERATI, 1991, p. 45)

Nessa toada, é possível apontar a presença clara do princípio nos dispositivos de lei³, ensejando que deve ser dada prioridade aos infantes, ou seja, deve ser acatado suas necessidades em primeiro plano, depois as demais.

A *priori*, não basta que seja exercida tal prioridade, ou seja, antes, é necessário a efetivação dos direitos inerentes aos menores. Com a implementação de uma política pública de prioridade e atenção aos direitos, mostra-se uma legislação forte e capaz de trazer maior segurança a coletividade em geral.

Por fim, vê-se que o instituto principiológico da prioridade absoluta tem como objetivo principal a proteção integral das crianças e dos adolescentes, assegurando a primazia que facilitará a concretização dos direitos fundamentais enumerados no artigo 227, caput, da Constituição Federal, e renumerados no caput do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. (BARROS, 2014, p. 46)

³ Podemos encontra-lo no artigo 227 da CF que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. No art. 4º da Lei 8.069/90 temos que é dever da família, comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

CAPÍTULO II – TEORIA GERAL DA PROVA

2.1 – Conceitos e Princípios Probatórios

Entende-se por prova, tudo aquilo que, de certa forma corrobora para a formação do convencimento do Juiz. Neste sentido, leciona Guilherme de Souza Nucci:

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, 2018, p. 405).

Para NUCCI, há, fundamentalmente, sentidos para o termo “prova”, que são:

a) o ato de provar, ou seja, a fase probatória: Aqui, têm-se uma análise da veracidade do alegado; b) os meios: No qual refere-se aos instrumentos utilizados para demonstrar a verdade dos fatos; c) O resultado da ação de provar: Aqui, chega-se à conclusão retirada de todo material colhido, demonstrando a verdade ou não do que fora dito.

Desta maneira, entende-se que as provas produzidas no processo são para reconstituir fatos que ocorreram em data pretérita e convencer o magistrado a uma certeza extremamente necessária para proferir uma decisão inerente ao processo, ressaltando que a simples probabilidade não poderá embasar uma sentença condenatória. Nas palavras de Carrara, “a certeza está em nós, a verdade está nos fatos.” (*Programa del curso de derecho criminal dictado em la Real Universidad de Pisa*, v. 2, p. 291).

Pois bem, vejamos. Dispõe o art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988 que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988, art. 5º)

Assim, isso em respeito ao princípio *in dubio pro reo*, vê-se que o acusado é presumidamente inocente, até que se prove completamente ao contrário. Ademais, prevê o Código de Processo Penal em seu art. 155:

O Juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 1941)

Também ressalta a Constituição Federal de 1988 que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Ou seja, não há em que se falar em condenação apenas com provas produzidas durante a fase investigatória, uma vez que é garantido ao réu o princípio do contraditório e da ampla defesa, onde deverá ter a plena ciência da existência de um processo criminal em seu desfavor, bem como poderá alegar tudo o que interessar à sua defesa.

Noutro giro, celebrado através do Pacto de San José da Costa Rica, o princípio do *Nemo Tenetur Se Detegere*, incluído pelo Decreto de nº 678, em 6 de novembro de 1992, assegura ao réu direito de não produzir provas contra si, nem a declarar-se culpado. Ou seja, provas invasivas, que, eventualmente envolvem o corpo do acusado, deverá depender de sua aceitação.

Há em que se falar também que o acusado pode-se resguardar no seu direito constitucional de permanecer em silêncio, diferenciando-se da testemunha, tendo em vista que esta tem o compromisso de dizer a verdade sobre tudo que souber e lhe for perguntado, sob pena de responder por crime de falso testemunho (art. 342 do CP), salvo se sua informação resultar em uma autoincriminação.

2.2 – Critérios para Valoração da Prova

Paulo Rangel, em seu livro de Direito Processual Penal leciona que o sistema de provas é o critério utilizado pelo juiz para valorar as provas dos autos, alcançando a verdade histórica do processo. Três foram os principais sistemas adotados. (RANGEL, 2015, p. 515).

Neste enfoque, à análise do sistema de avaliação da prova adotado pelo processo penal brasileiro, quais sejam:

- Livre convicção ou íntima convicção: Este sistema foi adotado pelo CPP para aplicação nos casos submetidos ao Tribunal do Júri, apenas, já que os jurados não precisam de motivação para suas decisões e podem julgar de acordo com suas convicções, sem ter o dever de fundamentá-las em algum dispositivo da lei;
- Prova legal: Aqui, há um preestabelecimento já determinando um valor para cada prova produzida dentro de um processo. Assim, o magistrado fica adjunto ao critério estipulado pelo legislador. Neste sistema, vê-se que o Juiz

se torna limitado, tendo em vista não poder valorar as provas em consonância com as especificidades do caso concreto;

- Livre convencimento motivado ou Persuasão Racional: Por fim, temos o método misto, adotado majoritadamente pela doutrina e previsto no art. 155 do CPP, caput. Aqui, não há em que se falar em valoração prévia de provas, podendo estar livre, o magistrado, para valorizar a prova conforme seu convencimento, sendo fundamentado nos autos.

2.3 – Da Produção de Provas

Analisado os conceitos, princípios e critérios para a valoração da prova, passa-se a um breve relato baseado nas provas obtidas no Código de Processo Penal Brasileiro sobre os casos de abuso sexual contra a criança e ao adolescente, quais sejam: o exame de corpo de delito e sexológico, as provas testemunhais, o exame psíquico e o depoimento da vítima, tudo isso em razão de uma grande peculiaridade deste crime que é, via de regra, deixar poucos vestígios do ato sexual.

Por outro lado, observa-se que tal conduta, em tese, é praticada na clandestinidade, longe da presença de qualquer testemunha e em lugares que dificultam toda a produção de provas.

Indubitavelmente, para que sobrevenha uma condenação para o acusado, é incontestável que se tenha a comprovação de materialidade e autoria do delito. Todavia, para que isso aconteça, é necessário que se passe pela parte mais difícil no que tange à crimes desta natureza: a coleta de provas. Tudo isso dá-se porque, quando há a consumação do ato sexual, o crime rapidamente poderá ser apontado através do exame de corpo de delito, ou seja, a prova material.

Nessa toada, indaga-se, e se não houver a consumação? Ou seja, não há cópula, tendo o criminoso praticado apenas atos libidinosos (art. 217-A), como por exemplo: o sexo oral, introdução de objetos na vítima e o sexo anal? Mediante a todo o exposto, vê-se que restará somente a palavra de um contra o outro.

É imperioso destacar que, quanto à prova pericial que há um índice baixíssimo de evidências concretas no corpo da vítima menor sexualmente violentada, acompanha-se do seguinte problema: Como possuir lastro probatório mínimo sem a existência de evidências materiais de um crime? Dessa maneira torna-se prova pericial um desafio.

Assim, considerando ser um crime escasso de evidências, nos quais, por várias vezes, não deixam marcas na vítima e, ainda, há de se falar que na maioria das vezes a vítima e o estuprador são as únicas testemunhas do delito, serão conceituadas as formas de obtenção dos elementos probatórios elencados no art. 158 do CPP em diante; a prova testemunhal, que também poderá suprir a falta do exame (artigo 167, do CPP), o exame psíquico e o depoimento da vítima.

2.3.1 – Exame Pericial – Corpo de Delito e Exame Sexólogo

De acordo com o 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”. (BRASIL, 1941, art. 158)

Percebe-se que este meio de prova (corpo de delito), realizado ainda na fase do inquérito é indispensável. No entanto, é importante que se tenha “vestígios” para tal, mesmo quando eles desapareçam, como por exemplo um cadáver, em casos de homicídio.

Há também o exame sexólogo, feito por médico legista que examinará a vítima recolhendo todos os elementos pertinentes. Contudo, tal procedimento é baseado na existência da conjunção carnal e dos atos libidinosos desde a ruptura do hímen e resíduos de sêmen, bem como a utilização de violência durante o ato, tendo como resultado as lesões, hematomas, etc.

De outra forma, é importante ressaltar que o exame tem a finalidade de analisar as condições pretéritas da vítima (virgindade) e quando ocorreu, porém, se esta já possuir uma vida sexual ativa, ou, se contra ela for praticado ato libidinoso, sem apresentar lesões, pressupõe que o exame não produzirá seu devido efeito.

Por isso, o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

O fato de os laudos de conjunção carnal e de espermatozoides resultarem negativos não invalida a prova do estupro, dado que é irrelevante se a cópula vagínica foi completa ou não, e se houve ejaculação. Existência de outras provas. Precedentes do STF. (STF, HC 74.246-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU, 13-12-1996, p. 50165.) (CAPEZ, 2012, p. 40).

Nucci ainda ensina:

Como regra, havendo violência real e comparecendo a vítima para análise médica, obtêm-se sucesso na elaboração do exame de corpo de delito; entretanto, nos casos de grave ameaça e nas situações de vulnerabilidade, torna-se praticamente impossível a realização da

perícia. Ressalte-se ainda, casos em que ocorrem atos libidinosos diversos da conjunção carnal, como beijo lascivo forçado, imune a exames periciais. (NUCCI, 2011, p. 68).

Ciente de que possa não haver nenhum rastro e de que não se descarta a hipótese de que os casos em que após o ato sexual, por nojo, a vítima higieniza-se antes mesmo de oferecer a denúncia, o artigo 167 do Código de Processo Penal determinou que “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”.

Ocorre que, as vezes torna-se impossível que haja alguma testemunha ocular dos fatos, assim, é mister destacar seu relevantíssimo valor, uma vez que todo esse procedimento de investigação também adquire outras lógicas mais amplas, onde não se busca exatamente saber o que aconteceu, tendo vista a clandestinidade do crime, mas quem são as pessoas envolvidas, ou seja: Quem é a vítima? Ela tem costumes de criar histórias? Desde a data dos fatos até os dias atuais, houve alguma mudança em seu comportamento? Como tem sido a vida social da vítima? Noutro giro, quem é o acusado, qual seu potencial periculosidade e etc.

Assim, as testemunhas serão chamadas para colaborar nas investigações policiais com informações que dizem respeito aos envolvidos, e não exatamente ao episódio.

2.3.2 – Exame Psíquico

Com intuito de abranger as provas em casos de abuso sexual cometidos em face da criança e do adolescente, a avaliação psicológica vem ganhando um grande espaço em todo o contexto jurídico, ao qual busca solucionar o grande desafio pericial em que não há provas materiais do crime, as perícias psíquicas, com procedimentos específicos da psicologia e da psiquiatria.

Conforme afirma Granjeiro:

O estudo psicossocial realiza-se com o objetivo principal de assessorar os magistrados, fornecendo-lhes um relatório com informações que poderão lhes propiciar um entendimento mais amplo da situação na qual as pessoas e, principalmente, as crianças vítimas de abuso sexual estão envolvidas. Assim, o psicólogo ou o assistente social coloca seus conhecimentos à disposição do magistrado, assessora-o em aspectos relevantes para determinadas ações judiciais, insere nos autos a realidade psicológica dos envolvidos, a qual, sem a sua atuação, jamais chegaria ao conhecimento do julgador. Desse modo, esse estudo é a voz do Setor Psicossocial nos autos. (GRANJEIRO, 2013, p. 39)

O estudo psicossocial busca mostrar a veracidade do relato da vítima a fim de indicar se há fantasia, dificuldades estruturais ou mentiras, que possam comprometer a verossimilhança dos fatos descritos.

O autor supra citado ainda completa:

A análise do subconsciente das partes e mediante os laudos, buscar a verdade real, sob os quais deverá constatar qual argumento é real e qual evidência é tida como prova, ou seja, é confirmação que houve a existência do abuso sexual. Nesse sentido, quando só há indícios de abuso sexual, e as provas nos autos são insuficientes para confirmar a denúncia, o estudo se mostra imprescindível para o convencimento de que o fato realmente aconteceu, na medida em que o fato “informado” é a verificação dos fatos, o “atestado de verdade” de que houve violência, e o fato “formado” é a demonstração de que as informações dadas na Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente, que, posteriormente, levaram à apresentação da denúncia, são inverídicas e fantasiosas. (GRANJEIRO, 2013, p. 37)

Observa-se que a criança que foi vítima de abuso sexual, por estarem em um processo de formação, são as que mais são abaladas psicologicamente, ocasionando transtornos e consequências psicológicas que devem ser analisadas por um profissional.

Neste empasse, o exame psicológico deverá ser cuidadosamente examinado, isso devido a carência de provas, bem como pelo valor que deverá ser dado a palavra da vítima.

CAPÍTULO III – DOS CRIMES DE ABUSO SEXUAL

3.1 – Crimes contra a Dignidade Sexual: O Estupro e o Estupro de Vulneráveis

Sabe-se que com o advento da Lei 12.015/09 os crimes de estupro passaram a poder consistir com sujeito ativo de ambos os sexos, o que antes não era possível de forma comum. Atualmente, o estupro passa a ser classificado como crime comum, inexigindo qualquer qualidade do sujeito, ainda que ativo ou passivo.

Destarte, vale ressaltar que, “é irrelevante à existência do estupro o estado ou qualidade da vítima: solteira, casada, virgem ou não, honesta, devassa ou prostituta, porque, em qualquer caso, tem a mulher direito à tutela da lei, visto que a proteção se dirige ao direito de livre disposição do próprio corpo”. (TJMT – AC – Rel. Elon Carvalho – RT 700/355)

Nesse mesmo aspecto, pondera-se que “não importa seja a vítima solteira, casada ou viúva, uma vestal inatacável ou uma meretriz de baixa formação moral. Em qualquer hipótese é ela senhora de seu corpo e só se entregará livremente, como, quando, onde e a quem for de seu agrado”. (TJSP – AC – Rel. Gonçalves Sobrinho – RJTJSP 31/362 e RT 435/106)

Segundo Nucci, a consumação do estupro, quando praticado na modalidade conjunção carnal, ocorre com a introdução do pênis na vagina, ainda que parcial. Já as hipóteses envolvendo outros atos libidinosos se consumam com a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. (NUCCI, Revista dos Tribunais, 2009)

O referido autor ainda leciona que o crime de estupro admite tentativa, mas desde que fique bem caracterizada a intenção do agente de praticar o delito em questão o impedimento da consumação do crime se dê por circunstâncias alheias a sua vontade. (NUCCI, Revista dos Tribunais, 2009)

Por outro lado, quanto ao crime de estupro de vulnerável, para melhor compreensão do assunto, é imperioso elencar que a vulnerabilidade é abraçada pela ideia de uma violência presumida sempre que a vítima não fosse maior de 14 anos.

Sobre o tema, explana-se:

Veja-se que, tanto na doutrina como na jurisprudência prevalecia ser relativa tal presunção, conforme decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo : “Estupro - Violência presumida – Vítima menor de 14 anos - Presunção, em razão da idade, que não é de caráter absoluto - Vítima que concordou, conscientemente, em relacionar-se sexualmente com o réu, em duas oportunidades, induzida

pelo fato deste lhe ter dito que assumiria, bem como a transformaria em uma modelo - Ausência da inicitia consilii por parte da vítima, condição essencial para o reconhecimento da presunção de violência (artigo 224, "a", Código Penal), que é relativa - Absolvição decretada - Recurso provido". Também o Superior Tribunal de Justiça vinha decidindo que "a violência presumida prevista no núcleo do art. 224, 'a', do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que afastam a existência da violência do ato consensual quando decorrente de mera relação afetivo-sexual. No caso dos autos, não se era de esperar que, iniciado o relacionamento entre jovens impúberes, e adquirida a maioria por um deles, as relações sexuais, a partir daí, passassem a configurar a violência presumida só porque prevista a conduta na norma incriminadora. (STJ – REsp 637361 – 6ª T – Rel. Min. Og Fernandes – j. 01/06/2010 – DJ. 28/06/2010)

Reforça-se que consoante a disposição do artigo 217-A e seu §1º do Código Penal, vulneráveis são os menores de 14 anos, os enfermos ou deficientes mentais, e aqueles que, por outra causa, não puderem oferecer resistência. (BRASIL, 1941, art. 217-A)

Em resumo, cabe destacar que a jurisprudência, assim como boa parte da doutrina, entendem que tais indivíduos não possuem pleno discernimento ou maturidade sexual ou então desenvolvimento mental completo para concordarem com a prática do ato sexual.

Destaca-se sobre o discorrido as lições da doutrinadora Klelia Canabrava Aleixo, *in verbis*:

(...) embora a Lei 12.015/09 tenha substituído a questão da moralidade pela tutela da dignidade e da liberdade sexual, o legislador continuou adotando uma postura proibitiva e moralista sobre a sexualidade infanto-juvenil, partindo da consideração de que o exercício da sexualidade pelos menores de 14 anos é irregular, desviante e deve ser objeto de proibição. A autora alude aos estudos de Matta e Correia, que, partindo do cotidiano da 12ª Promotoria Criminal de Fortaleza, verificaram que parte dos inquiridos lá existentes tinha como objetivo restringir a liberdade sexual de menores por escaparem ao modelo culturalmente aceito, por envolverem homossexualidade ou diferenças atinentes à classe, raça ou religião do parceiro. E conclui a autora: "pensar a Proteção Integral afirmada no Estatuto da Criança e do Adolescente implica no reconhecimento de que crianças e adolescentes estão em condição peculiar de desenvolvimento, o que não as reduz à condição de objeto de intervenção. Assinalar a questão da responsabilidade no seio do direito à sexualidade não significa adotar uma perspectiva repressiva, calcada em juízos de natureza moral ou na sua negação, contrário sensu, implica em disponibilizar o acompanhamento e a orientação. (IBCCRIM, 2010, n. 209, p. 08-09)

Dessa forma, entende-se como estupro de vulnerável, por interpretação extensiva, aos atos sexuais intentados apenas contra aqueles que efetivamente não

possuírem o necessário discernimento para a prática sexual, ou seja, os menores de 14 anos ou deficientes mentais ou enfermos de qualquer condição.

Por fim, destaca-se uma outra peculiaridade, o parágrafo 1º do artigo 217-A, o qual assinala que é vulnerável quem, “por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”. A hipótese, anteriormente, era prevista na alínea “c” do artigo 224 do Código Penal (“presume-se a violência, se a vítima não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”).

3.2 – Revitimização e as Falsas Memórias

Em todo processo de conhecimento, o que se busca é a chamada verdade real. Disso se extrai que, com a análise dos fatos até onde for possível esclarecê-los, embarca-se em um norte para fins de sustentação de uma decisão. É nesse sentido que Eugênio Pacelli de Oliveira ensina que a prova deve ser colhida no âmbito judicial com a finalidade de reconstruir a verdade, ou seja, trazer elementos que dê maior veracidade ao fato ocorrido. (OLIVEIRA, 2011, p. 19)

Ada Pellegrini Grinover ainda conceitua da seguinte forma:

O princípio da verdade real, que foi o mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz e para a utilização dos poderes ilimitados na busca da prova, significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial: uma verdade subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do juiz e uma verdade ética, processual e constitucionalmente válida (...) e ainda agora exclusivamente para o processo penal tradicional, indica uma verdade a ser pesquisada mesmo quando os fatos forem incontroversos, com a finalidade do juiz aplicar a norma de direito material aos fatos realmente ocorridos, para poder pacificar com justiça. (GRINOVER apud STRECK, 2011, p. 225)

Destarte, para uma reconstrução fática, o processo penal necessita de que os pequenos detalhes do ocorrido sejam novamente trazidos à tona, e para isso, é imperioso que a prova testemunhal seja angariada. Essa prova testemunhal, ainda que ocular, se difere bastante da narrada pela própria vítima.

No entanto, tal depoimento deve ser visto com cautela, uma vez que a vítima está diretamente inserida na situação, o que pode desencadear interesses tanto para beneficiar o acusado (por medo), ou também prejudicar um inocente (STEFANELLO, 2010), essa ideia também é defendida por Aury Lopes (2012) ao afirmar que a “vítima está contaminada”.

[...] se no plano material está contaminada (pois faz parte do fato criminoso) e, no plano processual, não presta compromisso de dizer a verdade (também pratica o delito de falso testemunho), é natural que a palavra da vítima tenha menor valor probatório e, principalmente, menor credibilidade, por ser profundo comprometimento com o fato. (LOPES JR, 2012, p. 649).

É nessa toada que deve ser entonado que, atualmente, a palavra da vítima, embora possuir relevante valor probatório, sua versão isolada não pode ensejar uma sentença penal condenatória, pois mais vale todo acervo processual para se chegar ao veredicto. A saber disso, aponta-se que os crimes ora em estudo, via de regra, ocorrem as escondidas e sem deixar vestígios, o que intensifica como prova crucial nos autos a narrativa da vítima, ainda que menor de idade.

Frisa-se:

Nesses casos, a palavra coerente e harmônica da vítima, bem como a ausência de motivos que indicassem a existência de falsa imputação, cotejada com o restante do conjunto probatório (ainda que frágil), têm sido aceitas pelos tribunais brasileiros para legitimar uma sentença condenatória. Mas, principalmente nos crimes sexuais, o cuidado deve ser imenso. Se de um lado não se pode desprezar a palavra da vítima (até porque seria uma odiosa discriminação), por outro não pode haver precipitação por parte do julgador, pois a história judiciária desse país está eivada de imensas injustiças nesse terreno (a recordar, sempre, entre centenas de outros, o chamado “Caso Escola Base”, em São Paulo). (LOPES JR, 2012, p. 650)

Concretizadas esses entrelaçamentos, verifica-se a necessidade de uma dinâmica diferente para a apuração de crimes sexuais envolvendo não só menores de idade, mas de uma maneira geral, todas as pessoas atingidas por atos de violência sexual.

Vale pontuar que o legislador, preocupado com esses problemas, promoveu uma série de estudos, o que veio a acarretar a promulgação da Lei nº 13.431, o que efetivou e estabeleceu um sistema de garantias e direitos aos infantes, alterando, inclusive, as disposições previstas no ECA.

Foram positivados na presente legislação os procedimentos da escuta especializada e do depoimento especial. Conforme é sabido, a escuta especializada é feita por órgão da rede de proteção, que pode ser da educação, da saúde, da assistência social, da segurança pública e dos direitos humanos, tendo como finalidade acompanhar a vítima em suas demandas.

Já o chamado depoimento especial é realizado pelos órgãos investigativos de segurança pública e pelo sistema de Justiça, visando à apuração da autoria de

supostos fatos criminosos no âmbito de um processo investigatório e, conseqüentemente, da responsabilização judicial do(s) acusado(s). (ALAGOAS, 2017)

Consoante as disposições legais, a lei leva em conta todo tipo de violência em potencial a ser sofrida por jovens infantes, especificando métodos para que a produção de prova em juízo não afete o desenvolvimento do menor como pessoa e cidadão no meio social, de modo a não prejudicar seu crescimento em sociedade. É importante asseverar que a lei não prevê apenas regulamentações ou orientações a serem seguidas, mas punição de quem descumprir suas determinações, tanto que em seu art. 4º, no §4º, há sanção para quem descumpra suas vinculações aos procedimentos.

Insta ainda dizer que a lei expõe que para a tomada de depoimento do menor, será necessário local adequado e acolhedor que possam garantir ao menor privacidade em suas falas e ações, devendo ela ser isentada de qualquer tipo de contato com alguém ou algo que possa fragilizá-la ou torna difícil sua mansidão.

Nessa toada vale destacar a previsão do art. 1º da lei tratada, redacionando o seguinte, *in verbis*:

Art. 1º Esta Lei normatiza e organiza o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, cria mecanismos para prevenir e coibir a violência, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos da Criança e seus protocolos adicionais, da Resolução nº 20/2005 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e de outros diplomas internacionais, e estabelece medidas de assistência e proteção à criança e ao adolescente em situação de violência. (BRASIL, 2017)

Levando em conta essas premissas, verifica-se mais plausíveis a preponderância dos depoimentos das vítimas de estupro, principalmente daquelas vistas como vulneráveis, tendo em vista que existe todo um sistema legal para que a produção de provas não se encaminhe para circunstâncias infundadas.

Ainda que o sistema seja enxergado como longe de seu pleno estado de perfeição, não se pode ignorar a narrativa de um menor vítima de estupro, sendo certo que, embora sua imaturidade sexual, a criança consegue distinguir atos e ações perpetradas consigo e perto de si, ainda mais quando impulsionadas por uma sistema preenchidos por profissionais treinados e capacitados para interagir e extrair naturalmente informações importantes ao processo.

Mesmo que as posições contrárias intensifiquem a luta contra esses argumentos, já possível notar resultados significativos, como aponta o relatório do CNJ após uma pesquisa realizada pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, a qual Demonstrou a efetiva aplicação da Recomendação nº 33/2010 do CNJ e da Lei nº 13.471/2017.⁴

3.2.1 – Entendimentos pelo Relevante Valor das Palavras da Vítima

Nos julgados que serão expostos a seguir, é notável a valoração das palavras da vítima, bem como o alto grau de dificuldade de colher provas firmes que garantam um juízo de certeza. Nesse sentido, vejamos os seguintes julgados emanados pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE SUFICIENTEMENTE COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA. CREDIBILIDADE. RECONHECIMENTO DO CONCURSO MATERIAL EM DETRIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. DESCABIMENTO. REDUÇÃO OU EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. RECURSOS DESPROVIDOS. - Comprovadas a autoria e a materialidade do delito de estupro de vulnerável, pelo depoimento da vítima em ambas as fases da persecução penal, corroborado por outros elementos de prova, descabido o pedido de absolvição. - **Em infrações praticadas contra a dignidade sexual, há que se dar crédito ao depoimento da própria vítima, ainda que menor, já que em delitos deste jaez, cometidos quase sempre às ocultas, mostra-se difícil a obtenção de prova sobre a autoria delitiva.** - Tendo em vista que foram dois os episódios de abuso sexual, ocorridos em contextos fáticos semelhantes, sendo a abordagem posterior desdobramento da primeira investida contra a vítima, há que se manter a continuidade delitiva, nos termos do art. 71 do CP, não se verificando a hipótese de concurso material. - Mantém-se a pena-base se, embora analisadas de maneira equivocada algumas das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, esta se mostra razoável. - Recursos improvidos. (TJMG - Apelação Criminal 1.0035.17.015074- 8/001, Relator(a): Des.(a) Doorgal Borges de Andrada , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 16/10/2019, publicação da súmula em 23/10/2019) ^{NEGRITEI}

EMENTA: PENAL - RECURSO DE APELAÇÃO - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - PALAVRAS DA VÍTIMA EM COERÊNCIA COM AS DEMAIS PROVAS ENCARTADAS AOS AUTOS - PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO COMPROVADA - CONDENAÇÃO MANTIDA. - **O testemunho de vítimas de crimes contra a dignidade sexual deve ocupar posição**

⁴ A Oitiva de Crianças no Poder Judiciário Brasileiro Com foco na implementação da Recomendação nº 33/2010 do CNJ e da Lei nº 13.431/2017 (Relatório Analítico Propositivo - Justiça Pesquisa) Realização: Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ/CNJ) • UNIFOR - Universidade de Fortaleza. Disponível em

[https://www.cnj.jus.br/wp-](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/efd93a2e429d1b77e6b35d5628ee9802.pdf)

[content/uploads/2011/02/efd93a2e429d1b77e6b35d5628ee9802.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/efd93a2e429d1b77e6b35d5628ee9802.pdf). Acesso em 09 nov. 2019.

de destaque no acervo probatório, já que é peculiaridade inerente ao tipo que o ilícito ocorra na ausência de espectadores, o que justifica a necessidade de dar maior relevância à narrativa do fato delituoso por parte da vítima. - Mesmo que não ocorra conjunção carnal, resta configurado o delito tipificado no artigo 217-A, do Código Penal, quando demonstrada a efetiva prática de ato libidinoso para com a vítima menor de quatorze anos, não havendo que se falar, nessa hipótese, em absolvição por insuficiência probatória. (TJMG - Apelação Criminal 1.0058.11.002628-1/001, Relator(a): Des.(a) Sálvio Chaves , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 10/04/2019, publicação da súmula em 23/04/2019)

Nesse mesmo sentido julgou a 5ª Câmara do Superior Tribunal de Justiça:

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, pugnano 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. (Acordão 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) ^{NEGRITEI}

E mais, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

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 infantojuvenis, 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 que 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.

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)

3.3 – A (Im)possibilidade de Sustentação da Condenação do Acusado com Base na Palavra da Vítima como Principal Prova do Crime

Chegado ao ponto para a tomada do cunho decisório, cabe ao magistrado analisar as provas produzidas no feito, usando de seu livre convencimento motivado, conforme previsto no art. 155 do CPP, para fazer 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, p. 86).

Pelos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, 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. (NUCCI, 2013)

De um modo geral, 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).

Percebe-se a importância de uma produção de provas coerentes, devendo o processo se ater de pequenas partes a serem juntadas para se alcançar um juízo de certeza por parte do julgador. A condenação, bem como a absolvição, serão reflexos de uma série de ações e junções, além de circunstâncias, favoráveis ou não ao processo, atraindo uma necessidade razoabilidade quanto as peculiaridades da vítima, testemunhas, documentos (periciais) e, inclusive, do próprio réu.

Infere-se dizer que uma única prova insolada acaba por ser inoperante quando a procedência da exordial acusatória, mas indícios quanto a personalidade e vida social dos agentes, assim como sua vida pregressa em geral podem acarretar novos elementos capazes de trazerem aos autos instrumentos para a comprovação da verdade real.

Há que se ponderar que a dita personalidade dos agentes diz muitos sobre eles, uma vez que determinada pessoa com vida pregressa voltada para o crime tende a possuir muitos mais chances de reiterar suas condutas, ainda mais quando se trata de reincidente específico. Do mesmo modo, vítimas enfatizadas e bem conhecidas como parciais quanto as suas falas, bem como aos seus interesses pessoais, podem ensejar uma ideia diferente do que se busca com o processo penal.

Vale destacar que cada caso abraça sua peculiaridade, devendo o devido processo legal ser usado da forma pertinente para se chegar a uma real e concreta certeza quanto aos fatos em apuração.

Portando, havendo plena concordância entre os elementos constantes dos autos, tanto testemunhais/circunstâncias como documentais, a condenação é medida de rigor. Caso contrário, persistindo a dúvida e/ou incongruências impossíveis de serem solucionadas, cabe ao aplicador das leis reconhecer o instituto do *in dubio pro reo* e absolver o acusado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Contextualizado todo o arcabouço de estudos ora apresentados, foi possível verificar inicialmente a historicidade dos direitos e garantias dos menores, desde o prelúdio do chamado Código de Menores de Mello Matto. Pontuou-se, inclusive, a criação da ONU – Organização das Nações Unidas e a Aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, surgiu o reconhecimento dos direitos fundamentais inerentes à pessoa, fator que acabou por destacar ainda mais necessário proteção aos infantes.

Destacou-se também a promulgação da constituição de 1988, a qual determinou em uma de suas disposições, a criação de legislação específica para tratar das peculiaridades dos infantes, haja vista sua fragilidade frente aos problemas sociais.

Na sequência, foi dado ênfase os princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção integral e da prioridade absoluta. Princípios os quais demonstraram-se basilares, uma vez ser deles que se extrai uma interpretação mais extensiva dos demais institutos existentes em todas as searas abrangidas pela constituição.

Consoante a isso, logo enfatizou-se os sentidos para o termo “prova”, que são:

a) o ato de provar, ou seja, a fase probatória: Aqui, têm-se uma análise da veracidade do alegado; b) os meios: No qual refere-se aos instrumentos utilizados para demonstrar a verdade dos fatos; c) O resultado da ação de provar: Aqui, chega-se à conclusão retirada de todo material colhido, demonstrando a verdade ou não do que fora dito. (NUCCI, 2018, p. 405)

Nessa mesma toada, frisou-se os principais sistemas adotados pela legislação brasileira para se alcançar as provas ligadas ao processo em análise, a saber, a livre convicção ou íntima convicção, a prova legal e o majoritário livre convencimento motivado ou persuasão racional.

Quanto isso, foi evidenciado, ainda, os tipos de exames confeccionados para auxiliar na busca da verdade real, todos realizados por peritos competentes para se alcançar o mais próximo possível das circunstâncias fáticas.

Por fim, já no terceiro capítulo da presente monografia, os estudos foram focados nos crimes de estupro e estupro de vulnerável, sendo traçado seus conceitos, como são consumados e possibilidade da tentativa dos delitos em questão.

Nesse aspecto foram traçadas as consequências da reprodução ou produção das provas, bem como o que isso pode acarretar as vítimas de crimes sexuais, principalmente quanto a vítimas crianças ou adolescentes. Relacionou-se, inclusive, as falsas memórias e ideia de revitimização em função da apuração dos fatos.

Ainda, colecionou-se julgados e posicionamentos doutrinários que caracterizam o depoimento das vítimas como crucial para a resolução do processo, visto como fator de extrema importância quando ligado aos demais elementos presentes no processo. Viu-se ainda, a preocupação com delitos desse jaez, haja vista que são quase sempre cometidos às escuras e longe de testemunhas.

Nesse norte, é possível concluir que a presente pesquisa dá ênfase a produção de provas na forma legal, principalmente no que tange as disposições da Lei n° 13.431/17 cumulado com as orientações do ECA.

Vale dizer que a fragilidade dos infantes não pode ser usada como arma contrária a produção de provas, mas sua aferição de maneira correta, tende a capacitar o judiciário, assim como todos os órgãos ligados em si, para se chegar a uma conclusão verídica sobre crimes sexuais cometidos contra menores.

Insta preconizar também que crianças e adolescentes, seres reconhecidos como em desenvolvimento, são capazes de trazer à tona a verdade real, no entanto, é preciso que seja atendido algumas peculiaridades.

Portanto, repisa-se 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, sendo certo que tal circunstância deve ser coerente com o contexto fático e demais elementos colhidos no processo, ou seja, 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 BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da Criança e do Adolescente**. 2. Ed. Rev., amp. E atual. Bahia: Editora JusPodivm, 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto por Anne Joyce Angher. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2009. 1175 p. (Coleção de Leis Rideel).
- BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – **Código Penal**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 03 de janeiro de 1941.
- BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 24 de outubro de 1941.
- BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 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, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 13.431, de 4 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, DF, 5 abr. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm>. Acesso em 07 set. 2019.
- CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito Penal**, São Paulo – SP, Ed. Saraiva, 2007.
- CEZAR, J. A. D. **Depoimento Sem Dano/Depoimento Especial – treze anos de uma prática judicial**. In: POTTER, L.; HOFFMEISTER, M. V. (Org.). Depoimento Especial de crianças e adolescentes: quando a multidisciplinaridade aproxima os olhares. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. cap. 1.
- CEZAR, J. A. D. **Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais**. 2006. 103 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) - Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.
- DELMANTO, Celso [et. al.]. **Código Penal Comentado**, 7ª edição, 2007, Editora Renovar, Rio de Janeiro.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- TJMT – AC – Rel. Elon Carvalho – **RT 700/355**.
- TJSP – AC – Rel. Gonçalves Sobrinho – **RJTJSP 31/362 e RT 435/106**.

Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 209, p. 08- 09, abr., 2010.

OLIVEIRA, E. P. **Curso de processo penal.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2011.