

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR – UCSAL
FACULDADE DE DIREITO**

GUILHERME CARNEIRO DE OLIVEIRA

**O DILEMA DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NOS DELITOS DE ESTUPRO: uma
análise das garantias fundamentais do acusado e da vítima no processo penal**

**SALVADOR
2021**

GUILHERME CARNEIRO DE OLIVEIRA

**O DILEMA DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NOS DELITOS DE ESTUPRO:
uma análise das garantias fundamentais do acusado e da vítima no processo penal**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel em Direito,
pela Universidade Católica do Salvador.
Orientador(a): Prof. Marcos Luiz Alves de Melo.

**SALVADOR
2021**

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à vida por ainda me oportunizar estar aqui construindo os sentidos que têm a função de dar completude à minha existência constituída de temporalidade breve. Ainda respiro e posso ver os céus. Ainda posso conhecer mais do mundo e de mim. Ainda posso bailar e buscar ser cada vez mais feliz. Ainda sou. Ainda posso sonhar. Ainda posso ouvir Samba-canção, Gil, Caetano, Belchior, Moraes Moreira, Bethânia, Elis...E ainda posso ler “Há metafísica bastante em não pensar em nada”, de Alberto Caeiro.

Agradeço à minha mãe, Glória, que primeiro me gestou em seu coração amoroso e me concedeu ter asas para voar e me realizar livremente. Se eu pudesse, te daria o mundo, te levaria para viajar pelo Universo e, ao contemplar a infinitude dele, expressar que a minha maior sorte foi ter te encontrado. Sem o seu amor, eu nada seria.

Agradeço a meu irmão Maurício Carneiro de Oliveira, *in memoriam*, de quem tenho muita saudade e a quem considero como um pai. Confesso que ainda não consigo olhar os seus retratos ou escrever sobre você sem que meus olhos se encham d'água. O seu amor por mim alterou o rumo de minha vida, obrigado por ter me aceitado tal como sou. Em certo grau, sinto que sua partida fez castrar os sonhos que eu tinha com relação a nós dois, a começar por concluir o curso de Direito. Era um sonho não apenas meu, mas seu também. Não obstante, a morte jamais poderá suplantar tudo o que construímos. Obrigado por ter sonhado comigo, Mau.

Agradeço a todos os membros de minha família que vibram comigo por esta singela conquista.

Estendo minha gratidão a Zade e a Larissa, que tanto me acolheram e acreditaram que seria possível alcançar novos patamares. A ressignificação de nossa convivência fez brotar sentimentos genuínos e inolvidáveis.

Agradeço a todos os meus amigos com os quais escolhi dividir parcela de minha vida aqui na Terra, bem como a meus colegas de Universidade. Em especial: a Ravel Lima, Yasmim Francine, Andreza Moreira, Mizia Duarte Silva, Gabriel Maltez, Rayssa Bittencourt, Táclida França e Hosana Freitas.

Agradeço especialmente a meu orientador, o querido professor Marcos Melo, por ter acreditado em mim e no potencial do presente trabalho. Querido Mestre, sinto-me imensamente privilegiado por ter sido seu aluno. Sua inteligência, sabedoria e sensibilidade constituem uma tríade mui inspiradora e inesquecível. Quando eu crescer, quero ser como senhor.

Estendo os meus agradecimentos aos professores Tangre Paranhos Leite de Oliveira (*in memoriam*) e Ana Cláudia Gusmão Cunha, que tanto contribuíram na construção de minha pessoa e formação.

Ademais, externo os meus agradecimentos às Defensoras Públicas do Estado da Bahia Fabiana Almeida Miranda e Eva dos Santos Rodrigues, bem como à equipe do Núcleo POP Rua, pelos 02 anos de aprendizado, profundas reflexões e boa convivência. A experiência foi uma verdadeira aula para a vida inteira.

Agradeço, por fim, a todos os meus professores que tive durante a vida, especialmente o corpo docente do Colégio Estadual Abelardo Moreira, na cidade de Mairi-BA. Foram eles, no âmbito da escola pública, esta já tão castigada, que semearam a minha paixão pelo conhecimento.

O DILEMA DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NOS DELITOS DE ESTUPRO: uma análise das garantias fundamentais do acusado e da vítima no processo penal

Guilherme Carneiro de Oliveira¹

Marcos Luiz Alves de Melo²

RESUMO: Esta pesquisa propõe uma análise sobre o dilema existente na instrução probatória relativa aos crimes de estupro e estupro de vulnerável à luz das garantias fundamentais do acusado e da vítima. O problema tem como fundamento a necessidade de conjugar o amparo ao ofendido, sob pena da ocorrência dos fenômenos de revitimização, e a proteção do réu em face de uma pretensão acusatória que, no mais das vezes, se fundamenta unicamente no depoimento da vítima. A complexidade probatória destes casos deu germe ao objetivo principal deste trabalho, que é saber se o sistema de garantias e os princípios que dele são derivativos devem ceder lugar e sofrer mitigação ante à palavra da vítima enquanto meio de prova, por meio da admissibilidade do chamado rebaixamento de *standard* probatório. Como metodologia, utilizou-se da revisão bibliográfica e análise jurisprudencial. Os resultados finais demonstraram que a instrumentalidade garantista é uma importante baliza para guiar a instrução probatória dos crimes já referidos, de modo que o seu sentido pode ser aprofundado e aprimorado com a adoção de perspectivas epistemológicas que levem em consideração a vítima, sem significar, porém, o abandono da formação de um *standard* probatório minimamente robusto e apto a superar quaisquer dúvidas razoáveis em torno da não-culpabilidade do acusado.

Palavras-chave: *Standard* probatório. Estupro. Prova. Garantias fundamentais. Presunção de inocência.

ABSTRACT: This research proposes an analysis of the dilemma existing in the evidential instruction related to the crimes of rape and rape of vulnerability in the light of the fundamental guarantees of the accused and the victim. The problem is based on the need to conjugate the support to the victim, under penalty of the occurrence of revictimization phenomena, and the protection of the accused in face of an accusation that, most of the times, is based solely on the victim's testimony. The complexity of the evidence in these cases gave rise to the main objective of this work, which is to know if the system of guarantees and the principles derived from it should give way and suffer mitigation before the word of the victim as a means of evidence, by means of the admissibility of the so-called lowering of the evidential standard. As methodology, a bibliographical review and jurisprudential analysis were used. The final results demonstrated that the instrumentality of the guarantees is an important beacon to guide the evidential instruction of the aforementioned crimes, in such a way that its meaning can be deepened and improved with the adoption of epistemological perspectives that take the victim into

¹ Estudante de Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSal). Email: guilherme.oliveira@ucsal.edu.br

² Orientador. Professor de Direito da UCSal. Email: marcos.melo@pro.ucsal.br

consideration, without, however, meaning the abandonment of the formation of an evidential standard that is minimally robust and capable of overcoming any reasonable doubt regarding the non-culpability of the accused.

Keywords: Evidential standard. Rape. Proof. Fundamental guarantees. Presumption of innocence.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES

INICIAIS.....	7
2. OS DELITOS DE ESTUPRO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	9
2.1. Estupro.....	10
2.2. Estupro de vulnerável.....	12
3. A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA.....	16
3.1 Sistemas de apreciação da prova no processo penal brasileiro.....	18
3.2 Garantias fundamentais do acusado na instrução probatória	23
3.3 Meios de prova em espécie	28
4. A PROTEÇÃO DA VÍTIMA COMO <i>ITER</i> PROCESSUAL INAFASTÁVEL.....	39
4.1. A histórica experiência das mulheres frente ao Poder Punitivo	42
4.2. O ser “mulher” no processo penal.....	43
4.3. O Garantismo sob as lentes da epistemologia feminista.....	45
5. ASPECTOS CARACTERÍSTICOS DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA RELATIVA AOS DELITOS DE ESTUPRO.....	48
5.1. Standards probatórios.....	49
5.2. Rebaixamento de standard probatório.....	51
5.3. Palavra da vítima, auto-circularidade referencial da prova e falsas memórias.....	52
5.4. A (nova) prova pericial nos crimes sexuais.....	55
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
REFERÊNCIAS	60
RELATÓRIO ANTI-PLÁGIO	63

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Produto indesejável e subjacente à história da humanidade os crimes de natureza sexual, em especial os estupros – aqui em análise – são um acontecimento social que, em cadeia, provocam consequências sensíveis aos atores envolvidos e ao próprio tecido social.

Não raro se tem notícias do cometimento do delito de Estupro *lato sensu*, verificando-se que, segundo o 14º Anuário Brasileiro de Segurança Pública entre os anos de 2019 e 2020 foram registradas 58.488 ocorrências desse crime, sendo a maior parcela das vítimas as pessoas do sexo feminino³.

Nesse sentir, é possível notar que a sociedade mobiliza-se em torno de discursos que fazem conjugar, de um lado, punitivismo extremado destinado ao suposto agressor, mercedor de nenhuma garantia fundamental; e, de outro, a desproteção quase integral da vítima, de quem exige-se, na atividade inquisitória de puritanismo moral, o máximo atendimento a parâmetros abstratos de conduta, fora dos quais a sua postura se tornaria passível de fundamentar e legitimar o próprio delito sofrido, dando ensejo ao fenômeno da revitimização.

De outro vértice, no plano jurídico a Constituição Federal elege o ser humano como o valor fundante, condicionante e finalístico do Estado, razão pela qual devem as instituições lançar mão de ações e políticas no sentido de dotar de efetividade o postulado da dignidade humana. Em razão disso é que a busca por justiça, no âmbito da persecução penal, deve ter por pressuposta a noção de que os sujeitos envolvidos, cada qual e na devida proporcionalidade, são carecedores de direitos.

Ademais disso, com a instituição do regime democrático o processo penal doravante é regido pelo chamado sistema acusatório, de feição garantista, hipótese em que a pretensão punitiva do Estado só se impõe quando lastreada na demonstração da autoria e materialidade do delito fundada em um *standard* probatório que transcende a dúvida razoável, por força da estrutura constitucional que consagra princípios e garantias fundamentais de inafastável aplicação.

3 O 14º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, realizado entre 2019 e 2020, demonstra redução do registro das ocorrências motivadas por Estupro e Estupro de Vulnerável quando comparados com o 13º Anuário (66 mil vítimas). A rigor, em 2019 os números totais (somadas as duas espécies de Estupro) informam que dos 33.019 casos registrados 28.538 são vítimas do sexo feminino. Em 2020, por sua vez, o número de vítimas do sexo feminino é de 22.201 em um universo total de 25.469 casos. Todos os dados refletem apenas o 1º semestre de cada ano.

Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>

Ocorre, todavia, que nos delitos sexuais, especificamente no estupro *lato sensu*, a instrução probatória se mostra tortuosa sob diversos aspectos, posto que o delito ocorre quase sempre em circunstâncias onde, em que pese a palavra da vítima seja o principal fundamento de sua existência, determinados meios de prova figuram-se como insuficientes ao desiderato probatório de cujo ônus integral cabe à acusação.

Diante disso estabelece-se a problemática por meio da qual haveria de se conjugar o amparo e proteção devidos ao ofendido – repita-se, em sua grande maioria mulheres- para que este não seja revitimado no *iter* processual, bem como se possa perquirir e demonstrar cabalmente, a partir de um *standard* probatório além da dúvida razoável, o preenchimento de todos os elementos indispensáveis ao cometimento do delito sexual em tela, sem o que não se poderá proceder à condenação do réu.

Levando-se em conta a complexidade do tema, o presente trabalho tem por objetivo investigar se o sistema de garantias e os princípios que dele são derivativos devem ceder lugar e sofrer mitigação ante ao depoimento pessoal da vítima, bem como pesquisar quais meios probatórios não careceriam de acentuada subjetividade, a qual será referenciada em tópico concernente à epistemologia feminista. Para tanto, subdivide-se em 04 (quatro) momentos.

Em uma análise introdutória, averigua-se a disciplina conferida aos delitos de estupro no ordenamento jurídico brasileiro, os quais serão tratados distintamente nesse capítulo, mas referidos genericamente ao longo da tessitura do trabalho por meio da designação “Estupro *lato sensu*”, somente identificando o tipo legal específico quando estritamente necessário.

No segundo momento o sistema processual penal brasileiro e a instrumentalidade garantista serão examinados com o escopo de tomar conhecimento a respeito da instrução probatória vigente e possível no Brasil. Serão vistos o conceito de prova, a maneira como se aprecia, valora e admite-se determinados signos informativos com a outorga da qualidade de prova, bem como os princípios que regem a atividade probatória, e, por último, os meios de prova em espécie amparados pela norma brasileira.

Posteriormente a análise será vertida para a figura da vítima do crime de estupro *lato sensu*. Esse será o *loci* onde se demonstrará que, no Brasil, as mulheres são as mais violentadas por esse crime, e isso ocorre mesmo após a consumação do delito com o chamado fenômeno da revitimização. Por tudo isso, evoca-se à experiência histórica das mulheres frente ao poder punitivo, bem como a epistemologia feminista como categorias de investigação científica cujo fito é aprofundar a discussão sobre o próprio sistema de garantias.

Finalmente, mas não menos importante, o quarto momento versará sobre aspectos imanentes à instrução probatória relativa aos delitos sexuais, tendo por enfoque tanto o

“Estupro” quanto o “Estupro de Vulnerável”. Emerge a problemática a respeito do (des)valor da palavra da vítima e sua acentuada subjetividade em face de *standards* probatórios estruturados modernamente. Em razão disso, busca-se saber se é possível conjugar o sistema de garantias com a epistemologia feminista, a qual propõe, dentre outras, a ressignificação da prova pericial.

2. OS DELITOS DE ESTUPRO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Não é produto da contemporaneidade a inquietação do ser humano atinente às condutas desviantes que permeiam e perturbam a ordem social onde se insere, tais como o fenômeno criminológico. Especialmente no que se refere ao crime de estupro, *latu sensu*, a ojeriza social se manifesta de maneira ainda mais incisiva:

Os povos antigos já puniam com grande severidade os crimes sexuais, principalmente os violentos, dentre os quais se destacava o de estupro. Após a *Lex Julia de adulteris* (18 d.C.), no antigo direito romano, procurou-se distinguir *adulterius* e *stuprum*, significando o primeiro a união sexual com mulher casada, e o segundo, a união sexual ilícita com viúva. Em sentido estrito, no entanto, considerava-se *estupro* toda união sexual ilícita com mulher não casada. Contudo, a *conjunção carnal violenta*, que ora se denomina estupro, estava para os romanos no conceito amplo do *crimen vis*, com pena de morte.

Durante a Idade Média foi seguida a mesma tradição romana, aplicando-se ao estupro violento a pena capital. As conhecidas Ordenações Filipinas também puniam com pena de morte ‘todo homem, de qualquer estado e condição que seja, que forçadamente dormir com qualquer mulher’. Somente na legislação brasileira houve uma atenuação na punição dessa infração penal. (BITENCOURT, 2012, p.54)

Nos tempos hodiernos não é muito diferente. Em verdade, é comum vislumbrar em noticiários brasileiros os chamados “linchamentos”, que consistem em tortura física e que até mesmo culminam na morte do suspeito de praticar o crime.

Ademais, mesmo entre os sujeitos que cometeram delitos diversos deste em comento a punição também se manifesta de maneira contundente. Em estabelecimentos prisionais, *verbi gratia*, os acusados e/ou condenados por estupro são submetidos a torturas físicas e psicológicas, além da própria violação sexual, que encontra em diversos objetos, para além do falo masculino, a instrumentalidade que conduz a prática.

O ordenamento jurídico brasileiro, não sendo indiferente a esse fato social, disciplina diferentes formas do estupro. Em primeiro momento, no art. 213, do Código Penal, regula-se o crime de *nomem iuris* Estupro. Este delito fica situado no Capítulo I (Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual), do Título V (Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual), e pode se consumar nas modalidades simples ou qualificada. De outro vértice, ainda no Título V do Código Penal,

a outra espécie normativa do estupro está disciplinada no Capítulo II (Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável), e atende pelo nome jurídico de Estupro de Vulnerável, previsto no art. 217-A.

Referidos delitos têm por nota característica, em geral, sua ocorrência em espaços ermos, chamados clandestinos, posto que fora do campo de apreensão sensorial por outros indivíduos. Além disso, nem sempre deixam vestígios materiais ou, quando deixam, são expulsos pela atividade mecânica empreendida pela vítima para limpar-se de eventuais produtos do crime, o que impossibilita a realização posterior do exame de corpo de delito.

A seguir tratar-se-á das duas espécies normativas supramencionadas, particularizando-se cada qual em suas devidas especificidades.

2.1. Estupro

Situado no Capítulo I – Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual – do Título VI (Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual), do Código Penal, o crime de Estupro inaugura o rol dos chamados crimes sexuais. É considerado, pela Lei n. 8.072/90, como crime hediondo.

Em momento anterior à reforma penal instituída por meio da Lei n. 12.015/2009 o crime de estupro dizia respeito apenas à conduta do agente que, mediante grave ameaça ou violência, constringia a mulher à conjunção carnal. O advento da lei acima mencionada modificou o tipo legal do crime *sub examine*, provocando sensível e substancial alteração, pois tornou uno o que antes eram dois delitos autônomos, a saber o estupro e o atentado violento ao pudor.

Isso significa dizer que, atualmente, o tipo legal incriminador que atende pelo *nomem iuris* de “Estupro” é fruto da unificação do que antes eram dois delitos autônomos. Com a nova disciplina, a redação legal tornou-se mais abrangente, possibilitando tutelar não somente a liberdade sexual das mulheres, mas a de qualquer pessoa, como regra geral. Em razão disso é que CUNHA (2017) classifica o delito como *bicomum*, pois qualquer pessoa pode praticá-lo ou sofrer as suas consequências.

Esse fenômeno é possível porque o intento do legislador que promoveu reforma penal – vide a topografia do delito – foi o de conferir tutela à liberdade sexual dos sujeitos, sendo este, e não outro, o bem jurídico protegido pela norma.

O bem jurídico protegido, a partir da redação determinada pela Lei n. 12.015/2009, é a liberdade sexual da mulher e do homem, ou seja, a faculdade que ambos têm de escolher livremente seus parceiros sexuais, podendo recusar inclusive o próprio cônjuge, se assim o desejarem. Na realidade, também os crimes sexuais, especialmente naqueles praticados sem o consentimento da vítima, o bem jurídico protegido continua sendo a liberdade individual, na sua expressão mais elementar: a

intimidade e a privacidade, que são aspectos da liberdade individual; estas últimas assumem dimensão superior quando se trata da liberdade sexual, atingindo sua plenitude quando se cuida da inviolabilidade carnal, que deve ser respeitada inclusive pelo próprio cônjuge, que, a nosso juízo, também pode ser sujeito ativo do crime de estupro. (BITENCOURT, 2019, p. 1.613)

Ademais disso, conquanto o sentido formal legalista indique proteção indistinta à liberdade sexual tanto da mulher quanto do homem, no plano da realidade material e imediata a liberdade sexual feminina é permeada por muitos processos de anulação, o que torna forçosa a exposição de um breve aparte:

Liberdade sexual da mulher significa o reconhecimento do direito de dispor livremente de suas necessidades sexuais ou voluptuárias, ou seja, a faculdade de comportar-se, no plano sexual, segundo as suas aspirações carnaís, sexuais, lascivas e eróticas, governada somente por sua vontade consciente, tanto sobre a relação em si como relativamente à escolha de parceiros. Esse realce é importante porque para o homem parece que sempre foi reconhecido esse direito [...] (BITENCOURT, 2019, p. 1.613)

Enfim, superadas essas noções introdutórias, importante verificar como dispõe, *in litteris*, o art. 213, do Código Penal, que consagra a modalidade simples do Estupro:

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, Art. 213)

Nesse sentido, a conduta incriminada é o fato de alguém constranger, obrigar, forçar, compelir a outrem, mediante o uso de grave ameaça ou violência, a praticar ou permitir que se pratique tanto a conjunção carnal, também chamada cópula vagínica, ou quaisquer outros atos libidinosos distintos. Assim, é condição *sine qua non* que o meio de execução do crime em questão se sirva do uso da violência ou da grave ameaça.

A doutrina jurídica é pacífica: a violência é um evento material, que ocorre com o emprego efetivo de força física suficientemente apta a anular as reações da vítima; a grave ameaça, por sua vez, se dá por meio da chamada violência moral ou *vis compulsiva*, a qual tem o expediente intimidatório, onde a promessa de um mal grave e sério tem força suficiente para impor medo paralisante na vítima tal que possibilite a consumação do delito.

Isto posto, infere-se que o delito em estudo se perfaz sempre e obrigatoriamente eivado por dolo, inadmitindo-se que seja executado de maneira culposa, ou seja, mediante violação a dever objetivo de cuidado, imprudência, imperícia ou negligência. A presença do dolo, que é a vontade consciente de praticar o fato – este descrito na norma – é indispensável, sob pena de atipicidade formal da conduta por ausência de elemento subjetivo.

É exatamente aqui onde reside a questão que suscita maiores problemáticas. De igual maneira que se exige o dissenso da vítima, exige-se igualmente a demonstração do elemento

subjetivo – dolo – na conduta do agente. Ocorre, todavia, que, como dito em alhures, o presente delito se consuma, em geral, às escondidas, na clandestinidade, onde somente a vítima e o seu algoz é que têm a ciência exata do que está sendo realizado, e mesmo quando restam vestígios materiais do fato eles são elementos que informam apenas um aspecto e não toda a complexidade do que efetivamente aconteceu. Em capítulo próprio serão vistas essas questões mais a fundo.

Não obstante a esse aspecto peculiar, não se pode deixar de mencionar que o crime de estupro tipificado ao teor do art. 213, *caput*, do Código Penal, comporta qualificadoras, as quais estão devidamente situadas nos seus parágrafos 1º e 2º, que, respectivamente, majoram a sanção quando da conduta resulta em lesão corporal grave ou se a vítima é menor de 18 ou maior de 14 anos, bem como se da conduta perpetrada resulta-se a morte.

2.2. Estupro de vulnerável

No concernente ao crime de Estupro de Vulnerável a disciplina conferida pelo Código Penal é bastante distinta. A própria topografia do delito indica que o tratamento dispensado pela norma incriminadora não se assemelha ao crime visto anteriormente, guardando similitude apenas no que se refere às qualificadoras.

Diferentemente do Estupro tipificado ao teor do art. 213, do Código Penal, que está situado no Capítulo I do Título VI – cujo bem jurídico tutelado é a liberdade sexual – o delito de *nomem iuris* “Estupro de Vulnerável” inaugura o Capítulo II, este dedicado aos crimes sexuais praticados contra pessoas vulneráveis e tem particularidades oriundas exatamente da condição de vulnerabilidade dos sujeitos passivos do crime, isto é, as vítimas.

Na realidade, na hipótese de crime sexual contra vulnerável, não se pode falar em liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há a plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza sua vulnerabilidade. (BITENCOURT, 2012, p. 114)

Nesse sentido, o *caput* do art. 217-A, do Código Penal, estabelece que “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos” é crime. O parágrafo 1º dispõe que incorrerá na mesma pena quem praticar a conduta típica com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o discernimento necessário para realizar o ato sexual, ou que, por quaisquer outras causas, não possa oferecer resistência.

Também considerado hediondo o presente delito dispensa os meios de execução típicos da figura delituosa do art. 213, quais sejam a violência e a grave ameaça. Basta, portanto, que seja levada a cabo a conduta de praticar a conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com as

peças a quem o legislador considerou vulneráveis. O escopo primordial dessa qualificação está relacionado à proteção da indenidade ou intangibilidade sexual daquelas pessoas, posto que não teriam “suficiente capacidade de discernimento para consentir de forma válida no que se refere à prática de qualquer ato sexual” (PRADO, 2019, p. 1.463).

Seguindo esse itinerário não se pode deixar passar por despercebida a questão do consentimento da vítima. Nesta figura delituosa, para fins de configuração e adequação típica, o manifesto consentimento ou dissenso do ofendido é absolutamente irrelevante. Ou seja, haverá crime ainda que a vítima deseje ou autorize que com ela sejam feitos os atos sexuais.

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. (STJ, 2017, Súmula n. 593)

Diante disso, verifica-se ser imprescindível que o agente delituoso conheça a condição de vulnerabilidade do ofendido, sob pena de atipicidade da conduta. Ou seja, deve saber que “se trata de menor de quatorze anos ou de alguém que, em razão de sua deficiência mental, não tem o necessário entendimento para a prática do ato” (BITENCOURT, 2019, p. 1.700). Isso porque o tipo penal exige, como elemento subjetivo, o dolo, este traduzido na vontade e consciência de praticar os elementos do previstos na norma incriminadora, a saber aqui a prática da conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com qualquer das pessoas consideradas vulneráveis sabendo dessa condição.

Esse panorama revela, então, que se o dolo não se aperfeiçoa não há que se falar em adequação típica e, de conseguinte, tampouco em conduta criminosa. Ante a ausência do dolo fala-se, portanto, em erro de tipo. O chamado erro de tipo, previsto no art. 20, *caput*, do Código Penal, é um instituto jurídico que exclui o dolo mas permite a punição se para o crime respectivo for prevista em lei a modalidade culposa.

Haverá, portanto, erro de tipo sempre que o agente carecer do conhecimento dos elementos do tipo ou tiver um conhecimento falso ou inexato desses conhecimentos. (QUEIROZ, 2016, p. 267)

O erro de tipo manifestado pode ser essencial, recaindo sobre “elementares, circunstâncias ou quaisquer dados que se agregam a determinada figura típica” (CUNHA, 2016, p. 211), hipótese em que exclui o dolo; ou pode ser accidental, quando não afasta o dolo, como bem propugna NUCCI:

Essencial é o erro que incide sobre os elementos constitutivos do tipo, vale dizer, apto a gerar o afastamento do dolo por falta de abrangência. Por outro lado, o erro é accidental quando incide sobre qualidades dos elementos constitutivos do tipo, mas que não tem o condão de afastar o dolo, pois o bem jurídico protegido continua em exposição.

Se o erro for essencial, tanto o dolo quanto a culpa só serão excluídos se se demonstrar que ele era inevitável, escusável, invencível, plenamente justificado pelas circunstâncias concretas do caso. Ao contrário, se o erro for injustificável, inescusável ou vencível, sendo perfeitamente possível conhecer do perigo apenas o dolo será excluído, punindo-se o agente pela culpa, quando prevista em lei.

Inobstante, torna-se imprescindível ressaltar que o erro é, em última análise, a discrepância entre a consciência do agente delituoso e a realidade, posto que há sempre uma falsa representação do que é real. Também é válido recordar que o dolo não diz respeito a um estado mental do sujeito, mas a uma imputação que se faz a este título, de modo que a aplicação do instituto do erro de tipo deve estar sempre condicionada a essa característica, observando-se as circunstâncias estritas de cada caso concreto:

Parece certo também que o dolo e culpa não são, a rigor, estados mentais do sujeito, mas uma imputação a esse título (a título de dolo ou culpa), a partir da valoração dos elementos de prova, aí incluída a própria versão do imputado.

Dizer que dolo não é um estado mental do sujeito, mas uma imputação a esse título, significa, mais concretamente, o seguinte: a) que compete a um terceiro (notadamente o juiz), e não ao imputado, decidir se este agiu ou não dolosamente, razão pela qual a imputação a esse título não fica na dependência da interpretação que o próprio sujeito faz de seu ato; b) que se trata, essencialmente, de uma valoração a partir da prova produzida nos respectivos autos; c) que esse juízo de valor poderá eventualmente contrariar a própria versão do imputado, por mais verossímil, sobretudo nos crimes contra a honra (calúnia etc.); d) que para a apuração do dolo é essencial a consideração do contexto em que os fatos se passaram; e) que o dolo não preexiste à interpretação mas é dela resultado (não é previamente dado, mas construído), motivo pelo qual juízes e tribunais não raro divergem sobre o assunto, ora afirmando, ora negando a existência de dolo;[...] (QUEIROZ, 2016, págs. 246 e 247)

No crime aqui em comento a discussão em torno da incidência da teoria do erro de tipo é de fragorosa relevância, haja vista a possibilidade do reconhecimento da atipicidade da conduta do agente justamente em função de um amorfismo do elemento subjetivo exigido. Como não há sustentáculo material e legal para a forma culposa do estupro de vulnerável o efeito provocado não é outro senão o provimento judicial absolutório que declara a conduta do sujeito delituoso como um expediente indiferente ao direito penal, quando demonstrada a configuração, a partir de circunstâncias do caso concreto, do erro essencial de tipo.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. SÚMULA n. 7 DO STJ. AFASTAMENTO. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. ERRO DE TIPO. RELATIVIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 593 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A conclusão esposada no acórdão atacado deixa claro e bem delimitado todo o contexto fático em que o delito foi perpetrado, de modo que não há que se falar na necessidade de reexame do arcabouço fático-probatório acostado aos autos. 2. Por força do recente julgamento do Resp Repetitivo n. 1.480.881/PI, de minha relatoria, a Terceira Seção desta Corte Superior sedimentou a jurisprudência, então já dominante, pela presunção absoluta da violência em casos da

prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos. Súmula n. 593 do STJ. 3. Na espécie, a ofendida, à época com 12 anos de idade, foi submetida à prática de conjunção carnal. O réu, naquele tempo, contava 22 anos de idade. 4. O erro quanto ao elemento objetivo do tipo deve ser inescusável e que, aceitar, com largueza, a incidência dessa excludente de tipicidade nos delitos de natureza sexual pode, com muita facilidade e conveniência, definir a responsabilidade penal do ato a partir da avaliação subjetiva do agente sobre o corpo da vítima. 5. Agravo regimental não provido (STJ, 2019, AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.756.188 – SP (2018/0186275-6)).

Ante o exposto, nota-se a complexidade que permeia a presente figura típica, razão por que a persecução penal promovida pelo Estado deve ser balizada por parâmetros que conferem garantias destinadas tanto ao acusado quanto à vítima, igualmente merecedores da tutela estatal, guardadas as devidas proporcionalidades, o que será objeto de análise nos capítulos a seguir.

3. A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA

Como referenciado anteriormente o advento da Constituição da República Federativa de 1988, que consagrou a Democracia como regime de governo, implicou na adoção do sistema processual penal acusatório. É inafastável da ontologia desse sistema a cristalina separação e delimitação das funções exercidas pelo Estado quando da persecução penal. Não pode haver opacidade. Por isso mesmo pontificou GOLDSCHMIDT (1935, *apud* LOPES JR.) que seria a estrutura processual penal de um país o adequado termômetro dos signos autoritários ou democráticos de sua Constituição.

Destarte, hodiernamente é possível falar em Estado-acusador, o titular da pretensão acusatória (*ius ut procedatur*), e em Estado-juiz, este detentor do direito de punir (*jus puniendi*), figuras absolutamente distintas que não mais podem figurar em uma relação de amálgama, como em outrora, no chamado sistema inquisitório. Nesse sistema ultrapassado a gestão da prova pertence ao próprio julgador (o juiz que é ator e não espectador), que atuará sempre para confirmar a sua versão imaginária e paranoica dos fatos.

De toda sorte, a pretensão punitiva do Estado deve se realizar de maneira consentânea aos limites formais, procedimentais e materiais estabelecidos. A aplicação da lei penal, portanto, submete-se a formalidades, dentre as quais o próprio processo penal:

[...]essa pretensão punitiva não pode ser voluntariamente resolvida sem um processo, não podendo nem o Estado impor a sanção penal, nem o infrator sujeitar-se à pena. Em outras palavras, essa pretensão já nasce insatisfeita. Afinal, o Direito Penal não é um direito de coação direta. Apesar de o Estado ser o titular do direito de punir, não se admite a imposição imediata da sanção sem que haja um processo regular, assegurando-se, assim, a aplicação da lei penal ao caso concreto, consoante as formalidades prescritas em lei, e sempre por meio de órgãos jurisdicionais (*nulla poena sine iudicio*). (LIMA, 2020, p. 39)

A cristalização desse entendimento só foi possível porque a estrutura do Estado de Direito foi desenhada, nos tempos modernos, exatamente com o escopo primordial de garantir o máximo atendimento de preceitos valorativos, os quais exercem função interpretativa e conformadora da própria norma emanada abstratamente pelo poder legiferante.

Consagra-se, então, o chamado Sistema de Garantias ou Garantismo Penal. Esse sistema prescreve que tanto as garantias penais quanto as processuais guardam indissociável nexos em estrutura e função:

Entre os dois conjuntos de garantias existem nexos tanto estruturais como funcionais. As garantias penais, ao subordinar a pena aos pressupostos substanciais dos crimes – a lesão, a conduta e a culpabilidade –, são tanto efetivas quanto mais estes forem objeto de um juízo, em que sejam assegurados ao máximo a imparcialidade, a verdade e o

controle. É por isso que as garantias processuais, e em geral as normas que disciplinam a jurisdição são ditas também “instrumentais” no que tange às garantias e às normas penais, estas chamadas, por sua vez, “substanciais”. A correlação funcional é além disso biunívoca, uma vez que as garantias penais podem, por seu turno, ser consideradas necessárias para garantir juízos não arbitrários: na sua ausência, de fato, juízos e penas seriam desvinculados de limites legalmente preestabelecidos e resultariam não menos potestativos do que se estivessem em ausência de garantias processuais. Em síntese, tanto as garantias penais como as processuais valem não apenas por si mesmas, mas, também, como garantia recíproca de efetividade. (FERRAJOLI, 2002, p. 432)

Tendo isso em mente, o processo penal contemporâneo deve ser encarado como um ritual, um instrumento que lida invariavelmente com o passado, pois que, em última análise, como fato social o crime também o é fato histórico e, tal qual, carece de reconstrução histórica e aproximativa:

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. (LOPES JR, 2020, p. 556)

De conseguinte, a função do processo penal não somente diz respeito à retrospectiva dos fatos, mas também de certificar as nuances que permeiam o modo de ser do próprio fato supostamente criminoso. “Supostamente” porque é no âmbito processual que o fato, até então histórico, será caracterizado, ou não, como sendo delituoso:

A função do processo penal é a de pôr a descoberto a inocência ou a culpa do acusado. Isso implica a certificação ou não do acontecimento de um determinado fato, ou seja, se uma pessoa foi ou não assassinada, se uma mulher foi ou não violentada, se um documento foi falsificado ou é autêntico, se uma joia foi ou não subtraída. (CARNELUTTI, 2010, p. 65)

Nesse sentido, os meios pelos quais serão possíveis realizar essa reconstrução histórica e aproximativa do fato são exatamente as provas. Consoante preleciona LOPES JR., (2020, p. 557) “as provas são signos do fato que se quer conhecer”. De origem etimológica em latim *probo* ou *probus* a palavra “prova” denota a ideia de verificação, de exame, confirmação etc.

Sob a égide jurídica a concepção de prova está relacionada com o meio instrumental utilizado pelas partes para confirmar a ocorrência dos fatos alegados. É a “verificação do *thema probandum* e tem como principal finalidade (ou objetivo) o convencimento do juiz (RANGEL, 2019, p. 740). Desempenham, segundo LOPES JR (2020), uma função ritual porquanto a sua inserção no processo ter por desiderato o desempenho de um papel de destaque no rito judiciário.

A principal finalidade da prova, reitera-se, reside em sua função persuasiva, de sorte que será a partir dela que o julgador formará o seu convencimento. Esse expediente se realiza por

meio da captura psíquica que os signos informativos promovem, razão por que o juiz realizará uma seleção e eleição das narrativas aventadas:

É inafastável que o juiz “elege” versões (entre elementos fáticos apresentados) e até o significado (justo) da norma. Esse *eleger* também se expressa na valoração da prova (crença) e na própria axiologia, incluindo a carga ideológica, que faz da norma (penal ou processual penal) aplicável ao caso. (LOPES JR., 2020, p. 559)

Sem embargo, a prova também cumpre uma outra função, esta pertinente às relações meta-jurídicas que legitimam o próprio poder de punir conferido ao Estado. Não se pode perder de vista efeito emocional que representa a existência do poder punitivo, sua estrutura e administração, de cuja credibilidade pode oscilar positiva ou negativamente:

[...]Além da função persuasiva em relação ao julgador, as provas servem para “fazer crer” que o processo penal determina a “verdade” dos fatos, porque é útil que os cidadãos assim o pensem, ainda que na realidade isso não suceda, e quiçá precisamente, porque na realidade essa tal verdade não pode ser obtida, é que precisamos reforçar essa crença. (LOPES JR., 2020, p. 559)

Em que pese a manifestação desse fenômeno com o qual o caráter teleológico da prova firma diálogos, no âmbito do processo penal ela assume essa qualidade – de prova -, reitere-se, apenas quando devidamente submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa. Isso porque os elementos de informação reunidos, principalmente aqueles para os quais se atribui predicação de “evidentes”, necessitam da filtragem que somente o olhar do contraditório pode promover:

O evidente precisa do ‘olhar’ do processo penal, como instrumento de correção do caráter alucinatório da evidência. Portanto, é incrível como evidente cega, impede a discussão, seda os sentidos e mata o contraditório. O evidente é inimigo do contraditório [...] (LOPES JR., 2020, p. 702)

Ante o exposto torna-se evidente que toda essa complexidade concernente à prova e a sua função demandam do julgador uma postura estritamente consentânea aos moldes do que o ordenamento jurídico delimita. Essa é a razão pela qual se impõe o estudo dos sistemas de apreciação e valoração da prova sob a égide da legislação processual penal brasileira.

3.1. Sistemas de apreciação da prova no processo penal brasileiro

A dinâmica conceitual acerca da prova, anteriormente mencionada, revela que, diante dos fatos narrados, o juiz é sempre um ignorante, pois desconhece os meandros que orbitam em torno da existência deles, a maneira como ocorreram e a própria causa motriz. Não por outro motivo que se diz que a atividade do juiz é sempre recognitiva: se não conhece, passará a fazê-lo por meio das provas, em retrospecto ao passado.

Sendo assim, é de importância basilar que se evoque a lição de PASSOS (2000) segundo a qual todo o conhecimento humano é um saber dele e tem como móvel um saber sobre o próprio homem. Desse modo, conferir sentidos, imprimir significações e vincular propósitos ao conhecimento que se cria são itinerários pelos quais o ser-humano indubitavelmente haverá de percorrer.

Diferente não seria no âmbito do Direito, cuja onticidade se resvala em um constructo humano onde a atividade interpretativa está vinculada, em último plano, a valores socio-econômico-culturais. É precisamente em virtude disso que se torna imperiosa a verificação dos sistemas de apreciação das provas no domínio do processo penal, pois se deve saber quais são, por exato, os critérios que possibilitam ao magistrado -humano que é -, estabelecer juízos de valor e interpretar com maior ou menor espaço de liberdade os elementos de informação levados a seu conhecimento.

Para discutir a questão de fundo a doutrina costuma destacar 03 (três) sistemas de apreciação e valoração da prova: (a) Sistema da íntima convicção; (b) Sistema da prova tarifada; e (c) Sistema da livre persuasão racional do juiz.

O primeiro sistema, denominado “Sistema da íntima ou livre convicção do magistrado” ou “Sistema da certeza moral do juiz”, expressa a absoluta liberdade de que goza o magistrado para realizar a tarefa de valorar as provas. Sob esse prisma é possível dizer que o juiz não é obrigado a fundamentar o seu convencimento, independentemente da razão em que esteja inspirado. Dogmas religiosos, postulados (i)morais e/ou mesmo motivações eminentemente sentimentalistas devotadas às partes do processo etc., figuram, portanto, como elementos irrestritamente legitimados no processo de captura psíquica do magistrado.

Precisamente por isso é que, *verbi gratia*, é lícita a decisão judicial em absoluta desconformidade com as provas levadas aos autos. Sendo desnecessária a exposição fundamentada do convencimento, basta apenas que o magistrado pronuncie “não tenho prova, mas apenas convicção” para que a legalidade do *quantum* decidido goze de validade jurídica:

Nesse sistema, o legislador impõe ao magistrado toda a responsabilidade pela avaliação das provas, dando a ele liberdade para decidir de acordo, única e exclusivamente, com a sua consciência. O magistrado não está obrigado a fundamentar sua decisão, pois pode valer-se da experiência pessoal que tem, bem como das provas que estão ou não nos autos do processo. O juiz decide de acordo com sua convicção íntima. O fundamento da sentença é a certeza moral do juiz. O principal argumento da decisão é a convicção do magistrado. É o seu sentimento íntimo, com base em qualquer prova ou experiência pessoal, expressos ou não no processo, não importando se há ou não provas nos autos. (RANGEL, 2019, p. 814)

Como regra geral não é essa a ordenação adotada pelo processo penal brasileiro. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 93, inc. IX, reza que “todos os julgamentos dos órgãos

do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”. Infe-re-se, portanto, que a íntima ou livre convicção do magistrado não goza de predileção emanada pelo poder constituinte originário. Nada obstante a este comando constitucional a doutrina pontua que o Sistema da certeza moral do juiz foi excepcionalmente albergado no ordenamento pátrio quando se trata das decisões proferidas no âmbito do Tribunal do Júri.

Importa lembrar que o Tribunal do Júri é composto por 01 Juiz de Direito, que preside o rito, e 25, dentre os quais apenas 07 comporão o chamado Conselho de Sentença, vide art. 477 do CPP. O legislador ordinário estabeleceu que os jurados não estão obrigados a fundamentar seu voto (art. 486 do CPP), o qual será depositado em urna em absoluto sigilo imposto por força da Constituição Federal vigente (art. 5º, inc. XXXVIII).

Assim, nenhum dos jurados está obrigado a fundamentar a sua decisão, podendo até mesmo decidir contrariamente às provas colacionadas nos autos. Na hipótese de decisão manifestamente contrária às provas dos autos será cabível a interposição do recurso de apelação, nos termos do art. 593, inc. III, “d”, do CPP.

Em que pese a disciplina legal conferida, há doutrinadores que asseveram a incompatibilidade desse sistema de íntima convicção do júri com a Constituição vigente, haja vista ser o Tribunal do Júri um órgão integrante do Poder Judiciário e, como tal, deveria também fundamentar as suas decisões. Para tanto, seria necessária a consagração de nova disciplina legal para promover a harmonia entre o sigilo das votações do júri e a fundamentação de suas decisões:

A decisão que emana desse órgão do Poder Judiciário deve ser fundamentada. A sociedade tem o direito de saber as razões pelas quais um de seus membros foi absolvido ou condenado. O réu tem o direito de saber as razões da sua condenação. Trata-se de um imperativo constitucional que fulmina de nulidade o ato que emanar do Judiciário sem fundamentação. (RANGEL, 2019, págs. 815-816)

De outra banda, o “Sistema da prova tarifada”, também chamado “Sistema da prova legal” ou “Sistema da certeza moral do legislador” é mais restrito que o anteriormente mencionado. Sob a égide dessa estrutura caberá ao magistrado apenas fazer a apreciação do conjunto probatório e atribuir valor em conformidade ao que foi estabelecido pela lei, sem margens para decidir arbitrariamente.

A rigor, quando se fala em certeza moral do legislador é porque é ele quem fixa, em abstrato, o valor que determinados meios de prova têm. Além disso, pode o legislador também selecionar a maneira pela qual se deve provar o acontecimento de determinados fatos, impondo absoluta subsunção do fato à norma. O valor prefixado na norma deve ser rigorosamente

observado pelo magistrado, ainda que o caso concreto revele a ineficácia e inutilidade do meio de prova eleito como o mais valoroso pelo legislador.

Não pode o juiz dizer que determinado meio de prova vale de mais ou de menos, ou ainda declarar que em certo caso não se pode utilizar tal ou qual meio de prova em que pese ter sido eleito pelo legislador. A passagem do sistema da íntima convicção do magistrado para o sistema da prova tarifada revela que o arbítrio apenas se transferiu de mãos: se antes o magistrado era o todo poderoso, agora é a vez do legislador, que tem sempre desconfiança do juiz. É daqui que surge a noção de que a confissão é a rainha das provas:

O legislador, por exemplo, no sistema das provas legais, estabelecia que a prova obtida através da confissão do acusado era a rainha das provas e, portanto, não adiantavam três testemunhas dizerem, de forma categórica, que o acusado não estava presente no local do fato. A confissão valia mais que a prova testemunhal. O juiz, nas provas legais, era um matemático, pois apenas verificava qual o peso deste ou daquele meio de prova, ou como a Lei mandava provar este ou aquele fato. Seguiu, friamente, o que a Lei n o mandava para aferir os fatos, objetos de prova. (RANGEL, 2019, p. 818)

Atualmente se diz que a ordenação processual penal brasileira não adota o referido sistema, possuindo tão somente resquícios dele. Dentre eles, importa citar a disciplina legal conferida ao exame de corpo de delito. Da leitura do art. 158 c/c o art. 564, inc. III, “b”, verifica-se a exigência da lei, sob pena de nulidade, que se proceda à realização do exame de corpo de delito nas infrações penais que deixarem vestígios.

Nesse sentir, nem mesmo a confissão será capaz de substituir a feitura do exame de corpo de delito. Portanto, como regra, havendo vestígios, há sempre exame de corpo de delito sob pena de nulidade. Excepcionalmente e apenas quando os vestígios desaparecerem é que a prova testemunhal poderá substituir o referido exame, nos termos do art. 167, do CPP.

De toda sorte, torna-se evidente que esse sistema acabava por coactar o magistrado, impedindo-o de decidir contra o que estava manifestamente errado ou que seria absolutamente ineficaz. Ocorre que o volver da história oportunizou a conscientização do legislador, tornando patente a necessidade de conjugar tanto a íntima convicção do magistrado quanto a própria certeza legal, o que fez engendrar o sistema adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, chamado de “Sistema do livre convencimento motivado”.

O chamado “Sistema da persuasão racional ou livre apreciação judicial da prova” é o que está em vigência na ordenação processual penal brasileira. Aqui, o magistrado possui ampla liberdade para valorar as provas coligidas nos autos, as quais gozam, no plano legal e abstrato, do mesmo valor. Nessa senda, não há mais provas com valor absoluto, gozando de hierarquia frente a outras. Ocorre, porém, que o juiz está obrigado a fundamentar a sua decisão, ou seja, expor as razões pelas quais decidiu de determinada maneira:

Por tal sistema, o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente. Um único testemunho, por exemplo, poderá ser levado em consideração pelo juiz, ainda que em sentido contrário a dois ou mais testemunhos, desde que em consonância com outras provas. A liberdade quanto ao convencimento não dispensa, porém, a sua fundamentação, ou a sua explicitação. É dizer: embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas. (PACELLI, 2020, p. 431)

Com efeito, devolve-se ao juiz a discricionariedade para a atividade de valoração das provas. A regra de obtemperação e prevenção contra o arbítrio do magistrado prescreve que ele deverá se debruçar apenas no que está colacionado aos autos do processo (*id quod non est in actis non est in mundus* – o que não está nos autos não existe), desde que o que ali esteja seja admitido em lei, não podendo ser ilícito ou ilegítimo.

Não mais se admite que a convicção do magistrado se inspire em razões apartadas do que ficou demonstrado nos autos. Deve, em verdade, valorar as provas de maneira lógica e racional, possibilitando o confronto delas por meio do contraditório, diferentemente de como ocorria no Sistema da íntima convicção do magistrado.

Nessa linha de buscar conter os abusos do livre convencimento e, principalmente, para garantir o princípio do contraditório enquanto elementos formador da prova judicial é que a nova redação do *caput* do art. 155 do CPP acaba por limitar a valoração judicial, no que diz respeito aos elementos do inquérito policial: “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”. (BADARÓ, 2015, p. 416)

Dessarte, está consagrada a regra de que o convencimento do magistrado deve ser formado a partir da prova colhida em contraditório judicial, e sua decisão deve ser fundamentada. Como aduz LIMA (2020), não se pode conferir validade aos saberes privados do juiz, mas apenas aos que são de conhecimento público e que constam do processo. Apesar disso a doutrina, embora não uníssona, destaca a infelicidade da expressão “*exclusivamente*” constante do art. 155 do CPP, que promove a errônea sensação de que os elementos informativos colhidos na investigação, desde que em cotejo com as provas produzidas sob o crivo do contraditório e ampla defesa, figuram como legítimos para formar o convencimento do magistrado:

O art. 155 ressalta que o juiz não poderá fundamentar sua decisão, exclusivamente, nos elementos informativos colhidos na investigação. Pode acontecer de o intérprete açodado entender que a palavra *exclusivamente* significa dizer que o juiz pode sopesar as provas do inquérito desde que em cotejo com as demais provas do processo. Nada mais equivocado. A palavra *exclusivamente* significa dizer que o juiz não deve levar em consideração, em sua sentença, as informações contidas no inquérito policial, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Não servem nem para

cotejá-las com as do processo. Prova de inquérito é para que o MP possa dar o *pontapé inicial*, oferecendo denúncia. (RANGEL, 2019, p. 823)

De todo modo, é importante salientar que a atividade valorativa do magistrado, quando cotejada com a estrutura processual penal desenhada hodiernamente no ordenamento pátrio, deve se harmonizar aos princípios e garantias fundamentais consagrados desde o advento da Constituição Cidadã, razão por que se torna imperioso o exame de referidas normas axiomáticas.

3.2. Garantias fundamentais do acusado na instrução probatória

Com a inversão da tradicional relação entre o Estado e o indivíduo (Estado soberano x súdito) e o advento do fenômeno do constitucionalismo moderno, o ser-humano passa a ser visto de uma maneira diferenciada⁴. O carecimento dos indivíduos por limitações face ao poder estatal fez emergir, após determinadas circunstâncias, o chamado Estado de Direito:

O Estado domesticado pelo direito é um Estado juridicamente vinculado em nome da *autonomia individual* ou, se se preferir, em nome da autodeterminação da pessoa. É a autonomia individual que explica alguns dos postulados nucleares do Estado de direito de inspiração germânica. Desde logo, o Estado de direito, para o ser verdadeiramente, tem de assumir-se como um *Estado liberal de direito*. Contra a ideia de um Estado de polícia que tudo regula a ponto de assumir como tarefa própria a felicidade dos súditos, o Estado de direito perfila-se como um Estado de limites, restringindo a sua acção à defesa da ordem e segurança públicas. (CANOTILHO, 1999, p. 09)

Nesse ínterim, como bem observou Niklas Luhman (*apud* SILVA FILHO, 2013, p. 57), as transmutações de sentido dos institutos jurídicos constituem traços sinalizadores das mudanças que ocorrem na estrutura da sociedade. Com relação ao *jus puniendi* estatal não foi diferente, uma vez que as exigências pela imposição de limites a essa manifestação de poder engendraram o que hoje já está juridicamente sedimentado: não existe modo legítimo de realização do direito penal senão por meio do processo (*nulla poena et nulla culpa sine iudicio*).

Modernamente o processo não é apenas um instrumento onde se averigua a necessidade ou não da imposição de uma pena, mas está ligado a uma função de exercer um papel limitador do próprio poder punitivo. Ele é o *iter* inafastável para dotar de legitimidade a imposição de uma sanção estatal:

4 BOBBIO assevera que “a afirmação do direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade, segundo a qual, para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos”. (A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 08)

[...]O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal). (LOPES JR., 2020, págs. 45-46)

De igual maneira, a virada de compreensão referente ao fenômeno do comportamento criminoso provocou sensíveis mudanças ligadas à reprimenda penal. Se antes o crime era visto como uma realidade imanente e atávica de determinados sujeitos (paradigma etiológico da criminologia), atualmente se compreende que o crime é um constructo estruturado para fins de etiquetar certos comportamentos, estes considerados socialmente desviantes (teoria do *labeling approach*):

Nestes termos, o crime não é uma realidade ontológica pré-constituída, alheia a intersubjetividade humana. Ele é o resultado da construção de um discurso mediante processos de interação que etiquetam comportamentos e os elegem como desviantes. (MENDES, 2012, págs. 56-57)

Em virtude de todo esse contexto de profundas transformações é que se pode falar atualmente em sistema de garantias. Com essa nova formatação o Estado encontra limites formais, procedimentais e materiais, bem como institui e alberga direitos e garantias destinadas a qualquer pessoa que figure na condição de acusada em um processo penal. Nesse panorama, preceitos axiomáticos como o da ampla defesa, contraditório, garantia da jurisdição, dignidade da pessoa humana, presunção de inocência etc., ganham robustez.

De modo igual acontece na esfera da instrução probatória, haja vista que todos os elementos de informação devem ser produzidos e reunidos em estrita observância às normas constitucionais e a moderna principiologia da prova. Dentre elas importa mencionar: a) a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*; b) o contraditório; e c) o amplo direito de defesa e o *nemo tenetur se detegere*;

Com relação ao princípio da presunção de inocência a natureza de seu comando toma por imprescindível que a produção e reunião das provas estejam aptas a superar a dúvida razoável em torno da não-culpabilidade do acusado. É entendido pela doutrina como o princípio reitor do processo penal contemporâneo, tendo encontrado albergue na Constituição de 1988.

No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia). (LOPES JR, 2020, p. 137)

Sob o ponto de vista do processo penal a forma é garantia, e como garantia tem-se que a presunção de inocência deve ser o primeiro centro de gravidade ineludível do qual o magistrado não pode se afastar em todo o *iter* processual, especialmente no momento de formação de seu convencimento, haja vista que referida norma-princípio possui uma complexidade que torna multidimensional a sua eficácia. Consoante LOPES JR. (2020), o princípio da presunção de inocência tem eficácia situada em três esferas:

1) como norma de tratamento, exigindo-se que o imputado seja tratado como inocente tanto interna quanto externamente ao processo, devendo o juiz ter a preocupação não só de tratar o réu como inocente, mas protegê-lo de eventuais e abusivas publicidades. A rigor, o juiz tem esse dever de preocupação com o acusado, cumprindo a tarefa de lembrar que o processo penal, por si só, já é por demasiado socialmente estigmatizante;

2) como norma probatória, não se admitindo nenhuma espécie de inversão da carga probatória ou mesmo distribuição, posto que à acusação é atribuído o ônus de provar as alegações feitas. Desta feita cabe somente à acusação o ônus de desfazer integralmente a presunção de inocência do imputado, mesmo porque quem é presumidamente inocente não precisa provar nada. À defesa se concebe falar tão somente em assunção dos riscos pela perda da chance probatória, ou seja, se o réu não aproveita a chance a ele facultada de provar o que alegou há aí uma postura de assumir o risco de uma sentença que lhe seja desfavorável:

Não há uma carga para a defesa exatamente porque não se lhe atribui um prejuízo imediato e tampouco possui ela um dever de liberação. A questão desloca-se para a dimensão da distribuição do risco pela perda de uma chance de obter a captura psíquica do juiz. O réu que cala assume o risco decorrente da perda da chance de obter o convencimento do juiz da veracidade de sua tese. (LOPES JR., 2020, p. 592)

Por fim, na terceira esfera a presunção de inocência se traduz como norma de julgamento, de onde se deflui existir um dever do magistrado para observar se há, ou não, formação do *standard* probatório que autorize a prolação de uma sentença penal condenatória. O juiz deve verificar, concretamente, se os elementos de informação coligidos aos autos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa são suficientes para afastar o manto da inocência do réu e impor uma sentença condenatória. Não sendo o caso, persistindo dúvida razoável, aplica-se o brocardo *in dubio pro reo* para absolver o indivíduo acusado.

Não obstante, nota-se, ainda, que a presunção de inocência também enseja que o convencimento do magistrado se construa firmado na garantia do contraditório, pois que a dialeticidade imanente à estrutura do sistema acusatório categoricamente impõe ao juiz uma posição de alheamento da produção probatória.

Podemos extrair da presunção de inocência que a formação do convencimento do juiz deve ser construída em contraditório (Fazzalari), orientando-se o processo, portanto, pela estrutura acusatória que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento (rechaço à figura do juiz-inquisidor – com poderes investigatórios/instrutórios – e consagração do juiz de garantias ou garantidor). (LOPES JR., 2020, p. 138)

Como corolário, se o imputado é presumidamente inocente deve-se conferir, sem embaraços, oportunidades para que ele apresente contraposições. O itinerário da garantia do contraditório consiste precisamente nisto: ofertar condições efetivas para que a retrospectiva histórica do fato seja contada a partir de versões contrapostas (princípio do *audiatur et altera pars*). Tanto a vítima quanto o ofensor têm direito a apresentar a sua versão, sob pena de parcialidade do magistrado.

As duas faces do contraditório são a informação e a reação: garantir informação e fornecer meios eficazes para reagir. Em matéria probatória essa fórmula mnemônica se traduz concretamente quando não há embaraços na postulação da prova ou mesmo na participação e produção dela, bem como não há óbices para impugnar tanto a decisão que admite a prova quanto a que lhe valora. Isto é, o contraditório deve estar presente em todos os atos e momentos da prova.

Reza o art. 5º, inc. LV, da CRFB/88, 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”. No âmbito do processo penal significa que o provimento judicial final – sentença absolutória ou condenatória – só restará legítimo quando assentado na dialeticidade proveniente das confrontações da acusação e defesa.

Numa visão contemporânea, o contraditório engloba o direito das partes de debater perante o juiz, mas não é suficiente que tenham a faculdade de ampla participação no processo; é necessário também que o juiz participe intensamente (não confundir com juiz-inquisidor ou com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz), respondendo adequadamente às petições e requerimentos das partes, fundamentando suas decisões (inclusive as interlocutórias), evitando atuações de ofício e as surpresas. Ao sentenciar, é crucial que observe a correlação acusação-defesa-sentença³⁶⁴. (LOPES JR., 2020, págs. 600-601)

Ademais disso, resta falar do amplo direito de defesa e o adágio *nemo tenetur se detegere*, os quais estão umbilicalmente ligados à garantia do contraditório, mas que com ela não se confundem. De plano, salienta-se que o direito de defesa (também contemplado no art. 5º, inc. LV da CRFB/88) se subdivide em dois aspectos: o direito de defesa técnica (processual) e o direito de defesa pessoal (autodefesa).

O direito de defesa técnica constitui um importante garantia do indivíduo que figura na condição de imputado, pois obriga que o patrono esteja presente em todos os atos do processo,

especialmente no momento probatório. Fundamenta-se na hipossuficiência de conhecimentos do imputado frente à pretensão acusatória e punitiva do Estado ou mesmo no profundo desequilíbrio existente nessa relação, afora as situações em que a própria presença do indivíduo no ato de apresentar defesa técnica seria inviável.

Defesa técnica é aquela exercida por profissional da advocacia, dotado de capacidade postulatória, seja ele advogado constituído, nomeado, ou defensor público. Para ser ampla, como impõe a Constituição Federal, apresenta-se no processo como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva, não sendo possível que alguém seja processado sem que possua defensor. (LIMA, 2020, p. 59)

Desses fundamentos se extraem a indisponibilidade e irrenunciabilidade da defesa técnica, de modo que nem mesmo o desejo do acusado por ser processado sem defesa técnica autoriza que o processo siga adiante. Sem defesa técnica o curso do processo está maculado, sendo absolutamente inválido notadamente por afrontar a garantia da ampla defesa, nos termos do art. 564, inc. III, “c”, do CPP. De igual modo, padece de validade a nomeação pelo juiz de defensor com o qual o réu expressamente não aquiesceu, vide Súmula n. 707/STF.

Em contrapartida, a defesa pessoal ou autodefesa é aquela exercida diretamente pelo acusado. De igual maneira, se há violação ao direito de exercer a própria defesa há também nulidade. Todavia, ganha relevo a menção ao fato de que a autodefesa pode se expressar tanto positiva quanto negativamente.

No aspecto positivo a autodefesa traduz o direito de o indivíduo lançar mão de condutas que externalizem o seu interesse por resistir à pretensão acusatória do Estado. Deve ser conferida a oportunidade de o acusado se manifestar sobre eventuais diligências, participar de audiência etc. De outro vértice, em seu aspecto negativo a autodefesa se realiza por meio do brocardo *nemo tenetur se detegere*, cujo significado denota que o imputado tem o direito de não produzir provas contra si. Entendendo que será prejudicial à sua situação o acusado poderá se recusar a participar de quaisquer diligências probatórias que porventura compreenda ser danosas à sua defesa.

De acordo com o art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de seu advogado”. O direito ao silêncio, previsto na Carta Magna como direito de permanecer calado, apresenta-se apenas como uma das várias decorrências do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Além da Constituição Federal, o princípio do *nemo tenetur se detegere* também se encontra previsto no Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 14.3, “g”), e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, §2º, “g”).

Trata-se de uma modalidade de autodefesa passiva, que é exercida por meio da inatividade do indivíduo sobre quem recai ou pode recai uma imputação. Consiste, grosso modo, na proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação ao investigado (ou acusado) em processo de caráter sancionatório para obtenção de uma

confissão ou para que colabore com atos que possam ocasionar sua condenação. (LIMA, 2020, p. 71)

Nos processos cujo objeto são os delitos de estupro *lato sensu* não deve funcionar diferente, pois a opção do legislador constituinte se irradia em todas as ramificações do ordenamento jurídico brasileiro. Isso não significa dizer que se deve preterir a (suposta) vítima e deixá-la de lado, tampouco implica em validar ou mesmo fomentar a violência sexual. Ao contrário: é precisamente em razão do caráter espinhoso desses casos que a Constituição Federal deve se impor enquanto marco que divisa a civilização da barbárie, assegurando que todas as garantias fundamentais sejam observadas.

Desta feita, a instrumentalidade garantista é uma importante baliza para a qual o julgador deve se atentar e fazê-la cumprir-se em maior grau possível. É certo que por trás da toga existe o sujeito que estabelece juízos de valor e que não é neutro frente aos estímulos de informação e sentimento que lhe são provocados, entretanto a condução do processo deve se firmar pela logicidade e racionalidade impostas pela lei, o que possibilita desfazer não apenas decisões apriorísticas de mérito, como também evitar que o processo assuma uma feição inquisitorial, cenário onde, movido por variados elementos de substancialismo e decisionismo, o juiz “caça” elementos para justificar o seu posicionamento *a priori* estabelecido e decide em conformidade a ele.

3.3. Meios de prova em espécie⁵

Preliminarmente ao estudo dos meios de prova em espécie é importante falar a respeito dos limites de admissibilidade das provas, uma vez que as chamadas provas inominadas ou atípicas – aquelas que não encontram menção taxativa na legislação – são admitidas em caráter excepcional na seara penal.

Como regra, somente as provas elencadas expressamente no CPP são admitidas (provas típicas ou nominadas). Todavia, até mesmo em razão do momento de edição do *códex* – década de 40 -, já se admite que provas não mencionadas no diploma legal sejam utilizadas nessa esfera. São as chamadas provas atípicas ou inominadas. A utilização delas só é possível quando forem observados os limites constitucionais e processuais da prova.

⁵ O presente subtópico tratará, de maneira geral, dos meios de prova em espécie admitidos pelo Código de Processo Penal, dando especial enfoque à prova pericial e o exame de corpo de delito, a prova documental, o reconhecimento de pessoas e coisas e a palavra da vítima, por força da pertinência com a temática abordada.

Além disso, decorre logicamente da sistemática acima citada que as provas inominadas ou atípicas têm caráter subsidiário. A saber: sempre que os meios expressamente recepcionados pela legislação processual penal forem eficazes dispensar-se-á a produção das provas inominadas.

A produção da prova atípica deve se dar de maneira subsidiária, ou seja, somente deve ser admitida a utilização de meio de prova atípico quando não houver meio de prova típico capaz de atingir o resultado que se pretende. Também não se admite o uso da prova atípica quando houver alguma restrição quanto à prova de tal fato pela lei civil (CPP, art. 155, parágrafo único), nem tampouco quando houver alguma limitação quanto às regras de proibição da prova. (LIMA, 2020, p. 672)

Nominadas ou inominadas, fato é que todas as provas devem observar os limites constitucionais e processuais, razão por que são inadmissíveis aquelas que forem obtidas por meios ilícitos, nos termos do art. 5º, inc. LVI, da CRFB/88. A rigor, trata-se do chamado princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos que também foi albergado no art. 157 *caput* e §1º do CPP, *in litteris*:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Apenas para fins de registro, em que pese a Constituição estabelecer categoricamente a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, tanto a doutrina quanto a jurisprudência flexibilizam a regra pois asseveram o caráter relativo dos direitos e garantias fundamentais. Porém, cumpre, outrossim, mencionar que em nome da proporcionalidade *pro reo* admite-se valorar a prova obtida ilicitamente.

Desta feita, superadas essas noções introdutórias passa-se a examinar os meios de prova em espécie admitidos na esfera penal, dando relevo à aplicabilidade de cada um deles especificamente nos processos atinentes aos delitos de estupro *lato sensu*.

São tratados como meios de prova em espécie pelo Código de Processo Penal: 01) prova pericial e exame de corpo de delito; 02) interrogatório; 03) confissão; 04) perguntas ao ofendido; 05) prova testemunhal; 06) reconhecimento de pessoas e coisas; 07) acareação; 08) prova documental; e (09) busca e apreensão. Veja-se.

Tido como o mais importante meio de prova o chamado exame de corpo de delito será realizado, nos termos do art. 158 do CPP, sempre que restarem vestígios materiais do fato.

“Vestígio”, como aduz o §3º do art. 158-A do mesmo diploma, é “todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal”. O exame de corpo de delito não se confunde com o corpo de delito:

Corpo de delito é o conjunto de vestígios materiais ou sensíveis deixados pela infração penal. A palavra *corpo* não significa necessariamente o corpo de uma pessoa. Significa sim o conjunto de vestígios sensíveis que o delito deixa para trás, estando o seu conceito ligado à própria materialidade do crime. (LIMA, 2020, p. 727)

O exame de corpo de delito é considerado indispensável sempre que o delito deixar vestígios, hipótese em que até mesmo a confissão do acusado não lhe poderá substituir. Excepcionalmente, quando não restarem mais vestígios a prova testemunhal suprirá a falta (art. 167, CPP), constituindo o chamado exame de corpo de delito indireto.

Cumprir dizer que é apenas uma das muitas espécies de prova pericial, embora com elas não se confunda. Isso porque nas perícias em geral a ausência ou presença de determinados elementos vão afetar somente o convencimento do juiz, enquanto no exame de corpo de delito é a própria existência do crime que está em xeque, uma vez que a falta ou a presença de certos elementos constituem a própria materialidade delitiva:

O exame de corpo de delito é a perícia feita sobre os elementos que constituem a própria materialidade do crime. Daí por que a sua presença ou ausência afeta a prova da própria existência do crime e gera uma nulidade absoluta do processo (art. 564, III, “b”). Já as perícias em geral são feitas em outros elementos probatórios e sua presença ou ausência afetam apenas o convencimento do juiz sobre o crime. (LOPES JR., 2020, págs. 685-686)

De todo modo, é a perícia a responsável por demonstrar questões que normalmente se situam fora da órbita do saber comum. Em virtude do sistema acusatório esse meio de prova não figura mais como o instrumento pensante do juiz ou mesmo constitui a chamada “rainha das provas”. A perícia atende primordialmente ao interesse das partes, que se servirão dos resultados ministrados para estabelecer as suas premissas fundamentais ao debate, e o laudo produzido pelo perito não vinculará o magistrado, que poderá decidir contrariamente a ele (art. 182, CPP).

Essa é a razão pela qual se mostra imprescindível a participação real e efetiva dos interessados, hipótese em que deve ser conferida, sem embaraços, a possibilidade de formular quesitos anteriormente à feitura dos exames, bem como o pedido de esclarecimento com relação aos laudos apresentados e, em especial, a oportunidade para produção de contraprova pericial conduzida por assistentes técnicos e/ou peritos particulares nomeados pelas partes.

À guisa de se fundar em conhecimento científico a prova pericial atesta, na verdade, “apenas um grau, maior ou menor, de um aspecto do delito, que não se confunde com a prova de toda a complexidade que constitui o fato” (LOPES JR, 2020, p. 702). Contemporaneamente,

a premissa indissociável em matéria probatória é que não existe hierarquia entre os meios de prova, de modo que a ambição de verdade que cada meio possui pode ser atacada pela defesa:

O discurso científico é muito sedutor, até porque, em situação similar ao dogma religioso, tem uma encantadora ambição de verdade. Sob o manto do saber científico, opera-se a construção de uma (pseudo)verdade, com a pretensão de irrefutabilidade, absolutamente incompatível com o processo penal e o convencimento do juiz formado a partir do contraditório e do conjunto probatório. Não se nega o imenso valor do saber científico no campo probatório, mas não existe “a rainha das provas” no processo penal. (LOPES JR., 2020, p. 701)

Feita essa ressalva, nota-se o caráter equivocado da afirmativa que reza pela infalibilidade da prova pericial no tocante aos delitos de estupro. Isso porque, a rigor, a prova pericial não informa todas as circunstâncias do fato, mas apenas uma parte delas, deixando de fora informações que, por vezes, constituem elementos sem os quais o fato será penalmente atípico ou até mesmo lícito.

A problemática com relação à figura do crime de estupro tipificado ao teor do art. 213 do Código Penal reside exatamente na ausência de demonstração, pela prova pericial, do elemento subjetivo que constitui a tipicidade formal do fato. Ou seja, mesmo que eventualmente vestígios materiais do imputado sejam encontrados no corpo da vítima eles não informam se a relação sexual ocorreu em virtude de constrangimento mediante violência ou grave ameaça, faltando cristalina evidência sobre a conduta e o nexos causal (“como foi parar ali?”). Sob esse panorama a prova pericial poderá apenas atestar que houve, puramente, conjunção carnal ou ato libidinoso diverso.

Por sua vez, no que diz respeito ao delito de estupro de vulnerável (art. 217-A, CP) o cerne do problema se desloca, posto que são prescindíveis, como elementares do tipo, tanto o constrangimento quanto a violência e a grave ameaça. Dessa maneira, a prova pericial desafia a demonstração da existência da conjunção carnal e/ou ato libidinoso diverso, bem como determinadas vulnerabilidades do sujeito passivo, a exemplo da enfermidade mental ou a incapacidade físico-químico-biológica para oferecer resistência.

Nas duas figuras típicas a prova pericial enfrenta problemas que demandam tratamento diferenciados. Por vezes a vítima não se socorre de imediato às autoridades policiais, levando dias se recompondo e se encorajando para informar a ocorrência do crime ou, ainda, quando se dirigem às delegacias já não apresentam mais vestígios do crime, seja porque eles desapareceram, seja porque foram destruídos no itinerário de a vítima higienizar-se.

Como mencionado em alhures, quando os vestígios que compõem a materialidade delitiva desaparecerem, poderá ser realizado o chamado exame de corpo de delito indireto. Este, por sua vez, diz respeito ao papel de substituição que cumpre a prova testemunhal, isto é, não

sendo possível o referido exame em seu caráter típico e direto admitir-se-á que a prova testemunhal possa suprir a sua falta (art. 167, CPP).

Falar em prova testemunhal é falar da convocação, para depor em juízo, de alguém que possui conhecimentos que foram apreendidos sensorialmente a respeito de um determinado fato, não devendo ele manifestar as suas apreciações pessoais sobre o que narra, nos termos do art. 213, do CPP.

Testemunha é a pessoa desinteressada e capaz de depor que, perante a autoridade judiciária, declara o que sabe acerca de fatos percebidos por seus sentidos que interessam à decisão da causa. A prova testemunhal tem como objetivo, portanto, trazer ao processo dados de conhecimento que derivam da percepção sensorial daquele que é chamado a depor no processo. (LIMA, 2020, p. 763)

Reza o art. 202, do CPP, que qualquer pessoa pode ser testemunha e, como regra, ninguém pode se recusar a prestar depoimento sob essa condição (art. 206, CPP). A prova testemunhal, em geral, se faz por meio da oralidade (art. 204, CPP), de modo que às partes interessadas caberá indagar e formular questões, e ao juiz fica vedada postura proativa, cabendo presidir, fiscalizar a produção da prova, sendo permitido formular questões apenas em caráter subsidiário.

No âmbito de instruções probatórias que tenham por objeto os delitos de estupro o meio de prova testemunhal tem eficácia bastante contida, na medida em que a ocorrência desses crimes sexuais se realiza, em geral, na clandestinidade, sem que outros sujeitos tomem conhecimento da violência. Apesar disso, referido meio de prova tem a função supletiva quando o exame de corpo de delito direto quedar ineficaz por faltarem resquícios materiais do crime, conforme já supracitado.

De outra banda, outro meio de prova elencado no CPP é a prova documental. Aduz o art. 232, do CPP, que documentos são “quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”. A doutrina afirma que o conceito de documento é amplo, de modo que se deve fazer uma filtragem constitucional para que não se violem as garantias fundamentais. Com efeito, é lícita a juntada de recursos audiovisuais e outras classes de objetos que culminem em cumprir a função de realizar a captura psíquica e formação do convencimento do magistrado.

Não raras vezes é possível tomar conhecimento, por meio da prova documental, de determinadas circunstâncias – mas nem sempre a integralidade do fato, reiterar-se – que conduzem a um grau maior ou menor de convencimento a respeito da culpabilidade do acusado. É o que ocorre, v.g., nas hipóteses em que se reúnem vídeos onde o acusado foi visto acompanhado da vítima etc.

Inobstante, também configura meio de prova o chamado interrogatório judicial. Nos tempos hodiernos, conquanto não seja pacífico o interrogatório é encarado tanto como meio de defesa quanto um meio de prova. É neste ato onde o juiz ouvirá o imputado sobre sua pessoa e sobre a acusação que lhe é destinada.

Deve o magistrado atentar-se à versão apresentada pelo imputado – mesmo que lacônica ou fantasiosa -, adstringindo-se à observância das garantias fundamentais àquele, tais como o dever de tratamento derivativo do princípio da presunção de inocência, bem como o próprio *nemo tenetur se detegere*, sob pena de nulidade:

[...]Por mais pueril que possa parecer a versão apresentada pelo acusado, o magistrado não pode confrontá-lo com veemência, sugerindo que sua versão seria inverossímil e falsa. Não é este o momento para a avaliação da prova produzida no curso da audiência uma de instrução e julgamento. Na verdade, o interrogatório é o momento oportuno tão somente para que o acusado exerça o seu direito de autodefesa. Logo, se o magistrado se contrapor ao acusado em seu interrogatório judicial, por vezes qualificando-o de mentiroso, este verdadeiro prejulgamento do feito dará ensejo ao reconhecimento da nulidade absoluta do referido ato, seja em face de evidente constrangimento ao exercício da autodefesa, seja por conta da violação à garantia da imparcialidade. (LIMA, 2020, p. 742)

Não se pode olvidar que, sob a regência do sistema processual penal acusatório, ao juiz não é dado se comportar como neo-inquisitor, para quem a versão apresentada destoe do que substancialmente o magistrado já pré-estabeleceu como sendo verdade. Eis a questão do problema da busca pela nominada verdade real. A partir da instrumentalidade garantista vê-se que a chamada verdade formal protege os indivíduos dos arbítrios mentais do juiz.

O valor do formalismo está em presidir normativamente a indagação judicial, protegendo a liberdade dos indivíduos contra a introdução de verdades substancialmente arbitrárias ou incontroláveis. (LOPES JR., 2020, p.565)

Outro meio de prova em espécie igualmente relevante é a confissão, que modernamente não é mais encarada sob a óptica de “rainha das provas”, gozando de igual primazia quando comparada às outras provas. A disciplina do CPP é clara e determina que a confissão não é suficiente para substituir o exame de corpo de delito quando subsistirem os vestígios do crime.

Confissão válida é confissão colhida apenas em juízo, hipótese em que será analisada a voluntariedade do ato, bem como se não houve violações a direitos e garantias fundamentais. Isoladamente ela não possui valor, devendo ser valorada apenas em cotejo com outras provas, o que poderá justificar eventual provimento condenatório. De outro lado, à luz da Constituição Federal e do brocardo *nemo tenetur se detegere*, infere-se que o silêncio não importa em confissão, nem tampouco poderá prejudicar o imputado.

Também é meio de prova em espécie a chamada acareação, que tem “índole intimidatória” (PACELLI, 2020, p. 547), uma vez que o seu procedimento consiste na colocação simultânea de determinadas pessoas na presença de outras com o fito de esclarecer os depoimentos anteriormente prestados e que se revelam contraditórios.

Estatui o art. 229 do CPP que “a acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes”. Nesse escrutínio serão repetidas perguntas que recairão sobre questões conflitantes, devendo-se reduzir a termo a diligência.

A doutrina entende que o procedimento de acareação tanto pode ser realizado no momento da investigação preliminar quanto no curso da ação penal. Questiona-se a pertinência de referido meio de prova no tocante aos crimes sexuais não só em razão da acentuada exposição que gera para a vítima, como também pelos prejuízos de percepção e racionalidade advindos desse expediente intimidante.

De outra banda, o chamado Reconhecimento de pessoas e coisas figura como outro meio típico de prova em espécie e está regulado a partir do art. 226 do CPP e seguintes. É por meio do ato de reconhecimento que se fará o exame de alguém ou de alguma coisa que à eventualidade estiveram presentes na ocorrência do fato.

O reconhecimento é um ato através do qual alguém é levado a analisar alguma pessoa ou coisa e, recordando o que havia percebido em um determinado contexto, compara as duas experiências. Quando coincide a recordação empírica com essa nova experiência levada a cabo em audiência ou no inquérito policial, ocorre o reconhecer. (LOPES JR., 2020, p. 770)

A doutrina é pacífica no sentido de que referido meio de prova possui formalidades que devem ser seguidas à risca, não se admitindo práticas de reconhecimentos informais. De igual maneira, é um meio de prova para o qual se deve observar as garantias fundamentais do acusado, especialmente o direito de não produzir prova contra si mesmo, de modo que o indiciado ou acusado não é obrigado a participar desse reconhecimento.

A rigor, o Código de Processo Penal determina (art. 226, inc. II) que o reconhecimento pessoal não é expediente que se realiza com pessoa singularmente considerada, mas, ao revés, ocorre quando mais de uma pessoa é submetida a reconhecimento. Quando possível, deve haver similitude nas características físicas entre as pessoas sujeitas a esse procedimento. Além disso, para fins de melhor conservar a idônea percepção do reconhecedor sobre o reconhecido é lícito que o procedimento seja feito de maneira que o reconhecido não estabeleça contato sensorial com o reconhecedor (art. 226, inc. III).

Questão importante a se mencionar diz respeito ao reconhecimento pessoal por meio fotográfico, uma vez que provoca acirradas discussões. Atualmente, é admitido quando cotejado com outros meios de prova, não sendo, de *per si*, suficiente para firmar um juízo condenatório. Aponta-se que o reconhecimento pessoal por fotografia pode ser utilizado somente como um ato preparatório do futuro reconhecimento pessoal, não tendo o condão de prevalecer ou substituir a este último.

Ademais, Aury Lopes Jr., preleciona que o reconhecimento pessoal por fotografia não deve preceder ao reconhecimento pessoal em razão do efeito psíquico de compromisso que se estabelece, constituindo perigoso expediente que poderá confundir a vítima e, de conseguinte, contaminando o posterior reconhecimento pessoal:

Muitas vezes, antes da realização do reconhecimento pessoal, a vítima/testemunha é convidada pela autoridade policial a examinar “álbuns de fotografia”, buscando já uma pré-identificação do autor do fato. O maior inconveniente está no efeito indutor disso, ou seja, estabelece-se uma “percepção precedente”, ou seja, um pré-juízo que acaba por contaminar o futuro reconhecimento pessoal. Não há dúvida de que o reconhecimento por fotografia (ou mesmo quando a mídia noticia os famosos “retratos falados” do suspeito) contamina e compromete a memória, de modo que essa ocorrência passada acaba por comprometer o futuro (reconhecimento pessoal), havendo uma indução em erro. Existe a formação de uma imagem mental da fotografia, que culmina por comprometer o futuro reconhecimento pessoal. Trata-se de uma experiência visual comprometedora. Portanto, é censurável e deve ser evitado o reconhecimento por fotografia (ainda que seja mero ato preparatório do reconhecimento pessoal), dada a contaminação que pode gerar, poluindo e deturpando a memória. Ademais, o reconhecimento pessoal também deve ter seu valor probatório mitigado, pois evidente sua falta de credibilidade e fragilidade. (LOPES JR., 2020, p. 778)

Em razão dessa problemática em torno do reconhecimento pessoal é que a chamada psicologia judicial elegeu como método mais seguro e confiável de reconhecimento o modelo sequencial. Neste modelo sequencial os suspeitos são apresentados individual e sequencialmente, hipótese em que a vítima ou testemunha afirmará, ou não, a autoria do delito a partir da apresentação individual da pessoa ora figurando como suspeita. O processo de tomada de decisão da vítima, confrontada com suas memórias, forma um julgamento vertido para uma pessoa propriamente considerada e não leva em conta a exposição do contraste entre as semelhanças físicas dos suspeitos, como no modelo simultâneo adotado pelo CPP.

Num cenário tão tortuoso quanto o que envolve a elucidação dos crimes sexuais objeto deste trabalho, o reconhecimento pessoal ou por fotografia não se mostra meio autossuficiente para a eficácia probante. Em última análise, se esse meio de prova valesse de *per si* poder-se-ia concluir que a dialeticidade processual seria meramente simbólica, pois a narrativa autorreferencial da pretensa vítima se mostraria implacável mesmo em detrimento de esforços hercúleos por parte do imputado.

Precisamente por isso é que a instrução probatória dos delitos de estupro *lato sensu* devem estar cercada por tantos meios de prova quantos forem necessários, mesmo aqueles cuja natureza se mostrem mais enfáticos, como a busca e apreensão. Quando se alude a busca e apreensão, costuma-se falar em busca domiciliar e busca pessoal. Enquanto a primeira se destina ao cumprimento de diligências no âmbito da casa do investigado ou acusado, esta última se efetiva no próprio corpo do indivíduo ou até mesmo nos objetos que com ele esteja, nos termos do art. 240, §§1º e 2º, do CPP.

O art. 243 do diploma supramencionado determina categoricamente quais são os requisitos do mandado de busca domiciliar, razão por que deve estar rigidamente pormenorizado em seu objeto, finalidade e relação de pertinência. As hipóteses da busca domiciliar são taxativas, dentre as quais ganham relevo, para o presente trabalho, aquelas situadas nas alíneas “e” (descobrir objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu) e “h” (colher qualquer elemento de convicção). Em que pese seu caráter genérico – o que suscita divergência na doutrina quanto à sua admissibilidade -, essas medidas têm o condão de auxiliar na elucidação dos fatos e são reputadas como legais, mas devem ser utilizadas subsidiariamente pois os fins a que se propõem o mandado judicial devem ter uma clara definição, a qual pressupõe um motivo igualmente preciso.

Quanto ao motivo e fins da diligência, exige-se uma rigorosa fundamentação por parte da autoridade judiciária que a autoriza, devendo para tanto apontar a necessidade e a finalidade da busca.

O motivo relaciona-se com a definição do *fumus commissi delicti* e a necessidade de obter-se aquela prova para a investigação e posterior processo. Exige, ainda, eu não possa a prova ser obtida por outro meio menos violento, devendo evidenciar-se assim a imprescindibilidade da diligência. Os fins da diligência impõem a clara definição – de forma apriorística – do que se busca. Ou seja, impede-se a busca genérica de documentos e objetos. (LOPES JR., 2020, p. 814)

No que toca à busca pessoal, o art. 244 do CPP estabelece a prescindibilidade do mandado judicial, “bastando a existência de *fundada suspeita* de que o indivíduo esteja na posse de coisas ou objetos ilícitos” (AVENA, 2020, p. 1.201). A expressão “fundada suspeita” a que alude o dispositivo legal é objeto de críticas doutrinárias em razão de sua fragilidade conceitual, mas vigora o entendimento segundo o qual afirma que havendo elementos de desconfiança evidenciando que o indivíduo está na posse de objetos ou papéis que constituam corpo de delito a busca pessoal poderá ser realizada pelas autoridades policiais.

Paralelamente, nota-se que a aplicabilidade desse instituto nos casos penais de cujo *thema probandum* diz respeito aos delitos de estupro depende muito de como as circunstâncias do caso estão desenhadas. Mas o fato é que por meio desse meio de prova poderão ser

apreendidos eventuais objetos relacionados à prática do fato, cuja pertinência deverá ser cabalmente demonstrada pela parte interessada.

Não menos importante que as provas em espécie já aludidas o depoimento pessoal da vítima é um efetivo meio de prova e está disciplinado a partir do art. 201 do CPP. Constitui-se, portanto, como prova típica e nominada por meio da qual o ofendido (sujeito passivo do delito) apresentará a sua narrativa em torno dos fatos por ela apontados como criminosos.

Diferentemente da testemunha, a vítima não possui a obrigação de prestar o compromisso de dizer a verdade, razão pela qual não poderá incorrer na prática do crime de falso testemunho tal qual preceituado no art. 342 do Código Penal. À toda evidência, se se utilizar de mentira a ela poderá ser imputada a prática de crime de denunciação caluniosa ou falsa comunicação de crime, consoante as particularidades concretas de cada caso.

Estatui o art. 201 do CPP 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”. Se intimado e não comparece, de maneira injustificada, o ofendido poderá ser conduzido pela autoridade policial.

O advento da Lei n. 11.690/08 inseriu, no CPP, sensíveis alterações para melhor atender à dignidade da vítima, tais como a possibilidade de acompanhar a audiência em espaço reservado e separado do ofensor, a ampla comunicação dos atos processuais e sobre a prisão ou liberdade do acusado, bem como ainda o encaminhamento, pelo juiz, a atendimento por equipe multidisciplinar nas áreas psicossocial, de saúde e de assistência jurídica. No mesmo sentido a Lei n. 13.505/17, que institui regras próprias para o depoimento da vítima ou testemunha mulher:

Mais recentemente, especificamente em relação aos delitos praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, foi editada a **Lei 13.505/2017**, acrescentando o art. 10-A à Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), instituindo regras específicas para o depoimento da ofendida ou de testemunha, muito especialmente a (1) garantia de que, em nenhuma hipótese, terão contato direto com investigados ou suspeitos e pessoas a ele relacionadas; (2) a garantia de inquirição em recinto com equipamentos próprios e adequados à idade da ofendida ou testemunha e ao tipo e à gravidade da violência sofrida e (3) a possibilidade que tal inquirição seja intermediada por profissional especializado em violência doméstica e familiar designado pela autoridade judiciária ou policial (quando se tratar, neste último caso, de inquirição na fase inquisitorial). (AVENA, 2020, p. 1.135)

Como dito alhures, a Constituição Federal elegeu a dignidade do ser humano como valor fundante e condicionante de toda a ordem jurídica, de modo que “não existem locais inóspitos à recepção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana” (FARIAS, 2015, p. 118). Não por outra razão é que goza o ofendido de tratamento diferenciado pela norma. Firmado nessa premissa é que já se admite, em sede jurisprudencial (RHC 45.589/MT, Rel. Min. Gurgel de

Faria, 03.03.2015), o chamado “depoimento sem dano” quando se tratar de crimes sexuais em face de crianças e adolescentes, procedimento por meio do qual a vítima presta o seu depoimento sem a presença do acusado ou até mesmo do juiz:

Esse procedimento consiste em colher a oitiva da vítima em um ambiente menos intimidante e mais propício à inquirição, isso é, na presença apenas do juiz (ou nem mesmo do juiz, caso necessário!), do assistente social e do servidor do juízo. Perfeitamente razoável a exclusão do acusado do crime, levando-se em consideração a condição peculiar da vítima menor de idade e a natureza extremamente íntima de tais crimes (PACELLI, 2020, págs. 545- 546).

Em contrapartida, não se pode deixar de mencionar que as garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório devem ser asseguradas ao imputado, mesmo com o tratamento obrigatoriamente singular dispensado à vítima, sob pena de violação à dialeticidade imanente e indissociável ao sistema processual penal acusatório adotado pela Constituição Federal.

Ademais, é pacífico o entendimento na doutrina que reza pela relatividade do valor do meio de prova *sub examine*, de modo que ele deve ser cotejado e, quando não, confrontado com os outros elementos de informação produzidos sob o crivo do contraditório judicial. Questão tormentosa diz respeito não à admissibilidade, mas à valoração dessa espécie de prova nos chamados crimes sexuais, onde a doutrina destaca que a palavra da vítima deve suscitar uma maior atenção e cuidado por uma gama de motivos, tema que será enfrentado em capítulo próprio.

4. A PROTEÇÃO DA VÍTIMA COMO *ITER* PROCESSUAL INAFASTÁVEL

Conforme demonstrado em alhures, a arquitetura contemporânea do Poder Punitivo se expressa a partir de limites efetivamente construídos no volver histórico de lutas travadas pelos indivíduos em detrimento do Estado. Desenhado modernamente o Poder Punitivo só se realiza de maneira legítima, a rigor, a partir do prévio processo judicial (garantia da jurisdição).

Se de um lado referido arquétipo se afirmou a partir da Modernidade para proteger os indivíduos ante a arbitrariedade do poder punitivo estatal, de outro, por sua vez, os tensionamentos resultantes provocaram, ainda que de maneira subjacente, o abandono da vítima. Lembre-se: a vingança privada levada à cabo pelo sujeito ofendido pelo fato criminoso não era mais permitida.

Nesse ínterim, Zaffaroni (2013, p.14) diz que “o poder punitivo reduziu a pessoa com o osso partido a um mero dado, porque não toma parte na decisão punitiva do conflito”. Deriva daí a noção de que a vítima é, também e por assim dizer, pessoa que sofre um confisco promovido pelo Estado:

[...]A característica do poder punitivo é, pois, o confisco da vítima, ou seja, é um modelo que não resolve o conflito, porque uma das partes (o lesado) está, por definição, excluído da decisão. O punitivismo não resolve o conflito, mas sim o suspende, como uma peça de roupa que se retira da máquina de lavar e se estende no varal até secar. (ZAFFARONI, 2013, p.14)

Também nesse sentido assevera Eduardo Viana:

[...]O processo de abandono da vítima tem como ponto de arranque a transição do monopólio da resposta punitiva da vítima para o Estado. Com efeito, os sistemas legais de resposta punitiva (incluindo não somente o Direito Penal, mas também – e por que não principalmente – o processo penal) foram decisivos para, aos poucos, a vítima converter-se apenas em mero sujeito passivo do delito. Daí porque o **progresso do processo penal no modelo de justiça repressiva desampara a vítima no quadro do fenômeno criminal**. (VIANA, 2018, p.158)

Entretanto, com o desenvolvimento da vitimologia, ciência que se ocupa da vítima e dos processos de vitimização, pode-se notar encadeamentos no sentido de redescobrir o ofendido e o seu protagonismo não só para fins de investigar a gênese da conduta delitiva do acusado, mas para discutir a reparação aos danos causados ou buscar medidas de evitar e amenizar a vitimização:

[...]essa ciência não se presta a justificar o comportamento do agente, mas a buscar soluções que evitem ou amenizem a vitimização, já que o crime até certo ponto faz parte da sociedade e não será facilmente extinto, conforme defendia Durkheim. (SOUZA, 2013, p.42)

O processo de redescobrimto do ofendido, por sua vez, é resultante das condições socio-político-culturais gestadas no período compreendido como o segundo pós-guerra do século XX, de rechaço às atrocidades promovidas pelos regimes nazifascistas que se destinaram a determinados grupos específicos do tecido social:

O redescobrimto da vítima é um fenômeno posterior à Segunda Guerra Mundial, sendo uma resposta ética e social ao fenômeno da macrovitimização, que atingiu especialmente judeus, ciganos, homossexuais, e outros grupos vulneráveis. Também ganha relevo, na década de 1970, com o movimento feminista, e, no âmbito do Direito Penal, com o movimento abolicionista. (SOUZA, 2013, p. 43)

Esse itinerário deu ensejo a uma nova compreensão relacionada à figura da vítima no âmbito do processo penal, harmônica e umbilicalmente ligada ao postulado da Dignidade da Pessoa Humana. Não por outra razão que, como visto, o legislador brasileiro passou a conferir um tratamento diferenciado ao ofendido, não somente com o desiderato de promover uma maior qualidade dos atos processuais – em especial, o momento probante –, mas, principalmente, de tutelar a dignidade da vítima de maneira a evitar os chamados processos de revitimização, como se depreende, *verbi gratia*, tanto das leis já citadas quanto da Lei n. 9.807/99, que institui um programa nacional de proteção especial à vítima e às testemunhas.

Ademais e à vista dos efeitos danosos ocasionados em virtude do fenômeno criminoso, impende mencionar a existência dos estudos que tratam dos processos de vitimização, cuja caracterização se expressa de maneiras distintas, de sorte que existem três classificações que buscam exprimir o *modus operandi* próprio de cada instância de análise. São elas: a) vitimização primária; b) vitimização secundária; e c) vitimização terciária.

Fala-se em vitimização primária quando o próprio fenômeno criminoso acontece e dele decorrem danos variados, podendo ser de ordem física e/ou psicológica, materiais etc. De outro vértice, a vitimização secundária ou sobrevivitização diz respeito à falha na função de controle social exercido pelas instituições estatais, permeando tanto o aparato policial investigativo ou repressivo, quanto o próprio Poder Judiciário. Não raro se verificam negligências diversas para realizar a investigação do delito, forçando o ofendido, já vitimado e em sofrimentos diversos, a mobilizar-se ativamente em torno da atuação estatal para solução do caso:

A vitimização secundária, também denominada sobrevivitização, é gerada pela indevida ou irregular atuação dos órgãos de controle social, incluindo o aparato policial e judicial, um desvio de finalidade, tendo em vista que estas instâncias deveriam evitar a vitimização. Atualmente tem se atribuído muito mais atenção a estes estudos. Diante do alto número de subnotificações, que faz com que a polícia só investigue uma pequena parcela dos crimes que realmente acontecem, Dias e Andrade (1997) chegam à conclusão de que a polícia não investiga quando a vítima se opõe fortemente, nem quando o investigado é muito poderoso. Daí a importância da

contribuição da vítima desde a fase policial e dos estudos acerca dos percalços para o registro da ocorrência. (*op. cit.*, p. 47-48)

No âmbito do processo penal também é possível notar que a vítima se encontra suscetível a perquirições de ordem moral, visto que dela se torna exigível que, na condição de vitimada, assumira postura condizente ao que o imaginário social determina, em expediente de duplicar a violência sofrida:

Por outro lado, também se verifica a construção de um perfil de vítima ideal. Esta deve ser aquela que pode ser uma boa testemunha que contribui com todo o processo, sem contradições, e que cumpre seu papel social de “boa mulher” ou de “bom homem”. (*op. cit.*, p. 48)

Esse panorama revela, em verdade, que a vitimização secundária tem como móvel instrumental a ausência parâmetros objetivos destinados a orientar e conformar a atuação do controle estatal. Por isso é que SOUZA milita no sentido de se observar a Declaração de Princípios Básicos de Justiça das Vítimas de Delito, “que está dividida em quatro garantias: acesso à justiça e tratamento justo, ressarcimento, indenização e assistência social” (*op. cit.*, p.48).

De outra banda, tem-se que a vitimização terciária é um processo desencadeado por dois elementos decisivos: em primeiro plano, a ausência de amparo da rede de assistência social no agrupamento comunitário onde a vítima se insere ou até mesmo no âmbito de sua família; ao lado disso está o imbricamento com a dominação moral de gênero. Como revelam os dados levantados no Capítulo 2 do presente trabalho, a maior parte das vítimas dos delitos de estupro *lato sensu* são as mulheres. A estatística se revela bastante significativa, visto que a moral de gênero imposta às mulheres resvala na exigência ao atendimento de parâmetros de condutas eivadas de puritanismo moral, sob pena de restar perfeitamente legitimada a violência sofrida.

Face a esse estado de coisas a chamada criminologia crítica feminista passou a interpretar, outrossim, o sistema de justiça criminal “sob um viés macrossociológico, nos termos das categorias patriarcado e gênero” (Andrade, 2007 *apud* MENDES, p. 70). Ainda citando Vera Regina Pereira Andrade, MENDES (p. 70) aponta a conclusão da autora no sentido de que o sistema de justiça criminal não é eficaz na proteção das mulheres em face da violência, pois não previne violências posteriores, não fornece contributos para o entendimento do fenômeno da violência sexual, entre outras razões.

Com efeito, a demonstração dos processos fenomênicos acima referidos constitui um efetivo instrumento de conhecimento para que os operadores do sistema jurídico se atentem à observância das normas de caráter protetivo já positivadas, sem que, ao revés tal expediente

configure violações à dignidade da vítima, especialmente se se tratar de pessoa do gênero feminino, sob pena de ocorrência da sobrevivitização, conforme a literatura criminológica expõe.

4.1. A histórica experiência das mulheres frente ao Poder Punitivo

O poder punitivo, enquanto fenômeno, se expressa na realidade a partir de facetas diferenciadas, irradiando-se por diferentes lugares do tecido social. Tantas formas de exercício desse Poder derivam precisamente do caráter homogêneo de seu núcleo fundante, revelador de sua ontologia indissociável: ele se afirma a partir de uma decisão vertical de poder:

[...]O modelo punitivo não é um modelo de solução de conflitos, mas sim de decisão vertical de poder. É por isso, justamente, que ele aparece nas sociedades quando estas se verticalizam hierarquicamente. (ZAFFARONI, 2013, p. 14)

Soraia Rosa Mendes (2012) afirma que a relação da mulher com o poder punitivo se percebe desde a origem deste, razão por que é possível falar em poder de gênero. Pontua, ademais, que não se pode pretender compreender o etiquetamento feminino, quer como autora, quer como vítima, sem também entender como, no curso da História, o poder patriarcal e o poder punitivo engendraram mecanismos para estabelecer a custódia da mulher na família, na sociedade e pelo Estado.

Encontrando assento nessa premissa é que a autora denuncia a necessidade da tessitura de um breve traçado histórico cuja finalidade não encerra fins meramente descritivos, mas, antes, fornece condições para melhor compreensão da problemática concernente à violência de gênero:

[...] A história da experiência das mulheres em relação ao poder punitivo não se trata de uma mera aferição do passado, mas de uma possibilidade de (re)pensar o presente e o futuro.

A busca da história, portanto, não é um adorno ao conhecimento que me proponho a produzir. Mas, peça-chave para desnudar como foram construídas as diferentes formas de exercício do poder punitivo sobre as mulheres. (MENDES, 2012, p. 134)

A partir desse itinerário será possível compreender de que maneira o poder punitivo, enquanto poder de gênero, interferiu na existência das mulheres firmando-se em um complexo sistema de narrativas afirmadas em variados estamentos da sociedade, tais quais, *e.g.*, o discurso teológico, o discurso médico e o discurso jurídico.

De plano é mister apontar que a relação dos homens com as mulheres se manifestou ambivalente por muitos períodos da história, o que deu ensejo a opressões distintamente graduadas. Todavia, o recorte histórico de maior relevância se refere à Idade Média, mais

precisamente no baixo medievo europeu, onde o padrão de tratamento hostil e sectarista destinado às mulheres culminou na estruturação de discursos criminológicos etiológicos que transcenderam o próprio modelo de sociedade onde eles foram gestados.

Do final do século XII até o final do século XV, fossem escritos por homens da Igreja, ou por médicos, ou por juristas, todos os textos dirigidos às mulheres propunham um modelo de comportamento feminino destinado ao controle de seus instintos demoníacos.

O final da Idade Média é, como esclarece Carla Casagrande (1990), um período paradigmático, no qual tem início um ambicioso projeto destinado a descrever e classificar as mulheres para, enfim, custodiá-las de todas as formas. Deste omento em diante “as mulheres” invadem, numerosas e diversas, os textos pastorais e didáticos, que se esforçam por encontrar um critério unânime para individualizar e etiquetar a categoria feminino. (*op.cit*, p. 141)

De um lado, o discurso teológico passou a etiquetar as mulheres como sendo homens incompletos e imperfeitos, seres frágeis, irracionais, instáveis e que não dominam seus instintos. De outro plano, o discurso médico atribuía à anatomia e fisiologia feminina uma inferioridade imanente se comparada com os homens, sendo instrumento de pecado. Já os discursos jurídicos da época professavam que não se podia confiar nas mulheres, pois além de faladeiras eram capazes de cometer os piores crimes.

Em suma, todas essas narrativas tinham como tônica inafastável o escopo de custodiar a as mulheres, lhes vigiando, reprimindo e encarcerando (fosse em penitenciárias, em casa ou mesmo em conventos) os seus corpos. A custódia, segundo Soraia Rosa Mendes, é:

O conjunto de tudo o quanto se faz para reprimir, vigiar e encerrar (em casa ou em instituições totais, como os conventos), mediante a articulação de mecanismos de exercício de poder do Estado, da sociedade, de forma geral, e da família. (*op. cit.*, p. 135-136)

Cristalizado está, portanto, que o poder punitivo não guarda relação com a mulher apenas por meio do Estado, mas também pela família e também pela sociedade, porquanto se manifestar verticalmente. Nos tempos presentes, formas de exercício desse poder ganham notoriedade traduzidas em facetas e nuances distintas -para criminalizar ou vitimizar-, dentre as quais o próprio crime de estupro *lato sensu* e, em especial, a prática do estupro corretivo, cujo objetivo é precisamente controlar o comportamento social ou sexual da vítima.

4.2. O “ser mulher” no processo penal

Soraia Rosa Mendes e Elaine Pimentel apontam que não existe uma maneira melhor de compreender o sentido de ser mulher vítima no processo penal senão com base na significação atribuída ao estupro no Brasil.

Conquanto o advento da Lei n. 12.015/2009 tenha implementado uma mudança paradigmática no tratamento dos delitos sexuais, não mais tutelando os costumes e sim a liberdade e a dignidade sexual, referida alteração não se mostrou infalível para o expediente de romper com as tradicionais relações de opressão de gênero. Anacronicamente, ainda se notam discursos em torno dos quais a honra do homem (seja ele pai, irmão ou marido) mereceria figurar como objeto de proteção em face de eventual “transgressão” levada à cabo pelas mulheres que com eles se ligam.

Não é incomum que os tribunais de justiça do país validem decisões proferidas no âmbito do Tribunal do Júri que absolvam acusados da prática de feminicídio à guisa de acolher a tese da legítima defesa da honra. Apesar disso, no âmbito da ADPF 779 o STF referendou, por unanimidade, medida liminar firmando entendimento pela inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra nos crimes de feminicídio, por afronta aos postulados da dignidade da pessoa humana, proteção à vida e igualdade (de gênero). Sem embargo de referida sinalização do Supremo, cumpre dizer que o julgamento ainda não foi definitivamente concluído.

De todo modo, evidencia-se que mesmo nos tempos atuais o etiquetamento feminino forjado no seio de uma cultura patriarcal ainda se impõe vigente, razão pela qual não apenas o Direito, mas também o sistema de justiça são igualmente atingidos pelo simbolismo de gênero. A força desses fatores de poder é tamanha que até mesmo a significação das violências sofridas pelas mulheres é atribuída em melhor conformidade aos interesses dessa cultura de dominação:

Em verdade, a preponderância da cultura patriarcal até os dias de hoje ainda reserva às mulheres a condição de objeto (no sentido de propriedade, posse, objeto de desejo), a ponto de atribuir às suas experiências de vitimização os sentidos que atendem aos interesses da própria cultura. (MENDES, 2020, p. 95)

Em contrapartida, não se concebe apenas o “ser mulher” no processo penal sob a égide da semântica cultural atinente ao estupro, mas também pela interdição e custódia da fala das mulheres nesse lócus público e institucional. Sob a perspectiva de produção de conhecimento o processo penal é um espaço eminentemente masculino, “estabelecido em quartos bem definidos ideologicamente, tanto em relação ao poder estabelecido, quanto ao pensamento crítico” (MENDES, 2020, p. 07).

Nestes quartos imperam pretensões de neutralidade e objetividade que acabam por culminar na interdição das narrativas e das possibilidades teóricas capitaneadas pelas mulheres, pois o *status quo* revela, em verdade, que os homens nada mais fazem senão se autorreferenciar:

Metaforicamente, o processo penal organiza-se em quartos nos quais são os homens os personagens que protagonizam o que se pensa e compreende neste campo do saber. Homens que ou habitam o quarto do rei, ou conquistaram um quarto individual. Porém, em ambos as habitações, poucas são as mulheres admitidas a entrar. Se

permitido é o acesso, este se dá somente com o cumprimento da condição de que se observe o requisito essencial de não tirar a venda que lhes encobre os olhos e desvelar o sujeito-suposto-saber. Isto é, de, preferencialmente, não trazerem consigo a experiência feminina com o processo como fundamento epistemológico do que se compreende por conhecimento processual efetivamente libertário para todos e todas. (MENDES, 2020, p. 09)

Face à conjuntura supramencionada e, em especial, por serem as mulheres as maiores vítimas dos crimes de estupro *lato sensu*, torna-se imperioso evocar as formulações teóricas feministas que refletem acerca da instrução probatória aplicada a esses delitos, as quais tomam por ponto de partida o próprio sistema de garantias.

4.1.O garantismo sob as lentes da epistemologia feminista

O Sistema de Garantias ou Garantismo penal representa um divisor de águas na relação dos sujeitos perante o poderio estatal. Sem embargo, referido sistema se constitui como um modelo-limite jamais realizável em sua integralidade e também apresenta falhas, o que não importa dizer que se deve negar ou se distanciar desse referencial paradigmático e condicionante para o poder punitivo estatal. Sob essa perspectiva também se funda um processo penal calcado em uma epistemologia feminista:

Não se trata de distanciar-se completamente do garantismo, mas de submetê-lo ao crivo das vozes silenciadas de quem tem a liberdade e dignidade humana em jogo ocupando o espaço reservado à vítima, à ré ou à condenada. (MENDES, 2020, p. 86)

Nesse sentido, a formulação de um processo penal feminista deriva precisamente da pretensão de objetividade em que se funda a epistemologia do sistema de garantias. Essa objetividade, segundo Soraia Rosa Mendes (2020), culmina na coisificação das relações sociais, desconsiderando-se a concretude existencial de cada sujeito por elas responsáveis. Em verdade, a pretensão de objetividade do saber tradicional é meramente ideológica, na medida em que se funda na interdição de determinadas subjetividades enquanto categorias empíricas para a proposição do conhecimento.

No âmbito do processo penal a adoção de uma epistemologia em que se considere a experiência das mulheres como o ponto de partida no contexto da prova e da decisão torna possível apreender nuances diferenciadas a respeito de como são travadas as relações de opressão de gênero e as particularidades que daí derivam, o que não poderá, por outro turno, constituir salvo conduto para o decisionismo:

Sem nenhuma sombra de dúvidas um processo penal fundado em uma perspectiva epistemológica feminista necessariamente deve estar sempre vigilante quanto aos riscos do decisionismo e/ou do substancialismo. Por outro lado, é preciso reconhecer

que nenhum sistema é capaz de garantir a eliminação completa destes males, como o próprio Ferrajoli reconhece, na medida em que o garantismo constitui um modelo-limite, jamais possível de ser inteiramente satisfeito. (MENDES, 2020, p. 87)

Por outro lado, é valoroso recordar as lições de Vera Regina Pereira de Andrade, quando considera que o feminismo deve ser encarado – igualmente ao sistema de justiça criminal – como um sujeito coletivo e monumental pois realiza a tarefa de fazer a “mediação entre a história de um saber masculino onipresente e a história de um sujeito ausente – o feminino e sua dor” (ANDRADE, 2007, p. 04). A confrontação do saber tradicional – androcêntrico – trazida pelas inquietudes da epistemologia feminista é, portanto, um expediente catalizador que possibilita repensar não apenas determinadas categorias teóricas do processo penal, mas também a *práxis* executada dia-após-dia.

De modo especial nos crimes de estupro e estupro de vulnerável o giro epistemológico citado confere um melhor equilíbrio no contexto probatório e, de conseguinte, interfere na captura psíquica do magistrado. Isso porque a nova semântica conferida ao garantismo pela óptica feminista, calcada na noção de liberdade e dignidade humana das mulheres, propõe novos paradigmas para a produção da prova, a exemplo da admissibilidade da prova pericial por meio do exame de delito psicológico e a não depreciação da palavra da vítima. Cumpre lembrar que, em última análise, o que está em jogo no contexto da instrução probatória desses crimes, para as mulheres, é o seu próprio estar-no-mundo.

Em geral, no julgamento desses crimes existe uma lógica da honestidade que funciona, de maneira sub-reptícia, a partir de uma dicotomia que divisa a mulher honesta da não honesta mesmo à revelia do texto da lei. Essa lógica fortifica o entendimento de que múltiplos julgamentos acontecem simultaneamente ao jurídico, recaindo não apenas, mas principalmente sobre a pessoa da vítima:

Desta forma, o julgamento de um crime sexual – inclusive e especialmente o estupro – não é uma arena onde se procede ao reconhecimento de uma violência e violação contra a liberdade sexual feminina nem tampouco onde se julga um homem pelo seu ato. Trata-se de uma arena onde se julgam, simultaneamente, confrontados numa fortíssima correlação de forças, a pessoa do autor e da vítima: o seu comportamento, a sua vida pregressa. E onde está em jogo, para a mulher, a sua inteira “reputação sexual” que é – ao lado do status familiar – uma variável tão decisiva para o reconhecimento da vitimação sexual feminina quanto a variável status social o é para a criminalização masculina. (ANDRADE, 2007, p. 17)

Por força disso é que a epistemologia jurídica feminista propõe o estabelecimento de novos adornos a ser utilizados no processo penal concernentemente ao momento probatório, trazendo um novo enfoque à palavra da vítima:

A contribuição da epistemologia jurídica consiste no conselho de que o direito se acerque da psicologia cognitiva e das constatações por ela acumulada a partir de seus

experimentos. No que se refere às provas de caráter oral, a psicologia cognitiva dispõe da ferramenta intitulada “entrevista cognitiva”.

Trata-se de uma combinação de características que devem estar presentes no contato entre a autoridade institucional que levará a cabo o feito e a vítima, de modo que a declaração colhida seja a mais rica e acurada possível, e, ao mesmo tempo, esteja-se a evitar práticas que representem riscos de contaminação de sua memória (faço referência ao risco de produção de “falsas memórias”, isto é, que a vítima passe a recordar de fatos que nunca existiram). (MATIDA, 2019, p. 08)

Como já referenciado em linhas acima, nos casos de crimes sexuais em geral a palavra da vítima se mostra como o principal meio de prova, tendo em vista as condições peculiares de ocorrência de tais delitos. Nada obstante o valor relativo de tal meio probatório, deve-se considerar também as condições imanentes à condição da vítima, cuja submissão ao processo penal não poderá ser vexatória, constrangedora ou autoculpabilizante.

Nessa senda, aprofundar os sentidos do sistema de garantias significa nada mais que dotar a vítima mulher de instrumentos processuais adequados e efetivos para que, considerando a sua experiência enquanto ser-mulher, desde a investigação preliminar até o momento final do processo estejam resguardadas a sua liberdade e dignidade, bem como de eventuais narrativas e diligências autoculpabilizantes e vexatórias levadas à cabo por outros atores envolvidos na persecução penal. Embora antagônicos os interesses contrapostos processualmente não são excludentes entre si, de sorte que a tutela das garantias fundamentais do acusado não importa em abandono à dignidade da vítima.

5. ASPECTOS CARACTERÍSTICOS DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA RELATIVA AOS DELITOS DE ESTUPRO

Em arremate, a instrução probatória concernente aos delitos sexuais e, em especial, os delitos de estupro e estupro de vulnerável guarda peculiaridades espinhosas para ambas as partes, resguardadas as devidas proporções. De um lado, do acusado, vê-se que as animosidades do tecido social efetivamente já impõem uma “sentença condenatória” antes mesmo da marcha processual penal, sem qualquer observância a direitos e garantias fundamentais do indivíduo; de outro vértice a vítima enfrenta não apenas os males do delito, mas também forças inquisitivas e moralistas cujos discursos culminam por deslegitimar a violência sofrida, agarrando-se no contexto de dificuldade probatória imanente a esses casos.

No mais das vezes pouquíssimos são os meios de prova de que se podem utilizar, seja por que não restaram vestígios materiais do crime, seja por que a consumação ou tentativa do delito ocorreram em lugares ermos, ou mesmo por que não revelam sob quais circunstâncias o agente delituoso realizou a sua conduta. Todo esse panorama não torna impossível a prova, mas a dificulta em sensível diferença quando comparada com os elementos de prova colhidos para outros delitos.

Referentemente à palavra da vítima, meio probatório em geral mais comumente utilizado, nota-se que enfrenta sensíveis tensionamentos e embates, haja vista o grau de subjetividade dessa prova e das interferências emocionais (v.g. falsas memórias) que a própria violência sexual dá ensejo. Nesse contexto, fala-se na admissão da prova pericial do exame de corpo de delito psicológico, cujo laudo poderá constatar a verossimilhança do *quantum* alegado pela vítima, para quem, em geral, se atribui implicitamente o ônus de conservar marcas visíveis da violência sofrida.

Em contraponto, sob a égide do sistema de garantias a formação da culpa e o juízo condenatório só se impõe quando os elementos de informação desfavoráveis ao acusado transcendem a dúvida razoável imposta pelo princípio constitucional da presunção de inocência. Por ser estrutural e almejar dar concretude jurídica ao estado de inocência (TAVARES & CASARA, 2020) referido princípio goza de um alcance multidimensional que ergue um arcabouço que necessita ser superado se se almejar condenar alguém.

Nessa toada, dentro de uma perspectiva da instrução probatória nos delitos de estupro *lato sensu* exsurtem questionamentos e discussões em torno da admissibilidade, ou não, do rebaixamento de *standards* probatórios em favor da vítima, mitigando o alcance e a eficácia do

princípio da presunção de inocência do acusado. Não raro se verificam, em nome de melhor atender aos interesses da vítima, expedientes atentatórios aos parâmetros impostos pelo sistema de garantias, dando ensejo a decisões injustas.

Em que pese as paixões e animosidades que eventualmente possam circundar o contexto probatório nos crimes supracitados, é sabido que o julgador não pode ter por cicerone a evidência, servindo-se dela para guiar a sua atividade de retrospectar os fatos. Reitere-se que mesmo o evidente precisa ser submetido ao contraditório e a ampla defesa, seja ele um vestígio de material genético encontrado no corpo da vítima, seja ele um documento *lato sensu* onde estejam registradas as cenas do fato narrado etc., sob pena de grave injustiça:

O evidente precisa do “olhar” do processo penal, como **instrumento de correção do caráter alucinatório da evidência**. Portanto, é incrível como o **evidente cega**, impede a discussão, seda os sentidos e mata o contraditório. O evidente é inimigo do contraditório. E aqui está o grande perigo, o ovo da serpente, pois, sem contraditório e de olhos fechados, a única coisa que se faz é injustiça. (LOPES JR., 2020, p. 702)

Isso posto, cumpre enfrentar de maneira aprofundada esses meandros singulares que suscitam posicionamentos divergentes.

5.1. *Standards* probatórios

Fala-se em *standard* probatório quando se quer referir ao “‘quanto’ de prova é necessário para proferir uma decisão, o grau de confirmação da hipótese acusatória” (LOPES JR., 2020, p.574). Nesse passo, *standard* de prova diz respeito a um padrão que denota maior confiabilidade e credibilidade acerca do que foi alegado. É o marco determinante para aferir o mínimo de prova que se mostre suficiente para considerar provado um fato.

Na seara penal adota-se um *standard* probatório considerado mais rigoroso que aqueles aplicados no âmbito de outros “ramos” do Direito, qual seja o *beyond a reasonable doubt* (prova além da dúvida razoável). Não basta que a prova seja clara e convincente (*clear and convincing evidence*), ou seja mais provável que a sua negação (*more probable than not*), tampouco que goze de preponderância (*preponderance of the evidence*). Ela deve ser robusta o suficiente para transcender a dúvida razoável em torno da culpabilidade do acusado.

Essa exigência decorre da força imperativa do princípio da presunção de inocência, cuja eficácia é multidimensional em nosso ordenamento jurídico. Segundo LOPES JR. (2020) o princípio da presunção de inocência tem eficácia situada em três esferas: como norma de tratamento, exigindo-se que o imputado seja tratado como inocente tanto internamente quanto externamente ao processo; como norma probatória, não se admitindo nenhuma espécie de

inversão da carga probatória ou mesmo distribuição, posto que à acusação é atribuído o ônus de provar as alegações feitas; e, finalmente, como norma de julgamento, de onde se deflui ser um dever do juízo observar se há formação do *standard* probatório que autorize, com suficiência, a prolação de uma sentença penal condenatória.

Nesse aspecto, assevera Aury Lopes Jr.:

Podemos definir como os critérios para aferir a suficiência probatória, o “quanto” de prova é necessário para proferir uma decisão, o grau de confirmação da hipótese acusatória. É o preenchimento desse critério de suficiência que legitima a decisão.

O *standard* é preenchido, atingido, quando o seu grau de confiança alcança o padrão adotado. É um marco que determina “o grau mínimo de prova” exigido para considerar-se provado um fato. Susan HAACK acrescenta ainda que *standard* probatório está relacionado com o “grau de confiança que a sociedade crê que o juiz deveria ter ao decidir”.

E prossegue a autora explicando que *standards* de prova são graus de “aval”, confiabilidade, credibilidade, confiança (sempre subjetivo, portanto). Esses graus de “aval” não são probabilidades matemáticas. (*op. cit.*, págs. 574-575)

Desta feita, pode-se dizer que da conjugação da estrutura do sistema acusatório com a presunção de inocência extrai-se a máxima *in dubio pro reo*, segundo a qual nenhuma condenação deverá haver quando subsistirem dúvidas razoáveis quanto à autoria e materialidade delitiva. Referida dinâmica traduz o chamado *standard* probatório mínimo, que é aquele que exige da acusação sempre a demonstração de elementos capazes de superar a dúvida razoável quanto à culpabilidade do réu (prova além da dúvida razoável – *beyond a reasonable doubt*). Persistindo a dúvida, impõe-se a absolvição:

Somente havendo prova robusta, forte, altamente confiável, de indiscutível qualidade epistêmica, que se traduza em um alto grau de probabilidade (ou certeza, para quem admite essa categoria na perspectiva processual), que supere toda e qualquer dúvida fundada sobre questões relevantes do caso penal, é que autoriza uma sentença penal condenatória, pois apta a superar a barreira do “acima da dúvida razoável”. (LOPES JUNIOR, 2020, p.577)

E assim o é não porque desde sempre estabelecido ou atribuído à humanidade metafisicamente, mas por uma decisão política tendo por fundamento a administração do erro judiciário, conforme explicita LOPES JR., (2020). Resvala nas lições de Calmon de Passos (2000), quando afirma que existem saberes que se situam não numa dimensão regida pelas leis naturais, mas de subordinação à vontade humana. Assim o é com o Direito (aqui, o processo penal), cujo objeto de conhecimento é necessariamente regido pelo operar humano, não se reificando e nem tomando forma, pois jamais se acaba e tampouco torna-se um produto.

No entanto reside justamente aqui o ponto nevrálgico do problema, pois se por um lado deve-se guardar máxima observância aos preceitos constitucionais e, em especial, ao *in dubio pro reo*, este somente superado pelo *standard beyond a reasonable doubt*; de outro, nos crimes de estupro *lato sensu*, pela própria natureza – cometidos a ermo, na clandestinidade – apenas

resta como conhecedora do fato a vítima, cuja palavra, muitas vezes, é o único meio de reconstituir a história do delito. Decorre daí os embates em torno da (in)admissibilidade rebaixamento do *standard* probatório em favor da vítima de delitos sexuais.

5.2. Rebaixamento do *standard* probatório

Quando se fala em rebaixamento de *standard* probatório busca-se, em última análise, a redução do grau de exigência probatória, fundando-se na dificuldade acentuada que a produção da prova se mostra mais presente em alguns casos penais que em outros. Por força desse expediente, em sendo admitido, o mero reconhecimento pessoal ou a declaração prestada pela vítima nos crimes sexuais supracitados seriam suficientes para figurar como prova autossuficientes ao desiderato condenatório.

Sustenta-se, atualmente, a admissibilidade do rebaixamento do *standard* probatório em duas hipóteses: a primeira leva em conta a fase procedimental, cenário em que em determinadas decisões interlocutórias – tais como as que decretam medidas cautelares ou as que admitem/recebem a denúncia – não exigiriam maior robustez probatória, diferentemente da sentença condenatória; já na segunda hipótese o critério que legitimaria a promover o rebaixamento do *standard* probatório seria a natureza do crime, se mais ou menos grave, de menor ou maior complexidade probatória.

Em que pese o posicionamento firmado para se admitir o rebaixamento do *standard* probatório nos casos em que se considera a natureza do crime como parâmetro legitimador, urge registrar a divergência em torno desse vaticínio. Isso porque, lembre-se, a robustez exigida para a formação do *standard* probatório adotado em sede penal (*beyond a reasonable doubt*) deflui, inseparavelmente, da força vinculante da presunção de inocência, a qual se mantém hígida e indiferente tanto à gravidade abstrata dos crimes como à quantidade de pena a eles cominada. Segundo o escólio de Aury Lopes Jr.,

Constitui um grande erro supor que determinados crimes (seja pela gravidade ou complexidade) admitam “menos prova” para condenar do que outros. É absolutamente equivocada a prática decisória brasileira de, por exemplo, supervalorizar a palavra da vítima em determinados crimes (violência doméstica, crimes sexuais, crimes contra o patrimônio mediante violência ou grave ameaça etc.) e admitir a condenação exclusivamente com base na palavra da vítima ou quase exclusivamente, quando se recorre, por exemplo, a “testemunhas de ouvir dizer” (*hearsay*) que nada viram, mas apenas ouviram...

Em outros casos, se tem a palavra da vítima mais o reconhecimento pessoal (feito pela própria vítima), ou seja, não se rompe com a circularidade probatória da “palavra da vítima” e em última análise, ainda que não pareça, se está condenando apenas com base na palavra dela.

Tal prática se traduz em um rebaixamento não justificado e não autorizado do *standard* probatório. Até porque a presunção de inocência não é “maior ou menor”, “mais robusta ou mais frágil”, conforme a natureza do crime. (*op. cit.*, págs. 578-579)

5.3. Palavra da vítima, auto-circularidade referencial da prova e falsas memórias

Do ponto de vista eminentemente processual legal-constitucional verifica-se que o valor probatório da palavra da vítima, de *per si*, não constitui critério legítimo e autorizador para o juízo condenatório. Isso porque: no plano material da realidade imediata ela faz parte do caso e está contaminada por ele, acarretando diferentes consequências “tanto para beneficiar o acusado (por medo, por exemplo), como também para prejudicar um inocente (vingança, pelos mais diferentes motivos)” (LOPES JR., 2020, p. 728); no plano formal processual penal ela não tem o dever compromissório de falar a verdade, o que, de certa maneira, diminui a credibilidade de seu depoimento.

Isso não significa dizer que o seu depoimento será considerado desnecessário ou meramente simbólico. Essa dinâmica revela, em verdade, que o processo penal regido sob o sistema acusatório impõe que o seu depoimento seja produzido e confrontado com outros meios de prova aptos a realizar a captura psíquica e o convencimento do juízo nesse expediente de retrospectiva aproximativa dos fatos delitivos.

A partir daí se torna possível notar a logicidade orgânica que envolve a razoabilidade em torno da discussão acerca da produção de prova e contraprova no que se refere ao depoimento do ofendido, haja vista, entre outros, a possibilidade de condenação de inocentes, nos dizeres de Ana Maria Moraes de Brito:

As discussões a respeito do problema se devem a crescente quantidade de casos em que se verifica, posteriormente a condenação, a ocorrência de falso depoimento, ou mesmo, o surgimento de uma falsa memória e a superveniente busca por um responsável do erro judiciário, que em geral é o Estado ou a suposta vítima. (BRITO, 2019, p. 117-118)

Para os crimes sexuais já referidos no corpo do presente trabalho, o depoimento da vítima assume feição de maior relevo em razão das complexidades imanentes a esses próprios delitos. Não obstante, urge registrar ponderação tecida por Janaína Matida no sentido de demonstrar que a importância especial conferida à palavra da vítima para a elucidação desses crimes encontra mais guarida no plano abstrato:

No que se refere à palavra da vítima, trata-se de um lugar comum afirma-la como de especial importância nos crimes de gênero. Gostaria de problematizar essa “especial importância” que supostamente o sistema jurídico reconhece à palavra da vítima. Denúncias as mais diversas demonstram o despreparo dos agentes policiais para receber os relatos das mulheres e pessoas lgbti’s quando adentram às unidades policiais para partilhar das suas narrativas. De acordo com o contado pelas vítimas a

uma série de pesquisas na área, os agentes policiais reproduzem a lógica patriarcal, julgadora e moralista, no ambiente em que deveriam, pelo contrário, oferecer-lhes proteção. (MATIDA, 2019, p. 08)

Nos depoimentos desses crimes importam, simultaneamente, tanto o conteúdo quanto a condução do ato. Com relação a esta última, pode-se dizer que tem uma proeminência acentuada posto que pode interferir no próprio conteúdo substancial a ser levado pela vítima. Por vezes, o ambiente onde os depoimentos são prestados não se mostram receptivos à vítima, de sorte que influem nas emoções sob diversas maneiras, inclusive ensejando a ocorrência do fenômeno denominado por falsas memórias, para o qual o processo penal não pode se mostrar indiferente, vez que, por vezes, serão as memórias o único sustentáculo de que se serve a vítima para tentar provar o que alegou:

Imprescindível a demonstração da concepção da memória sob diversos aspectos, pois dela depende o processo tanto para o reconhecimento dos acusados quanto para a reconstrução do fato delituoso, diante da ausência de demais provas técnicas, tais como perícias, exames de DNA, isolamento do local, colheita de digitais, entre outras. Destarte, o processo penal não pode ignorar como a memória é vista pelos outros campos do saber. (LOPES JR & DI GESU, 2008, p. 103)

Já é pacificado nos estudos da memória que o volver do tempo afeta a riqueza de detalhes que permeiam a ocorrência de determinados eventos ou fatos em si, de sorte que, ao revés, não influi no apagamento dos detalhes emocionais dali oriundos. Nesse sentido, existe uma tendência da memória em preservar apenas a emoção do ocorrido, operando-se a partir do presente em vez do passado, sendo comum que, no dinamismo funcional da memória, as emoções do tempo presente interfiram na projeção e descrição dos fatos já experienciados.

Nesse itinerário, as falsas memórias não se confundem com o fenômeno da mentira porque neste último existe a consciência de que as narrativas descritas são fruto de uma clara manipulação e falseamento da realidade. Nas falsas memórias,

cuida-se da inserção de uma informação não-verdadeira em meio a uma experiência realmente vivenciada, produzindo o chamado efeito ‘falsa informação’, no qual o sujeito acredita verdadeiramente ter passado pela experiência falsa” (LOPES JR & DI GESU, 2008, p. 104).

A rigor, pode-se dizer que as falsas memórias são gestadas de duas maneiras: a) espontânea ou auto-sugestiva, quando deriva do próprio processo de compreensão e revisitação do evento levado à cabo pelo sujeito que o vivenciou; e b) por sugestionabilidade externa ou indução, quando influências externas (jornais, revistas, programas de televisão, interrogatórios sugestivos etc.) ao indivíduo que presenciou ou experimentou determinado evento alteram o fato ou até mesmo implantem uma falsa memória de algo que nunca ocorreu efetivamente.

No âmbito dos crimes sexuais é indubitável importância que os elementos de sugestionabilidade externa/indução provenientes de entes variados não alcancem o ofendido, posto que é um terreno bastante fértil para a implantação de falsas memórias. Com relação à vítima não se pode pretender, de certa maneira, escapar da auto-circularidade referencial e a auto-sugestionabilidade que envolvem o seu depoimento, afinal ela já está contaminada pelo só fato de fazer parte do caso. De outro lado, porém, no que diz respeito às circunstâncias de colheita de seu depoimento – tais como o momento do feito, a técnica de entrevista adotada ou mesmo a conduta das pessoas envolvidas e eventuais testemunhas – o cenário se altera com maior contundência.

Como já dito, a condução do depoimento pode interferir sensivelmente no conteúdo que a vítima tem a revelar. As técnicas tradicionais de interrogatório já são rechaçadas exatamente por virtude da alta sugestionabilidade com que se realizam. Nesse quesito, o “fato é que se o entrevistador está previamente convicto acerca da ocorrência do delito, certamente vai dirigir todos os questionamentos de modo a confirmá-lo (o chamado de *primado das hipóteses sobre os fatos* [...])” (*op.cit.*, p. 106).

Por força dessa dinâmica milita a doutrina pela adoção da chamada entrevista cognitiva como técnica para colher as informações em maior quantidade e qualidade, entendendo também como sendo a mais acertada em se tratando de crimes sexuais, onde a vítima é exposta mais agudamente. Realizada em um prazo razoável e seguindo alguns parâmetros objetivos de cognição a entrevista cognitiva possibilita uma maior qualidade epistêmica da prova, na medida em que não apenas reduz o risco da ocorrência das falsas memórias, como também confere maior dignidade à vítima dos delitos sexuais.

Com efeito, a doutrina também aponta a possibilidade de gravar a entrevista na fase pré-processual para que o juiz possa averiguar sob que circunstâncias o depoimento da vítima foi colhido, podendo constatar se houve um grau de contaminação da prova mais ou menos acentuado a depender do método de entrevista efetivamente adotado:

De outra banda, a *gravação das entrevistas* realizadas na fase pré-processual, principalmente as realizadas por assistentes sociais e psicólogos, permite ao juiz o acesso a um completo registro eletrônico da entrevista. Isso possibilita ao julgador o conhecimento do modo como os questionamentos foram formulados, bem como os estímulos produzidos nos entrevistados. Assumem especial importância não como indício de prova propriamente dito, mas para que o julgador avalie como foi realizado o procedimento e que métodos foram utilizados, a fim de verificar ou não os graus de contaminação. (LOPES JR., & DI GESU, 2008, págs. 108-109)

Nesse diapasão verifica-se que, do cotejo entre a busca pela maior qualidade epistêmica da prova em nome de preservar as garantias do acusado e a inafastável necessidade de conferir

tratamento digno e respeitoso à vítima de delitos sexuais, novos paradigmas da prova estão se aglutinando ao processo penal, tornando imperiosa a sua exposição.

5.1. A (nova) prova pericial nos crimes sexuais

Como já referenciado no corpo do presente trabalho, a produção da prova relacionada aos delitos sexuais, em especial os Estupros *lato sensu*, é de grande complexidade. Em que pese esse cenário, alcançar a prova nesses delitos não é um expediente impossível, razão por que não deve ser tratado como se assim o fosse, de sorte que não se pode obstar diligências que se afigurem legítimas e eficazes ao desiderato probante.

Em geral, é muito difícil que de referidos crimes restem vestígios materiais que possam ser periciados por meio do exame de corpo de delito, tal como estatui a racionalidade do comando legal. Contrariamente à logicidade abstrata da lei a maior parte das vítimas adota, naturalmente, uma postura que se liga umbilicalmente à finalidade de não fazer protrair no tempo a violência sofrida em seu corpo e a sensação vexatória da imundície:

[...]Muitas vezes e múltiplas causas podem inviabilizar o exame de corpo de delito, sendo o desaparecimento dos vestígios, por exemplo, um deles. Algo extremamente comum em casos de crimes sexuais, em especial o estupro, nos quais os vestígios se existentes, em caso de violência real, exigem da vítima que, antes de qualquer avaliação médica, por exemplo, não jogue fora ou troque de roupa, não se lave, não tome banho, não use ducha, não corte as unhas, não escove os dentes ou usem desinfetantes bucais, tudo sob o risco de, com isso, destruir a prova da materialidade do crime. Ou seja, o que exige-se da vítima é todo o contrário do que sabidamente o trabalho imediato de sua psique lhe ordena fazer: tentar limpar-se, depurar-se, tirar de si a sujeira de um ato de violência que a cultura machista faz com ela, muitas vezes, entenda ter sido ela a própria responsável. Só uma mulher estuprada sabe o que significa sentir-se “imunda”. Mas é isso o que se exige-se dela no processo: que imediatamente após o crime, racionalmente compreenda que a imundície de seu corpo é a prova (no mais das vezes, segundo a doutrina tradicional, a única prova) da violação sofrida. (MENDES, 2020, p. 105)

Diante desse cenário verifica-se que exigência da preservação dos vestígios da materialidade desses crimes é um ônus não apenas desarrazoado como também é atentatório à dignidade e humanidade da vítima, impondo aos juristas a tarefa de enfrentar a questão sob novas perspectivas. A complexidade da prova já está posta e por vezes é inescapável, motivo pelo qual não se deve dificultar a busca pelo signo informativo eficiente à tarefa probatória, o que não deve significar, por seu turno, um atropelo às garantias fundamentais do indivíduo que figura na condição de suspeito ou acusado.

Nesse caminho evoca-se a existência do chamado exame de corpo de delito psicológico, já brevemente mencionado linhas acima. Referido exame se fundamenta na noção de que os

delitos tanto provocam desdobramentos apreensíveis na realidade material imediata quanto consequências de ordem psicológica para a vítima, alterando o seu comportamento individual e social, de sorte que a repercussão do evento criminoso no âmago da psique do ofendido merece ser avalizada tecnicamente e, de conseguinte, inserida como um meio de prova apto a formar o convencimento do juiz.

O exame de corpo de delito psicológico, também denominado perícia psicológica, consiste em uma investigação científica e técnica que se faz sobre as condições psicológicas atuais da vítima, por meio da qual o perito apresentará o laudo com o devido diagnóstico e/ou prognóstico. Podem ser utilizados, na perícia psicológica, recursos como a anamnese psicológica, a entrevista psicológica ou até mesmo testes psicológicos especializados e próprios para esses casos.

A admissibilidade de referido meio de prova sustenta-se por força normativa do art. 159, do Código de Processo Penal, cujo teor, *in verbis*, preconiza que “o exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior”. Assim, a prova pericial psicológica é apenas mais uma das muitas perícias técnico-científicas que existem modernamente, devendo ser realizada nos termos e limites do que estabelece a ordenação processual penal. Nesse sentido, tal como as outras provas periciais o exame de corpo de delito psicológico deve ser submetido ao procedimento jurisdicional, sob o crivo da ampla defesa e do contraditório, não encerrando, ao revés, uma verdade absoluta em si mesma ou que abriga valor hierarquicamente superior com relação a outros meios de prova eventualmente já coligidos.

Em que pese a inexistência de impeditivos legais para a admissão e produção desse meio de prova, nota-se que a realidade material é o fator que prepondera em termos de imposição de obstáculos à feitura do mesmo, haja vista as diferentes e variadas estratégias mentais, físicas ou verbais de que a vítima, voluntária ou involuntariamente, se serve para enfrentar o problema. Por essa razão é que se entende, tal como no âmbito do depoimento do ofendido, que as técnicas de intervenção devem ser adequadas e precisas, de sorte que também aqui se pode utilizar da chamada entrevista psicológica cognitiva.

A entrevista psicológica cognitiva não se confunde com a perícia psicológica (exame de corpo de delito psicológico), porque esta última engloba uma série de procedimentos, dentre os quais pode se situar a entrevista psicológica cognitiva. A entrevista cognitiva é uma técnica que possibilita não apenas que a vítima se sinta confortável em expor sua narrativa, como também ameniza os riscos de ocorrência das falsas memórias, e funciona a partir de certos critérios cognitivos, como resumidamente explica Janaína Matida:

O entrevistador deve construir um ambiente receptivo e empático para que o relato se dê;
O relato deve ser livre e o entrevistado deve ser estimulado a descrever todos os detalhes, sem editar o relato, no seu ritmo;
O entrevistador deve esclarecer que o entrevistado tem o direito e o dever de dizer “não sei”, “não entendi”;
O entrevistador deve esclarecer que o entrevistado tem a responsabilidade de lhe corrigir. (MATIDA, 2019, p. 09)

Ademais, quaisquer outras técnicas que possam ser utilizadas no âmbito da perícia psicológica devem observar um “protocolo” mínimo e razoável de intervenção, cujo escopo seja precisamente o de resguardar a vítima da flagrante exposição que significa (e simboliza) recordar a experiência vivida. Nesse sentido, a admissão e produção da prova pericial a partir dessa releitura epistemológica se prestará não somente a conferir dignidade à vítima, mas também a não macular o sentido, a eficácia e o alcance das garantias fundamentais do sujeito que figura na condição de suspeito ou acusado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Face à acentuada complexidade que envolve a instrução probatória relativa aos crimes de Estupro e Estupro de vulnerável, o presente trabalho elencou como proposta analisar se o sistema de garantias e os princípios que dele são derivativos devem ceder lugar e sofrer mitigação ante à palavra da vítima enquanto meio de prova, por meio da admissibilidade do chamado rebaixamento de *standard* probatório.

O primeiro objetivo específico se referia à busca pelo conceito de “prova” – e o seu valor- firmado sob a égide do sistema processual acusatório. Restou evidenciado, no capítulo 3, que a arquitetura contemporânea do sistema processual penal – o acusatório - e a instrumentalidade garantista representam um marco indissociável para a tarefa de entender “o que é uma prova” e como que se deve apreciar o seu valor, uma vez que as garantias da jurisdicionalidade, ampla-defesa e contraditório impõem limites que condicionam desde a admissibilidade de certos signos informativos até o momento de seu uso, pelo julgador, para fundamentar a imposição de sentença condenatória. Só se fala em prova, portanto, quando a retrospecção dos fatos é realizada por meio de elementos de informação devidamente submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa judicial.

O segundo objetivo específico, por sua vez, dizia respeito à averiguação dos meios de prova em espécie que, no âmbito da instrução probatória dos crimes de estupro *lato sensu*, fossem dotados de maior objetividade e precisão epistêmica, no lugar do acentuado traço de subjetividade imanente ao depoimento da vítima. Para tanto, no item 3.3 foram elencados todos os meios de prova em espécie admitidos pelo Código de Processo Penal, os chamados meios de prova nominados, extraíndo-se dali que as circunstâncias concretas de cada caso poderão declinar mais para um que para outro meio de prova, de sorte que a objetividade pretendida diz guarda relação com o exame de corpo de delito e outras perícias, prova documental e a busca e apreensão. Ocorre, todavia, que a pretensão de objetividade não constitui salvo-conduto para dotar de valor hierárquico uma prova em preterição de outra, posto que até mesmo aquela que costuma ser considerada a mais objetiva e impessoal de todas – o exame de corpo de delito – não revela todas as circunstâncias necessárias à retrospecção dos fatos, mas apenas uma parte delas.

Por último, mas não menos importante, o terceiro objetivo específico guardava relação com a busca por entender como se dão os fenômenos da vitimização secundária e vitimização terciária sob uma perspectiva de gênero. Nesse sentido, todo o capítulo 4 foi destinado a dar

lugar a narrativas que se pautam no gênero, não apenas porque as mulheres são majoritariamente as mais vitimadas dos crimes de estupro *lato sensu*, mas também porque, como se viu, o poder punitivo se impõe enquanto um poder de gênero.

Sob essa perspectiva, verificou-se que a vitimização secundária ou sobrevivitização ocorre no âmbito das instituições estatais, tal como o sistema de justiça criminal, reconduzindo a vítima à situação de violência experienciada à medida em que o tratamento que lhe é dispensado mostra-se não apenas vexatório como também permeado por estereótipos que foram gestados desde tempos longínquos. De outro lado, no que diz respeito à vitimização terciária, restou evidenciado tratar-se do desamparo social – e até familiar – resultante da ambivalência presente nos discursos emanados pelo tecido social, os quais conjugam, de um lado, puritanismos moralistas que buscam dar legitimidade à violência sofrida, e, de outro, um punitivismo que se exacerba de maneira tal à vítima tornar-se um mero espectro, um “dado” quase completamente esquecido ou deixado de lado.

A partir da adoção de uma perspectiva de gênero foi possível notar que tanto a vitimização secundária quanto a terciária são expressões precisas do poder punitivo, o qual se manifesta por meio do Estado, da sociedade e da família. Em contrapartida, também foi possível conhecer a existência e a formação de novos arcabouços teóricos cujo escopo primordial pretende aprofundar os sentidos do sistema de garantias, redesenhando e formulando diretrizes paradigmáticas para, simultaneamente, fornecer mais qualidade epistêmica das provas para os crimes já citados e conferir, efetivamente, dignidade à vítima, conforme explanado tanto no capítulo 4 quanto no capítulo 5 onde se tratou da entrevista cognitiva psicológica e do exame de corpo de delito psicológico.

À luz das referências trazidas foi possível notar que a instrumentalidade garantista não pode ser maculada e/ou suprimida sob o pretexto de melhor tutelar os direitos da vítima por força da complexidade acentuada de determinados casos, como nos delitos de estupro *lato sensu*, não significando, ao revés, o abandono da vítima, uma vez que a epistemologia feminista tem proposto novos paradigmas que efetivamente podem se aglutinar ao processo penal.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina de. **A soberania patriarcal: o Sistema de Justiça Criminal no Tratamento da Violência Sexual Contra a Mulher**. In: *Direito Público*, Nº 17 -Jul-Ago-Set/2007- Doutrina Brasileira. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1300/766>. Acesso em 08/05/2021.
- AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.
- BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, vol. 1** – 26. Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Nova ed., 7ª reimpressão, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm.
- BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
- BRITO, Ana Maria Moraes de: **O risco judicial da força do depoimento da vítima no âmbito do crime de estupro de vulnerável**, Macapá, n. 11, p. 117-128, 2019, disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/planeta>; Acesso em 15/05/2021.
- CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**, Campinas: Servanda Editora, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**, disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32571-39731-1-PB.pdf>, Acesso em 13/03/2021.
- FARIAS, Cristiano Chaves de & ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie**, 5. Ed., São Paulo: Atlas, 2015.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**, 8ª ed., Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JUNIOR., Aury. **Direito Processual Penal**, 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury & DI GESU, Cristina Carla. **Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos**, disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RJ%20364%20-%20Doutrina%20Penal.pdf>. Acesso em 15/05/2021.

MATIDA, Janaína. **O que deve significar o especial valor probatório da palavra da vítima nos crimes de gênero**. In: Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal, Ano 2- Nº3, p. 07-09, disponível em: http://www.ibadpp.com.br/novo/wp-content/uploads/2019/08/TRINCHEIRA_JUNHO_WEB.pdf. Acesso em 09/05/2021.

MENDES, Soraia Rosa. **(RE)Pensando a criminologia: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista**. In: Repositório Institucional da UNB, disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/11867>. Acesso em 13/04/2021.

MENDES, Soraia Rosa. **Processo Penal Feminista**, 1ª ed., São Paulo: Atlas, 2020.

MENDES, Soraia Rosa & PIMENTEL, Elaine. C. **A violência sexual: a epistemologia feminista como fundamento de uma dogmática penal feminista**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 146. São Paulo: RT, 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2020.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**, 1ª ed., 3ª tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**, 12ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**, 27ª ed., São Paulo: Atlas, 2019.

SILVA FILHO, Jorge Ferreira da. Perspectivas de o afeto configurar-se elemento nuclear da noção jurídica de família. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, vol. 33. Porto Alegre: Magister, abr/mai 2013, p. 44-64.

SOUZA, Luanna Tomaz de. **Vitimologia e gênero no processo penal brasileiro**, 2013, Cadernos de Gênero e Tecnologia, disponível em: <https://periodicos.utfpr.edu.br/cgt/article/view/6102>; Acessado em 17/04/2021.

TAVARES, Juarez & CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**, 1ªed., São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**, 6ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A questão criminal**, 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2013.

RELATÓRIO ANTI-PLÁGIO

Arquivos	Termos comuns	Similaridade
TCC - GUILHERME formatado.docx X https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/332929543/principio-do-nemo-tenetur-se-detegere-no-direito-brasileiro	567	1,98
TCC - GUILHERME formatado.docx X https://jus.com.br/artigos/68378/a-im-possibilidade-de-prova-contra-si-e-os-meios-alternativos-de-producao-em-relacao-a-embriaguez-no-transito	246	0,96
TCC - GUILHERME formatado.docx X https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5283/O-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-Nemo-tenetur-se-detegere	185	0,76
TCC - GUILHERME formatado.docx X https://www.gov.br/planalto/pt-br	49	0,2
TCC - GUILHERME formatado.docx X https://www.reference.com/business-finance/cost-prohibitive-mean-6025d42569fc0885?ad=dirN&qo=serpIndex&o=740005	0	0
TCC - GUILHERME formatado.docx X https://www.reference.com/business-finance/nature-business-372673bbec5000ed?ad=dirN&qo=serpIndex&o=740005	0	0
TCC - GUILHERME formatado.docx X https://www.questionsanswered.net/article/what-does-hr-mean-and-what-do-they-do?ad=dirN&qo=serpIndex&o=740012	0	0
TCC - GUILHERME formatado.docx X https://www.questionsanswered.net/article/10-words-unexpected-meanings?ad=dirN&qo=serpIndex&o=740012	0	0
TCC - GUILHERME formatado.docx X http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-L/Lei/Del5452.htm	-	- Download falhou. HTTP response code: - Connection timed out: connect
TCC - GUILHERME formatado.docx X https://www.reference.com/world-view/meaning-social-context-594eacd7381bf5f6?ad=dirN&qo=serpIndex&o=740005	0	0