

HELLIS CAROLLINE MARACAIPE NETO

VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA O MENOR IMPÚBERE E AS PROVAS NO PROCESSO
PENAL

Palmas - TO

2020

HELLIS CAROLLINE MARACAIPE NETO

VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA O MENOR IMPÚBERE E AS PROVAS NO PROCESSO
PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) II elaborado e apresentado como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Palmas (CEULP/ULBRA).

Orientadora: Prof^a. MSc. Denise Knewitz.

Palmas - TO

2020

Hellis Caroline Maracaipe Neto

VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA O MENOR IMPÚBERE E AS PROVAS NO PROCESSO
PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) II elaborado e apresentado como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Palmas (CEULP/ULBRA).

Orientadora: Profª MSc. Denise Cousin Souza Knewitz.

Aprovado em: 02/12/2020

BANCA EXAMINADORA

Profª. MSc. Denise Cousin Souza Knewitz

Orientadora

Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULP

Prof. Abizair Antônio Paniago

Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULP

Prof. Geraldo Divino Cabral

Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULP

Palmas – TO

2020

Ao meu esposo, minha filha e minha família, que acreditaram em mim a todo o momento e contribuíram para que meus sonhos se tornassem possíveis.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por estar sempre comigo, guiando e iluminando minha jornada.

Agradeço ao meu esposo, parceiro para toda hora, que sempre esteve ao meu lado e me deu forças para realizar os meus sonhos.

Agradeço aos meus familiares, que compreenderam minhas ausências justificadas pela dedicação à pesquisa.

Agradeço aos meus colegas de turma, que foram verdadeiros companheiros nessa jornada.

Agradeço à minha orientadora, sem a qual o presente estudo não teria tomado o rumo que tomou, fomentando minha curiosidade pelo assunto e me instigando a persistir sempre.

“Pois o Senhor é quem dá sabedoria; de sua boca procedem o conhecimento e o discernimento”. (Provérbios 2:6, Bíblia Sagrada).

RESUMO

Maracaipe Neto, Hellis Carolline. **Violência sexual contra o menor impúbere e as provas no processo penal**. 2020. 56 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Curso de Direito, Centro Universitário Luterano de Palmas, Palmas/TO, 2020.

O abuso sexual infantil e juvenil tem se caracterizado como uma das diversas formas de violência que atingem crianças e adolescentes, expondo uma realidade preocupante, que evidencia as dificuldades em se responsabilizar o agressor diante da ausência ou insuficiência de indícios de autoria e materialidade. Assim, o objetivo geral da pesquisa é abordar a violência sexual contra o menor impúbere, analisando-se as provas no processo penal e sua valoração. A metodologia escolhida para realização da monografia foi a pesquisa qualitativa bibliográfica, realizada através de documentos como livros e artigos científicos. O presente estudo foi capaz de evidenciar que o julgador não está alheio à valoração do depoimento da vítima como prova suficiente para embasar condenação por crime sexual contra menores, desde que esta prova seja amparada por outros elementos que corroborem seu conteúdo.

Palavras-chave: Depoimento sem dano. Menores impúberes. Estupro de vulnerável.

ABSTRACT

Maracaibe Neto, Hellis Carolline. **Sexual violence against unlawful minors and evidence in criminal proceedings**. 2020. 56 p. Course Conclusion Paper (Graduation) – Law Course, Centro Universitário Luterano de Palmas, Palmas/TO, 2020.

Child and youth sexual abuse has been characterized as one of several forms of violence that affect children and adolescents, exposing a worrying reality, which highlights the difficulties in making the aggressor responsible in the face of the absence or insufficiency of evidence of authorship and materiality. Thus, the general objective of the research is to address sexual violence against unrepentant minors, analyzing the evidence in the criminal process and its valuation. The methodology chosen to carry out the monograph was qualitative bibliographic research, carried out through documents such as books and scientific articles. The present study was able to show that the judge is not unaware of the assessment of the victim's testimony as sufficient evidence to support the conviction for sexual crime against minors, as long as this evidence is supported by other elements that corroborate its content.

Keywords: Testimony without damage. Impudent minors. Rape of vulnerable.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO..... | 9 |
| 1 DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA..... | 11 |
| 1.1 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA..... | 11 |
| 1.2 LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL | 14 |
| 1.2.1 Declaração de Genebra | 14 |
| 1.2.2 Tratado de Versalhes | 15 |
| 1.2.3 Declaração Universal dos Direitos do Homem | 16 |
| 1.2.4 Declaração Universal dos Direitos da Criança | 17 |
| 1.2.5 Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais | 18 |
| 1.2.6 Convenção Internacional dos Direitos da Criança..... | 19 |
| 1.3 LEGISLAÇÃO NACIONAL | 20 |
| 1.3.1 Constituição Federal de 1988 | 20 |
| 1.3.2 Código Penal Brasileiro | 21 |
| 1.3.3 Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) | 22 |
| 2 DAS PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL EM CRIMES SEXUAIS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES..... | 24 |
| 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA | 24 |
| 2.2 MEIOS DE PROVA..... | 26 |
| 2.2.1 Depoimento do ofendido | 27 |
| 2.2.2 Interrogatório e confissão do acusado | 28 |
| 2.2.3 Prova pericial | 29 |
| 2.2.4 Prova testemunhal | 30 |
| 2.2.5 Prova documental..... | 31 |
| 2.2.6 Prova indiciária | 32 |
| 3 DA POSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO DAS PROVAS EM CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES IMPÚBERES E O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES | 34 |
| 3.1 RECOMENDAÇÃO Nº 33 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA..... | 34 |
| 3.2 LEI Nº 13.431, DE 04 DE ABRIL DE 2017 | 37 |
| 3.3 A PALAVRA DA VÍTIMA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA..... | 39 |

| | |
|---|----|
| 3.4 VALORAÇÃO DAS PROVAS EM CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES IMPÚBERES E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS E TRIBUNAIS SUPERIORES | 41 |
| CONCLUSÃO..... | 48 |
| REFERÊNCIAS | 50 |

INTRODUÇÃO

Na atualidade, são recorrentes as notícias sobre abusos sexuais no Brasil, casos que, em grande parcela, acontecem no âmbito familiar, ou seja, a maior parte dos agressores faz parte do círculo de convívio das vítimas. O delito de estupro é combatido em todos os ordenamentos jurídicos do mundo civilizado, em razão da sua gravidade e das consequências geradas na vida de quem é agredido, em especial os traumas psicológicos que são provenientes da violência sexual.

O abuso sexual infantil e juvenil tem se caracterizado como uma das diversas formas de violência que atingem crianças e adolescentes. Delitos assim, descritos na Constituição Federal (art. 227 § 4º), no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e no Código Penal (art. 218-A), por sua incidência, expõem uma realidade preocupante, e ao mesmo tempo evidencia as dificuldades em se responsabilizar o agressor diante da ausência ou insuficiência de indícios de autoria e materialidade. Isso ocorre porque, na sua grande maioria, os casos de violência sexual contra menores ocorre no contexto familiar, o que faz com que não se tenham testemunhas oculares ou provas documentais, havendo apenas a alegação da vítima dentro do processo, o que impõe desafios acerca da forma como este depoimento deve ser colhido.

O tema se mostra relevante a ser estudado, visto que pode embasar argumentos utilizados a favor da acusação, em um processo criminal que se apure crime sexual cometido contra criança, bem como pode fundamentar argumentos da defesa do suposto autor do fato.

Dado o tema em estudo, foram identificados alguns questionamentos que se mostram pertinentes: Qual a legislação que ampara os direitos da criança e do adolescente? Quais os meios de prova admitidos e que se relacionam com crimes contra a dignidade sexual? É possível valorar as provas em matéria de crimes sexuais contra crianças e adolescentes e qual o posicionamento de tribunais superiores e estaduais acerca do tema?

A fim de buscar uma resposta a estes itens, foram definidos objetivos gerais e específicos. Assim, o objetivo geral da pesquisa é abordar a violência sexual contra o menor impúbere, analisando-se as provas no processo penal e sua valoração. Já os objetivos específicos são a) apontar a legislação que ampara os direitos da criança e do adolescente; b) examinar os meios de prova admitidos e que se relacionam com crimes contra a dignidade sexual; e c) analisar a possibilidade de se valorar as provas em matéria de crimes sexuais contra crianças e adolescentes, abordando o posicionamento de tribunais superiores e estaduais acerca do tema. A metodologia escolhida para realização da monografia foi a pesquisa qualitativa bibliográfica, realizada através de documentos como livros e artigos científicos.

Com o intuito de alcançar os objetivos propostos, a presente pesquisa foi estruturada em 03 (três) capítulos, sendo que no primeiro destes trata dos direitos da criança e do adolescente na legislação brasileira, apontando uma breve evolução histórica destes, e apresentando a legislação internacional e nacional que trata sobre a defesa dos interesses dos menores, em especial as que se relacionam com o tema em estudo.

Já no segundo capítulo do presente estudo, apresenta-se brevemente as noções sobre provas no direito processual penal brasileiro, falando um pouco de sua evolução histórica e meios de prova.

O terceiro e último capítulo é responsável por apresentar a Recomendação nº 33 do Conselho Nacional de Justiça e a Lei nº 13.431/17, que são de extrema importância para a implantação do depoimento sem dano (ou depoimento especial) no Brasil. É neste capítulo, também, que são apresentados julgados que demonstram como o depoimento especial tem sido importante, e como tem sido valorada a esta prova no processo penal brasileiro.

1 DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O estudo acerca dos direitos da criança e do adolescente na legislação brasileira passa, necessariamente, por um vislumbre, ainda que breve, acerca da evolução histórica desses direitos. Assim, o presente capítulo busca, em um primeiro momento, apresentar uma breve evolução das condições e tratamentos dados à criança ao longo da história para, em seguida, apontar os instrumentos normativos de âmbito internacional e interno que asseguram a proteção aos direitos dos menores.

1.1 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A proteção que hoje é dada à criança e ao adolescente é fruto de uma lenta e gradual conquista de direitos. Apesar de atualmente os menores serem sujeitos de direitos, estes que são amplamente reconhecidos e tutelados em âmbito nacional e internacional, é fato que a realidade nem sempre foi essa.

Por muito tempo o Direito esteve alheio ao bem jurídico que pertencesse à criança ou ao adolescente, e havia verdadeira lacuna legal que tratasse sobre qualquer proteção que fosse dirigida especialmente à proteção dos menores. Para o Poder Público esta não era uma preocupação.

A permissão de violência contra crianças e adolescentes já foi até mesmo normatizada, e era comum haver algum código que reconhecia a criança como uma propriedade do seu pai, como o que ocorria com o Código de Hamurabi (1728-1686 a.C.), as Leis de Rômulo e a Lei das XII Tábuas (303-304) (FÜHRER, 2009).

O Código de Hamurabi sustentava a “*lex talionis*”, a rigorosa reciprocidade do crime e da pena, amplamente conhecida pela frase “olho por olho, dente por dente”. Não havia diferenciação entre o tratamento dado a um adulto ou a uma criança, o que fazia com que estava estivesse exposta à dureza da lei independentemente de sua condição de pessoa em formação.

No Direito Romano, a “*patria potestad*” ou pátrio poder, concedia ao patriarca da família a prerrogativa de poder sobre a vida de seus filhos, a ponto de que a eugenia era prática comum adotada pelos pais em casos de crianças nascidas com alguma deformidade física. Esse direito ilimitado dos pais somente foi retraído no século VI, com o advento do Código Justiniano, em que passou a ser vedado o direito de matar os filhos e, por outro lado, estabeleceu o dever obrigatório de prover educação à prole (DAY et al, 2003).

Esse pátrio poder pode ser visto até nos dias atuais, não na mesma intensidade ou tão evidente quanto na Era Romana. O fato é que essa visão precipitada precisou ser modificada a fim de tutelar a vida das crianças e adolescentes.

Já na Idade Média, não se considerava a criança como ser vulnerável e, portanto, não se era entendida como necessária a sua proteção por um adulto. Ao contrário de prover tal proteção, à criança que ultrapassasse uma certa idade e adquirisse determinadas habilidades motoras e, assim, certa autonomia física, eram impostas obrigações e responsabilidades típicas de pessoas adultas. Assim, já era introduzida no mundo do trabalho. Nesta época, o processo de aprendizagem era visto como algo inseparável das atividades laborais. A criança aprendia através do convívio com o adulto, acompanhando-o em suas atividades cotidianas (ARIÈS, 1981).

Ao abandonar uma visão da criança como ser vulnerável, sua inserção no mercado de trabalho significou verdadeira exploração de menor. Apesar de ser vista com naturalidade naquela época, e como algo louvável, visto que era tida como meio para prover instrução, essa inserção precoce das crianças no trabalho não poderia ser vista como algo sustentável ou mesmo saudável para os menores.

Essa aprendizagem estava acompanhada quase inseparavelmente de agressões físicas, inclusive por meio de espancamento com chicote, ferros e paus, com o objetivo de auxiliar a educação do infante. O entendimento prevalecente deste período é que a formação das crianças apenas seria possível com a utilização de métodos corretivos que se baseiam na aplicação de punições físicas, e tal atitude a ser tomada pelos pais era tida como um verdadeiro cuidado com os filhos. Somente em meados do século XVI iniciou-se um processo em que se observou uma nova percepção da infância, havendo uma valorização da criança no seio da família. Até a Idade Moderna, a criança foi considerada um “adulto em miniatura”, concepção esta que se refletia nas próprias vestimentas utilizadas pelos infantes (AZAMBUJA, 2011).

Mesmo nos dias atuais ainda se percebe muito do que esta época significou. A violência é utilizada ainda no presente como instrumento corretivo. Marcas do tempo assim não são apagadas, e nem deveriam, pois devem servir de parâmetro para o aumento, que se sabe gradativo, dos instrumentos de proteção aos interesses das crianças e adolescentes

A criança como adulto miniaturizado foi uma concepção que se arrastou até proximidades do século XIX. Com o advento do Iluminismo, surgiu uma cisão entre os mundos adulto e infantil, possibilitando um olhar mais específico sobre as particularidades da criança. Iniciava-se ali um olhar mais crítico sobre a escolarização, a apontando como necessária a fim

de preparar a criança para a fase adulta, com o aprendizado da leitura e com o desenvolvimento da racionalidade (POSTMAN, 1999).

Não obstante o novo olhar que foi lançado pelo Iluminismo sobre a infância, e que se refletiu em uma maior preocupação com a ênfase escolar, este também se mostrou necessário para reformular o pensamento sobre o trabalho infantil.

Uma preocupação com a condição da criança, em especial a sua utilização como mão de obra, surgiu em um momento em que a classe média burguesa e a Revolução Industrial moldaram a relação do homem com o trabalho. Ao mesmo tempo em que uma criança deveria ser cuidada e instruída como sucessora do patrimônio familiar, uma outra criança, em contexto totalmente diferente, era mão de obra que não seria desconsiderada pelo tomador do trabalho. Ressalta-se que na indústria, além dos trabalhadores adultos, se encontravam crianças, submetidas às mesmas condições degradantes e jornadas quase ininterruptas de trabalho (CARDOZO, 2011).

Aqui resta evidente a existência de desigualdade social, como hoje ainda subsiste, vez que enquanto uma parcela de crianças se beneficiou do desenvolvimento da abordagem à infância, usufruindo, assim, de ensino mais adequado e todo um conjunto de ações com o objetivo de prover o que fosse necessário ao crescimento sadio destas, outras, por sua vez, estavam expostas a um trabalho degradante e sequer tinham meios para estudar.

De todo modo, é inegável que, ao tratar de crianças em contexto mais genérico, uma nova perspectiva sobre estas se inaugurou e foi bastante positiva.

Podem ser mencionados dois fatores que contribuíram sobremaneira para uma maior preocupação com a criança: o descontentamento gerado na classe operária resultante das condições de trabalho existentes; e a primeira guerra mundial e seus desdobramentos que atingiram de forma penosa as crianças. Somente no final do século XIX e início do século XX, foi possível constatar o levante de um maior número de movimentos sociais em que se pleiteava, principalmente, a redução da jornada laboral e aumento da idade mínima para o ingresso no trabalho, além das melhorias nas condições de trabalho de um modo geral (ROSSATO, LÉPORE, CUNHA, 2011).

A respeito da Primeira Guerra Mundial, esta gerou consequências graves, dentre outras, o estabelecimento de uma grave situação de abandono infantil, possibilitada pela enorme quantidade de crianças órfãs da guerra. Isso foi suficiente para gerar um clima de comoção que culminou com a idealização e criação dos sistemas de proteção à infância. (CARDOZO, 2011)

Apenas no século XX os castigos físicos começaram a ser proibidos legalmente, o que se iniciou pela Suécia, primeiro país a normatizar a proibição da punição física contra crianças,

em 1979. No Brasil, um pouco mais tarde, a violência contra crianças e adolescentes passou a ter uma visão legal diferenciada, o que ocorreu em 1990, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nota-se claramente que existe uma progressiva melhoria na proteção legislativa que foi se estabelecendo a nível internacional e nacional, com vistas a tutelar interesses de crianças e adolescentes.

Como visto, são corretas as palavras de Neil Postman (1999, p. 42), para quem o reconhecimento e proteção da infância “não surgiu da noite para o dia; precisou de quase duzentos anos para se transformar num aspecto aparentemente irreversível da civilização ocidental”.

A fim de constatar objetivamente esse cenário de proteção à criança e ao adolescente importa fazer um panorama sobre a legislação internacional e nacional que tratam sobre o assunto, a fim de embasar de melhor maneira, o estudo proposto na presente pesquisa.

1.2 LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL

A partir do contexto histórico se torna possível compreender como a legislação internacional começou a surgir, dando evidência a um cenário jurídico de proteção que ainda avançaria bastante.

Neste sentido são apresentados instrumentos normativos como a Declaração de Genebra, o Tratado de Versalhes, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e, ainda, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, sendo que alguns relacionam-se diretamente com o tema de estudo e outros, apesar de uma influência indireta, não perdem sua importância para o desenvolvimento de uma proteção legal a crianças e adolescentes.

1.2.1 Declaração de Genebra

Importa mencionar o primeiro destes instrumentos normativos que forma a base do que atualmente se tem de legislação protetiva de crianças e adolescentes.

Com as mortes e o desamparo criados com a Primeira Guerra Mundial, surgiram iniciativas para socorrer e dar assistências para as crianças vítimas da guerra. Dentre essas iniciativas, destaca-se o surgimento de organizações civis, como a “Save The Children Fund

International Union”, em 1914, a “Union Internacional de Secours aux Enfants”, em 1915, e a “Union Internationale de Protection de l’Enfance”, em 1921 (NAKATANI, 2012).

Já em 26 de setembro de 1924, foi aprovada pela Assembleia da Liga das Nações, de forma unânime, a Declaração de Genebra, antes chamada de “Declaração dos Direitos da Criança da Sociedade das Nações”, confirmando a urgência de que fosse proclamada uma proteção especial à criança (NAKATANI, 2012).

A Declaração dos Direitos da Criança de Genebra de 1924, pode ser reconhecida como um marco inaugural que fomentou diversos debates sobre a infância, tendo sido a primeira vez em que alguns Estados, de forma conjunta, discutiram e elaboraram documentos afirmando a necessidade de tutelar e de se criar direitos às crianças.

É bom ressaltar que essa declaração não gerou efeito vinculativo, mas serviu, ainda assim, para externar uma nova consciência pública no tocante à condição de vulnerabilidade a qual a criança está sujeita, sendo responsável por permitir o reconhecimento da criança agora como sujeito de direitos (AZAMBUJA, 2011).

Sobre a Declaração de Genebra é possível encontrar na literatura posicionamentos divergentes quanto à efetividade desse instrumento para a construção da ideia da criança como sujeito de direitos. Para Souza (2012) essa declaração não teve o devido impacto pleno reconhecimento internacional dos direitos da criança, provavelmente em razão do insucesso da Liga das Nações. Outrossim, Soares (2005, p. 28-29) considera-a: “(...) momento-chave de um percurso de construção e consolidação da ideia das crianças como sujeitos de direitos”, uma vez que seu texto elenca deveres da humanidade em prol da criança.

Para além de tais posicionamentos, o que se verifica é que a Declaração de Genebra foi um marco para a início de uma tutela dos interesses e direitos das crianças em um nível internacional e, mesmo que pouco prática, serviu como base para outras normas que se seguiram.

1.2.2 Tratado de Versalhes

Aparentemente não relacionado com o tema, cabe mencionar o Tratado de Versalhes. Com a instituição das primeiras convenções do Tratado de Versalhes pela Organização Internacional do Trabalho, em 1919 e 1920, dois importantes dispositivos se destacavam: a idade mínima para o trabalho por crianças e a proibição de trabalho noturno por menores de 18 anos.

Tais dispositivos foram capazes de demonstrar não apenas uma proteção quanto ao trabalho, mas, sobretudo, um avanço, indireto que fosse, em relação à proteção da infância. As convenções de 1919 e 1920 remontam à origem do direito do trabalho e dos próprios direitos sociais (ROSSATO, LÉPORE, CUNHA, 2011).

Apesar de não um instrumento muito lembrado quando se estuda acerca dos direitos de crianças e adolescentes, sobretudo em relação ao tema em estudo, não se pode excluí-lo da presente pesquisa, pois ele contribui para uma demonstração inequívoca de que os cenários internacional e nacional demonstram um sentido crescente na proteção dos direitos dos menores.

1.2.3 Declaração Universal dos Direitos do Homem

Outro instrumento normativo de grande relevância para formar as bases da proteção dos direitos da criança e do adolescente foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Conforme ensina Fonseca (2012, p. 04), “a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Organizações das Nações Unidas, da ONU, em 1948, salientou os cuidados especiais às crianças e à maternidade”.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, criou-se um ambiente favorável aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 pela maioria dos países que integravam a Organização das Nações Unidas, gerando uma consciência geral sobre a importância da normatização interna de diversos direitos que tutelam a condição humana. Apesar de reconhecer uma proteção especial à infância, fato é que houve uma interpretação equivocada que acabou por excluir a população infanto-juvenil da aplicação dos direitos humanos. Apenas com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, apontada no tópico posterior (1.2.6), é que se firmou um entendimento acerca da aplicabilidade da proteção dos direitos humanos às crianças e adolescentes, consolidando um sistema multidisciplinar protetivo para a infância, com base na doutrina da Proteção Integral (FOUTOURA, 2011).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos do ano de 1948 é clara ao defender que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Ainda, a mesma Declaração afirma que esses direitos devem ser resguardados pela lei, sendo um objetivo a ser alcançado por todos os povos e nações.

Desta maneira, o que a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece, em síntese apertada, é que os direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição.

Torna-se imperioso destacar que o problema fundamental acerca dos direitos humanos, atualmente, não é o de justificá-los, mas de protegê-los. Não se trata de um problema filosófico, mas político (BOBBIO, 2004, p. 23).

Deste modo, e abordando mais precisamente a temática em estudo, a proteção aos direitos das crianças e adolescentes está intimamente ligada à criação, implementação, cumprimento e fiscalização de políticas públicas que visem atender as disposições trazidas pela Declaração Universal dos Direitos do Homem.

1.2.4 Declaração Universal dos Direitos da Criança

Um texto publicado pela International Save the Children Union, que estabelecia a primeira declaração internacional de direitos da criança, em 1924, foi adotado pela Liga das Nações no mesmo ano. Sucedendo a Liga das Nações, a Organização das Nações Unidas adotou e expandiu o texto da declaração, sendo ratificada pela Assembleia Geral da ONU em das Nações em 20 novembro de 1959. Tal data marca, inclusive, o Dia Mundial da Criança. Ocorre que tal documento elaborado e modificado careceu de força coercitiva, deixando de obrigar os Estados-membros a implementar suas disposições.

Nota-se que havia uma distinção entre a Declaração de Genebra e esta, visto que a primeira considerava a criança como um objeto passível de proteção, enquanto a Declaração dos Direitos da Criança modificou a forma de se tratar o tema, passando a reconhecer a criança como sujeito de direitos.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança é formada por dez princípios, dos quais podem ser destacados: a proibição aos atos discriminatórios motivados por questões de raça, cor, sexo, língua, religião, ou de qualquer outra natureza; a proteção especial, buscando o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade; o direito a nome e a nacionalidade, bem como aos benefícios da previdência social; direito a tratamento, educação e cuidados especiais necessários à criança com incapacidade física, mental ou social; direito à educação gratuita e obrigatória, no ensino fundamental; primazia total em caso de proteção e socorro, assim também contra qualquer forma de negligência, crueldade e exploração (NAKATANI, 2012).

De fato, a Declaração Universal dos Direitos da Criança pode ser vista como um instrumento que aperfeiçoou as disposições da Declaração de Genebra, ao passo que apresentou uma nova perspectiva quanto ao atendimento à criança e ao adolescente, subsidiada nos direitos humanos.

Esta Declaração foi importante, ainda, por afirmar os direitos fundamentais infanto-juvenis, tidos como necessários para que a criança se desenvolva de forma saudável, descrevendo para tanto, uma proteção especial, orientando os Estados-partes a fomentarem todos os esforços no sentido de promoverem políticas públicas que privilegiem o princípio da proteção.

Este tratamento especial destinado às crianças, conforme preconizado pela Declaração se justifica em face da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, condição a ser considerada por todos que desempenham funções com esta parcela da população e, em especial por aqueles que são responsáveis pela criação e implementação de políticas públicas.

1.2.5 Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Ao avançar mais na linha temporal, depara-se com o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. Apesar de ser um documento que muitas vezes passa despercebido ao tratar sobre o tema proposto no presente estudo, cabe ressaltar que ele faz parte de um conjunto de avanços sociais que demonstram que a atenção ao bem-estar da criança passou por uma crescente.

Ao tratar sobre as relações de trabalho, não deixou de abordar a situação da criança no ambiente laboral, sendo que estabeleceu limites nas relações de trabalho, com o intuito de proteger a criança da exploração de sua mão de obra, objetivando dar prioridade ao desenvolvimento saudável da infância, em especial, em seus artigos 10, 12 e 13.

O artigo 10, em seu tópico 03, estabelece que os Estados-membros devem adotar as medidas necessárias à proteção e assistência em favor das crianças e adolescentes, sem a exclusão de qualquer destes em razão de filiação ou outra condição. Além disso, devem zelar pelos menores em face da exploração social e econômica. Quando empregados, tanto crianças quanto adolescentes devem ser protegidas de trabalhos nocivos à moral e à saúde ou que os coloque em risco de vida, ou ainda, que prejudiquem seu desenvolvimento natural, criando leis que punam tais ocorrências. Os Estados-membros deveriam, ainda, limitar a idade dos menores que poderiam ingressar em empregos assalariados com sua mão de obra.

O artigo 12, por sua vez, primeiramente, dispõe que seus Estados-partes reconhecessem o direito de toda pessoa a ter acesso ao mais elevado grau de saúde física e mental. No plano mais objetivo restou estabelecido o compromisso dos Estados-membros em adotar as medidas se mostrarem fundamentais, a fim de reduzir a mortalidade e da mortalidade infantil, do mesmo modo que o desenvolvimento das crianças.

Por fim, o artigo 13 também conduziu os Estados-partes a reconhecerem o direito de todos à educação, sendo que devem assegurar o pleno exercício desse direito, ao declararem a educação primária como compulsória e gratuita a todos. O mesmo artigo instituiu como compromisso de seus Estados-membros o respeito à liberdade de escolha dos pais ou responsáveis legais por instituições de ensino diversas das criadas pelo Poder Público, desde que correspondam aos padrões mínimos instituídos, além de respeito ao direito dos pais em orientar seus filhos na educação religiosa ou moral, segundo suas próprias convicções.

Evidencia-se que aos pais, ou responsáveis legais, foram dirigidos direitos, mas acima disso, obrigações, quanto a participarem em conjunto com o Estado na provisão de saúde e educação aos filhos.

1.2.6 Convenção Internacional dos Direitos da Criança

Já em 1979, passados, assim, vinte anos da Declaração Universal dos Direitos da Criança, foi proclamado o “Ano da Criança” (ROSSATO, LÉPORE, CUNHA, 2011) e o governo polonês apresentou um projeto para a criação de uma Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que após dez anos de modificações e reformas, em 1989, foi aprovado.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, assim considerado o primeiro documento internacional que estabeleceu um enquadramento jurídico para a proteção às crianças, é composta por cláusulas pétreas, o que faz com que suas normas não prescindam de respeito e as habilitem ser cumpridas diante das mais diversas situações. Chama atenção o fato de que esta é a Convenção de Direitos Humanos que mais recebeu ratificações, sendo que no Brasil isso ocorreu por meio do Decreto nº 99.710 em 21 de novembro de 1990 (SILVA, 2016).

A Convenção é formada por 54 artigos, que se subdividem em três grupos, além de um preâmbulo. Esta convenção traz a conceituação de criança e propõe parâmetros a fim de orientar a atuação política de seus Estados Partes, visando efetivar os princípios nela contidos, a fim de prover o desenvolvimento saudável da infância. Também é nesta convenção que é ressaltada a importância da unidade familiar, que objetiva oferecer suporte ao crescimento do indivíduo e reafirma o papel de responsável que o Estado tem em adotar as ações imprescindíveis com o fito de preservar o efetivo exercício desse direito.

Assim, o advento desta Convenção foi importante para se reconhecer a peculiaridade da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento, sujeito passível de proteção especial, com direito à convivência familiar. De outro modo, destacou-se a Doutrina da Proteção Integral.

Como aponta Silva (2016), o reconhecimento da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento alicerçou a reformulação do termo “direito do menor” no ordenamento jurídico brasileiro, expressão essa que era responsável por reduzir extremamente a importância da criança e adolescente como ser humano, para a expressão atual “direito da criança e do adolescente”. É bem verdade que, atualmente, admitem-se outras denominações, a saber “direito da criança”, “direito da infância e da juventude”, “direito infanto-juvenil” ou “direito socioeducativo”.

1.3 LEGISLAÇÃO NACIONAL

Há de se reconhecer que o desenvolvimento de um cenário internacional de progressiva melhoria na proteção ao direito de crianças e adolescentes ingressaria no Brasil. Sendo o país signatário de diversos instrumentos internacionais de proteção à criança e ao adolescente, é possível verificar em instrumentos internos, como a Constituição Federal de 1988, e normas infraconstitucionais, como o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, uma preocupação crescente com a proteção dos infantes.

1.3.1 Constituição Federal de 1988

Ao se referir à legislação nacional, portanto interna do Estado, a Constituição Federal tem destaque inegável e suas disposições orientam e, mais que isso, estabelecem normas gerais e específicas que merecem atenção. É o que acontece com o art. 227 da Carta Magna que, em relação ao tema de estudo, tem importância reconhecida.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, dispõe que:

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

[...]

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

A Constituição Federal rompeu com um paradigma ao abordar a temática da criança como prioridade absoluta, devendo sua proteção ser de responsabilidade do Estado, da sociedade e da família (CAPELETTO, SILVA, 2005). Para José Miguel Garcia Medina (2012,

p. 667): “A Constituição impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais da criança, do adolescente e do jovem enumerados no art. 227”. De fato, a Constituição Federal, ao estabelecer uma responsabilidade solidária, vislumbrou justamente um maior cenário possível de proteção à criança e adolescente.

Outro ponto que se destaca se refere aos valores da liberdade, respeito e dignidade, que estão em harmonia plena com os princípios que estruturam os Direitos Humanos. Cumpre registrar que a legislação infraconstitucional também foi afetada para se conformar a uma nova visão da proteção sob a ótica dos Direitos Humanos. O principal sustentáculo da corrente que entende dessa forma é a dignidade da pessoa humana, que conduz à premissa de que o ser humano possui valor em si, não cogitando, em qualquer hipótese, seja dispensado a ele tratamento como objeto, uma vez que parte-se do princípio de que é provido de dignidade (D’ELIA, 2014).

Os principais diplomas legais que conferem eficácia ao disposto na Constituição Federal são o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente que serão abordados a seguir.

1.3.2 Código Penal Brasileiro

O Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, amplamente referenciado como Código Penal (CP), elenca tipos incriminadores que visam proteger bem jurídico da criança, em especial sua dignidade sexual, e são os expostos nos artigos 217-A, 218, 218-A, 218-B, 231 e 231-A, os quais foram todos acrescentados pela Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, e o artigo 218-C, incluído Lei nº 13.718 de 24 de setembro de 2018.

Ressalta-se que, quanto aos tipos penais expostos nos arts. 231 e 231-A, estes foram revogados pela Lei nº 13.344/2016, lei específica sobre o tráfico interno e internacional de pessoas, que deu novo regramento ao tema.

Para a presente pesquisa, evidencia-se o tipo penal do art. 217-A do Código Penal que tipifica o crime de “estupro de vulnerável”, pelo qual, em seu *caput*, incrimina a prática de conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos. O verbo “ter” compõe o núcleo do tipo penal, o qual se traduz em alcançar, conseguir ou obter algo, pelo qual se tem como objeto “a conjunção carnal (cópula entre pênis e vagina) ou outro ato libidinoso (ato passível de gerar prazer sexual, satisfazendo a lascívia)”, sendo irrelevante se obtido de forma violenta ou não (NUCCI, 2012, p. 970).

Ao dispor sobre crimes que envolvem a proteção da dignidade da criança e do adolescente, como o artigo 217-A acima mencionado, o Código Penal acaba por inserir-se como

integrante de um sistema normativo que contribui para a defesa do desenvolvimento sadio do menor, fazendo parte, assim, da evolução legal que tem sido constatada acerca do tema.

1.3.3 Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

Por fim, já no início da década de 90, após ampla movimentação social e legislativa foi aprovada a Lei nº 8.069, sancionada em 13 de julho de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que regulamentou os artigos 227 e 228 da Constituição Federal de 1988, visando estabelecer proteção integral dos menores em desenvolvimento, seja qual for sua classe social.

O ECA elenca direitos fundamentais e medidas socioeducativas e de proteção, prevê as frentes de atuação da política de atendimento, como as políticas e programas sociais, serviços de prevenção, entidades de atendimento. Ainda, prioriza a participação e reinserção familiar, institui o conselho tutelar e a justiça da infância e da juventude, seus procedimentos e a participação do Ministério Público, por meio de seus promotores e dos advogados ou defensores, nomeados pelo juiz.

É bom destacar que foi a partir do ECA que foi instituída a Doutrina de Proteção Integral:

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) institui a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, considerando criança a pessoa com até 12 anos incompletos, e adolescentes aquela entre 12 e 18 anos, fixando-lhes os direitos e deveres e prevendo as medidas aplicáveis aqueles que afrontem os seus preceitos legais. O Estatuto substitui o antigo Código de Menores (Lei nº 6.697/79) e a sua doutrina da situação irregular, mas fundamentalmente foi uma resposta aos movimentos da sociedade que pendiam uma nova política de atendimento as crianças e aos adolescentes que não se baseassem no assistencialismo nem na repressão herdada da época da Funabem e ratificada pelo Código de Menores [...] (JESUS, 2006, p. 37)

Desse modo, visando garantir a dignidade humana, o Estatuto da Criança e do Adolescente se coloca como um instrumento útil a resguardar crianças e adolescentes. Contudo, é prudente asseverar que essa proteção não é responsabilidade apenas no Estado, mas de toda a sociedade e também da família, a fim de que não haja omissões e negligências diante das injustiças e atrocidades a que são expostos os menores de idade.

Essa responsabilidade de todos é estabelecida no artigo 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Resta demonstrada que a proteção da criança é um dever de toda a sociedade, seus cidadãos e do Estado. Não se pode considerar uma atuação isolada da família, tampouco do Estado. Concorde com tal disposição o que consta no artigo 70 do ECA, que dispõe:

Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

Conclui-se que o dever de proteção à criança e ao adolescente é de todos, não podendo o Estado, a sociedade ou a família se omitirem em relação à tutela da dignidade, vida e saúde, além dos outros direitos elencados no art. 227 da Constituição Federal, sendo demonstrada tal responsabilidade também no âmbito da legislação infraconstitucional.

De acordo com o estudo até aqui produzido, nota-se que existe uma crescente preocupação com a melhor tutela dos direitos da criança e do adolescente, havendo diversos normatizados de âmbito internacional, do qual o Brasil é signatário, bem como de âmbito interno, o que deixa claro que o Estado brasileiro tem refletido e se posicionado em relação à condição dos menores, com o implemento de legislação que vise assegurar seus direitos.

Também se nota um avanço na perspectiva de se reconhecer a criança não como objeto ou adulto em miniatura, mas um ser humano em desenvolvimento que demanda proteção e tratamento diferenciado, sobretudo em distinção do que era feito antigamente.

Ao tratar sobre direitos da criança e adolescente, e com vistas a examinar o tema em estudo, um foco maior se dará na pesquisa acerca de crimes que atinjam a dignidade sexual do menor impúbere, em especial acerca da produção de provas e sua valoração. Assim, para atingir tal objetivo, se faz necessário compreender melhor os meios de prova admitidos no Direito brasileiro e que se relacionam com esses crimes, o que será feito no capítulo seguinte.

2 DAS PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL EM CRIMES SEXUAIS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Para a continuidade do estudo proposto, se mostra útil compreender, ainda que de forma breve, a evolução histórica das provas e, sem adentrar em detalhes exagerados, mencionar os meios de prova admitidos no direito brasileiro. Neste sentido, serão apresentadas as principais espécies de prova que são apuradas ao longo da investigação e processamento judicial de crimes sexuais contra menores, com o fim de melhor embasar as discussões a serem feitas no próximo capítulo.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Os povos primitivos, mesmo aquelas civilizações mais arcaicas, detinham uma limitada ideia sobre prova. No entanto, diferente dos tempos modernos, imperava uma denominada prova mística, que condicionava a condenação ou absolvição de qualquer acusado a um processo repleto de desafios bárbaros e desumanos.

Tais processos recorriam ao juízo dos deuses para a indicação do culpado. Para tanto, os suspeitos tinham que suportar toda sorte de sofrimentos, pois, se resistissem a eles, provariam sua inocência. Esse meio primitivo denominava-se ordália (AQUINO, 1987, p. 03).

Dito isto, verifica-se que o sistema religioso se dava através das ordálias, dos duelos judiciários, isto é, estes eram denominados Juízos de Deus, sob uma crença unicamente baseada na intervenção divina nos julgamentos e, numa resposta instantânea que permitiria saber se o réu era ou não culpado (OLIVEIRA; COSTA, 2010).

Esse método de justiça divina é tido atualmente como um instrumento de crueldade e tortura, onde os acusados eram postos a fazer coisas impossíveis ou surreais em busca de provar sua inocência.

Ao se tratar da evolução histórica das provas, não se pode deixar de lado a abordagem que tal tema recebeu ao longo da história e, assim, tem sua importância, quais sejam, a fase bíblica, Código de Hamurabi, Código de Manu e Direito Romano.

Também na Bíblia é encontrada a presença da prova testemunhal, sendo um meio utilizado para dar veracidade a um fato ou ato jurídico. A ninguém poderia ser imputado um

crime se o fato não fosse provado por uma testemunha. Havia, ainda, normas bastante práticas com o objetivo de evitar o falso testemunho, pela punição do mentiroso.

Deuteronômio, 19, v.15: Uma única testemunha, não é suficiente contra alguém, em qualquer caso de iniquidade ou de pecado que haja cometido. A causa será estabelecida pelo depoimento pessoal de duas ou três testemunhas (BÍBLIA SAGRADA, 1994).

Outra norma relevante para o estudo é o Código de Hamurabi, aplicado na Babilônia por volta do século 18 A.C. Por ele, a pessoa que fizesse uma acusação e não conseguisse provar a culpa daquele que era acusado, seria condenado a sofrer a pena que a este seria dirigida, numa eventual condenação. Quanto às leis penais, a que mais se destaca era a *lex talionis*: a pena de morte era largamente aplicada, seja na fogueira, na forca, seja por afogamento ou empalação. A mutilação era uma pena utilizada de acordo com a gravidade do crime.

1º - Se alguém acusa um outro, lhe imputa um sortilégio, mas não pode dar a prova disso, aquele que acusou, deverá ser morto.

2º - Se alguém avança uma imputação de sortilégio contra um outro e não a pode provar e aquele contra o qual a imputação de sortilégio foi feita, vai ao rio, salta no rio, se o rio o traga, aquele que acusou deverá receber em posse à sua casa. Mas, se o rio o demonstra inocente e ele fica ileso, aquele que avançou a imputação deverá ser morto àquele que saltou no rio deverá receber em posse a casa do seu acusador.

3º - Se alguém em um processo se apresenta como testemunha de acusação e, não prova o que disse, se o processo importa perda de vida, ele deverá ser morto... (PINSKY, 2008, online).

O Código de Hamurabi ficou famoso por seu rigor e intransigência em seus dispositivos, levando a um desincentivo generalizado para a prática do qualquer crime.

Pode-se citar, ainda, o Código de Manu, tão antigo quanto o Código de Hamurabi, e que apresenta no seu Livro Oitavo, em seu capítulo II, os meios de prova, que vai do artigo 47 ao 114.

Os dados processuais que se baseiam sobre credibilidade dos testemunhos, atribuem diferente validade à palavra dos homens, conforme a classe a que pertencem. A mulher se acha sempre em extrema desvantagem e em condição totalmente passiva dentro da sociedade. A honra das pessoas e sua situação dentro da aplicação do direito, dependiam da condição de sua classe (MIRANDA, 1981, p. 245).

O Código de Manu padecia, contudo, de ser tido com injusto, ao passo que era obscuro e amplamente contaminado de verdadeiro artificialismo. Por ele, apenas homens “de confiança” e “sem cobiça” poderiam testemunhar, sendo que estes critérios acabavam por excluir de tal

ofício aqueles que pertencessem a classes inferiores, além de que estes ficariam sem o benefício de terem testemunhas a seu favor.

Nesta evolução histórica necessário, ainda, citar o Direito Romano, que muito contribuiu para a evolução do Direito Penal, quando então foram elaborados princípios penais que se relacionam com a culpa, legítima defesa, agravantes entre outros.

No direito Romano o processo era dividido em dois modelos, o arbitramento e a inquisitorial, o último sendo a forma mais arcaica, e primordialmente, única no processo penal. Ela se chamava de *questio* (questão) ou *cognitio* (cognição), termo que se sobressaiu, ou ainda, *accusatio* (acusação). Nessa sistemática o poder absoluto da autoridade foi limitado conforme a imposição da lei, onde as sentenças eram proferidas com base em provas, principalmente nos crimes de *questio*, principalmente em crimes com penas de morte. (LACERDA NETO, 2013).

O ônus da prova nasceu nesse período, considerando que a obrigação de provar não se transferia à parte requerida, mesmo que esta negasse os fatos ventilados pelo autor. O ônus da prova já incumbia a quem afirmava ou agisse. Por consequência, incumbia ao autor provar o fato, a não ser que o réu apresentasse um fato novo.

2.2 MEIOS DE PROVA

Os meios de prova são regulados pelo Direito Processual e tratam-se de instrumentos que trazem os elementos de provas ao processo, sendo estes meios destinados à investigação de eventos relevantes para o processo.

Entende-se por meio de prova “é tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunha, documento, perícia, [...], tudo são meios de prova” (TOURINHO FILHO, 2009, p.524).

É admitido pelo direito processual qualquer meio de prova, com exceção da prova ilícita. O âmbito processual penal é regido pelo princípio da verdade real, sendo este de suma importância na verificação e avaliação da prova, baseando-se apenas na realidade do fato ocorrido. A produção de prova ilícita é inadmissível e está prevista também na Constituição Federal:

Art. 5º, LVI: São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (BRASIL, 1988).

Para Badaró (2012, p. 208), “a prova ilícita, conforme já assinalado pela doutrina e jurisprudência [...] é inadmissível no processo. Se nele ingressar, será considerada um não ato, ou meio de prova juridicamente inexistente”.

Nos artigos 158 a 250 do Código de Processo Penal são elencados vários meios de provas. Estes meios são úteis para formação, direta ou indireta, da realidade, ou seja, para comprovar o fato ou afirmação. Os meios de prova são fenômenos internos do processo e do procedimento, regulados pela lei onde são previstas as técnicas a serem utilizadas.

Com vistas a conhecer tais meios de prova que mais se relacionam com o objeto de estudo da presente pesquisa, faz-se necessário uma abordagem, ainda que sucinta, acerca destes.

2.2.1 Depoimento do ofendido

A primeira espécie de prova que pode ser mencionada e se relaciona com o tema em estudo é o depoimento do ofendido.

Entende-se por ofendido a pessoa natural titular do direito lesado ou posto em perigo na infração penal, podendo ser pessoa natural ou jurídica e/ou o Estado. O ofendido pode ser caracterizado como qualquer tipo de pessoa, a contar de que este seja o titular do bem jurídico que foi afetado pela prática do delito (CAPEZ, 2016).

Segundo Mirabete (2012) o ofendido não é considerado testemunha. Segundo o Código de Processo Penal em seu art. 201:

Art. 201. 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.

Corroborando com este pensamento Badaró (2012, p. 242) afirma que “em regra, o ofendido não é parte na ação penal condenatória. Somente na ação penal de iniciativa privada o ofendido é parte, sendo o autor da ação penal”. O autor ainda afirma que o “ofendido não tem o dever de falar a verdade, não presta compromisso e não comete crime de falso testemunho, [...] caso falte com a verdade” vez que não é por que não é tido como uma testemunha da ação.

A palavra do ofendido, assim como qualquer outro meio de prova, possui valor probante relativo, ainda mais ao levar em consideração que o próprio Código de Processo Penal brasileiro não obriga o ofendido a se comprometer em dizer somente a verdade. Segundo a legislação, não se considera testemunha a vítima, vez que por possuir interesse no deslinde do fato, este

apenas presta declaração, não sendo considerado depoimento. Sendo assim, o ofendido não pode ser processado por prestar falso testemunho, caso falte com a verdade.

De acordo com o artigo 217 do Código de Processo Penal, o depoimento da vítima só pode ocorrer na fase de instrução e julgamento diante o Juiz, caso seja solicitado e sem que o réu esteja presente. Isso porque caso o acusado se encontre presente na mesma sala, a vítima pode se sentir acuada e não consiga alegar toda a verdade que envolve o delito (ARANHA, 2006).

Ressalta-se que, tratando-se de vítima vulnerável, principalmente no caso de crianças e adolescentes, não seria produtivo colher tal depoimento diante de quem é acusado de algum crime sexual.

2.2.2 Interrogatório e confissão do acusado

O interrogatório e a confissão do acusado são provas produzidas pelo acusado tanto direta quanto indiretamente no decorrer do Processo Penal. Segundo Eberhardt (2016, p. 90), o interrogatório é o “ato espontâneo no qual o acusado tem a oportunidade de prestar esclarecimentos acerca do fato delituoso que lhe é imputado e, ao mesmo tempo, o momento em que o juiz poderá coletar informações para formar seu convencimento”.

O interrogatório pode acontecer em dois momentos, na fase pré-processual ao ser ouvido pela Autoridade Policial e na fase processual momento em que é ouvido pelo magistrado. O interrogatório do acusado faz parte do conjunto de Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório, sendo este um componente obrigatório do processo penal, podendo ser causa de nulidade absoluta insanável. Isso porque por meio dele o investigado/acusado pode, voluntariamente, se defender das acusações que lhe forem imputadas. Desta forma pode-se afirmar que o interrogatório pode ser considerado tanto meio de prova como meio de defesa, vez que é capaz de indicar ou confirmar as versões das partes.

Grinover (1996, p. 343) afirma que através do interrogatório, o magistrado ou a autoridade policial toma conhecimento sobre elementos úteis que podem levar a elucidação do delito, porém, esta não é a finalidade do interrogatório. O interrogatório pode ser uma fonte de prova e ser responsável por fornecer subsídios para o esclarecimento do caso, entretanto, jamais poderá ser utilizado como meio de prova com o intuito de se provar a ocorrência do crime.

Ao ser interrogado, poderá o acusado solicitar seu direito constitucional de permanecer calado, e se no interrogatório o acusado confessar o crime, deverá ser confrontado com outras provas produzidas durante o processo.

O Código Processual Penal, em seu artigo 197 afirma que:

Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância. (BRASIL, 1940)

Esse procedimento tem por objetivo evitar que seja feita uma falsa confissão, seja ela por medo, coação, deficiência mental, altruísmo, ou qualquer outro motivo que leve o acusado a confessar um crime que não cometeu. Novamente deverá o magistrado analisar as declarações prestadas com o intuito de confirmar se legítimas e compatíveis com as demais provas coletadas durante o processo, com o intuito de verificar a veracidade dos fatos.

2.2.3 Prova pericial

Outro meio de prova que interessa para a presente pesquisa é a prova pericial. Esta acaba dependendo da existência de vestígios, seja na cena do crime, seja na vítima.

A prova pericial segundo o art. 158 do Código de Processo Penal deverá ocorrer:

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Diante dessa afirmação, nota-se a necessidade da produção de prova pericial quando houver vestígios do crime.

Segundo o art. 159 do Código de Processo Penal “o exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior”.

A análise pericial deve ser realizada por uma equipe de profissionais devidamente qualificados, conforme se observa na Súmula 361 do Supremo Tribunal Federal (STF) que determina:

Súmula 631: No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado, anteriormente, na diligência de apreensão.

Dessa forma, fica clara a necessidade de apreciação da conduta ilícita por mais de um auxiliar da justiça, ou seja, por mais de um perito criminal (BRASIL, 1963).

O laudo pericial produzido pelo perito oficial deve ser dividido em quatro partes: preâmbulo (local onde deve constar os nomes dos peritos, autoridade que solicitou a perícia,

motivo, local, circunstâncias e a natureza da perícia), descrição (relatório histórico), conclusão (laudo) e encerramento (parte autenticatória do laudo, que deve conter as assinaturas dos peritos e data) (ARANHA, 2006).

A prova pericial tem sua importância indiscutível nos crimes sexuais, dado o esclarecimento que tal prova pode trazer aos autos, inocentando quem merece e, sendo o caso, servindo de embasamento para uma mais justa condenação daquele verdadeiramente culpado.

2.2.4 Prova testemunhal

A prova testemunhal é escassa, porém é utilizada principalmente quando não há corpo de delito, vez que se tratando de crimes sexuais estes, de modo geral, não são cometidos publicamente e raramente à vista das pessoas. Ao contrário dessa situação, o agressor aproveita da ausência de pessoas para assim cometer o delito sem que a vítima consiga solicitar ajuda, prejudicando então a colheita de prova testemunhal.

Segundo Renato Brasileiro Lima (2016, p. 681): “Testemunha é a pessoa desinteressada e capaz de depor que, perante a autoridade judiciária, declara o que sabe acerca dos fatos percebidos por seus sentidos que interessam à decisão da causa”.

Corroborando com tal pensamento Fernando Capez afirma que:

Em sentido lato, toda prova é uma testemunha, uma vez que atesta a existência do fato. Já em sentido estrito, testemunha é todo homem, estranho ao feito e equidistante das partes, chamado ao processo para falar sobre fatos perceptíveis a seus sentidos e relativos ao objeto do litígio. É a pessoa idônea, diferente das partes, capaz de depor, convocada pelo juiz, por iniciativa própria ou a pedido das partes, para depor em juízo sobre fatos sabidos e concernentes à causa (CAPEZ, 2016, p. 295).

Conforme o artigo 202 do CPP, qualquer indivíduo pode testemunhar, não podendo a testemunha abster-se da obrigação de depor (artigo 206 do CPP). Entretanto, a lei permite algumas exceções, são elas: o ascendente, o afim em linha reta, o cônjuge mesmo que divorciado, o irmão, o pai, a mãe ou o filho adotivo do acusado. Essas exceções ocorrem tendo em vista a dificuldade de esses indivíduos prestarem o depoimento sem que ocorra a parcialidade em sua fala.

Outro fato importante é que mesmo que se tenha apenas uma testemunha as declarações dadas por ela não serão descartadas. Desta forma, se as declarações estiverem em consenso com as demais provas já produzidas, estas serão de grande valia. Conforme Mirabete (2012, p. 306) “não vigora no nosso direito o brocado ‘*testis unus, testis nullus*’”. Uma só testemunha faz

prova bastante para a decisão quando o seu depoimento se harmoniza com o mais que se apurar no processo”.

A prova testemunhal possui alto grau de relevância para o processo tendo em vista que o depoimento é prestado por alguém que não é parte no processo, imparcial para narrar os fatos, repassando todos os fatos sobre o ocorrido, além do testemunho ser prestado sob o compromisso de dizer a verdade.

2.2.5 Prova documental

A prova documental é um dos mais utilizados e um dos principais meios de prova do Processo Penal. O artigo 232 do Código de Processo Penal, dispõe sobre a prova documental, vejamos:

Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.

Entretanto, para Marcos Eberhardt (2016) o conceito dado pela legislação trata-se de um conceito não utilizado na prática vez que se trata de um conceito arcaico. O autor afirma que:

Hoje o conceito de documento evoluiu, abrangendo todo o instrumento que seja capaz de representar um fato ou ato juridicamente relevante. Não se restringe, portanto, àquilo que está escrito em papel, englobando toda forma de manifestação de vontade do ser humano que possa ser fixada de algum modo (EBERTHARDT, 2016, p. 183).

Fernando Capez (2016, p. 280), afirma que:

Documento é a coisa que representa um fato, destinado a fixá-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em juízo. Instrumentos são os escritos confeccionados já com finalidade de provar determinados fatos, enquanto papéis são os escritos não produzidos com o fim determinado de provar um fato, mas que, eventualmente, podem servir como prova. Em sentido estrito, documento é o escrito que condensa graficamente o pensamento de alguém podendo provar um fato ou a realização de algum ato de relevância jurídica. É a coisa ou papel sobre o qual o homem insere, mediante qualquer expressão gráfica, um pensamento.

Conforme o art. 231, do Código de Processo Penal, a juntada dos documentos poderá ocorrer em qualquer fase do processo, exceto em casos especiais (art. 406, § 2º, do CPP: os documentos no júri não poderão ser juntados nas alegações finais; art. 475 do CPP: os

documentos a serem lidos no plenário do júri deverão ser juntados com, pelo menos, três dias de antecedência).

Desta forma, pode-se notar que a avaliação das provas no processo ocorre obedecendo a um sistema, que possui a intenção de valorizar o juízo crítico emitido pelo magistrado buscando a máxima aproximação com a verdade.

2.2.6 Prova indiciária

Segundo Cordón Aguilar (2011, p. 107) entende-se por indício o fato ou enunciado que trata de um fato determinado que se encontre comprovado em um processo, baseando-se em um nexos concreto e direto com outro fato distinto, levando assim a uma conclusão sobre a constatação do fato que se busca, ficando então demonstrado.

O termo indício também pode compreendido como uma prova lógica, pode ser entendido como o procedimento que após o fato provado (o que chama de circunstância indiciária) será extraído, através do uso de regras de experiência e leis científicas, pode ser provado um fato histórico. Corroborando com esse pensamento Capez (2016) afirma que os indícios são provas indiretas resultantes de um raciocínio lógico.

Para exemplificar tal situação, pode-se imaginar uma família de origem rica, que possui joias e pertences valiosos em uma gaveta, e esta gaveta foi forçada e todos os pertences guardados foram subtraídos. Neste momento, contata-se que o empregado de confiança da família viajou para fora do país e está levando uma vida não compatível com a que vivia no país de origem. Desta forma, tendo como base a experiência de outros casos já acontecidos, onde o empregado da família foge e não deixa notícias, há um forte indício de que este empregado tenha cometido o crime. É evidente que ao se reunir todos os indícios, estes devem ser aptos o suficiente para apontar apenas o suspeito do crime.

Para Chaia (2010, p. 650) o indício é um “fato certo” intimamente ligado a outro fato, levando o magistrado a concluir de forma natural ou por inferência. A formação do indício se dá por meio de um conjunto de elementos probatórios capazes de apontar o suspeito, revelando a obscuridade do fato e, por fim, dando clareza ao conhecimento do juiz. Os indícios podem ser formados pela execução de uma perícia, o depoimento de testemunha, uma prova de DNA, sendo ele uma constituição de um elemento diferente do delito, mas que é capaz de revelar ou apresentar detalhes sobre ele.

Segundo Malatesta (2001, p. 197), “o indício é aquele argumento probatório indireto que deduz o desconhecido do conhecido por meio da relação de causalidade”. O autor destaca

a importância de se existir um nexo causal, ou seja, uma relação de causa ou efeito entre o fato já revelado e aquele que ainda há a necessidade de ser provado, fato este que precisa ser vislumbrado a partir do raciocínio lógico baseado nas regras de experiência.

Dados os estudos até o momento realizados, têm se destacado que há espécies distintas de provas e que estas devem relacionar-se a fim de esclarecer a verdade real dos fatos. Ademais, o julgador pode se deparar com um cenário de fartura de provas ou, como é mais comum em crimes contra a dignidade sexual, uma escassez tremenda de elementos probantes. Neste sentido, ao magistrado cabe sopesar as provas, valorando-as. A esse respeito se deterá o capítulo seguinte, a fim de abordar de forma mais direta esta possibilidade de valoração das provas em crimes sexuais contra menores impúberes, bem como, apontar o posicionamento que tem sido adotado pelos tribunais superiores no Brasil.

3 DA POSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO DAS PROVAS EM CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES IMPÚBERES E O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

O presente capítulo busca apresentar a Recomendação nº 33 do Conselho Nacional de Justiça e a Lei nº 13.431/2017, que foram marcos importantes na regulamentação da escuta e do depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual. Num segundo momento, são apresentadas ementas de julgados de tribunais brasileiros acerca do tema, a fim de apontar qual tem sido o posicionamento preponderante na valoração de provas em crimes sexuais.

3.1 RECOMENDAÇÃO Nº 33 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O surgimento da Recomendação nº 33 do Conselho Nacional de Justiça pode ser compreendido por meio do estudo do contexto jurídico interno e externo, ainda que breve, anterior à sua criação.

De início é bom destacar que a maneira como se procedia a coleta de depoimento de menores vítimas não foi uma criação nacional, de acordo com Santos, Costa e Faleiros (2016).

Como apontam Santos e Gonçalves (2008), a experiência do depoimento sem dano já existe em diversos países mundo afora, sendo que a mais antiga destas remonta a 1991 na África do Sul. Já em Israel, este instituto foi inaugurado no ano de 1995 e, na Austrália, em 1999. Outras experiências com depoimento sem danos foram iniciadas no séc. XXI. Essas experimentações podem revelar uma tendência global em se valorizar uma entrevista cognitiva na relação de oitiva, em uma busca por se evitar a revitimização e o sofrimento, além de assegurar a confiabilidade do depoimento.

Já no Brasil, como visto anteriormente nesta pesquisa, a Constituição Federal de 1988 estabelece o direito de proteção especial para crianças e adolescentes em seu art. 227, §3º, I e IV, prevendo a igualdade processual e o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Importa que este dispositivo legal tenha sua interpretação estendida a toda e qualquer ação que se refira à criança e ao adolescente.

A Convenção sobre Direitos da Criança, das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989, ratificada pelo Decreto nº 99.710/90, também já mencionada neste trabalho, acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de

direitos, estabelecendo que seus Estados-membros promovam proteção especial e prioridade absoluta aos menores.

Nesta crescente legislativa, menciona-se ainda a lei processual penal brasileira, que não especifica a maneira com que se deve ouvir o menor de 18 anos, quer seja na fase investigativa ou ao longo da ação penal, seja vítima, testemunha ou informante. O art. 202, do Código de Processo Penal, dispõe que toda pessoa poderá ser testemunha. Já o art. 208 do mesmo diploma evidencia que pessoas que tenha doença ou deficiência mental, bem como os menores de 14 anos e as pessoas mencionadas no art. 206, não prestam compromisso legal.

Desta forma, no juízo criminal, é fato que o maior de 14 anos está sujeito ao disposto no artigo 203, do CPP, ou seja, ele presta compromisso legal de dizer a verdade perante o juízo estando sujeito, portanto, a cometer ato infracional análogo ao crime de falso testemunho, caso falseie a verdade.

Outra norma relevante, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 28, §1º estabelece que:

Art. 28. [...]

§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

O Novo Código de Processo Civil, por sua vez, em seu art. 699, apresenta uma previsão de oitiva especial quando no processo se discutir direito que envolva abuso ou alienação parental. Ao vislumbrar estes casos, o magistrado deve se fazer acompanhar por especialista. Segundo Luciane Potter (2016), esta previsão configura-se como um verdadeiro avanço acerca da escuta de crianças e adolescentes em processos judiciais. No entanto, a lei não se preocupou em assegurar minimamente de que forma isso seria feito. Era necessária uma legislação específica a tratar sobre o tema.

A este respeito, a autora acima informa que não era incomum a realização de inúmeras oitivas da vítima. O método adotado não previa qualquer ferramenta para evitar a repetição constante deste testemunho, o que contribuía somente para tornar frágil a confiabilidade da declaração da vítima como prova no processo, se transfigurando como verdadeira revitimização. A autora ainda conta que o modelo tradicional de oitiva previa a formulação e reformulação constrangedora de perguntas e insinuações, normalmente, utilizadas de forma imprópria, levando a vítima a sofrer duas vezes o ato de violência (POTTER, 2016).

A mesma conclusão é apresentada por Williams (2009), para quem não era raro que os menores se sentiam amedrontados diante de um ambiente intimidador criado na sala de audiências e, assim, aumentava-se exponencialmente a probabilidade de que fosse feito um relato com pouca coerência e lógica, o que colaborava para esta prova fosse facilmente invalidada.

Este cenário começou a se modificar a partir de 2005, quando a ONU, por meio do seu Conselho Econômico e Social, tornou públicas algumas diretrizes para a justiça para tratar de casos que envolvessem crianças vítimas ou testemunhas de crimes por meio da Resolução nº 20/2005. Mesmo não prevendo um procedimento direcionado à oitiva de menores, ela traz algumas recomendações a respeito de revisão de leis, procedimentos e práticas nacionais e locais, com o objetivo claro de proteger os direitos das crianças vítimas ou testemunhas de crimes, implementando o que já constava na Convenção sobre os Direitos da Criança. Somado a isso, as instruções visavam dar orientação a profissionais que atuam nesses contextos. Assim, essa resolução foi, inclusive, a base para o que viria a ser estabelecido posteriormente, no que se refere a técnicas para inquirição de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual.

Apesar da importância das normas já existentes até então, ainda não havia, portanto, uma legislação que abordasse de forma específica um método de oitiva que atendesse ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente, sem perder de vista a apuração judicial. Nasceu, assim, a Recomendação nº 33, editada pelo Conselho Nacional de Justiça em 25 de novembro de 2010.

Esta recomendação tem sua importância ao dispor sobre a criação de serviços especializados a fim de ouvir crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais. A Recomendação nº 33/2010, portanto, remete à entrevista cognitiva como o método correto a ser utilizado quando do depoimento especial e reafirma que este procedimento deve ser conduzido por profissional preparado para tal ocasião, ou seja, treinado na aplicação dessa técnica. Esclarece, ainda, que:

III - O acolhimento deve contemplar o esclarecimento à criança ou adolescente a respeito do motivo e efeito de sua participação no depoimento especial, com ênfase à sua condição de sujeito em desenvolvimento e do consequente direito de proteção, preferencialmente com o emprego de cartilha previamente preparada para esta finalidade.

Mayra dos Santos Zavattaro ao tratar as recomendações feitas pelo CNJ apresenta seu posicionamento crítico quanto à necessidade de viabilização de produção de provas testemunhais:

Feitas as anotações acerca do fundamento constitucional e legal da adoção da técnica do depoimento especial, erra o Conselho ao trazer como fundamento de procedimento que deveria ter como único objetivo a proteção dos direitos das crianças, “a necessidade de se viabilizar a produção de provas”. Aqui, trata a criança como objeto de prova do direito processual penal, colocando o direito de punição do Estado acima dos direitos da criança e de seu superior interesse (ZAVATTARO, 2018, p. 115).

A referida autora questiona, portanto, o objetivo fim da Recomendação nº 33/2010, se seria o de proteger a criança ou de estabelecer normas que visassem produzir provas. Ao que parece mais razoável, a recomendação do CNJ tem objetivo misto, pois não deixa de vislumbrar uma maior proteção para a criança, ao mesmo tempo que não impede a produção de provas. Pelo contrário, estabelece regras claras que visem respeitar, em primeiro lugar, o menor, que é a vítima principal do procedimento e do crime sexual.

Não se pode desconhecer que tal recomendação foi amplamente aplicada Brasil afora. Segundo Santos, Costa e Faleiros (2013), pode-se perceber um aumento significativo de salas de escuta, instaladas no ano de 2010, perfazendo um crescimento de pelo menos 25%. A experiência foi, a partir desse período, crescendo em proporção e em alcance territorial, vez que do Rio Grande do Sul, passou a se expandir para outros estados.

Seis anos depois, em 2016, o Conselho Nacional de Justiça constatou um crescimento ainda mais da aplicação da Recomendação nº 33, sendo que foram instaladas mais 124 salas de depoimento especial, em 23 estados da federação. Isto é, constatou-se um aumento de 285% desde a data da última contagem em 2011, feita pela ONG Childhood, que verificou a existência de 40 salas (CNJ, 2016).

Não restam dúvidas de que a Recomendação nº 33 do CNJ foi importante para dar maior visibilidade para o depoimento especial, o que não excluiu a necessidade de um marco legal para que o depoimento fosse implantado a nível nacional. Esse silêncio da lei foi suprido em 2017, com o advento da Lei nº 13.431, como se verá adiante.

3.2 LEI Nº 13.431, DE 04 DE ABRIL DE 2017

No mês de abril de 2017 foi promulgada a Lei nº 13.431/2017, que teve como objetivo estabelecer o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, por meio de modificações no Estatuto da Criança e do Adolescente. Foram positivados nesta lei os procedimentos da escuta especializada e do depoimento especial.

Além da prevenção, a lei pugna pela proteção e a preservação da saúde física e mental das crianças e adolescentes, considerando ainda que estes possuem prioridade absoluta, onde estabelece em seu art. 2º:

Art. 2º A criança e ao adolescente gozam dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhes asseguradas a proteção integral e as oportunidades e facilidades para viver sem violência e preservar sua saúde física e mental e seu desenvolvimento moral, intelectual e social, e gozam de direitos específicos à sua condição de vítima ou testemunha.

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios desenvolverão políticas integradas e coordenadas que visem a garantir os direitos humanos da criança e do adolescente no âmbito das relações domésticas, familiares e sociais, para resguardá-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, abuso, crueldade e opressão.

Este artigo estabelece, em seu parágrafo único, a responsabilidade dos entes federados em promover o desenvolvimento de políticas integradas e coordenadas com o objetivo de resguardar o direito de crianças e adolescentes.

Além disso, como dito anteriormente, o que ganhou muito destaque na Lei nº 13.431/17 foram os institutos denominados de escuta especializada e de depoimento especial, conforme o art. 7º da lei menciona:

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

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

Conforme se depreende do texto legal acima, o atendimento protetivo compreende a escuta especializada e o depoimento especial. O que diferencia ambos os institutos é que a escuta especializada é um procedimento que tem objetiva o acompanhamento da vítima, assegurando suas demandas nos campos da educação, da saúde, da assistência social, da segurança pública e dos direitos humanos. Tem o condão, portanto, de prover uma assistência multidisciplinar para a vítima, fazendo com que seja possível que esta supere as adversidades trazidas pela violência que lhe foi impingida. Tem, portanto, um caráter totalmente protetivo.

O depoimento especial, por sua vez, é o procedimento que visa, da forma menos invasiva, colher evidências de fatos ocorridos que se relacionam com ilícitos penais, numa clara razão de se apurar provas. Assim, é um procedimento cuja realização é de responsabilidade de órgãos investigativos de segurança pública ou da autoridade judicial, buscando esclarecer um

fato criminoso e, assim, responsabilizar judicialmente o suposto autor da violência (BRASIL, 2017).

A Lei nº 13.431/17, portanto, evidencia ser uma norma que demonstra a preocupação do legislador com o testemunho que decorre dessas vítimas, para que ele se dê da maneira menos traumática possível, efetivando o que a própria Recomendação nº 33 do Conselho Nacional de Justiça já orientava.

3.3 A PALAVRA DA VÍTIMA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Alguns autores, como por exemplo José Guilherme de Souza, fazem um paralelo entre a relevância que é dada à palavra da vítima, mesmo em detrimento de outras provas (ou ausência delas), e a presunção de inocência.

O primeiro ponto questionado é a qualidade da palavra da vítima. José Guilherme de Souza, representa bem aqueles autores que consideram que existe uma supervalorização da pureza infantil. Em sua visão, embora muitos, como Pedroso (2005), considerem haver uma pureza de espírito das crianças, na sua ingenuidade, candura e ausência de malícia, o autor acredita que estes depoimentos podem ser repletos de fantasias, criadas pelas próprias crianças ou sugestionados por adultos, como defende:

É extremamente volátil o depoimento infantil em tema de crimes sexuais, porque as pequenas vítimas, quase vítimas ou pretensas vítimas tendem a fantasiar, jogam excessivamente com a imaginação, são altamente sugestionáveis e tornam-se extremamente suscetíveis à influência dos médicos, psicólogos e psiquiatras (SOUZA, 1998, 121).

Este autor, portanto, advoga no sentido de que se faz de extrema relevância a adoção de cautela em relação ao depoimento infantil, o que deve ser observado por profissionais competentes e preparados para tal ofício.

Os questionamentos não se encerram aqui. Outros autores defendem, ainda, o direito ao silêncio da criança, com base no art. 5º, VI, da Lei nº 13.431/2017. É o caso de Ramos (2016), para quem independente da ocorrência ou não do abuso sexual é preciso ressaltar que mesmo que nada tenha acontecido, é de interesse da área psicossocial e do próprio direito, compreender porque uma criança resolve denunciar esse tipo de crime. O autor defende que é preciso que os operadores jurídicos estejam atentos à proteção integral da criança, independentemente do resultado da prova, devendo analisar o contexto do delito e realizar os encaminhamentos necessários para o atendimento da vítima.

Neste ponto evidencia-se a contradição no pensamento do autor, para quem ao mesmo tempo em que deve ser respeitado o direito ao silêncio, considera necessário compreender o que levou a criança a denunciar o crime. O silêncio da criança parece ser uma conveniência para quem é acusado.

Havendo a oitiva da criança, mais um argumento utilizado por aqueles que criticam esse meio de prova é o de que o sistema criado pela Lei nº 13.431/17 não serve para evitar a revitimização da vítima, ao passo que serve como um atalho para uma verdade que nem sempre é a real. Em trabalho escrito por Cristiane Moraes (2019), a autora assevera que:

Em que pese todas essas garantias previstas na nova legislação, será possível afirmar que esse sistema diferenciado de escuta especializada e depoimento especial realmente protege a criança vítima ou testemunha de violência e evita a sua revitimização? Ou esta é mais uma forma de mascarar a pretensão punitiva do Estado em obter a prova de autoria e materialidade de crimes cuja investigação e instrução processual não foram capazes de obter? (MORAES, 2019, p. 21)

Nota a existência de um questionamento acerca da suficiência do depoimento da vítima de crime sexual para embasar uma provável condenação criminal. A mesma autora afirma, ainda, que é indiscutível, por outro lado, que após a utilização desse método de inquirição, se elevaram os índices de condenação por crimes sexuais cometidos contra crianças. Neste sentido, afirma que o *standard* da prova nesses processos resume-se à palavra da vítima, que sequer tem consciência das consequências daquilo que de fato está ocorrendo (MORAES, 2019).

Por estes posicionamentos, para alguns autores evidencia-se que a palavra da vítima, em casos de crimes sexuais, somado à ausência de outras provas, é vista como algo que contribui diretamente na relativização da inocência do acusado.

Para Bianco e Silveira (2019), ao considerar somente a palavra da vítima para fundamentar uma condenação, o magistrado relativiza o princípio da presunção de inocência, uma vez que supera argumentos defensivos como, por exemplo, a negativa de autoria, somente se baseando no relato do ofendido, que, em tempo, não presta compromisso em dizer a verdade em juízo e é considerado informante do processo, ignorando circunstâncias como o fato de que a pessoa que sofreu a violência possa estar tomada completamente de sentimentos como ódio e paixão. Para estes autores, seja qual for a instância que o processo tramita, ao proceder dessa maneira o juiz atropela a presunção de inocência embasando sua decisão na palavra de alguém que tem interesse apenas na repressão penal contra o acusado.

Estes mesmos autores defendem, ainda, que a palavra do ofendido deveria ser dotada de menor valor probante, ao ponto que seu valor deveria estar condicionado às demais provas e

não o oposto. Assim, havendo um conjunto probatório harmônico, coerente e capaz de elevar os indícios da autoria de um delito, a palavra da vítima passaria a ser valorada. Caso a palavra da vítima seja coesa com o resultado anterior, se valoraria devidamente o seu depoimento (BIANCO; SILVEIRA, 2019).

A este respeito, cita-se Nucci (2012), para quem, via de regra, a palavra do ofendido, de forma isolada, não tem a capacidade de sustentar uma sentença condenatória. Porém, a jurisprudência brasileira já decidiu de modo diverso, principalmente quando se trata de crimes sexuais, devido ao fato desses crimes ocorrerem de forma clandestina, sem deixar muitas provas e vestígios, sendo a vítima a principal prova do ocorrido, a qual será examinada, servindo de apoio à investigação e ao julgamento, por meio de coleta de eventual material genético deixado pelo agressor e pelo seu testemunho. Nesses casos, a palavra da vítima deve ser harmônica com o contexto fático e deve ser convincente, e mesmo que as demais provas sejam frágeis poderá ocorrer à condenação do acusado.

Tal conclusão é vista de forma clara em diversos julgados de tribunais Brasil afora, como se verifica no tópico seguinte.

3.4 VALORAÇÃO DAS PROVAS EM CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES IMPÚBERES E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS E TRIBUNAIS SUPERIORES

É necessário para o presente estudo observar o posicionamento dos tribunais brasileiros em relação à valorização das provas em crimes sexuais contra menores.

Conforme o atual entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, pode-se perceber que, nos delitos sexuais, a palavra da vítima é de absoluta relevância e importância, sendo considerada prova cabal para as decisões processuais. Nesse sentido, segue o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR FRAGILIDADE PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. Neste caso, serviram para lastrear a condenação do paciente, além das provas produzidas na fase inquisitorial, o depoimento da vítima, confirmado em juízo, revelando a autoria e a materialidade da conduta imputada. 3. Nos crimes

contra a dignidade sexual, que, normalmente, são cometidos longe dos olhos de testemunhas e sem que existam evidências físicas que confirmem a sua ocorrência, a palavra da vítima, quando confirmada por outros elementos probatórios, adquire especial relevância, tendo valor probante diferenciado. 4. A pretendida absolvição do paciente ante a alegada ausência de prova da autoria delitiva e da materialidade é questão que demanda aprofundada análise do conjunto probatório produzido na ação penal, providência vedada na via estreita do habeas corpus. 5. Habeas corpus não conhecido.

(STJ - HC: 531431 MS 2019/0264730-6, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 21/11/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/12/2019)

Evidencia-se no julgado acima exposto o valor probante diferenciado que é reconhecido pela quinta turma do tribunal superior. A sexta turma do STJ também entende no mesmo sentido.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 156 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A Corte de origem concluiu pela existência de prova apta a amparar o édito condenatório, de modo que a reversão do julgado demandaria incursão fático-probatória, vedada no âmbito do recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 2. É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, em crimes contra a liberdade sexual, praticados, em regra, de modo clandestino, a palavra da vítima possui especial relevância, notadamente quando corroborada por outros elementos probatórios. 3. Ausente violação do art. 156 do CPP na hipótese em que a condenação encontrar respaldo nos elementos probatórios dos autos, não logrando a defesa êxito sua na desconstituição. Incidência da Súmula 83/STJ. 4. Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no AREsp: 1493646 MG 2019/0127844-3, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 17/10/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/10/2019)

O julgado acima referido também é claro ao dispor que é firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, em crimes contra a liberdade sexual, praticados, em regra, de modo clandestino, a palavra da vítima possui especial relevância, principalmente quando está é corroborada por outros elementos probatórios. Cabe destacar que no STJ a quinta e a sexta turma são as que detém competência para o julgamento de matéria que envolve direito penal, sendo que, como demonstrado, é uníssono em ambas que o depoimento da vítima de crimes sexuais tem valor especial.

Tal posicionamento também encontra guarida no Supremo Tribunal Federal, cujos julgados dão valor especial à palavra da vítima:

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AUSÊNCIA DE OITIVA DA VÍTIMA EM JUÍZO. VIOLAÇÃO AO

PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO FUNDADA EM TODO ACERVO PROBATÓRIO E NÃO APENAS NO DEPOIMENTO DA VÍTIMA. ORDEM DENEGADA. 1. A sentença condenatória transcrita acima encontra-se em consonância com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, que se consolidou no sentido de que, “nos crimes sexuais, a palavra da vítima, em harmonia com os demais elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria e às circunstâncias do crime”. Precedentes. 2. Os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo. 3. Para se acolher a tese da impetração e divergir do entendimento assentado no julgado, seria necessário apurado reexame de fatos e provas, o que é inviável na via estreita do habeas corpus. Precedentes. 4. A ação de habeas corpus não pode ser utilizada como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes. 5. Writ denegado.

(HC 102473, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 12/04/2011, DJe-080 DIVULG 29-04-2011 PUBLIC 02-05-2011 EMENT VOL-02512-01 PP-00032).

O julgado acima transcrito evidencia o posicionamento firme do STF no sentido de que a jurisprudência deste tribunal se consolidou no sentido de que nos crimes sexuais, a palavra da vítima, em harmonia com os demais elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria e às circunstâncias do crime.

Além dos tribunais superiores, nos estados da federação, os Tribunais de Justiça têm tido entendimento no mesmo sentido, senão vejamos. No Tribunal do Distrito Federal e Territórios, da Segunda Turma Criminal emanou julgado recente:

Estupro de vulnerável. Provas. Palavra da vítima. 1 - Nos crimes sexuais, geralmente praticados às ocultas e sem a presença de testemunhas, são de especial relevância as declarações da vítima, máxime se coerentes com as demais provas. 2 - A falta de vestígios do ato libidinoso ou da conjunção carnal no laudo pericial não descaracteriza o crime de estupro, máxime se outras provas não deixam dúvidas que houve o crime. 3 - O crime de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato libidinoso ofensivo à dignidade sexual da vítima. 4 - Atos libidinosos diversos da conjunção carnal, consistentes em tentar introduzir o pênis no ânus da vítima, caracterizam o crime de estupro de vulnerável na forma consumada. 5 - Apelação não provida.

(TJ-DF 00032761620188070009 - Segredo de Justiça 0003276-16.2018.8.07.0009, Relator: JAIR SOARES, Data de Julgamento: 23/01/2020, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 05/02/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Conforme o julgado acima exposto, ressalta-se, recente, é destacado mais uma vez que em crimes sexuais contra vulneráveis são de especial relevância as declarações da vítima, sobretudo quando se mostrem coerentes com as demais provas. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem seguido o mesmo caminho ao apreciar processos com natureza idêntica:

APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. TORTURA. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. PALAVRA DAS VÍTIMAS. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. DOSIMETRIA DA PENA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. TORTURA. APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. TORTURA. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. PALAVRA DAS VÍTIMAS. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. DOSIMETRIA DA PENA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. TORTURA. APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. TORTURA. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. PALAVRA DAS VÍTIMAS. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. DOSIMETRIA DA PENA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. TORTURA. APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. TORTURA. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. PALAVRA DAS VÍTIMAS. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. DOSIMETRIA DA PENA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA.- MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. TORTURA. As provas existentes no caderno processual são suficientes para o julgamento de procedência do pedido condenatório pelos dois fatos delituosos, nos termos da denúncia. Materialidade e autoria suficientemente demonstradas pelas provas existentes no caderno processual. Seguros e harmônicos relatos da vítima, nas três oportunidades em que ouvida, corroborados pelas declarações do conselheiro tutelar que acompanhou a ocorrência, bem como pelo laudo psicológico realizado. Tese defensiva inverossímil e desprovida de mínimo amparo probatório.- PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE. É cediça a extraordinária relevância probante que se confere aos relatos vitimários para o amparo de um decreto condenatório, especialmente quando se trata de delitos praticados sem testemunhas presenciais, como no caso. Ainda, sendo um dos fatos crime sexual, normalmente praticado às escondidas, é tranquilo o entendimento da jurisprudência pátria no sentido de que ?a palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios? (HC 135.972/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 07/12/2009).- DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBILIDADE. As ações praticadas pelo réu se amoldam perfeitamente à figura típica descrita no art. 217-A do CP, configurando atos libidinosos diversos da conjunção carnal, destinados à satisfação de sua lascívia, em grave violação à dignidade sexual da criança. A conduta do acusado, consistente em passar o pênis nas nádegas do filho adotivo, bem como obrigá-lo a praticar sexo oral, por diversas vezes, ultrapassa, claramente, os limites da conduta descrita no art. 215-A, do CP, tipo penal subsidiário aplicado a fatos que não constituam crimes mais graves, como aqueles praticados com violência, grave ameaça ou contra menores de idade.- RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. A figura do estupro de vulnerável descrita no artigo 217-A do Código Penal contempla não apenas a conjunção carnal, compreendido como cópula entre pênis e vagina, como também todo e qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal voltado à satisfação da lascívia do agente, em detrimento da dignidade sexual da vítima. A satisfação sexual do réu a partir dos atos praticados, de fato, evidencia a consumação delitiva. Nada indica, no contexto probatório, que o acusado desejava ter ido além dos atos que praticou, sendo impedido por circunstâncias alheias à sua vontade, pelo que inviável o reconhecimento da tentativa.- CRIME DE TORTURA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA MAUS TRATOS. INOCORRÊNCIA. Evidente a gravidade das ações do réu, que utilizava um relho, pedaços de ferro e de madeira não apenas como meio de punir o filho adotivo por tentar repelir as suas investidas sexuais e buscar abrigo fora de casa, mas também fazia uso da violência e de promessas de agressões mais intensas como forma de coagir o menino a não denunciar os abusos sofridos. A vítima relatou que era mantida trancafiada em uma peça da residência durante o dia e, em certa ocasião, enquanto tentava fugir das punições do acusado, foi atingida nas costas por um pedaço de madeira, o que fez com que caísse sobre um chão de brita onde estavam os instrumentos de serralheria do réu. A queda ocasionou no ofendido uma lesão no

joelho esquerdo que até hoje lhe provoca dores e limitações de locomoção. Verifica-se, portanto, que as agressões sofridas pela vítima extrapolam o mero abuso dos meios de correção e disciplina, não se cogitando a desclassificação para o delito de maus tratos previsto no artigo 136 do Código Penal.- DOSIMETRIA DA PENA. Estupro de Vulnerável. Basilares firmadas em 08 (oito) anos de reclusão. Ausentes agravantes ou atenuantes. Aumentadas as reprimendas em 1/2, diante da causa de aumento prevista do artigo 226, inciso II, do Código Penal. Penas definitivas mantidas em 12 (doze) anos de reclusão. Pela continuidade delitiva, considerando que a prova oral evidenciou que foram seis ou sete os abusos praticados contra a vítima, a fração de aumento em razão dos crimes seriados foi reduzida para 1/2. Dúvida que deve beneficiar o réu. Pena corporal redimensionada para 18 (dezoito) anos de reclusão. Tortura. Penas-base no mínimo legal. Ausentes atenuantes ou agravantes. Na terceira fase, mantida a causa de aumento prevista no inciso II do § 4º do artigo 1º da Lei n.º 9.455/97, a fração de aumento foi alterada para 1/6, por ser acréscimo suficiente e adequado ao caso concreto. Penas definitivas em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. Reconhecida a continuidade delitiva entre os inúmeros episódios de tortura física e psíquica contra o lesado, segue mantido o aumento de 2/3. Pena total de 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão. Pelo concurso material, foram somadas as reprimendas, restando a pena corporal total em 21 (vinte e um) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão. Regime fechado mantido. Afastada a indenização a título de reparação mínima por danos morais fixada na sentença. - EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. Adesão ao entendimento assentado pelo plenário do STF no julgamento do HC 126.292/SP. Possibilidade de se executar provisoriamente a pena confirmada por esta segunda instância, sem ofensa ao Princípio Constitucional da Presunção da Inocência. Determinada a extração de cópias para a formação do PEC provisório, com remessa ao juízo de Primeiro Grau, a fim de que providencie o início da execução provisória da pena. Apelo defensivo parcialmente provido.

(TJ-RS - APR: 70081976706 RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Data de Julgamento: 28/08/2019, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: 13/09/2019)

O julgado acima é claro ao destacar que é amplo o conhecimento acerca da extraordinária relevância probatória que possui aos relatos vitimários para o amparo de um decreto condenatório, especialmente quando se trata de delitos praticados sem testemunhas presenciais, como no caso de crime sexual, onde, normalmente, este é praticado às escondidas. Neste sentido o julgado salienta ser tranquilo o entendimento da jurisprudência pátria no sentido de que a palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que nestes crimes, em geral, não há testemunhas ou não deixam vestígios.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás não destoa dos demais:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. PROVA ORAL. PALAVRA DA VÍTIMA. CONDENAÇÃO. IMPUTAÇÃO PROCEDENTE. I - A declaração da vítima, os depoimentos testemunhais e o relatório psicológico, convergentes entre si, são suficientes para a convicção do julgador da existência do crime de estupro de vulnerável, tipificado pelo art. 217-A, c/c art. 226, inciso II, do Código Penal Brasileiro, bem como da responsabilidade do processado, companheiro da avó da vítima, exercendo autoridade sobre ela, descrito os atos libidinosos, com detalhes,

formando acervo probatório que justifica a resposta penal desfavorável. II - Apenamento imposto. APELO PROVIDO.

(TJ-GO - APR: 195769320128090175, Relator: DR(A). LILIA MONICA DE CASTRO BORGES ESCHER, Data de Julgamento: 27/08/2019, 2A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2851 de 15/10/2019)

O julgado acima referido esclarece que a convergência das provas, aí se incluindo a declaração da vítima e outras obtidas no processo, é capaz de formar a convicção daquele que julga, acerca da materialidade do crime de estupro de vulnerável. Por fim, o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins também tem decidido acerca do tema:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ATO LIBIDINOSO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA SOMADA A ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO HARMÔNICOS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Não há que se falar em absolvição por insuficiência de provas quando o conjunto probatório produzido em primeiro grau, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, é robusto quanto à tipificação do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, c/c artigo 71 do Código Penal praticado pelo apelante. 2. Os crimes contra a dignidade sexual são cometidos, na maioria das vezes, às escondidas e na clandestinidade, de modo que a palavra da vítima assume enorme importância quando coerente e amparada por outros elementos de prova. Precedentes do TJTO e do STJ. 3. A materialidade do delito também restou demonstrada nos laudos de exame de corpo de delito ato libidinoso diverso conjunção carnal, avaliação psicológica, laudo de exame de corpo de delito constatação de conjunção carnal, bem como pelo depoimento da vítima e testemunhas que ratificaram os depoimentos prestados na Delegacia. 4. Não há que se falar em desclassificação do crime de estupro de vulnerável para importunação sexual quando a conduta praticada pelo acusado teve como vítima menor de 14 anos e amolda-se perfeitamente à figura típica descrita no art. 217-A, caput, do CP, configurando ato libidinoso diverso da conjunção carnal, em grande violação à dignidade sexual da vítima. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO.

(TJ-TO - APR: 00258982720198270000, Relator: ETELVINA MARIA SAMPAIO FELIPE)

O julgado acima assevera o que muitos outros já dizem a respeito dos crimes sexuais. Estes são cometidos em grande parcela às escondidas e na clandestinidade, de tal forma que a palavra da vítima é valorada com uma importância ímpar, desde que se mostre coerente e amparada por outros elementos de prova.

O que não se extrai dos julgados expostos é que a simples palavra da vítima, por si só, isoladamente, sem o acompanhamento de outros elementos probantes, seja suficiente para embasar um decreto condenatório. Não obstante uma pesquisa futura possa aprofundar-se em uma busca jurisprudencial que demonstre casos de condenação baseados unicamente na palavra da vítima, o que não é objetivo deste trabalho, o fato é que mostra, pelos julgados aqui

analisados, que a palavra da vítima tem seu valor acrescido quando acompanhado de mais provas do fato, e sendo este depoimento coerente.

CONCLUSÃO

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

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

Aliado à morosidade do sistema judicial brasileiro, assolado por milhões de processos a serem julgados, aqueles que se referem a crimes sexuais cometidos contra crianças chegam ao ponto de serem julgados com uma grande celeuma acerca da suficiência das provas produzidas para embasar uma condenação ao suposto agressor.

Cumprido destacar que quando se trata da apuração dos crimes de violência sexual contra a criança e o adolescente, dois interesses se colocam frente a frente: um, o de promover a punição do agressor, como forma de justiça criminal; e o outro, a necessidade de minimizar os nefastos efeitos da revitimização, em respeito à doutrina da proteção integral da criança e do adolescente.

Como destacado anteriormente, a oitiva da vítima é essencial à apuração dos crimes sexuais infanto-juvenis, porque a sua palavra, não raro, é a única prova do abuso perpetrado, uma vez que nem sempre o crime deixa evidências materiais, que possam ser captadas através de provas periciais.

Foi possível verificar que a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, foram criações de grande relevância no trato de crianças e adolescentes, garantindo direitos e deveres, exigindo tanto a atenção da família e da sociedade, como também do Poder Público Federal, Estadual e Municipal.

Neste sentido a presente pesquisa conseguiu demonstrar que existe legislação em âmbito internacional e nacional que prevê proteção ampla para os direitos da criança e do adolescente, com vistas a tê-lo como ser humano dotado de direitos e em desenvolvimento. Contudo, apesar de todos esses mecanismos de defesa terem proporcionado melhoria nas ações de defesa das crianças e adolescentes, muito ainda se tem a ser feito.

A presente pesquisa também conseguiu apresentar as provas e os meios de prova que mais se relacionam com crimes que atinjam a dignidade sexual, a fim de que se pudesse, o que

foi suficiente para embasar os conhecimentos necessários para que se compreendesse a inserção do depoimento especial (ou sem dano) no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, o presente estudo foi capaz de evidenciar que o julgador não está alheio à valoração do depoimento da vítima como prova suficiente para embasar condenação por crime sexual contra menores, desde que esta prova seja amparada por outros elementos que corroborem seu conteúdo.

Entende-se que a Lei 13.431/17 configura um passo importante no estabelecimento de um sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Espera-se, ainda, que os Tribunais brasileiros promovam ações para adequação estrutural de suas instalações, bem como capacitação da equipe profissional, a fim de que a Lei 13.431/17 seja efetivamente cumprida e se transforme em realidade na prática jurídica nacional.

Estudos futuros a partir das conclusões obtidas neste estudo são de extrema relevância para o desenvolvimento da compreensão sobre o tema e para embasar discussões mais aprofundadas, sendo que tal objetivo é guardado para momento posterior, sem prejuízo do que foi levantado nesta pesquisa.

REFERÊNCIAS

- AQUINO, José Carlos G. Xavier. **A Prova testemunhal no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1987.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**, 7ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.
- ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro, Zahar, 1981.
- AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Inquirição da criança vítima de violência sexual: proteção ou violação de direitos?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campos: Elsevier, 2012.
- BIANCO, Rodrigo Johnson Martins; SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **Presunção de inocência versus palavra da vítima nos delitos sexuais: uma relativização necessária segundo as cortes superiores?** **Rev. Justiça & Sociedade**, v. 04, nº 02, 2019.
- BÍBLIA SAGRADA. Editora Vida, 1994, Rio de Janeiro.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 28 set. 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 04 set. 2020.
- _____. **Lei 13.431**, de 4 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm>. Acesso em: 02 mai 2017.
- BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos - MDH. **Parâmetros de Escuta de Crianças e Adolescentes em situação de violência**. 2017. Disponível em: <<http://cedecainter.org.br/wp-content/uploads/2017/09/Parametros-de-Escutade-Criancas-e-Adolescentes-em-situacao-de-violencia-2017.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 361**. 1963. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/75/STF/361.htm>>. Acesso em 09 set. 2020.

CAPELETTO, Raquel Emilia; SILVA, Luciana Caetano da. **Pedofilia no Brasil: doença ou crime?**. 2005. 68 f. TCC (Direito). Faculdades Nobel, Maringá, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARDOZO, Antônio Carlos Bittencourt. **Conselho Tutelar como instrumento de participação da população e de efetivação da política social de atendimento da criança e do adolescente**. Trabalho de conclusão de curso de graduação em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011.

CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano / depoimento especial – treze anos de uma prática judicial**. In: POTTER, Luciane; HOFFMEISTER, Marleci V. (Org.). Depoimento especial de crianças e adolescentes: quando a multidisciplinaridade aproxima os olhares. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 17-38.

CHAIA, Rubén A. **La prueba en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

CNJ – Conselho Nacional De Justiça. **Salas especiais para ouvir crianças e adolescentes chegam a 23 tribunais**, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82952-salasespeciais-para-ouvir-criancas-e-adolescentes-chegam-a-23-tribunais>>. Acesso em: 06 jan. 2018.

CORDÓN AGUILAR, Julio César. **Prueba indiciária y presunción de inocencia en el proceso penal**. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em direito)-Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011. Disponível em: <https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/110651/DDAFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaIndiciaria.pdf;sequence=1 >. Acesso em: 10 set. 2020.

DAY, Vivian Peres; TELLES, Lisieux Elaine de Borba; ZORATTO, Pedro Henrique; AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; MACHADO, Denise Arlete; SILVEIRA, Marisa Braz; DEBIAGGI, Moema; REIS, Maria da Graça; CARDOSO, Rogério Göettert; BLANK, Paulo. Violência Doméstica e suas diferentes manifestações. **Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul**, v.25, p.9-21, abril 2003.

D'ELIA, Fábio Suardi. **Tutela penal da dignidade sexual e vulnerabilidade**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

EBERHARDT, Marcos. **Provas no processo penal: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

FONSECA, Antonio Cezar Lima. **Direitos da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

FONTOURA, Bárbara Pamplona. **A aplicação da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente pelo Judiciário Brasileiro**. 2011. 63 f. Monografia (Direito). Centro Universitário de Brasília - UNICEUB, Brasília, 2011.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos Crimes Sexuais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva 1996.

JESUS, Maurício Neves. **Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral**. Campinas: Savanda, 2006.

LACERDA NETO, Arthur Virmond de. **Forma, lugar e tempo do processo penal romano**. 2013. Disponível em: <<https://direitoromanolacerda.wordpress.com/2013/01/04/forma-lugar-e-tempo-do-processo-penal-romano/>>. Acesso em: 03 set. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

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

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial**. 29. ed. v. 2. São Paulo: Atlas, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MORAES, Cristiane de; AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Depoimento especial e a aparente proteção à criança vítima de violência sexual**. 2019. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/02/cristiane_moraes.pdf>. Acesso em: .

NAKATANI, Fabiana M. **Abuso Sexual Intrafamiliar contra a criança: entre o direito e a psicologia**. 2012. 72 f. Monografia (Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11ª ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Antonio Maria Claret de; COSTA, Daniel Carnio. **Provas Ilícitas no Direito Processual e a Teoria da Proporcionalidade**. 2010. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav41/alunos/cl.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2020.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: RT, 2005.

PINSKY, Jaime. **Código de Hamurábi**. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org.br>> Acesso em 25 maio 2008.

POSTMAN, Neil. **O desaparecimento da Infância**. Rio de Janeiro: Graphia Editorial, 1999.

POTTER, Luciane. **O depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de crime sexual e a conscientização ética de tutela processual**. In: POTTER, Luciane; HOFFMEISTER, Marleci V. (Org.). Depoimento especial de crianças e adolescentes: quando a multidisciplinaridade aproxima os olhares. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 107-130.

RAMOS, Silvia Ignez Silva. **Para além das controvérsias: o depoimento especial e um protocolo rizomático?** In: POTTER, Luciane; HOFFMEISTER, Marleci V. (Org.). Depoimento especial de crianças e adolescentes: quando a multidisciplinaridade aproxima os olhares. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 163-184.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos; COSTA, Liana Fortunato; FALEIROS, Vicente de Paula. **Depoimento especial: relação entre as implicações psicossociais e jurídicas**. In: POTTER, Luciane; HOFFMEISTER, Marleci V. Depoimento especial de crianças e adolescente: quando a multidisciplinariedade aproxima os olhares. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2016, p. 39/56.

_____. **Cartografia nacional das experiências alternativas de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes em processos judiciais no Brasil: o estado da arte**. São Paulo, SP: Childhood Brasil; Editora da Universidade Católica de Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.childhood.org.br/wpcontent/uploads/2017/06/cartografia_depoimento_especial.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2017.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista. **Depoimento sem Medo (?) Culturas e Práticas não-revitimizantes**. Uma Cartografia das Experiências de Tomada de Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes. São Paulo, SP Childhood Brasil (Instituto WCF – Brasil) 2008.

SILVA, Louize Kucharski da. **Adoção internacional: uma alternativa para a infância e a adolescência desassistidas**. 2016. 70 f. Monografia (Direito). Universidade Federal do Rio Grande - FURG, Rio Grande, 2016.

SOARES, Natália Fernandes. **Infância e direitos: participação das crianças nos contextos de vida - representações, práticas e poderes**. Tese de Doutorado em Estudos da Criança, Universidade do Minho, Braga, 2005.

SOUZA, José Guilherme de. **Vitimologia e violência nos crimes sexuais: uma abordagem interdisciplinar**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 1998.

SOUZA, Sérgio Augusto G. Pereira de. A declaração dos direitos da criança e a convenção sobre os direitos da criança. Direitos humanos a proteger em um mundo em guerra. In **Jus Navigandi**, Teresina, 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2568>>. Acesso em: 19 set. 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**, 11 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

WILLIAMS, L. C. de A; ARAÚJO, E. A. C.(Orgs). **Prevenção do Abuso Sexual Infantil: um Enfoque Interdisciplinar**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

ZAVATTARO, Mayra dos Santos. **Depoimento especial: aspectos jurídicos e psicológicos de acordo com a lei n. 13.431/2017**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 115.