



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

BRUNA ESTEFANE CERQUEIRA BOMFIM

**A VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA: REFLEXÕES ACERCA
DA INEXISTÊNCIA DE MEIO PROBATÓRIO DIVERSO NO CRIME
DE ESTUPRO**

Salvador
2020

BRUNA ESTEFANE CERQUEIRA BOMFIM

**A VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA: REFLEXÕES ACERCA
DA INEXISTÊNCIA DE MEIO PROBATÓRIO DIVERSO NO CRIME
DE ESTUPRO**

Monografia apresentada ao curso Bacharelado de
Graduação em Direito, da Faculdade Baiana de Direito,
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.^a. Daniela Carvalho Portugal

Salvador
2020

TERMO DE APROVAÇÃO

BRUNA ESTEFANE CERQUEIRA BOMFIM

A VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA: REFLEXÕES ACERCA DA INEXISTÊNCIA DE MEIO PROBATÓRIO DIVERSO NO CRIME DE ESTUPRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação/Instituição: _____

Nome: _____

Titulação/Instituição: _____

Nome: _____

Titulação/Instituição: _____

Salvador-Ba, ____/____/2020

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, ao Pai Celestial que, com seus auxiliares, me concede o chão para que eu dê o passo, abre os caminhos que eu adentro, e ilumina a estrada que até aqui me trouxe, e que ainda não findou.

Aos meus pais, Cristiane e Wanderson, e a minha irmã, Bianca, por acreditarem nos meus sonhos quando ainda os considerava ilusões, por celebrarem minhas vitórias e serem meu lastro nos momentos difíceis, mas necessários, no caminho da evolução. Eu não poderia ter sido mais abençoada.

Aos meus amigos, que tornam minha breve passagem muito mais leve, mais feliz. Sou melhor com vocês.

Um agradecimento especial à Cecília, por ser o outro ombro a carregar o que parecia ter o peso do mundo, mas logo tratamos de descobrir que é esse o peso de um grande sonho gestado por anos.

À minha orientadora, Daniela Carvalho Portugal, pelas inspirações pessoais e profissionais, com as quais brinda a mim e à comunidade jurídica contemporânea. É uma honra. Sou grata por me fazer sentir que é possível.

À Faculdade Baiana de Direito e ao Programa Universidade Para Todos, pelo acesso, pela chance, e pela prova que agora ofereço a quem me lê: a distância entre uma jovem de um “lugar qualquer” e uma jovem de qualquer lugar é a oportunidade. Gratidão.

À todas as mulheres que me cruzaram o caminho e que me tocaram a alma, pela sororidade, pela inquietude, pelo acolhimento e, sobretudo, pela coexistência. Somos uma ousada resistência. Sigamos encontrando e retirando os espinhos para que as próximas não sangrem os dedos ao tentar tocar as rosas.

“Que nada nos limite, que nada nos defina, que nada nos sujeite. Que a liberdade seja nossa própria substância, já que viver é ser livre. Porque alguém disse e eu concordo que o tempo cura, que a mágoa passa, que decepção não mata. E que a vida sempre, sempre continua.”

Simone de Beauvoir

RESUMO

O estupro, crime hediondo, nos termos da lei 8.072 de 25 de julho de 1990, se caracteriza como uma espécie de crime praticado contra a liberdade sexual, tipificado no artigo 213 do Código Penal Brasileiro. Além da conjunção carnal, abarca também a possibilidade de outros atos libidinosos, em muitos momentos praticados longe de testemunhas e sem vestígios de sua ocorrência, o que deveras dificulta a aplicabilidade e efetividade do direito penal. O presente trabalho visa discorrer sobre a valoração da palavra da vítima de estupro ante a inexistência de meios probatórios. Para tanto, será abordado no presente trabalho o contexto histórico deste crime, os movimentos sociais feministas, o sistema acusatório, as peculiaridades probatórias neste crime e a condenação criminal fundamentada apenas na palavra da vítima. Consolida-se neste que a palavra da vítima é de fundamental importância para o processo penal, sendo reconhecida pela doutrina e jurisprudência como uma importante prova em casos de estupro, portanto possível o embasamento para uma condenação criminal. Trata-se de pesquisa qualitativa, elaborada a partir da Legislação Penal e leis extravagantes, doutrinas, jurisprudências e de obras sólidas que tratam desta temática.

Palavras-chave: estupro; vítima; liberdade sexual; mulher; valoração da palavra.

ABSTRACT

Rape, a heinous crime, under the terms of Law 8,072 of July 25, 1990, is characterized as a kind of crime committed against sexual freedom, typified in Article 213 of the Brazilian Penal Code. In addition to the carnal conjunction, it also encompasses the possibility of other libidinous acts, in many moments practiced away from witnesses and without any trace of their occurrence, which indeed hinders the applicability and effectiveness of criminal law. This work aims to discuss the rape victim's word valuation in the absence of evidential means. Therefore, the historical context of this crime, the feminist social movements, the accusatory system, the evidential peculiarities in this crime and the criminal conviction based only on the victim's word will be addressed in this work. It is consolidated in this that the word of the victim is of fundamental importance for the criminal process, being recognized by the doctrine and jurisprudence as an important evidence in cases of rape, therefore possible the basis for a criminal conviction. It is a qualitative research, elaborated from the Penal Legislation and extravagant laws, doctrines, jurisprudence and solid works that deal with this theme.

Keywords: rape; victim; sexual freedom; woman; word valuation.

LISTA DE ABREVIATURAS

STF : Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

TJ: Tribunal de Justiça

CP: Código Penal

CPP: Código de Processo Penal

MP: Ministério Público

CF: Constituição Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	09
2. A PROVA À LUZ DE UM SISTEMA ACUSATÓRIO GARANTISTA.....	11
2.1 O SISTEMA ACUSATÓRIO	12
2.2 O GARANTISMO PENAL.....	17
2.3 A PROVA NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO GARANTISTA.....	23
3. A PROVA DO ESTUPRO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	32
3.1 CARACTERÍSTICAS JURÍDICO-PENAIIS DO DELITO DE ESTUPRO.....	33
3.2 PECULIARIDADES PROBATÓRIAS DO ESTUPRO.....	41
3.3 A PALAVRA DA VÍTIMA NO CRIME DE ESTUPRO COMO MEIO DE PROVA E A SUA VALORAÇÃO SOB A PERSPETIVA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL	44
4. A CONDENAÇÃO PENAL FUNDAMENTADA EXCLUSIVAMENTE NA PALAVRA DA VÍTIMA E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM UM SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO GARANTISTA E FEMINISTA.....	55
4.1 O SISTEMA ACUSATÓRIO GARANTISTA À LUZ DE UM PARADIGMA FEMINISTA.....	56
4.2 RISCOS PROCESSUAIS / CONSEQUÊNCIAS POLÍTICO CRIMINAIS DA VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA NOS PROCESSOS DE ESTUPRO.....	62
4.3 DA INSUFICIÊNCIA INSTITUCIONAL DA PALAVRA DA VÍTIMA COMO LASTRO À CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ESTUPRO. REFLEXÕES SOB AS ÓTICAS FEMINISTA E GARANTISTA DO PROCESSO PENAL.....	70
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	74
REFERÊNCIAS	77

1. INTRODUÇÃO

O estupro, um dos mais antigos dos delitos, norteará o leitor no caminho até o cerne deste trabalho, o qual compreenderá o aspecto probatório da ocorrência criminosa, sendo o tratamento quanto ao crime de estupro o ponto chave desta obra. Subordinado ao tema “a valoração da palavra da vítima: uma análise do instituto ante a inexistência de meio probatório diverso à luz do crime de estupro”, a presente obra visa elucidar a seguinte inquirição: condenação por estupro com base exclusivamente na palavra da vítima quando não há outros meios de provas é compatível com um sistema processual penal acusatório garantista e feminista?

Visando elucidar tal questão, foram utilizados como referenciais teóricos Soraia Mendes, em suas obras essencialíssimas para compreender o aspecto epistemológico no processo penal, Aury Lopes Jr, Janaina Matida, Alexandre Morais da Rosa, Ana Cláudia Pinho, Luigi Ferrajoli, brindando este trabalho com seus necessários estudos acerca do Garantismo Penal, dentre outros autores.

Através de procedimento e pesquisa bibliográfica, a presente obra busca nos autores citados o reconhecimento do problema em questão e os respectivos ponto de vista, utilizando o método dedutivo para estabelecer a fundamentação teórica da obra. O método dedutivo foi escolhido em razão da abordagem de várias premissas ao longo do trabalho que, ao final, levarão à conclusão que confirmará a hipótese por questões de ordem lógica. A metodologia de pesquisa bibliográfica se deu devido à complexidade do tema. A hipótese levantada para início da execução deste trabalho foi: a palavra da vítima, em que pese sua relevância destacada para o processo penal, por questões institucionais, sociais e políticas, bem como princípios processuais constitucionalmente previstos, é insuficiente para embasar uma condenação penal no crime de estupro.

A presente temática é de profunda e elevada importância para a sociedade, pois, nota-se que os crimes de estupro têm crescido com o passar dos anos, a elucidação e efetiva condenação dos criminosos encontram barreiras doutrinárias que acabam por dificultar aplicação da norma penal e este crime vem deixando profundas marcas na sociedade. A presente obra será como um auxílio para o aprofundamento das discussões acerca da condenação por estupro com base exclusivamente na palavra da vítima, quando não há outros meios de prova. O tema em questão é deveras controverso entre a doutrina, todavia a obra propõe um profundo olhar para a temática, demonstrando de

que forma a condenação poderá ser fundamentada ante a inexistência de provas do crime do estupro, considerando apenas a palavra da vítima.

Seguindo a subdivisão desta obra, serão abordados no segundo capítulo as questões inerentes à prova no processo penal brasileiro, partindo assim dos conceitos de sistema acusatório, garantismo penal, e a sua correlação. Vencida esta etapa, o terceiro capítulo tratará sobre o estupro em seus aspectos jurídico-penais, abordará a questão probatória pra este delito especificamente e, finalmente, a palavra da vítima como meio de prova e sua valoração jurisprudencial para o crime de estupro. Por fim, o quarto e último capítulo tratará da fundamentação da condenação exclusivamente na palavra da vítima, analisando criticamente a sua compatibilidade com o sistema acusatório garantista, os riscos processuais e consequências político criminais da valoração da palavra da vítima no crime de estupro, bem como as observações pessoais desta autora.

Dentre as dificuldades enfrentadas à finalização do trabalho, a primeira se deu em razão da pandemia, esta que transformou o ano de 2020 em um labirinto com diversas surpresas, pouquíssimas delas agradáveis. A dificuldade do acesso a algumas obras físicas, estar de ‘’ corpo presente’’ com os mestres e colegas nos corredores da instituição, os aspectos emocionais que envolvem a finalização de uma graduação, e, por fim, a solidão do isolamento social, fizeram com que o caminho até a finalização do presente trabalho tivesse pedras a mais, mas nem por isso foi trilhado com menos esforço e menos amor.

2. A PROVA À LUZ DE UM SISTEMA ACUSATÓRIO GARANTISTA

O sistema processual penal funciona como uma confluência de regras e princípios adotados de modo a nortear a engrenagem institucional, o que provocará reflexos em todo o ordenamento jurídico. Este sistema é um eficaz medidor de elementos democráticos no Estado onde se observa. Nesse sentido, aduz Paulo Rangel (2019) o sistema processual penal como um conjunto de princípios e regras constitucionais, aplicáveis em estreita relação com o momento político de determinado lugar, sendo o instituto o grande condutor de diretrizes a serem seguidas para a efetiva aplicação do direito penal a cada caso.

Quanto ao sistema acusatório, é da mais alta relevância destacar a função desse instituto jurídico. Então, uma vez aprovacionados do saber de sua importância, o sistema processual penal será então afunilado ao conceito relevante para este trabalho.

Luiz Gabriel Batista Neves, aduz que o sistema “vai se orientar pela triangulação entre a Constituição, o processo penal e a forma de governo de determinada nação”. Sendo assim, o sistema processual penal vigente determinará os aspectos e circunstâncias de produção de prova, elemento relevantíssimo para se atingir o fim da justiça criminal, ou seja, prover jurisdição ao indivíduo isoladamente, ou, responder à sociedade como um todo seguindo, para tanto, um modelo de condução no processo penal.

Para que se evidencie, ainda mais, a posição relevante do sistema processual penal, Aury Lopes Jr (2017, p. 157) destaca, sinteticamente, o teor histórico dessa questão, apontando a ocorrência de históricas restrições e opressões à direitos e as mais amplas liberdades em variados momentos, apontando que tais restrições ocorreram proporcionalmente a determinado receio do Estado, indicando que “os sistemas processuais inquisitório e acusatório são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do direito penal e do Estado da época”.

Outrossim, importa demonstrar o comportamento desde processo penal, e sua relação com a perspectiva garantista, que envolve não apenas o aparato penal de determinado ordenamento, mas possui face humanitária.

2.1 DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Reconhecer o sistema processual vigente em determinado ordenamento, requer, inicialmente, a observação do funcionamento da atividade judicial. Há uma relação diretamente proporcional entre o acúmulo de atividades em um mesmo órgão jurisdicional e a parcialidade que dele provém.

Como os elementos que determinam a existência dos sistemas processuais estão vinculados aos sujeitos processuais e ao modo como atuam, além da relação que se estabelece entre o juiz e a busca de informações sobre o fato, estas categorias não se prestam ao fim de definir o modelo fundado no consenso. Para este modelo está posto o desafio da sua compreensão, que significará desenhar com clareza o estatuto do juiz e das partes. É indiscutível que a essência destes estatutos está na Constituição e nos Tratados sobre direitos humanos. Será preciso extrair desses comandos normativos as bases de configuração de tais estatutos. (PRADO, 2005).

O sistema acusatório possui como marcante característica, a circunstância de que ninguém pode ser levado a juízo sem uma acusação - *nemo in iudicium tradetur sine accusatione*, daí o nome Sistema Acusatório, de acordo com Cristiano Lago.

O sistema acusatório foi definido por Paulo Rangel (2019), como uma antítese ao sistema inquisitivo. De acordo com o doutrinador, este sistema caracteriza-se pela existência do *actum trium personarum*, que significa uma atuação conjunta de três atores: o réu, o autor, e o juiz. Nesse sistema, o réu atua de modo a defender todos os interesses atinentes a si próprio, sua personalidade, liberdade, utilizando-se, para tanto, de todos os meios legais de defesa e contraditório. Já o autor configura-se como o responsável pela acusação, formulando o pedido e formalizando a imputação penal.

Segundo Aury Lopes Jr (2017), deve-se ter como marco inicial para compreensão do processo penal, a sua concepção como um “reparto” judicial por um terceiro que é, a priori, imparcial. Em seu ver, a imparcialidade é o princípio supremo, que deve ser respeitado e basilar de seus consequentes, e partindo desta predileção, o processo penal deverá afastar o julgador da iniciativa e gestão da prova, a fim de garantir a execução do princípio, o que, conclui, somente se consegue a partir de um sistema processual penal acusatório.

No Brasil, o Estado criou para o autor a persona específica do Ministério Público, excepcionalmente, um particular. O juiz, nessa senda, assumirá o caráter imparcial de aplicação da lei, manifestando-se apenas mediante provocação, garantindo, assim, o devido afastamento da causa penal, diferentemente do papel que exercia no sistema inquisitório, conglobando para si a gestão da prova, imputação do tipo penal e decisão judicial.

Antes de assumir as feições hodiernas, o sistema acusatório possuía moldura semelhante, mas aspectos concretos um tanto distintos. Historicamente, desenvolveu-se no berço da democracia antiga, em Roma e na Grécia. De acordo com Batista Neves, para além das semelhanças, quais sejam, uso do contraditório e ampla defesa, e a inadmissibilidade das provas ilícitas, o sistema em sua versão antiga não admitia denúncia anônima, e a acusação era formulada por um representante do povo.

O professor explica o procedimento processual e conclui que, em verdade, o sistema acusatório primário poderia ser definido como uma acusação privada. Isto porque, após o recebimento da denúncia por um particular, esta seria avaliada por um arconte que julgaria sua admissibilidade e marcaria uma data para um julgamento público, no qual, o acusado poderia ter que vir a pagar, a título de multa, determinada quantia pecuniária caso não conseguisse votos suficientes em seu favor, além da punição propriamente dita.

Segundo Jacinto Coutinho (2009), a disputa entre acusação e defesa aparentemente tendia – e tende – a ser leal e indicava uma paridade de condições entre os contendores.

Aury Lopes Jr (2017) pormenoriza o processo penal orientado por um sistema acusatório antigo, especificamente na Roma da Alta República, dividindo o processo em dois: o *cognitio e accusatio*. De acordo com o autor, o primeiro conferia ao magistrado maior autonomia, e a função desta fase processual era que o juiz tomasse maior conhecimento acerca dos fatos inerentes ao caso concreto. No segundo, trata-se de uma inovação, uma encomenda privada da persecução penal, pois esta era feita por representante do povo, o que também conferia caráter subjetivo ao denunciante, que poderia utilizar-se de razões diversas para ocupar tal espaço, inclusive pretensões exclusivamente de cunho político.

Interesses privados foram os grandes motivadores do declínio deste sistema no início da Idade Média. Os pretextos de ordem pessoal foram provocando grandes inconvenientes nos julgamentos, tornando o método cada vez mais insuficiente perante as novas práticas delitivas, fazendo com que a atuação judicial, que antes ocupava um espaço coadjuvante, estivesse gradativamente mais presente. Nesse sentido, Aury Lopes Jr (2017, p. 161) aponta:

A insatisfação com o sistema acusatório vigente foi causa de que os juízes invadissem cada vez mais as atribuições dos acusadores privados, originando a reunião, em um mesmo órgão do Estado, das funções de acusar e julgar. A partir daí, os juízes começaram a proceder de ofício, sem acusação formal, realizando eles mesmos a investigação e posteriormente dando a sentença. Isso caracterizava o procedimento extraordinário, que, ademais, introduziu a tortura no processo penal romano.

Progressivamente, o processo penal, no formato em que se conhecia, foi sendo substituído por uma versão menos acolhedora e garantidora, com uma atuação judicial cada vez mais presente, determinante para o futuro do julgado, delineando-se à feições do que, em um futuro não tão distante, viria a ser conhecido como sistema processual penal acusatório.

Em vista disso, e por considerarem que a partir de 1988, com a nova Constituição, o processo penal brasileiro realmente aderiu ao modelo acusatório, alguns tribunais, a nosso juízo acertadamente, têm editado atos normativos que regulam a tramitação dos autos de investigação criminal diretamente entre as unidades de polícia judiciária e os órgãos do Ministério Público. (PRADO, 2005, p. 278).

O sistema acusatório assume características mais condizentes com a modernidade do que qualquer outro modelo de sistema processual penal. Isto porque alia o caráter constitucionalista e garantidor, ínsito aos moldes legislativos mundiais atuais, bem como a face protetora, humanista, dando ao acusado o posto de sujeito de direitos. Coaduna com este pensamento Martina Rodrigues (2013), que depreende o sistema acusatório como uma premissa do processo penal moderno, e que deve ser aplicado ser aplicado efetivamente, não apenas previsto textualmente.

Nessa linha de pensamento, Aury Lopes Jr (2017), explica que:

Também conduz a uma maior tranquilidade social, pois se evitam eventuais abusos da prepotência estatal que se pode manifestar na figura do juiz “apaixonado” pelo resultado de seu labor investigador e que, ao sentenciar, olvida-se dos princípios básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação.

Em seus apontamentos, o autor entende que o sistema processual penal acusatório assume as características de distinção entre quem julga e quem acusa; iniciativa probatória das partes, decorrendo da distinção de funções; tratamento igualitário às partes (ou isonômico); oralidade e publicidade a maior parte do processo; contraditório e ampla defesa; decisão mediante livre convencimento motivado do magistrado; e o duplo grau de jurisdição, possibilitando, a reversão do conteúdo decisório por órgão superior dotado das mesmas características imparciais do primeiro.

No Brasil, a legislação assume feições acusatórias, inferidas a partir de previsões constitucionais, como no artigo 129, que dispõe a ação penal como atividade privativa do Ministério Público, e no artigo 5º, que dispõe alguns direitos fundamentais, *in verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

As bases desse sistema acusatório, expressão inseparável da democracia no processo penal, pululam por todo texto constitucional. Inegavelmente, é encontrada sua base no artigo 5º em diversas passagens: contraditório e ampla defesa (a mais citada das garantias por dez entre cada dez processualistas), juiz natural, igualdade e, a mais festejada de todas as garantias (já que pela primeira vez explicitada), a presunção de inocência, que dá ao acusado o status de sujeito do processo e não seu mero objeto, com todas as consequências humanitárias daí naturalmente decorrentes. Mas não é só. Um artigo de grande importância e lamentavelmente mal inserido topograficamente na Constituição merece ser destacado: a titularidade da ação penal pública para o Ministério Público, com o que se separam definitivamente as funções de promover a ação penal e julgá-la, que é uma das bases do chamado sistema acusatório. (CHOUKR, 2000).

Há doutrinadores, como Paulo Rangel, que entendem que o sistema brasileiro não é puro, aduzindo a existência de elementos pertencentes ao sistema inquisitório introduzidos no ordenamento pátrio. Em seu ver, o inquérito policial é forte indicador da presença de elementos inquisitivos, seja pelo sigilo rege o procedimento, o que torna o indiciado o objeto da investigação, seja pelas perguntas realizadas pelo juiz ao

investigado após ler o depoimento testemunhal sem passar pelo contraditório, contudo, para ele, são resquícios que tornam o sistema impuro, mas deve-se considerar o avanço histórico.

Nessa senda, Lopes Jr. (2019) não apenas afirma que o sistema brasileiro não é puro, como o entende por essencialmente inquisitorial, pois a fase processual seria, em seu ver, inquisitória, ou até mesmo, neoinquisitória, vez que a informação – entendida por fase de inquérito – é inquisitiva, e põe a gestão de provas na mão do juiz, fugindo ao característico afastamento acusatório.

Coadunando com este pensamento, tem-se Salah Khaled Jr (2010), que assume a rachadura brasileira para o que ele chama de práticas inquisitoriais. Para ele, a despeito da legislação brasileira adotar previsões de um processo acusatório, como, por exemplo, a titularidade da ação penal privativa do *parquet*, juiz natural, direitos fundamentais, entre outros, tais previsões limitam-se à fria letra normativa, havendo, de acordo com ele, dantesca distorção na prática. Fundamenta este raciocínio atribuindo o problema brasileiro de ineficácia e inefetividade das previsões legislativas a reiteradas práticas ditas conservadoras, que ocorrem na fase preliminar e processual da ação penal.

O autor prossegue afirmando que essas escolhas são frutos de opção política e corporativa dos atores do sistema. Tais atos são exemplificados como ações policiais, que agem como detentores de grande verdade, fracamente contestadas pelo juiz, que acaba por validar, ações “fora-da-lei”, embasando suas decisões em informações recebidas na fase anterior. No entanto, para ele, não é suficiente a afirmação de que o sistema brasileiro, ou qualquer sistema que seja, é acusatório, quando é poroso a elementos inquisitoriais, que, segundo ele, contaminam e comprometem as estruturas acusatórias seguintes.

Portanto, na linha perspectivada em um sistema acusatório, ainda que nesta hipótese o sistema esteja reduzido à sua expressão mais pura, a do princípio acusatório, a intervenção judicial, voltada ao controle da realização das investigações básicas para a deflagração da ação penal, é algo completamente anômalo, a ser expurgado do ordenamento jurídico, sob pena de violação das regras básicas pertinentes à distribuição de funções, com a garantia para o acusado da imparcialidade do seu julgador. (PRADO, 2005, p. 280).

De acordo com Pietro Jr (2019), no Brasil, o que se tem é o sistema acusatório com poderes instrutórios do juiz, ou seja, nesse aspecto, próximo do *inquisitorial system*, vez que a norma jurídica processual permite ao magistrado a atividade instrutória no âmbito processual. A seu ver, entretanto, esta gestão da prova pelo juiz deve ser subsidiária e complementar à atividade das partes, para que não venha a ferir a imparcialidade nem dê ao juiz as atribuições ministeriais ou de defesa, devendo ser usado, contudo, para facilitar a igualdade entre as partes, limitando-se a estimular o contraditório e ampla defesa na prova de ofício por ele requerida.

2.2 GARANTISMO PENAL

Elementar pensar o presente trecho deste trabalho sob a ótica de Luigi Ferrajoli (2002), criador e teórico do que hoje se entende por garantismo penal. De acordo com o autor, na obra *Direito e Razão*, o garantismo possui um significado tríplice.

O primeiro deles descreve um modelo normativo do direito penal, no qual o poder está em sua forma mínima, no plano epistemológico, e, em um plano político, o garantismo se perfaz sob as nuances de uma tutela estatal idônea, que minimiza a violência e tem como máxima a liberdade. De um plano jurídico, caracteriza-se pela atuação estatal em garantia dos direitos de seus cidadãos.

Como um segundo significado, Ferrajoli aponta o garantismo como um marco teórico, sendo este o pressuposto de validade das normas e de sua efetividade, aproximando os conceitos de “ser” e “dever ser” desta norma, defendendo, assim, uma convergência entre os modelos normativos e as práticas operacionais, aduzindo que, uma vez que estes não sigam direcionamentos idênticos, são, portanto, antinômicos.

O terceiro significado do termo “garantismo”, traveste-se de filosofia política, na concepção do autor. Seria este conceito, portanto, concretizado através de uma doutrina laica, com distinções entre direito e moral, com o senso de justiça dissociado do de validade. Ademais, filosoficamente, este modelo demanda do Estado uma justificação externa baseada nos bens jurídicos e interesses dos tutelados.

Rodrigo Novelli (2014) propõe, a partir da leitura dos significados atribuídos por Ferrajoli, um novo conceito, na sua análise, um quarto e único significado, a ser entendido como uma política criminal onde prevalece a mínima intervenção do Estado no sistema normativo punitivo, pautado na validade da norma e na sua efetividade – de

forma distinta e também, entre si – atuando como uma filosofia política externa que impõe ao Estado e ao direito, o ônus de buscar a finalidade da norma penal.

Em síntese, agora própria, Ferrajoli propõe o garantismo como uma vinculação do Estado como poder público com o Estado de direito; uma proposição de limites às atuações tanto privadas quanto públicas, visando sempre o Estado de direito, uma divergência entre a norma que vigora e a norma válida, produzida pelos desencontros entre a norma e a ilegitimidade jurídica das atividades normativas; da divergência entre justiça e validade. Funciona, portanto, de modo a frear e evitar que abusos sejam cometidos por quem detém o poder, ou seja, a pessoa do Estado, contra o tutelado, que é o cidadão. É a proposição das liberdades individuais e das garantias à luz de um sistema constitucional equilibrado.

Ferrajoli, em sua obra, não deslegitima as instituições punitivas em sua integralidade, percebe-se que a sua luta teórica abrange cunho social, abordando a violência como uma resposta às desigualdades produzidas. Nesse sentido, o autor Leonardo Marcondes Machado (2018) aponta a obra de Luigi Ferrajoli como uma busca por maior justiça em relação aos sujeitos concretos do sistema penal, através de uma redução de violência oficiais ou não, públicas e privadas.

Sustentada na dogmática penal, a teoria garantista representa ao mesmo tempo o resgate e valorização das normas constituintes como elementos fundamentais para limitar os abusos estatais rotineiros na demanda penal. Logo, as bases teóricas do garantismo constituem instrumentos estratégicos para mitigar os abusos que o Estado Penal comete contra os excluídos sociais, mais especificamente para defender e bem equacionar o constitucional Estado Democrático de Direito. O discurso garantista tem por base o respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais (FREITAS *et al*, 2017).

Entretanto, a despeito de uma detalhada descrição acerca do garantismo, Luigi Ferrajoli (2002, p. 275), considera a sua teoria, em parte, utópica. O autor justifica este posicionamento ao admitir que as suas perspectivas abolicionistas são alternativas que convivem com o direito penal positivo na medida em que este é insuficiente em suas normas e operações. Conclui seu raciocínio ao afirmar que seu caráter abolicionista e

justificacionista são convergentes, e legitimam o obsoletismo do direito penal, no qual, de acordo com ele, a realidade e a utopia concorrem entre si.

No Brasil, o sistema garantista no processo penal se dá por introdução de princípios na ordem jurídica criminal, listados por Ferrajoli (2002, p. 75) como os 10 axiomas, por ele próprio listados como:

Denomino estes princípios, ademais das garantias, penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionabilidade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

É possível observar a incidência de alguns dos axiomas de Ferrajoli no Processo Penal Brasileiro com força de princípios, como a legalidade, contraditório e ampla defesa, a separação entre o juiz e a acusação, princípios probatórios, entre outros. As provas serão o ponto-chave deste capítulo, como também ao longo de todo o trabalho, portanto, imperioso abordá-las, preliminarmente, neste tópico.

O garantismo é, pois, a (re)construção das regras do jogo democrático, no campo penal. Não por acaso, Ferrajoli considera direitos e garantias fundamentais como “a lei do mais fraco”, uma vez que os participantes do sistema penal não jogam em situação de paridade. Mediante regras claras, é possível controlar parte desse desnível no funcionamento do sistema penal. Evita, nesse contexto, que o jogo seja soterrado pela lei do mais forte. O respeito às regras do jogo impõe limitações aos participantes. Mas são exatamente elas que asseguram que esse jogo ainda possa ser qualificado como democrático. Do contrário, retorna-se à lei do mais forte. (PINHO, 2017).

No Brasil, o princípio ferrajoliano, que atribui o ônus probatório a quem alega, perfaz-se com a presunção de inocência, constitucionalmente prevista, ao artigo 5º, LVII, este que propõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A legislação infraconstitucional também apresenta sua vertente do princípio, conforme dispõe o art. 386, do Código de Processo Penal:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
I - estar provada a inexistência do fato;

- II - não haver prova da existência do fato;
- IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
- V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
- VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
- VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Em outras palavras, e utilizando do raciocínio de Paulo Rangel (2019, p. 91) em um contexto de sistema acusatório, do qual faz patê o ordenamento brasileiro, não cabe ao réu mirabolar ou exercer qualquer esforço para provar-se inocente, mas a Constituição Federal delegou este papel, completamente, ao Ministério Público, este representante do povo e do Estado como tutor e administrador, por consequência, afasta-se o álibi alegado.

O princípio do ônus da prova, descrito como axioma por Ferrajoli (2002, p.483), enquadra-se no ator acusador do processo - daí extrai-se a separação dos atores processuais, sobre o qual recai o ônus de provar as acusações que profere. O autor propõe o axioma probatório como a batalha entre hipótese (pela acusação) e falsificação (pela defesa), uma vez que possuem interesses opostos. Em síntese:

Sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação (...). Toda a doutrina garantista das provas descende dessa inovação epistemológica de falsificação. Já analisei no parágrafo 10 a estrutura lógica e as condições epistemológicas da "prova adequada" ou "convincente" exigidas pelo axioma A9. (FERRAJOLI, Luigi, 2002, p .488).

A despeito da comprovada influência que o Garantismo exerce no ordenamento nacional, há posicionamentos bastante controvertidos a respeito de seu conceito e funcionamento no sistema jurídico brasileiro.

De acordo com Leonardo Machado (2018), de um ponto de vista mais prático, esse contato do garantismo penal com as instituições é muito necessário. O seu ponto é ratificado a partir do exemplo da investigação criminal. Por ser uma fase inicial da atuação estatal sobre o jurisdicionado, o garantismo penal age de modo a proteger os direitos fundamentais nessa investigação, o que emanará por todo o procedimento consequente.

Há quem entenda que a proposta garantista é, em verdade, um meio protetivo aos criminosos no Brasil. Existe uma bifurcação teórica que põe o conceito garantista como diametralmente oposto ao conceito de punitivista, colocando este último na posição de mitigador de direitos, e o primeiro como extremamente protetor. Assim,

aquele que maximizar a interpretação desses princípios (no sentido de aplicá-los quando houver possível violação dos direitos que estes visam proteger), para permitir que o réu tenha melhores condições de defesa, será considerado garantista. Por outro lado, será considerado punitivista aquele que restringe a interpretação desses princípios, reduzindo as possibilidades de defesa do réu em prol do clamor de punição da sociedade (SILVA, 2016).

Nesta senda, Larissa Pinho (2016) defende a existência de uma inversão de valores nos moldes garantistas no país. A seu ver, o molde garantista não é o cerne da contenda, mas a interpretação que lhe foi dada no sistema brasileiro. Apesar do ideal garantista tentar promover uma proteção constitucional integral, no Brasil, tal teoria tomou novos rumos, e todos eles apontam para um alvo quase exclusivo de sua proteção na relação Estado – acusado, que é este último, através de uma proteção legal concentrada ao ofensor no Código de Processo Penal, exemplificadas por atenuantes de pena em caso de confissão, direito ao silêncio, garantias do devido processo legal, e ampla defesa e contraditório, dentre outros tratamentos. A autora denomina esse fenômeno de “Garantismo Hiperbólico Monocular”, pois não concede seu acalento de modo equitativo à toda uma sociedade, mas direciona o seu olhar apenas a um polo, de modo que viola o conceito de estado democrático de direito, tão abordado pelo teórico-base.

Em um ponto de vista semelhante, pode-se inferir que o sistema garantista é um pretense modelo filosófico revolucionário, o qual busca conferir ao operador do direito o papel de transformador social, que deve aplicar a norma apenas se considera-la válida. É dessa forma que Leonardo Giardin de Souza (2018) compreende a teoria ferrajoliana ao defini-la como um golpe hermenêutico. De acordo com o autor, o conjunto teórico traveste um despotismo togado de uma separação entre a validade da norma e a norma em si, colocando o constitucionalismo dos princípios em um pedestal, em detrimento da legislação infra, o que, a seu ver, será esta supervisionada por um julgador arbitrário.

Para compreender o fenômeno, não se deve dicotomizá-lo de um viés punitivista, sendo estes conceitos complementares. Nesse sentido, Patrícia Ramos (2018), entende a punição como absolutamente necessária para que se tenha uma reprovabilidade efetiva do crime, bem como evitar quaisquer formas de autotutela. Entretanto, o Estado deve exercer o seu dever punitivo dentro de um contexto garantidor

das previsões constitucionais, leis, e tratados, e que estas garantias equivalem tanto para o ofensor quanto para o ofendido. E conclui ao aduzir que a responsabilidade do Estado na proteção dos direitos humanos deve ser de forma global. Se por um lado, os agentes públicos não podem violar direitos humanos, também não pode o Estado permitir a violação dos direitos humanos por particulares.

É necessário que as punições estabelecidas sejam de acordo com os preceitos de um Estado Democrático de Direito e que não contrariem o estabelecido — especificamente no Estado brasileiro — na Constituição da República de 1988. Para isso, existem os princípios fundamentais norteadores de todo o sistema jurídico brasileiro, inclusive limitadores do próprio Estado. O Estado possui o poder-dever de punir, contudo, tal poder não pode ser ilimitado e irrazoável, sob pena de se ferir direitos essenciais do submetido. Assim, o *jus puniendi* estatal possui limitações, sendo uma delas a prescrição penal, que impede a eternização da possibilidade de, independentemente do momento, instaurar-se persecução penal ou execução de uma sanção penal contra um indivíduo, até mesmo pela perda da capacidade de produção de provas adequadas (acusatórias/defensivas). (MORAES DA ROSA, 2018).

Porém, para os autores Marisa Helena de Freitas, Renan Mandarinó e Larissa Rosa (2017), não se conseguiu ainda, no Brasil, exercer o garantismo eficazmente, não por razões jurídicas, mas de cunho social. De acordo com os autores, o discurso garantista é reproduzido muitas vezes de modo meramente formal, deixando a efetiva proteção em último plano, o que legitima os abusos por parte de quem detém o poder punitivo. Os autores apontam a existência de uma seletividade no sistema de garantias penais que se perfaz a partir de fatores como o exercício da defesa perante a justiça, que se dá de forma distinta para os autores de crimes como os de “colarinho branco”, que contratam profissionais qualificados desde a fase pré-processual, e os crimes patrimoniais mais comuns, com delinquentes majoritariamente pobres para apresentar defesa e compreender os meandros da justiça penal, informações e os próprios direitos. De um lado a sofisticação, do outro, a pungente possibilidade de autoincriminação, confissões arbitrárias e defesas viciadas.

Disso decorre que o garantismo não soluciona, satisfatoriamente, as questões que se colocam, por exemplo, no campo da teoria da decisão judicial, uma vez que, apesar de todos os vínculos de controle e de racionalidade que oferece, permanece

confortável a possibilidade de decisões discricionárias, carregando um autêntico problema de legitimidade democrática, por atribuir ao juiz, por exemplo, a possibilidade de decisão a partir de critérios outros, inclusive extrajurídicos. (PINHO, 2017).

A desigualdade social é apenas um dentre os diversos fatores que constituem óbices a uma aplicação palpável das garantias fundamentais no processo penal. As circunstâncias atuais de efemeridade, velocidade de informação, virtualidade, e tudo o mais que se denomine como rápido, caminha em sentido oposto ao que caminha um processo, com sua característica de arrastar-se pelo tempo, o que também não pode ser entendido como uma qualidade exatamente.

Entretanto, essa exacerbada pressa em tudo, pressiona a sociedade a um “querer” mais instantâneo, que se materializa, assim como em tanto outros aspectos, no desejo de punição instantânea, uma repressão sumária à ilicitude. Ilustra esse pensamento Aury Lopes Jr, em sua obra Fundamentos do Processo Penal: uma introdução Crítica (2018, p. 54), ao argumentar que a sociedade, em uma impaciência pelo processo, apaixona-se pelas prisões cautelares, vez que estas representam a imediata punição, a fim de ceder à opinião e pressão pública, revelando a faceta porosa do Ordenamento. O autor denomina este fenômeno de Estado de Urgência, o que para ele representa um desmoronamento do Estado Social. Exemplifica o atual cenário com os planos “infalíveis” de contenção e segurança pública para a violência urbana, descreve o contexto como apesar de apressado em fornecer soluções ao problema, é tardio por pensa-las quando a situação de mais gravidade já se instalou.

Deste modo, a urgência, que antes vista como um aspecto extraordinário, usual e subsidiário, tem suas ocorrências aumentadas, de modo que qualquer circunstância pede pela repreensão imediata, iniciando uma incessante busca por saciedade de justiça que não se concretiza, porque se dá de forma rasa e imatura, de modo que seus frutos não são perenes, e, por consequência, o “mal” não cessa sua disseminação.

Pelo quanto exposto, observa-se a real necessidade da fortificação do sistema garantista como balizador de indulgências sociais e do poder público, detentor do poder perante o jurisdicionado. À parte tais advertências, o garantismo segue como uma satisfatória teoria do controle penal e necessita, ainda, conquistar o devido espaço no terreno ideológico. Apropriar-se de instrumentos teóricos e dogmáticos capazes de fazer frente à expansão punitiva é etapa necessária a uma resistência democrática, tão

necessária no direito penal brasileiro. Segue, nessa perspectiva, como um importante aliado. Apesar de suas limitações, no atual contexto político-criminal em que nos vemos inseridos, dele também não podemos abrir mão. (PINHO, 2017).

2.3 A PROVA NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO GARANTISTA

Uma vez que devidamente munidos do conceito de Sistema Acusatório e Garantismo Penal, abordados anteriormente, será de muito mais fácil compreensão a sistemática probatória em um modelo normativo que segue tais linhas teóricas para modulação do funcionamento do Processo Penal.

A prova é o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa. (RANGEL, 2019, p.739)

Aury Lopes Jr (2019, p. 422), explica a prova sob um viés teórico bastante semelhante, no entanto e complementar, aduzindo a prova como o meio pelo qual se alcança o fato passado, buscando afirma-lo, que se perfaz na conduta criminosa sugerida pelo acusador. A seu ver, a prova está inserida no que chama de paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário, no qual se busca julgar atualmente, um fato ocorrido em um passado distante, confirmado por uma prova produzida em um passado recente, com o fito de estabelecer punição futura.

O objetivo da prova no processo penal vai além da mera reconstituição dos fatos. A prova instrui o magistrado, que não possui, a priori, qualquer conhecimento dos fatos. A prova é, pois, destinada a científicá-lo e formar o seu convencimento motivadamente. Nesse sentido, a lição de Paulo Rangel (2019, p. 740):

A prova, assim, é a verificação do *thema probandum* e tem como principal finalidade (ou objetivo) o convencimento do juiz. Tornar os fatos, alegados pelas partes, conhecidos do juiz, convencendo-o de sua veracidade. Portanto, o principal destinatário da prova é o juiz; porém, não podemos desconsiderar que as partes são também interessadas e, conseqüentemente, destinatárias indiretas das provas, a fim de que possam aceitar ou não a decisão judicial final como justa.

Dando seguimento, Aury Lopes Jr (2019, p. 424), aduz que o objetivo da prova tem faceta persuasiva, como sendo as provas fundamentais para lastrear as hipóteses aventadas, permitindo, dessa forma, a reconstrução histórica dos fatos com a finalidade de convencer o juiz. Levando em consideração que a prova destina-se, portanto, ao

convencimento do magistrado a respeito da ocorrência de determinado fato criminoso, a prova objetiva, pelo exposto, evidenciar uma verdade (ou uma inverdade), acerca dos fatos narrados, de um lado pela acusação, e contraditos pela defesa.

Cumprе esclarecer, a priori, o que seria a verdade. De acordo com Salah Khaled Jr (2009, p. 31), a verdade é a pretensão de adequação plena ao real, no processo penal, a doutrina defende a existência de uma “verdade real”, que funciona como uma garantidora de que a investigação e verificação de todas ocorrências no curso processual foram fidedignas, ou seja, houve adequação plena do enunciado ao fato real. Todavia, a ideia de verdade real conduz a uma equivocada concepção de atividade perfeita do juiz, sendo este o único detentor da verdade, e, portanto, da justiça, de modo que o conceito de verdade e de uma instituição arbitrária se aproximam perigosamente.

Para Salah, a alternativa viável encontra-se na noção “*veritas*” de verdade, que está relacionada ao grau de precisão de um relato a partir de sua fidelidade ao fato que ocorreu, deste modo, “*veritas*” fala em adequação entre o fato narrado e o fato ocorrido. O autor conclui que é a busca por uma “verossimilhança significativa amparada por provas”. Afirma que:

O julgador deve formar a sua convicção pessoal em função de provas, que se originam de rastros que são pistas sobre o evento ocorrido. Seria a perspectiva de um convencimento obtido através do constrangimento probatório oferecido pelo contraditório e que não renega a problemática de uma verdade obtida por vias indiretas, através de uma reconstrução narrativa que não pode jamais equivaler plenamente ao passado. (KHALED, 2009, p.34)

Ou seja, a partir desta concepção, tem-se que a autoridade deverá embasar o depoimento, ou seja, o discurso, com o conteúdo probatório, de modo que se possa construir uma relação de verossimilhança.

O objeto da prova, conforme já abordado, é o fato, visto que o objetivo é a sua comprovação. Paulo Rangel (2019, p. 740), entende a prova como o “*thema probando*” que embasa a tese do Ministério Público no processo. Segundo o autor, o objeto da prova é o próprio fato alegado, como o homicídio em um processo no qual o Ministério Público acusa determinado autor da prática criminosa. Sintetiza como sendo a própria verdade, munida de todas as circunstâncias necessárias à imputação.

Também aduzindo que o objeto da prova são os fatos, Caglieri (p.3), reduz esses fatos apenas aos realmente pertinentes ao processo, os que provocam o interesse que

fiquem demonstrados, mais do que pertinentes, os fatos devem ser relevantes, isto é, devem possuir o condão de influir, de algum modo, no veredito final. E complementa ao apontar que os fatos, ainda que incontroversos ou admitidos, caso cumpram os demais requisitos de pertinência e relevância, não se excluem de tornarem-se objetos de prova, incluindo, dessa forma, a confissão em seu aspecto relativo.

Levando em consideração o norte garantista e acusatório pelo qual enveredou-se o processo penal pós moderno, e sua necessária aproximação com os direitos humanos e garantias essenciais, a fim de limitar os poderes e coibir os abusos estatais em face das liberdades individuais dos jurisdicionados, foram feitas diversas adequações ao Código de Processo Penal, mais vasta fonte do processo penal brasileiro, para que o instrumento legislativo assumisse um viés mais humanista, garantidor e efetivo.

Mas, é claro, a busca pela verdade encontra limites. Afinal, este não é o único objetivo do processo. No processo penal, com mais razão ainda, há que se olhar para outros valores a serem protegidos institucionalmente. A verdade importa, mas não a qualquer custo. Nenhum epistemólogo está disposto a rasgar direitos e garantias em nome da verdade. Logo, uma agenda preocupada com a porosidade à verdade de modo algum endossa abusos cometidos sob a escusa de que “é preciso encontrar a verdade real”. O fato de que, ao longo da história, direitos foram violados sob o pretexto de se buscar a verdade real não é razão para abdicarmos da verdade. Nem por isso se justifica uma posição cética em relação ao papel da verdade. (JANAÍNA MATIDA, 2020).

A prova penal é inerente ao devido processo legal, pois não se admite que alguém sofra restrições em seus direitos constitucionais sem que o Estado se certifique de que sua decisão encontra ressonância no seio da comunidade, pois em perfeita harmonia com os interesses sociais consagrados na Carta Política do país. É como acentua Mittermaier, em seu Tratado da prova em matéria criminal:

Os motivos, que guiam o legislador ao traçar as regras da prova, são os mesmos motivos gerais que presidem a toda a organização do processo criminal. São: 1º: o interesse da sociedade, a necessidade da punição de todo o culpado; 2º: a proteção devida às liberdades individuais e civis, que por efeito do processo criminal podem ser gravemente comprometidas; 3º: por último e como consequência, a necessidade de nunca castigar a um inocente (MITTERMAIER, 1997, p. 15 apud RANGEL, Paulo, 2019, p. 797).

A legislação penal brasileira, em suas inspirações de cunho fascista e de traços autoritários, precisou realizar duras adaptações para enquadrar-se no foco

constitucionalista, como pedem as exigências atuais, através da introdução de princípios e garantias constitucionais, como pondera Aury Lopes Jr (2019, p. 433).

Assim, na busca pela verdade fática que levará a uma condenação ou absolvição penal, o magistrado, apesar de guiar-se pelo próprio convencimento em sua análise das provas, não pode requerê-las ou permitir que sejam produzidas livremente. Portanto, em respeito aos princípios garantidores e respeitando o sistema penal acusatório proposto, é que a produção probatória encontra limitações.

Tais limitações, de acordo com Paulo Rangel (2019, p. 748), fundamentam-se na preferência legislativa por valores maiores do que a simples comprovação do fato pretérito. Pois, em um contexto de estado democrático de direito, não cabe qualquer tipo de procura pela verdade que fira a proteção e a garantia da pessoa humana, posto que são valores mais valiosos, e a sua violação dá a qualquer procedimento um viés absolutamente condenável.

Janaína Matida (2020), nesse sentido, defende uma coesão entre as garantias do acusado e a busca pela verdade, para que se evite ao máximo relativizar as regras do processo. Ainda de acordo com a autora, *a epistemologia jurídica de nenhuma forma é conivente com a ideia de que os fins possam justificar os meios no âmbito do processo. Ao contrário, coaduna-se com um modelo de processo penal democrático no qual somente os meios legitimam os fins.*

No curso de toda a legislação processual penal e constitucional há previsões de garantias e limitações à produção de provas. Iniciando pela Constituição, tem-se a vedação às provas ilícitas, conforme prevê o art. 5º ao inferir que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. A mesma vedação vem corroborada em legislação infraconstitucional, como se observa no art. 157, do Código de Processo Penal:

art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Levando em consideração o pensamento de Francisco Lima (2007), tal violação diz respeito às provas que ferem as normas de direito material, assim como as vetadas

pelo processual. E explica que esta vedação é uma forma de garantir o cidadão contra o Estado.

Atualmente, a doutrina e jurisprudência têm sido favoráveis a uma flexibilização desse princípio garantidor quando se é favorável ao acusado, como forma de garantir a ampla defesa do cidadão frente ao robusto aparato estatal, utilizando-se para isso, do conceito de legítima defesa, que exclui a ilicitude de sua utilização.

Ainda na seara constitucional de princípios probatórios, encontra-se a presunção de inocência, também prevista no artigo 5º, da Lei Maior, conforme mencionado anteriormente. Segundo Aury Lopes Jr (2019), este princípio é tão relevante que atinge o posto de “pressuposto da condição humana”. O autor aponta o caráter bifronte deste princípio, como um dever de tratamento, na medida em que o juiz e o acusador devem encarar o réu na condição de inocente e limita a publicidade excessiva e a cultural estigmatização do acusado; e como regra de julgamento, através da imposição da absolvição do réu em caso de dúvida, consignada na expressão *in dubio pro reo*”.

Há que se falar, outrossim, do princípio do ônus da prova, já abordado neste trabalho. O princípio consigna que este ônus recai sobre quem profere a alegação acusatória, é corolário do princípio da presunção de inocência, vez que o réu não está obrigado a dedicar-se a provar-se inocente enquanto a acusação não for exitosa em prova-lo culpado.

A regra que estabelece que “*todo acusado deve ser presumido inocente até que se prove o contrário*” encaixa-se com perfeição no esquema oferecido pelas regras de ônus às inferências probatórias normativas do julgador. Isso porque, apesar de que o arquiteto do sistema jurídico tenha empregado a terminologia das presunções, a regra que determina que o fato “inocência” deve ser tomado como verdadeiro para fins de decisão carece de qualquer fato que possa ser apontado como fato básico. Inexiste, nessa situação, um fato que convém ser provado pela parte beneficiada pela regra, a partir do qual se possa reconstruir uma inferência rumo ao fato a ser presumido. (MATIDA, 2019).

Válido e necessário, ainda, mencionar as demais limitações ao poder de provar, definidas por Paulo Rangel (2019), quais sejam, comunhão das provas, representado pela não exclusividade das provas, ou seja, qualquer prova juntada por qualquer das

partes poderá ser utilizada por todas as outras litigantes; e a limitação ao princípio da liberdade das provas, já exemplificados acima, representam a impossibilidade do juiz de aceitar ou permitir a produção de provas em circunstâncias que violam a lei.

O Código de Processo Penal, em seu bojo, prevê os seguintes tipos de prova: testemunhal, documental, e pericial. Tais provas encontram previsão ao longo do título VII, distribuídas em capítulos, do art. 155 ao 250. Entretanto, a despeito do conteúdo normativo descrever os tipos de prova a serem utilizados, não é um rol taxativo, sendo aceitas outras espécies de prova no processo penal, desde que, por razões já anteriormente explanadas, respeitem o devido processo legal e os princípios da prova e do direito processual garantidor, bem como os fundamentos do sistema acusatório. Nesse sentido, consoante jurisprudência do STF:

Gravação em fita magnética - STF: “Prova constante de gravação em fita magnética: inoportunidade de ilegalidade”. (HC 69.204-4-SP DJU de 4-9-92 p. 14.092).

STF: “Licitude de prova consistente em gravação de entrevista de indiciados com autoridades policiais, a qual incrimina terceiros. Precedentes do STF: HC 69.818”. (RT734/627-8).

A prova pericial é, para Lopes Jr (2019), um resquício inquisitorial que passou por uma metamorfose, para adaptar-se ao modelo acusatório. Em sua ótica, o perito ao mudar de posto, passa a servir às partes, e não ao juiz, preenchendo, dessa forma, os requisitos necessários para o debate acusatório. Segundo sua doutrina, a prova pericial é aquela obtida por pessoa que, utilizando-se de sua alta qualificação e especificação em determinado contexto, aponta para a probabilidade de uma hipótese ter sido, afinal, um fato.

O perito é definido por Mirabete (1999, p. 267) como:

Não possuindo o juiz conhecimentos enciclopédicos e tendo de julgar causas das mais diversas e complexas, surge a necessidade de se recorrer a técnicos e especialistas que, por meio de exames periciais, com suas descrições e afirmações relativas a fatos que exigem conhecimentos especiais, elucidam e auxiliam no julgamento. Entende-se por perícia o exame procedido por pessoa que tenha determinados conhecimentos técnicos, científicos, artísticos ou práticos acerca dos fatos, circunstâncias objetivas ou condições pessoais inerentes ao fato punível a fim de comprová-los.

(...)

O perito é um apreciador técnico, assessor do juiz, com uma função estatal destinada a fornecer dados instrutórios de ordem técnica e a proceder à verificação e formação do corpo de delito.

A prova pericial, entretanto, não é absoluta. O Código de Processo Penal, assim como a jurisprudência, admitem que o magistrado não está vinculado às provas obtidas

pela perícia. Assim dispõe o art. 182, do CPP: *o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.*

Nesse sentido, Francisco Lima (2007, p. 109), aponta que a despeito do relevo e importância da prova pericial no processo penal, nenhuma prova possui maior valor que outra, não há hierarquia, e, em se tratando de processo penal, nenhuma prova é absoluta, e justificando o artigo do Código, conclui que a prova pericial, como todas as demais, é relativa, e merece ser valorada. Assim, outros meios de prova servirão para o convencimento do magistrado.

No sentido legal, testemunha é a pessoa que, perante o juiz, declara o que sabe acerca dos fatos sobre os quais se litiga no processo penal ou as que são chamadas a depor, perante o juiz, sobre suas percepções sensoriais a respeito dos fatos imputados ao acusado. (MIRABETE, 1999, p. 292).

Este tipo de prova, assim como a prova pericial, passará pela análise do juiz, este que avaliará se é suficientemente crível e coeso para embasar uma condenação penal, uma vez que este tipo de prova é baseado puramente nas impressões pessoais de determinada pessoa, carregada com suas particularidades, seus sentidos fisiológicos e sua condição interpretativa das situações.

O Código de Processo Penal, em seus arts. 202 a 225, prevê as condições necessárias e as características atribuídas a este tipo de prova. Dentre elas, interessante ressaltar a capacidade testemunhal, muito mais abrangente no processo penal que a esfera do direito civil. Observe-se que o artigo 202 define que “toda pessoa poderá ser testemunha”.

Todas as pessoas estão aptas a testemunhar, exceto aquelas que eventualmente possuam interesse na causa, sejam próximas ao réu, ou que tenham alguma limitação sensorial que seja pertinente ao fato. O art. 207 do Código de Processo Penal explica: *“São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”*.

Os documentos são normativamente definidos pelo Código de Processo Penal, em seu art. 232 como quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares. Entretanto, observou-se pela doutrina que esta definição era por demais

restritiva. Dessa forma, sua interpretação passou a ser alargada. Nesse sentido, aduz Aury Lopes Jr (2019, p. 615) que:

Dessa maneira, além de ser considerado documento qualquer escrito, abre-se a possibilidade da juntada de fitas de áudio, vídeo, fotografias, tecidos e objetos móveis que fisicamente possam ser incorporados ao processo e que desempenhem uma função persuasiva (probatória).

Em última análise, ainda que não sejam documento no sentido estrito do termo, acabam a ele se equiparando, para fins de disciplina probatória, objetos móveis, que possam ser juntados ao processo, que tenham uma função probatória. Significa que tais objetos devem ser submetidos ao mesmo regime probatório dos documentos.

De acordo com a norma jurídica, os documentos poderão juntados em qualquer fase processual, salvo algumas exceções previstas, ou quando o juiz, ao valorar a juntada, questionar a validade do documento, bem como sua conveniência, e dessa forma, valorar sua prova. Segundo o entendimento de Camila Farhat (2008, p. 33), a análise das provas documentais é feita de acordo com o sistema vigente, a fim de valorizar o juízo crítico da autoridade julgadora, de modo a aproximá-la da verdade o máximo possível.

3. A PROVA DO ESTUPRO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Foram apresentados em capítulo anterior os aspectos da prova sob a ótica garantista, inserida em um sistema processual penal acusatório, adotado pelo ordenamento pátrio, aspectos robustecedores pra formação do atual capítulo, que preocupar-se-á em abordar o funcionamento da produção probatória em um tipo penal específico: o estupro. Serão estudadas as suas peculiaridades em face de outros tipos penais, a sua relevância social, dentre outros aspectos.

O estupro, previsto no art. 213 do Código Penal Brasileiro, como o ato de *Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*” será foco e plano de fundo das análises realizadas no presente capítulo.

Contudo, não se mostra suficiente abordar a questão do estupro apenas sob o ponto de vista técnico/jurídico. Relevantíssimo incluir neste capítulo as visões sobre este tipo penal a partir de uma perspectiva social, que trabalha o estupro muito mais do que um reflexo da luta e opressão de gênero do que efetivamente como um tipo penal comum.

Esta estrutura hierárquica social presente ao longo da história acabou se tornando um subsídio para a construção e perpetuação de uma cultura que estimula um gênero ter poder sobre o outro, aforando a ocorrência dos crimes sexuais, especialmente o estupro, uma relação de poder, que utiliza a expressão de masculinidade para manter as mulheres subordinadas ao sexo.

O crime de estupro é violador da liberdade sexual, como visto acima, de modo que é, então, de acordo com Catharine A. MacKinnon (2016, p. 824), uma forma de exercer poder, a autora acertadamente pontua o gênero como objeto de construção social, que divide mulheres e homens constituídos em seus sexos biológicos. Esta mesma construção social institucionaliza comportamentos, entre eles, a dominação de um gênero sobre o outro, validando, inclusive a dominação masculina e a submissão feminina. Isto posto, conclui que a sexualidade é o alicerce da desigualdade de gênero.

A forma como se enxerga o crime dirá quais serão as ferramentas aptas à materializá-lo, e, eventualmente, provar sua ocorrência. Sendo assim, este capítulo

abordará as variadas formas admitidas pelo processo penal brasileiro de se provar o crime de estupro, as espécies de prova, as limitações ao poder probatório estatal, etc.

3.1 CARACTERÍSTICAS JURÍDICO-PENAIIS DO DELITO DE ESTUPRO

Tal conduta delituosa está inserida no contexto de crimes contra a dignidade sexual, no capítulo do código penal que versa sobre a liberdade sexual. A partir daí, depreende-se quais são os bens jurídicos tutelados pela norma penal, a saber a dignidade sexual e a liberdade sexual. Vem a ser concebido como o constrangimento de alguém, mediante emprego de violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou ato libidinoso, na concepção legislativa de Rogério Greco (2017, p. 11).

Para que se pudesse alcançar o conceito contemporâneo do tipo penal, conforme observado anteriormente, precisou-se de algumas “eras” de cognição do legislador. A seguir, poderá se observar o traçado histórico de como tal crime era entendido em outros períodos.

No direito romano, fala-se na separação de conceitos, havendo os institutos do “*adulterius*”, que significava a partir de uma relação sexual com uma mulher viúva, contudo, este era um conceito em sentido amplo, pois em sentido estrito, o estupro era entendido como relação sexual com mulher não casada, a pena de morte era a resposta estatal aplicável, de acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2019, p.48).

Assim afirma Ranni Farias (2018) enquadrando Roma como responsável pelo surgimento do termo “*stuprum*”, que tipificava conjunção carnal ilícita com mulher virgem ou viúva honesta, sem violência. Na época, as mulheres tornavam-se propriedade do homem, ao nascer, como filhas, ao casar, como esposas, e sobre elas era exercido o direito de posse a eles concedido.

Destarte, extrai-se que o casamento poderia ser capaz de retirar a tutela estatal sobre o bem jurídico da dignidade e da liberdade da mulher, conforme se verificou até tempos não tão longínquos, como se depreende do entendimento de Nelson Hungria (1978):

Não caracteriza o delito de estupro o ato de constranger o marido a própria esposa a manter com ele conjunção carnal, mediante violência física ou grave ameaça, já que, em tal caso, a violência é lícita, por ser dever da mulher copular com o marido, não ultrapassando o ato os limites do exercício regular de um direito.

Da concepção esposada pelo autor, a mulher, portanto, não releva dentro da relação conjugal nem na sociedade, limitando-se a um produto ou objeto de pertença masculina, tendo a sua liberdade de escolha na posição de subsidiária em relação a um suposto dever de cópula para com o marido. De modo que o interesse feminino condicionado está ao masculino, e os direitos e liberdades, postos na mesma balança, não possuem o mesmo peso.

No momento em que o delito foi tipificado por legisladores brasileiros, e fabricados para esta realidade, a tipificação do estupro diluiu sua proteção ao bem jurídico da liberdade sexual, e dignidade subjetiva da vítima ao dar enfoque à honestidade feminina, à preciosidade de sua virgindade, sendo esta o seu selo de dignidade frente as demais, segundo Paulo César Busato (2017, p. 850).

A partir do Código Penal de 1890, perdurando até o Código de 1940, a tipificação do estupro se dava a partir do coito violento praticado por homem contra mulher, o que, ainda de acordo com o autor, foi positivo, pois acabou com a ramificação dos variados tipos de realização do ato sexual.

Atualmente, a lei 12.015/2009 veio, dentre outras alterações, a unificar os tipos penais de estupro e de atentado violento ao pudor, de modo a definir o estupro como a junção de conjunção carnal e ato libidinoso. Dentre seus efeitos, revogou o art. 214 do Código Penal, que tipificava a conduta de atentado violento ao pudor, incluindo tal materialidade no delito de estupro, não mais como tipos separados.

Em que pese haja toda uma construção social patriarcal apontando para uma massiva maioria feminina estando na posição passiva deste tipo penal, a legislação, doutrina e julgados admitem que o homem também é capaz de ser sujeito passivo de estupro, nesse sentido, aduz Cezar Roberto Bitencourt (2019, p. 52), que o crime de estupro pode acometer o sujeito homem, em uma relação heterossexual ou homossexual.

No que diz respeito à sujeição ativa deste tipo penal, pode-se afirmar que, muito embora atualmente seja concebido como um crime comum, o delito é, praticamente na totalidade dos casos, praticado por homens, diferentemente de antes da edição da Lei 12.015/2019, quando para ser autor do crime em voga, necessariamente, precisaria ser do sexo masculino, podendo a mulher ser apenas coautora ou partícipe.

Sílvia Pimentel (2009), entende, apesar do enquadramento como crime comum, a alteração legislativa representa uma tentativa de “*apertar o cinto*” em relação à prática violadora, outrora dos costumes, agora, da dignidade sexual, o que, a seu ver, é uma conquista feminina, pois, delitos antes enquadrados como atentado violento ao pudor, violando o mesmo bem jurídico, e reproduzindo a conduta de supremacia de um prazer sobre o outro, eram muito mais brandamente punidos, o que, não efetivava a repressão estatal ao delito.

A concepção adotada pela legislação tem sido criticada, no sentido de ser considerada deveras abrangente, no que diz respeito ao vocábulo “ato libidinoso”, que, de acordo com Busato (2017, p.851), gera ampla margem de interpretação, pois são capazes de incluir diversas espécies ofensivas, o que poderia vir a configurar prejuízo ao réu. Em seu ver, o legislador poderia substituir os vocábulos utilizados simplesmente por “violação sexual mediante violência”, pois, de acordo com o autor, abrangeria mais que a penetração na vagina por um pênis, mas também outras formas de relações sexuais, como o sexo oral, sexo anal e introdução de objetos nas cavidades da vítima.

Depois, “ato libidinoso” é muito amplo. No direito, muitas vezes existe indeterminação numa norma legal. Onde está a definição de ato libidinoso? Não está. Já deve existir uma definição por parte dos penalistas para isso, mas não é uma definição legal. Por não estar definida, paira certa *vaguedad*. (PIMENTEL, 2009).

Conclui-se, portanto, que o estupro passou a abranger a prática de qualquer ato libidinoso, conjunção carnal ou não, ampliando a sua tutela legal para abarcar não só a liberdade sexual da mulher, mas também a do homem (CAPEZ, 2012, p. 225).

No estudo de seus elementos centrais, no que se refere à conjunção carnal, o autor define pela chamada “cópula vagínica”, ou seja, a penetração de membro masculino na vagina da vítima. Já no tocante ao ato libidinoso, a discussão acerca do tema rende um tanto a mais, o verbete pode ser definido inicialmente como as demais formas de se realizar o ato sexual, excluindo a conjunção carnal, afirmando que o ato libidinoso poderá se perfazer ainda que não haja contato entre os órgãos sexuais, a exemplo da masturbação, para que se considere como um ato libidinoso, o mesmo deve destinar-se a satisfazer o agente do crime, ou seja, que se pratica com intuito de atingir o prazer sexual, no entanto, a norma penal entende que o prazer é atingido a partir da realização física concreta, não alcançando os escritos de conteúdo erótico ou sexual.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt (2019, p. 48) sintetiza o conceito, ao afirmar que *“ato libidinoso, por fim, é todo ato carnal que, movido pela concupiscência sexual, apresenta-se objetivamente capaz de produzir a excitação e o prazer sexual, no sentido mais amplo, incluindo, logicamente, a conjunção carnal”*.

No que diz respeito à consumação e tentativa, para Greco (2017, p. 16), é possível dividir a consumação em duas partes, a primeira, que se dá quando o sujeito age de modo a alcançar a conjunção carnal, que se perfaz com a efetiva penetração; e, quando o agente pratica o constrangimento mediante a grave ameaça ou violência, e depois pratica o ato libidinoso (diverso da conjunção carnal).

Ainda segundo o autor, é perfeitamente possível falar em tentativa, ao contrário do que aduz parte da doutrina, pois trata-se de crime plurissubsistente. Nesse sentido, Cezar Bitencourt (2019, p.62) afirma que a tentativa é admissível, a despeito de dificuldades na sua constatação:

No estupro, como crime complexo que é, a primeira ação (violência ou grave ameaça) constitui início da execução, porque está dentro do próprio tipo, como sua elementar. Assim, para a ocorrência da tentativa basta que o agente tenha ameaçado gravemente a vítima com o fim inequívoco de constrangê-la à conjunção carnal.

Consoante Paulo César Busato (2017, p. 863), pode haver uma infinidade de situações que poderão trazer consequências diversas, de modo que é possível que se interrompa o acontecimento antes da produção do resultado morte ou lesão corporal, ou até que se produza tal resultado, mas sem atingir o ato sexual. O autor concorda ser indubitável se, na ocorrência de resultado morte, combinado à existência do ato sexual, há estupro qualificado consumado.

Ressalva, entretanto, complicações nas situações em que o agente não consegue produzir nenhum dos resultados para a satisfação da lascívia. Nesse caso, a solução dependeria da volitividade do agente, caso este quisesse atingir tanto o ato sexual como o resultado lesão grave ou morte, passível de tentativa dos dois resultados. Mas, se o agente não quisesse produzir o resultado morte, embora cabível o preterdolo, para o autor, o mais correto seria imputar a tentativa de estupro puramente. Em seu ver, embora seja reconhecível a desproporcionalidade entre as penas, a questão é caso de reforma, mas não de antijuridicidade.

No entanto, caminha em sentido oposto o entendimento de Luiz Régis Prado (2002, p.50), que aduz como única solução possível o enquadramento de qualquer dos casos como estupro qualificado consumado, ainda que não haja o ato sexual, ou seja, deveria ser a primeira coisa a ser ignorada. A justificativa se dá no sentido de que, se fosse enquadrado apenas como tentativa, a pena seria inferior à de lesão seguida de morte.

Fernando Capez (2012, p. 38), apresenta lógica mais sintética e afirma que, embora a tentativa seja difícil de ser atingida vez que nem sempre o estupro deixa vestígios, seja por uma mansa submissão, ou falta de ejaculação, dentre outros, é cabível o estupro na modalidade tentada, e faz referência ao período pré unificação, quando se entendia que o estupro era apenas a conjunção carnal e que os atos libidinosos eram atentado violento ao pudor, afirmando que antes, se da prática do ato libidinoso o agente fosse interrompido e comprovado o seu intento de estuprar, tinha-se o estupro na modalidade tentada em concurso com o atentado violento consumado, e indica a alteração sofrida pela Lei 12.015/2009, que trouxe a unificação, e, em situações como a destacada anteriormente, o estupro seria consumado.

Superadas tais análises técnicas quanto à consumação do delito, passemos à frente. Não se mostra suficiente didático abordar a questão do estupro apenas sob o ponto de vista técnico e jurídico. Partindo de uma premissa circunstancial do crime, das razões de sua ocorrência, os intuitos diversos do prazer sexual, ou a origem desse prazer, trabalha-se o estupro muito mais como um reflexo da luta e opressão de gênero do que efetivamente como um tipo penal comum. O estupro, assim como outros delitos, quando analisados em sua essência, evidenciam-se diversos fatores para sua ocorrência, seu impacto social, seu estilo de vítima ou autor, e, tão relevante quanto os demais aspectos, como é realizada a punição.

Sob o prisma do crime de estupro, infere-se que este perpassa por pré concepções, que definem desde o bem jurídico que se tutela, os costumes em outros tempos e a dignidade sexual atualmente, até a forma como se constrói a prova e se alcança a efetiva punição. É sobre o que se entende por cultura do estupro.

De acordo com Renata Sousa (2017), a cultura do estupro envolve toda uma construção social relativa ao papel da mulher com relação à própria sexualidade e a como o homem deve se relacionar com ela, que pode conter, em si, alguma mensagem

de propagação da cultura do estupro. Essa investigação deve tomar como objetivo verificar sob quais signos é possível que a interpretação do que é estupro seja confundida, de maneira intencional ou não, como algum tipo de direito que determinados homens pensam ter sobre o corpo da mulher, qualificando o que alguns autores denominam como a dominação masculina.

O estupro, assim como as demais violências de gênero, não trata de sexo, de afetividade e de intimidade. Trata, sim, conforme muito bem exposto por *Brownmiller* (1975), de uma relação de poder, em que os homens submetem as mulheres para que estas assumam determinados papéis na sociedade, e o caso extremo compreende a coisificação que extrai do indivíduo a sua condição de humanidade e, portanto, de sujeito de desejos e de direitos sobre o próprio corpo. (CERQUEIRA, et al, 2017).

Nesse sentido, tem-se que “o estupro é um mecanismo de controle historicamente difundido, mas amplamente ignorado, mantido por instituições patriarcais e relações sociais que reforçam a dominação masculina e a subjugação feminina” (BROWNMILLER, 1975, p. 256 *apud* DE VITO, *et al* 2008, p.30). Ainda em sua obra, a autora aponta que “o estupro é um subproduto da cultura patriarcal e da socialização que predispõem os homens à violência, ao mesmo tempo que os estimulam a ver as mulheres como objetos sexuais” (SORENSEN e WHITE, 1992 *apud* Short *et al*, 2008, p. 31).

Conforme se observou em trechos anteriores neste capítulo, a localização do tipo penal de estupro no Código Penal deixa evidente quais os bens jurídicos que o legislador pretendeu proteger, que são a liberdade e a dignidade. A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o próprio corpo, no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, que se vê humilhado com o ato sexual. (GRECO, 2017, p. 15).

O reconhecimento do direito de dispor livremente de suas aspirações e necessidades sexuais, ou seja, a faculdade de comportar-se, no plano sexual, segundo suas aspirações carnis, sexuais e eróticas, governada somente por sua vontade consciente. (BITTENCOURT, 2019, p. 50).

A liberdade sexual da mulher, de acordo com Luiz Regis Prado (2017, p. 638), consiste na autonomia, ou seja, na disposição do seu próprio corpo, sendo livre para se comportar no âmbito sexual de acordo com os seus próprios desejos, tanto no que diz respeito a si mesma ou à escolha do sujeito com quem pretende compartilhar suas experiências, deste modo, a liberdade sexual também abrangeria a capacidade de se opor ao contrário as suas vontades, evitando o constrangimento, este que vem a ser praticado pelo estuprador.

O estudo deste tipo penal, especificamente, inserido num contexto de opressão de gênero, como o relutantemente vivido nos tempos hodiernos, torna-se muito pertinente, uma vez que o delito é cometido pelo homem (gênero dominante) contra a mulher (gênero dominado). O gênero, como algo socialmente construído, a encarna, não o contrário. As mulheres e os homens estão divididos por gênero, constituídos nos sexos como nós os conhecemos, pelas exigências sociais da heterossexualidade, que institucionaliza a dominação sexual masculina e a submissão sexual feminina. Se isso é verdade, a sexualidade é o alicerce da desigualdade de gênero (MACKINNON, 2016, p. 824).

De acordo com Soraia Mendes (2017, p. 363), alta referência do direito penal sob um olhar feminista, as mulheres vitimadas enfrentam uma via crúcis de violência simbólica, tanto social quanto institucionalmente, e, de acordo com a autora, isso se deve à crença masculina de objetificação feminina, e um substrato cultural de vitimização do qual é contribuinte o aparato estatal, além da própria atuação de doutrinadores jurídicos, que perpetuam o entendimento pela via judicial.

Mais uma vez resta comprovada a necessidade de analisar o estupro sob uma perspectiva externa à letra fria da norma, como a de gênero. Durante muitos anos, perpassou-se pelo conceito de “ honestidade”, para enquadrar determinada conduta feminina como socialmente aceitável ou não. De acordo com Lyvia Barros (2014), a concepção de mulher honesta buscava categorizar a mulher estuprada com base em seu comportamento, de modo que a vítima com *um comportamento entendido como inadequado, exagerado, promíscuo, notório é vista de modo diferenciado, sendo descredibilizada e considerada como provocadora da sua própria vitimização. Quando não recebe parcela de culpa pelo próprio crime que a vitimizou.*

Ademais, há que se falar na histórica discussão sobre se profissionais do sexo, as prostitutas, poderiam ser sujeitos passíveis de estupro. Atualmente, se entende que sim, afinal, a profissão não é capaz de tirar o caráter de sujeito de direito que esta profissional possui, não sendo, nas palavras de Bitencourt (2019, p. 52), “escrava de ninguém”.

Não basta a constatação do ato do estupro consumado, seja lá de que forma se deu; também é feita uma apuração sobre o histórico da suposta vítima. Aqui entra o fator da reputação, ou seja, o modo como a sociedade julga o comportamento da vítima antes do estupro. Atrelado à reputação é que se concede ou não o status de vítima de estupro para uma mulher. Desse modo, ser vítima de estupro é um status social condicionado à reputação e que corresponde a muito além do que apenas sofrer a violência sexual – é receber da sociedade o aval de quem realmente é inocente com relação ao ocorrido. (SOUSA, Renata, 2017).

Por esta perspectiva, difícil é a situação em que se enquadra a vítima do estupro, pois não apenas a sua palavra é questionada de modo mais incisivo, mas também a materialidade de sua conduta, desde antes do acontecimento até o instante em que ocorre a denúncia, e esses fatores podem ser essenciais para o resultado que atingirá o seu depoimento em uma situação de fragilidade probatória.

Aponta Soraia Mendes (2017, p. 363) que *“um bom exemplo dessa forma de alimentar-se e alimentar a cultura jurídica de culpabilização das mulheres (correntemente encontrada em doutrina) é a reiteração da exigência de um “não inequívoco”, considerada por muitos doutrinadores como o divisor de águas entre uma relação sexual consentida ou não.*

Segundo esse requisito exige-se de parte da vítima um rotundo e retumbante “não”. De acordo com a autora, é como se houvesse, mesmo implicitamente, a *“vítima perfeita”* do crime de estupro, que seria aquela que carrega diversas marcas e lesões, preferencialmente gravosas. Deste modo, deveria haver, para além de uma resistência quase exitosa, essa resistência ainda precisaria ser entendida como real e autêntica, não bastando, portanto, resistir, mas carregar tais marcas para comprovar para todo um conjunto social que sofrera violência. Dentro da expectativa sobre a vítima perfeita, o conceito de Renata Sousa (2017):

A construção social da vítima perfeita de estupro parte da ideia de que a castidade feminina, ou o mais próximo disso, é uma questão moral não apenas da mulher que a carrega, como, também, um atestado de bons antecedentes de sua família. Uma mulher com vida sexual intensa e conhecida em seu meio social escandaliza não somente os vizinhos ou conhecidos, mas estende para sua família a má fama da mulher. Logo, a virgindade é não somente o status físico do hímen intacto; é, também, a representação da honra da família imaculada.

Nesse contexto, Daniela Coulouris (2004, p. 85) reforça o aspecto revitimizador do estupro, definindo a mulher estuprada como um corpo violado, transformado em no foco das análises científicas e jurídicas, enquanto prova de crime, ou prova de uma denúncia infundada. É sobre o corpo feminino que a medicina se debruça para encontrar a “verdade dos fatos”.

3.3 PECULIARIDADES PROBATÓRIAS DO ESTUPRO

Como visto, a prova no Processo Penal foi abordada de modo mais abrangente, conceituada, e lhe foi atribuída características inerentes às suas espécies. A partir de então, serão trabalhadas as espécies de provas costumeiramente utilizadas na investigação do crime de estupro, quais sejam, o exame pericial (corpo de delito), a confissão, o depoimento da vítima, e a prova testemunhal.

No campo pericial, tem-se o exame de corpo de delito, o qual pode vir a comprovar cientificamente, através de indícios materiais a ocorrência da prática criminosa. Não há, via de regra, um procedimento padrão para a sua realização, podendo variar casuisticamente. No crime de estupro, a fim de detectar as lesões, toda a vítima deverá ser avaliada, de modo bastante minucioso. O exame é realizado em procedimento de inquérito policial e a sua realização é precedida de autorização pela autoridade policial. O exame de corpo de delito é o conjunto de elementos sensíveis do fato criminoso, ou seja, o conjunto de vestígios materiais deixados pelo crime.

Esse exame é de extrema relevância para apurar o estupro, um vez que o tipo penal está inserido no rol de crimes que deixam vestígios. Observe-se o disposto no art. 158, do Código de Processo Penal, definindo que “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”.

O exame de corpo de delito, realizado nos casos de estupro (mas também em outros casos), carrega algumas especificidades. De acordo com Daniela Colouris (2004) o

exame é realizado de modo minucioso por profissional médico no Instituto Médico Legal (IML) que preencherá o laudo, o qual conterà informações como data provável, existência de violência, virgindade da paciente, meios utilizados, e se houve, de fato, a conjunção carnal. Dispõe o seguinte o texto do artigo 160 da lei processual: “Art. 160. Os peritos elaborarão o laudo pericial, onde descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados”.

O exame, tecnicamente chamado pelo Instituto Nacional De Criminalística (2012, p.133) como Exame de Conjunção Carnal, lista os seguintes tópicos a serem descobertos pelo exame:

Houve conjunção carnal? Há vestígios de conjunção carnal recente? Há vestígio de violência e, no caso afirmativo, qual o meio empregado? Da violência resultou para a vítima incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias, ou perigo de vida, ou debilidade permanente ou perda ou inutilização de membro, sentido ou função, ou incapacidade permanente para o trabalho, ou enfermidade incurável, ou deformidade permanente, ou aceleração de parto, ou aborto? A vítima é alienada ou débil mental? Houve alguma outra causa que impossibilitasse a vítima de oferecer resistência?

Segundo Furtado e Neves (2019), o exame é realizado, no caso do estupro, na vítima, visando atestar a materialidade do fato. Entretanto, de acordo com Paloma Castro (2017), os crimes atentatórios contra a dignidade sexual apresentam naturalmente uma dificuldade de serem comprovados, vez que os laudos nem sempre apontam a ocorrência criminosa, justamente pela ausência de vestígios ser comum, principalmente se a vítima possuir vida sexual ativa, ou for adulta.

Diante da inexatidão do procedimento, seja pelo próprio estilo do crime, seja por “carências técnicas”, o procedimento, que em tese serviria à vítima, funciona geralmente como um mero procedimento padrão, ao qual se submete a pessoa violada, como explana Daniela Coulouris (2004, p. 79).

Para além das dificuldades de ordem técnica, o exame de corpo de delito encontra limites de cunho territorial. Segundo Rúbia Cruz (2002, p. 187), em muitas cidades do interior o exame não é realizado, por ausência de profissionais ou precariedades na estrutura das instituições médico-legais, sem falar do fator de desinformação da população quanto à importância do procedimento.

Aury Lopes Jr (2019) também tece suas críticas em relação ao exame pericial, não ao procedimento em si, mas como é visto em face dos demais meios de prova. Pondera que:

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

Nos casos em que o exame pericial é insuficiente para comprovar a materialidade do fato, há previsão legal de um meio probatório subsidiário no Código de Processo Penal, previsto no artigo 167, que estabelece que “Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”.

A prova testemunhal, já explicitada neste trabalho, pode ser aplicada para solucionar investigações de estupro, corroborando a materialidade, ou complementando-a, nos momentos (não raros) em que esta é insuficiente ou inconclusiva.

A doutrina de Furtado e Neves (2019) trata a utilização das testemunhas para completar o exame de corpo de delito como exame de corpo de delito indireto, pela utilização de outros meios de prova para suprir uma insuficiência do direto, mas com o mesmo intuito de atestar a materialidade do ocorrido.

Contudo, na massiva maioria dos casos, o crime de estupro transcorre sem testemunhas, oculares, auditivas, ou de outra espécie. O estupro é um crime definido como transeunte, ou seja, de poucos vestígios. As testemunhas, quando existentes, são questionadas acerca de falsas memórias, assim como a própria vítima. De acordo com Felipe Lazzari e Andressa Prado (2019), as pessoas traumatizadas podem vir a criar lembranças, ou distorcê-las, de modo que não há uma precisão do que apresenta em seu discurso, podendo, inclusive, estar fora da realidade.

Ante uma eventual imprestabilidade da prova testemunhal, o que resta para a solução do caso de estupro são os depoimentos do agressor e do agredido. No primeiro caso, existe a possibilidade de negação dos fatos, mais provável, e a confissão, que consiste em admitir contra si por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo

pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso (NUCCI, 2007. p.76).

De acordo com Luís Oliveira (2014, p.35) a confissão é plurissignificada, admitindo diferentes sentidos conforme o olhar do observador. Sob o olhar do confesso, a assunção do próprio erro funciona como autopreservação, de modo a aliviar a própria culpa, ou diminuir sua punição, ou até mesmo como única via de escape frente a um conjunto probatório desfavorável. Na ótica do julgador, um auxílio para a tomada de decisão, que, com a carga de confissão, tem mais certeza de que não enviou um inocente à prisão. Por fim, à luz do pensamento de sociedade, a confissão é um fortalecedor de consciência jurídica, através da aplicação efetiva da norma e punição ao criminoso, bem como uma prevenção a novos delitos, por uma intimidação social.

A confissão está prevista na Lei Processual penal, a partir do art. 197. De acordo com o dispositivo, infere-se que a confissão não é absoluta, em respeito, principalmente, aos valores do processo penal acusatório. O tipo probatório será levado em consideração como qualquer outro meio de prova, a fim de formar o convencimento do magistrado, que não está adstrito ao conteúdo da confissão. Veja-se:

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.

(...)

Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.

Ratificando a relatividade da confissão no processo penal, Caroline Passeto (2012) aponta, em sua obra, a responsabilidade do juiz em analisar todos os fatos pertinentes ao processo, para então estabelecer um valor para tal elemento de prova. Essa relativização, em seu ver, se dá em razão de que nem sempre a confissão é verdadeira, por motivos como desejo de findar o processo, debilidade mental, proteção estatal, para proteger alguém, ou obter algum tipo de vantagem, entre outras razões mais graves.

Na circunstância investigativa ou processual na qual nenhum dos meios probatórios acima elencados se mostrarem úteis ou efetivos para o curso da ação penal ou investigação, nos casos do crime de estupro, restará o depoimento vitimal para

embasar a atribuição criminosa e tentar comprovar a ocorrência do delito. Nessa senda, o tópico seguinte dedica-se exclusivamente a este meio probatório do processo penal.

3.3 A PALAVRA DA VÍTIMA COMO MEIO DE PROVA E SUA VALORAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL.

Inicialmente, insta esclarecer sobre o que se trata o instituto da Palavra da Vítima, o qual, de acordo com Aury Lopes Jr (2017, p. 454), pode ser entendido como o depoimento prestado pelo ofendido, o qual não pode negar-se a comparecer para depor, e que carrega profundo comprometimento com o fato.

Conforme trazido anteriormente, o estupro é um crime complexo, e por vezes, é muito difícil comprovar sua autoria, e a sua materialidade, e isso pode se dar por uma série de razões. Fernando Capez (2012, p. 38), aponta para a dificuldade em se deixar vestígios. Os resquícios ou sinais do ocorrido podem desaparecer com o tempo, ou nem sequer existir, por ocorrência de uma submissão completa, ou quando não há ejaculação pelo agente.

Nesses casos, a comprovação da autoria se torna extremamente dificultosa, de modo que resta apenas a palavra da vítima. Sobre este ponto, possível tecer as considerações que seguem.

De acordo com Paloma Castro (2017), a palavra da vítima é, muitas vezes, a única forma de se chegar e comprovar a autoria do fato criminoso. De acordo com ela, o perito, mesmo que encontre indícios materiais, como sêmen e espermatozoides, isso é um demonstrativo de ocorrência da relação sexual, não necessariamente do estupro. Somado a esse fator dificultador, essas infrações escolhem locais vazios, sem testemunhas, ou com testemunhas de fraca contribuição, de modo que a prova da violência sexual só é possível com base na oitiva dos próprios envolvidos, sendo, portanto, a palavra da vítima contra a do algoz.

Retornando aos ensinamentos de Lopes Jr (2017, p. 456), o valor probatório da palavra da vítima é um ponto problemático, haja vista que o discurso do ofendido não é desinteressado, muito por fazer parte do caso penal, como, de acordo com a sua visão, o medo e a vingança podem atrair comprometimento material e processual, nesta senda, por não possuir compromisso com a verdade. E, pelos sentimentos mistos que fazer

parte do caso penal pode fazer o ofendido sentir, a sua palavra é, na grande maioria dos casos, de menor valor probatório e de menor credibilidade.

No entanto, nem sempre a palavra da vítima assumirá um caráter subsidiário, ou diminuído, como se procede de modo geral. A valoração se dá de forma distinta quando se trata de crimes sexuais, como a hipótese da presente pesquisa. Aduz o autor que:

A palavra coerente e harmônica da vítima, bem como a ausência de motivos que indicassem a existência de falsa imputação, cotejada com o restante do conjunto probatório (ainda que frágil), têm sido aceitas pelos Tribunais brasileiros para legitimar uma sentença condenatória.

O tratamento quanto ao crime de estupro (atentatório da dignidade sexual) é o ponto chave desta pesquisa. Após este introdutório quanto ao papel probatório da palavra da vítima, em um cenário de poucos ou nenhum outro elemento de prova, vê-se, de imediato, que se está diante de um impasse: de um lado, tem-se o ofendido, que nada tem além de si mesmo para corroborar suas alegações, e, noutra face, o acusado, o qual pode ser levado a uma condenação unicamente por um depoimento. Corroborando com a assertiva, aponta Aury Lopes Jr (2019) que:

Não se pode desprezar a palavra da vítima (até porque seria uma odiosa discriminação), por outro lado não pode haver precipitação por parte do julgador, ingênua premissa de veracidade, pois a história judiciária desse país está eivada de imensas injustiças nesse terreno.

O conteúdo das declarações, por partir de pessoa diretamente interessada, recomenda certa cautela. Contudo, não há dúvidas que tais declarações são meio de prova, fundamentais em crimes de pouca visibilidade, como, por exemplo, nos crimes sexuais (TÁVORA, 2017).

O que toca investigar, portanto, é a subjetividade do julgador, sobre como a palavra da vítima pode ser considerada coerente e harmônica, e o que se entende como ausência de motivos que indiquem falsa imputação, e como estes fatores relacionam-se com o tipo penal investigado, que é o crime de estupro, previsto no art. 213 do código penal.

A questão da comprovação da materialidade do estupro é deveras complexa, e não por surpresa, há divergências doutrinárias. Rogério Greco (2017, p. 38), aduz que, em casos como esse, a solução seria a utilização do conto bíblico da mulher de Potifar, a qual, pelo que se conta, produziu uma falsa acusação contra José, escravo de seu marido, depondo tentativa de estupro, quando, em verdade, nada aconteceu. No entanto,

nem é necessário afirmar o quão antijurídica e pobre de técnica é esta tese. Em sentido diametralmente oposto ao de Rogério Greco, encontra-se o de Soraia Mendes.

Segundo Soraia Mendes (2017, p. 363), tais exigências mostram-se absurdas ao ponto de precisar que a vítima demonstre o seu comportamento e submeta ao julgamento das instituições os seus atos ante o crime do qual foi vítima, e que precisam ser aprovadas por quem toma nota, para que não ensejem afastamento do dolo por erro de tipo. Neste ínterim, o que se tem é uma régua descompassada que afere o comportamento da vítima, procurando por concepções relacionadas a ela como “má fama”, “desonestidade”, “promiscuidade”.

Em vista disso, entende Soraia Mendes (2017, p. 364), que a palavra da vítima não deve ser analisada à luz do conceito de consentimento, ou do que fez ou não a mulher a fim de evitar que a conduta ocorresse de fato, mas trata-se de respeito à sua dignidade como sujeito, afastando-se do cunho sexista que ainda predomina. Afirma que a sexualidade não é pertinente à violência, pois esta exclui a existência da própria sexualidade, que é completamente apartada da coerção.

Não se deve, pois, avaliar a conduta pregressa da vítima como forma de dar credibilidade ao seu discurso, mas credibilizá-lo. Ainda em torno do que pensa a autora, o reflexo deste estabelecimento de critérios de averiguação é fruto de doutrina jurídica unanimemente masculina.

A situação da mulher estuprada não fica mais fácil quando a sociedade a põe na condição de ser o seu próprio algoz, de modo que, se naturalmente culpabilizada pela conjuntura social, não será mais simples convencer a estrutura judicial. Nessa senda, o pensamento de Rúbia Cruz, (2002), se faz atual:

No processo penal, são resguardados os direitos individuais do réu, que, em sua grande maioria, é absolvido pelo benefício da dúvida, decorrente da falta de provas. É importante apontar que a falta de provas, apesar de ser a justificativa legal, não é normalmente o que decide, pois as influências culturais e concepções morais dos julgadores atuam diretamente no julgamento.

A autora Catharine A. MacKinnon (2016, p. 819), jurista norte-americana, atribui o descrédito a uma situação de “envelopamento ideacional” atribuído ao corpo feminino, sobre o qual se tecem assertivas e que se espera naturalmente a sua concretização, como atribuir a mulher profissional à intrigas, o seu sucesso à favores

sexuais, ou que ela atrai para si a situação de estupro, e passam toda a sua existência precisando satisfazer conceitos encapsulados e criados pela estrutura social para que elas se encaixem, como o pedestal de suavidade, docilidade, domesticidade. E, seguindo, esta linha, a autora traz o seguinte pensamento: “A socialização de gênero é o processo por meio do qual mulheres passam a identificar a si próprias como seres sexuais, como seres que existem para homens”.

Nesse ínterim, infere-se que a valoração da palavra da vítima no processo penal, é possível e válida, a despeito das críticas sobre possível interesse do ofendido, que, de acordo com Aury Lopes Jr (2019, p. 454), podem ser as intenções negativas vítima, seja vingança, ou o medo, a falta de compromisso em dizer a verdade, e não responsabilização pelo delito de falso testemunho, o que poderia contaminar o processo. E, especificamente no que se refere a esta valoração nos crimes sexuais, verificou-se a existência de requisitos, de acordo com Aury Lopes Jr (2019, p. 457), a palavra coerente e harmônica da vítima, que assim será considerada dependendo de como essa vítima é vista aos olhos da autoridade policial e judicial, visão esta que possui íntima relação com a estrutura social.

Ratifica esse posicionamento Simone de Beauvoir citada por MacKinnon (2016, p. 830), no qual atribui que o mundo é produto dos homens, de modo que é descrito a partir de seu próprio ponto de vista, atribuindo como verdade aquilo que descrevem.

Trata-se do preconceito que torna a palavra do sujeito menos importante devido ao seu pertencimento a determinado grupo social. Assim origina-se a “injustiça epistêmica testemunhal”: um falante recebe credibilidade deficitária devido ao preconceito de identidade do ouvinte. O problema é que o preconceito do ouvinte não se manifesta abertamente na rejeição da validade das afirmações do falante, mas, antes, ocorre de forma dissimulada. Normalmente, a injustiça testemunhal aparece como parte de um conjunto mais amplo de injustiças sociais persistentes e sistemáticas que os indivíduos pertencentes a grupos destituídos de poder social. (KUHNER, 2015).

Balizando o seu trabalho com o de Miranda Fricker, a autora Tania Kuhner (2015), complementa que a injustiça epistêmica testemunhal advém de um treinamento contínuo que ocorre no ambiente social, muitas vezes, tal preconceito passa despercebido aos olhos do agente, e mesmo que este reflita sobre tal herança social

negativa, e confronte-a, não é certo que esta visão se dissipe completamente. O ouvinte deve, portanto, abrir-se criticamente para que venha a corrigir sua influência nos julgamentos de credibilidade epistêmica.

Contudo, partindo de uma premissa desentrelaçada da perspectiva do descrédito social baseado no gênero, chega-se a um problema de ordem técnica: se apenas a palavra da vítima, uma vez cumpridos os requisitos já elencados, é capaz de produzir uma efetiva condenação penal, de acordo com Aury Lopes Jr (2019, p. 457), como saber se o que diz a vítima corresponde à realidade?

Cumprido esclarecer, a priori, o que seria a verdade. De acordo com Salah Khaled Jr. (2009, p. 31), a verdade é a pretensão de adequação plena ao real, no processo penal. A doutrina defende a existência de uma “verdade real”, que funciona como uma garantidora de que a investigação e verificação de todas ocorrências no curso processual foram fidedignas, ou seja, houve adequação plena do enunciado ao fato real.

Todavia, ainda de acordo com o autor, a ideia de verdade real conduz a uma equivocada concepção de atividade perfeita do juiz, sendo este o único detentor da verdade, e, portanto, da justiça, de modo que o conceito de verdade e de uma instituição arbitrária se aproximam perigosamente. Finaliza apontando como alternativa viável a noção “veritas” de verdade, já mencionada neste trabalho, e sintetizada como a busca por uma “verossimilhança significativa amparada por provas”. Sendo assim, a convicção pessoal do julgador precisa ser lastrada nas provas, e estas advêm de pistas sobre o evento ocorrido, e completa argumentando que este convencimento é fruto de um constrangimento probatório, e que reconhece que há uma problemática na obtenção de uma “verdade” por meios indiretos que não são capazes de equivaler ao passado. Ou seja, a partir desta concepção, tem-se que a autoridade deverá embasar o depoimento, o discurso, com o conteúdo probatório, de modo que se possa construir uma relação de verossimilhança.

No entanto, no que se refere ao crime de estupro, no qual, na grande parte das vezes, os participantes do fato estão a sós, tem-se um frágil conteúdo probatório, o que justifica a busca pela verdade na palavra da vítima, pois foi ela a motivadora da investigação, contudo, ausentes elementos outros capazes de corroborar suas alegações, dificultosa é a busca pela reparação do seu sofrimento.

Abordando, outra vez, o conceito de falhas de memória, conforme anteriormente, tem-se que o mesmo se aplica tanto para a prova testemunhal, quanto para o depoimento da mulher estuprada. Desta vez, defende Salah Khaled (2009, p. 231), que a percepção humana, que já é por natureza limitada, se transporta para o campo da memória, que é também muito complexo, estando o primeiro equívoco em buscar lembrar, pois este ato denota uma “ambição” um desejo de reivindicar a representação fiel do passado, de modo que é como querer muito mais a fidelidade que a própria verdade, e, ainda de acordo com o autor, a realidade pode ser tudo, menos inteligível a quem observa, quando se pretende forçosamente extrair sentido de determinado evento.

Essa complicada memorização relaciona-se ao fato de que o crime de estupro causa profundas lesões na vítima, principalmente em seu aspecto psicológico. De acordo com Souza *et al* (2012), as vítimas de estupro podem vir a acumular patologias diversas, tais como o T.E.P.T (Estresse Pós-Traumático), abuso de álcool ou drogas, hipervigilância, depressão, distúrbios sexuais e dissociativos, e tais danos são de curto a longo prazo, podendo estender-se por uma vida inteira.

Nesta senda, o que se observa é que as mulheres são revitimizadas, antes, durante, e depois da ocorrência do fato criminoso. Isto porque a pressão social vivenciada ao longo de sua existência, legítima em alguns homens o comportamento estuprador, são violadas e pressionadas novamente durante o ato criminoso, e após, são, literalmente, postas à prova pela sociedade, ante a culpabilização, e pelas instituições protetivas, que, para além da carga opressora “natural” do gênero, as confronta com o próprio depoimento, a fim de se alcançar uma verdade, ou o mais próximo que se pode chegar dela, a despeito de dificuldades psicológicas próprias do trauma.

O que se tem quando ocorre a negativa do fato por parte do autor é um redirecionamento da investigação, que, segundo o pensamento de Paloma Castro (2017, p. 32), utiliza-se de um julgamento moral do acusado e da vítima, de modo que são utilizados como base interpretativa culturalmente inserida no senso do julgador ou autoridade policial os “estereótipos de gênero”, em detrimento de um exame mais objetivo.

De um modo geral, o crime de estupro deixa marcas, externas por causa da resistência da vítima, ou internas, dada a relação sexual forçada. Tais evidências são

essenciais para dar robustez à investigação e deflagração de ação penal. Levando em consideração que as vítimas, psicologicamente abaladas após o fato, geralmente sentem sujas e deprimidas, elas podem recorrer a pior escolha que se pode fazer para sustentar suas alegações: lavarem-se, o que joga pelo ralo, do modo mais literal possível, de modo que resta inviabilizada a prova da materialidade.

O exame responsável por comprová-la nos casos de estupro é o exame de corpo de delito, que vem a ser definido por Aury Lopes Jr (2019, p. 429), como “o exame técnico de coisa ou pessoa que constitui a própria materialidade do crime”.

Nesses casos, o que se tem, de um modo geral, é o discurso da vítima, com todas as cargas de descrédito que se podem angariar, seja discussão de gênero, impossibilidade de retorno aos fatos, e fragilidade de outro meio probatório. O depoimento da agredida, tem valor imprescindível, dadas as circunstâncias de sua ocorrência serem, em diversas situações, inalcançados pela lei. Entretanto, a despeito de ser o único meio de levar o criminoso à efetiva punição, a vítima só “merece” credibilidade se possuir um comportamento socialmente aceitável ou for portadora de alguma patologia, em qualquer outro cenário, as características da vítima serão mais relevantes do que as próprias circunstâncias do delito, segundo o pensamento de Lyvia Barros (2014).

Nesta senda, o que pode ocorrer é o arquivamento do inquérito, por arbitrariedade da autoridade presidente, por entender que apenas a palavra da vítima não é suficiente para satisfazer os requisitos da justa causa da ação penal, que, de acordo com Aury Lopes Jr. (2019, p. 199), se refere a uma exigência razoável de causa que possa justificar o custo que tem uma ação penal e assunção da condição de réu, que representa um imenso constrangimento. Aduz ainda que o procedimento investigativo deve conter elementos probatórios suficientes que justifiquem a admissão (LOPES, 2019, p. 198). Ou seja, as chances de ser deflagrada ação penal nas condições de se ter como fonte probatória apenas o discurso vitimal não são altas, ainda que, nos casos de crimes sexuais, a palavra da vítima assuma uma conotação mais bem colocada, dada as circunstâncias em que o fato ocorre.

A jurisprudência, em razão de recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça, vide edição 111 da Jurisprudência do referido tribunal, tem concedido maior

protagonismo à palavra da vítima, justamente pelo crime de estupro, em geral, não ter testemunhas e ser de difícil comprovação material. Transcreve-se:

3) Em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas acostadas aos autos. Julgados: AgRg no AREsp 1275114/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 03/09/2018; AgRg no AREsp 1245796/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 17/08/2018; AgRg nos EDcl no AREsp 1147225/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 15/08/2018; AgRg no AREsp 1263422/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 22/06/2018; AgRg no AREsp 1258176/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018; AgRg no AREsp 1265107/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 28/05/2018. (VIDE PESQUISA PRONTA)

4) Nos delitos praticados em ambiente doméstico e familiar, geralmente praticados à clandestinidade, sem a presença de testemunhas, a palavra da vítima possui especial relevância, notadamente quando corroborada por outros elementos probatórios acostados aos autos. Julgados: AgRg nos EDcl no AREsp 1256178/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 04/06/2018; AgRg no AREsp 1225082/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 11/05/2018; AgRg no AREsp 1236017/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 11/04/2018; HC 440642/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 09/04/2018; AgRg no AREsp 1003623/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 12/03/2018; AgRg no REsp 1684423/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 06/10/2017. (VIDE JURISPRUDÊNCIA EM TESES N. 41 - TESE 13)

Os Tribunais de Justiça do Amapá, Pará, Rio Grande do Sul e Sergipe, são alguns dos exemplos onde a jurisdição atua favoravelmente ao discurso da mulher estuprada. As decisões tem em comum o reconhecimento diferenciado que merece o depoimento vitimal, desde que em consonância com os demais elementos probatórios, a exemplo da riqueza de detalhes, dentre outros. A seguir, entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2019:

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.

Observa-se que a maioria dos julgados caminha no sentido mais cauteloso quando da insuficiência de provas. Os Tribunais de Justiça do Mato Grosso do Sul, Distrito Federal, e Minas Gerais, por exemplo, possuem uma gama de julgados no sentido de compreender a palavra da vítima como insuficiente para viabilizar condenação penal, isto porque, deve-se atentar aos outros aspectos probatórios, os quais, geralmente, pouco ou nada concluem, de modo que não há provas suficientes que tornem inequívoca a conduta criminosa do agente, prevalecendo, portanto, *o in dubio pro reo*. Observe-se, a seguir, posição do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. OFENSA AO ART. 619 DO CPP. INEXISTÊNCIA DE OMISSÕES. ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. ACÓRDÃO QUE CONSIGNA DIVERGÊNCIA E DESARMONIA ENTRE O DEPOIMENTO DA VÍTIMA E DEMAIS TESTEMUNHOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Para admissão do recurso especial com base no art. 619 do CPP, a omissão, ambiguidade, obscuridade ou contradição devem ser notórias, ou seja, imprescindíveis para o enfrentamento da questão nas Cortes superiores. No caso dos autos, não é o que se verifica, uma vez que a matéria tida por omissa foi exaustivamente examinada pelo Tribunal de origem. Trata-se, pois, de mero inconformismo da parte. 2. Outrossim, ressalta-se que cabe ao julgador fundamentar todas as suas decisões, de modo a robustecê-las, bem como afastar qualquer dúvida quanto à motivação utilizada, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, devendo ser considerada a conclusão lógico-sistemática adotada pelo decisum, como ocorre in casu. 3. É cediço que esta Corte Superior atribui especial relevo à palavra da vítima nos crimes sexuais. Porém, a conclusão pela culpabilidade depende da coerência com os demais elementos de provas carreados aos autos. Precedentes. 4. Na hipótese sob exame, verifica-se que o Tribunal de origem, com apoio no robusto arcabouço fático-probatório, entendeu pela existência de dúvida plausível acerca da ocorrência da conduta delitiva. O acolhimento, pois, da pretensão recursal acarretaria inevitável revolvimento no contexto fático-probatório dos autos, o que é obstado pela Súmula 7/STJ. 5. Agravo regimental não provido.

O que se pode depreender a partir da análise do procedimento de inquérito até a condução à ação penal, juntamente com a jurisprudência controvertida, é que, ante o conteúdo probatório fragilizado, como representa o tema abordado, a percepção da autoridade condutora do inquérito, assim como a do magistrado responsável por aceitar ou não a deflagração do procedimento, será crucial para o andamento do caso. Em que

pese as correntes doutrinárias, se faz necessário a análise de cada caso, afim de elucidar a ocorrência e poder decidir de forma justa o litígio.

A afirmação de que a palavra da vítima tem especial valor nos crimes sexuais, sem que isso represente reais cuidados no contexto da produção de provas orais é, em realidade, uma afirmação vazia: por um lado, ela não se desdobra em medidas que representem empatia, proteção e respeito à vítima e, por outro, ela acaba servindo ao perverso efeito de se relativizar a garantia da presunção de inocência; tão cara às democracias. É preciso evitar essa inadequada interpretação do especial valor probatório da palavra da vítima visto como autorização à redução a pó da presunção de inocência. A defesa do direito das mulheres e das pessoas LGBTI's não deve ser maculado pelo esvaziamento da presunção de inocência, pela irracionalidade de se aceitar de forma acrítica afirmações colhidas em ambiente inadequado para a determinação correta dos fatos; pelo contrário; levar a sério a palavra da vítima e lhe reconhecer especial importância é objetivo que apenas se pode alcançar com a adoção de medidas epistemologicamente comprometidas do princípio ao fim do processo. (MATIDA, 2019).

4. A CONDENAÇÃO PENAL FUNDAMENTADA EXCLUSIVAMENTE NA PALAVRA DA VÍTIMA E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM UM SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO GARANTISTA E FEMINISTA

O discurso competente é o discurso instituído. É aquele no qual a linguagem sofre uma restrição que poderia ser assim resumida: não é qualquer um que pode dizer a qualquer outro qualquer coisa em qualquer lugar e em qualquer circunstância. O discurso competente confunde-se, pois, com a linguagem institucionalmente permitida ou autorizada, isto é, com um discurso no qual os interlocutores já foram previamente reconhecidos como tendo o direito de falar e ouvir, no qual os lugares e as circunstâncias já foram predeterminados para que seja permitido falar e ouvir e, enfim, no qual o conteúdo e a forma já foram autorizados segundo os cânones da esfera de sua própria competência. (CHAUI, 2012).

Chegou-se, finalmente, ao ponto-chave do presente trabalho. A quem serve o discurso competente, isto é, o que se instituiu no processo penal?

A que se destina o presente tópico é perceber em como essa vítima é vista no contexto social, por natureza, hostil às mulheres, e entender que efeitos essa visão exerce sobre o discurso feminino, inserida no sistema acusatório, vez que será tratado o crime de estupro sob um viés de ausência probatória diversa da palavra da vítima, nada mais coerente do que avaliar o tratamento fornecido ao discurso, na maioria das vezes, feminino, frente a este tipo de situação jurídica. Outrossim, buscar-se-á avaliar a efetividade das pautas feministas, inseridas no sistema processual acusatório garantista.

Soraia da Rosa Mendes (2017), alta referência do direito penal sob a perspectiva de gênero, aduz que as mulheres vitimadas enfrentam uma *via crúcis* de violência simbólica, tanto social quanto institucionalmente, e, de acordo com ela, isso se deve à crença masculina de objetificação feminina, e um substrato cultural de vitimização do qual é contribuinte o aparato estatal, além da própria atuação de doutrinadores jurídicos, que perpetuam o entendimento pela via judicial.

No entanto, nem sempre a palavra da vítima assumirá um caráter subsidiário, ou diminuído, como se procede de modo geral. Este trabalho pretende abordar a distinção que se faz a esse depoimento em se tratando de estupro, especificamente.

Nesses casos, o que se tem, de um modo geral, é o discurso da vítima, e apenas este, com todas as cargas de descrédito que se podem angariar, seja por questões de gênero, impossibilidade de retorno aos fatos, e pulsante inexistência de outro meio probatório.

A partir da confluência dos conceitos de estupro e de valoração institucional da palavra da vítima e, partindo de um pressuposto cultural da mulher como sujeito passivo padrão do crime em voga, tem-se por viés analítico do presente trabalho estudar e dissecar o tratamento do direito penal a estas mulheres, inseridas em um contexto sociocultural paternalista e, também, entender como essa visão judicial da vítima enquadra-se no discurso feminino, assim como estudará os limites dessa valoração, e a sua suficiência frente ao enorme peso de uma eventual condenação judicial baseada em prova única.

A condução à ação penal, juntamente com a jurisprudência controvertida, ante o conteúdo probatório fragilizado, como representa o tema abordado, a percepção da autoridade condutora do inquérito, assim como a do magistrado responsável por aceitar ou não a deflagração do procedimento, será crucial para o andamento do caso.

4.1 O SISTEMA ACUSATÓRIO GARANTISTA À LUZ DE UM PARADIGMA FEMINISTA.

O feminismo é um movimento moderno, que surge a partir do contexto das ideias iluministas (1680-1780), com a Revolução Francesa (1789-1799) e Americana (1775-1781), reivindicando direitos sociais e políticos, com maior ênfase para a luta sufragista, através da mobilização de mulheres de vários países. (LATIF *et al*, 2014). Nasce da divergência em relação à concepção histórica e religiosa, repassada através dos tempos, da condição de fragilidade, submissão, reprodutividade, e principalmente, santidade, que definiu, e ainda define, quais são os valores socialmente morais a serem seguidos pelas mulheres. Assim, define Soraya Mendes (2012):

É o pudor, que lhe foi dado por Deus, depois do pecado original, que lhe defende das torpezas da carne. Ou seja, o pudor é uma consequência natural de sua imperfeição que serve de instrumento para que a mulher proteja-se de si mesma. Sempre foi muito forte a invocação para que as mulheres “reforçassem” a capacidade de sentirem-se tímidas e inseguras nas relações sociais. A retraírem-se amedrontadas diante de qualquer tipo de homem, a ruborizarem-se.

O movimento feminista define-se como o conjunto de movimentos filosóficos, sociais, ideológicos e políticos que visam direitos equânimes. A principal luta do movimento feminista se estabeleceu no viés de novos espaços políticos, econômico e sociais. A busca pela construção de uma sociedade mais democrática se tornou a principal bandeira trazida pelos movimentos, ao passo que diversas outras reivindicações do movimento também passaram a emergir, quais foram as questões relacionadas ao combate da cultura do estupro e no combate ao assédio, à violência contra mulher, na criação de políticas públicas que garantam o bem-estar e a igualdade de condição das mulheres e no combate à desigualdade salarial existente no mercado de trabalho. (COSTA; SARDENBERG, 2008).

Deveras, uma das principais reivindicações do movimento feminista é a majoração dos direitos a estas dispensados, bem como levantar discussões acerca do direito, do tratamento frente as instituições jurídicas e conseqüentemente toda à sociedade. O movimento vem desafiar as estruturas rígidas e conservadoras da sociedade, visando privilegiar a atuação e papel da mulher na sociedade, reconhecendo o seu fundamental espaço e importância na sociedade.

O reconhecimento dos direitos das mulheres como direitos humanos foi (e continua sendo) um grande passo para estabilidade de um Estado. Através da relevância do movimento feminista que estas passaram a ver seus interesses em pauta. Os descasos e violações de direitos humanos, sobretudo o direito das mulheres geraram proporções que obrigou ao Estado mudar sua forma outrora omissa, passando a emergir legislações e novos paradigmas, mudando a conjuntura política, social e econômica para uma nova linha de percepção de direitos em favor da mulher.

Essa insurgência feminista é um corpulento passo no sentido de incluir as mulheres no campo da cidadania, da cultura, da política e do direito, pois passou a forçar o Estado a reconhecer as peculiaridade que delineiam a vida das mulheres, passando o Estado a tutelar o direito destas de forma mais específica, como é o caso por exemplo, da lei Maria da Penha, entre outras legislações que tutela o direito destas. (CAMPOS, 2011).

Uma legislação específica voltada para a proteção das mulheres e construída por e na perspectiva das feministas é por si a razão dos desafios, mais do que seria por supostas questões técnicas alegadas pelo mundo jurídico na aplicação da Lei Maria da

Penha, como afirma Campos (2011, p. 7). O Estado, ao estabelecer uma legislação para tutelar o direito da mulher, protegendo-a da violência doméstica, alinha a lei ao direito penal e ao garantismo penal, consubstanciando a relevância jurídica neste quesito. Efetivamente o movimento traz significativas mudanças, não apenas sociais, mas também fortes influências no meio jurídico.

Dentro da perspectiva protetora do Estado em relação às mulheres, foram desenvolvidos alguns mecanismos legais de proteção que valem a menção. Lucielma Pinto (*et al.* 2017), aponta, dentre eles, a igualdade de gênero constitucionalmente prevista (1988), Norma Técnica Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes (1999), Secretaria de Políticas para as Mulheres (2003), Leo 10.778/03 (2003), Lei Maria da Penha (2006), Decreto 7.958 (2013), Lei 12.845 (2013).

O processo legislativo foi o primeiro instrumento a ser compreendido como um meio de estruturar e efetivar os direitos femininos. Para tanto, desde 1970, o movimento feminista estabeleceu um diálogo com o Poder Legislativo de forma a se criar mecanismos que completassem a cidadania tolhida das mulheres. (DRUDE, 2018).

Ainda de acordo com a autora, uma das vertentes do movimento enxerga o sistema penal como a oportunidade de se ter direitos e garantias fundamentais tutelados, até então negligenciados pela ordem jurídica, crendo, portanto, em um avanço punitivo capaz de efetivar tais direitos. O movimento é, em alguma medida, bastante controverso. Isto porque propõe a criminalização e o agravamento da pena de muitas condutas consideradas opressoras de gênero, ao passo que luta pela descriminalização de outras, como no aborto. Tal duplo viés é, em certo ponto, contraditório, polêmico, e contrário ao garantismo penal, de modo que dificulta a compatibilização dos dois institutos.

Outrossim, esse “atalho” para a proteção, pode ser visto como deveras ingênuo, uma vez que o sistema que, em um plano ideal, deveria preocupar-se em tutelar e positivar direitos está eivado de homens que pertencem à elite, detentores de grande poder aquisitivo. Ou seja, não se pode esperar de um sistema penal predominantemente alheio às pautas sociais, a atenção pretendida. Não se pode olvidar, contudo, que tal sistemática processual penal segue as inspirações garantistas, conforme explanado em

capítulos anteriores. Impende registrar o pensamento a respeito da dogmática garantista de Aicha Eroud (*et al*, 2017):

Conforme já destacado, o garantismo tenta instrumentalizar, dentro da dogmática penal e processual penal, o princípio da intervenção mínima. Procura oferecer limites claros, operacionais, para efetivação de um sistema penal racional, legítimo, apto a buscar os objetivos declarados de seu funcionamento, ou seja, a pacificação social.

O sistema acusatório, compelido na perspectiva limitadora às ações do Estado, objetiva frear o impulso inquisidor do Estado a partir de uma proteção e tratamento ao réu lhe permitindo o mínimo de dignidade e capacidade para defender-se do aparato opressor do sistema penal. Entretanto, observa-se que, para que exista o privilégio social de uma folga estatal sobre suas ações, é necessário, antes, que se tenha uma proteção e olhar aproximado do Estado, para dar autonomia à parcela da sociedade, a partir da redução das disformias sociais e efetivação de direitos.

Seguindo a linha de pensamento de Quintero Eroud, as lutas por efetivação de direitos pressionam o Estado a tentar responder tais demandas sem o necessário aparato econômico e social. A partir de então, o que se tem são muitas demandas, dos dois lados, e uma impotente “entrega” de direitos fundamentais, de modo que será o direito penal uma hercúlea maneira de garantir a Constituição, este que trará consigo, no fito de oferecer rápida e enérgica solução, o punitivismo moralizador, que não responde questionamentos sociais em sua raiz, tampouco se efetiva como repressor, sendo, de todos os ângulos, simbólico.

A título de exemplo, o sistema punitivo estatal mostra-se uma falsa promessa na busca pela efetivação da igualdade de gênero, pois é insuficiente na proteção das mulheres, bem como na consolidação de seus direitos, pautas estas defendidas pelo movimento feminista (FERNANDES, 2015). Desse modo, em que pese a tentativa constitucional de concretização da redução de intervenções a partir de tais garantias, o que se observa, no plano prático, é sua inexecução e inefetividade em conjugar direitos, como ocorre com as pautas feministas e os direitos dos réus violadores.

A despeito das dificuldades institucionais, não se pode negar que as pautas feministas exercem, ainda que não do modo que se espera, certa influência sobre o garantismo dentro de uma perspectiva penal. Nesse sentido, irretocável observação de Mariana Weigert (2019):

Nas ciências criminais, a ênfase do debate no âmbito das diferenças produziu resultados positivos que impactam diretamente a vida das mulheres autoras e vítimas de delitos. Veja-se, a título de exemplificação, no plano das mulheres autoras de crime (criminalidade feminina), a importância de sublinhar o caráter eminentemente masculino das instituições prisionais e a necessidade de reforma e adaptação dos presídios femininos de maneira a garantir às mulheres não apenas os mesmos direitos que os homens (visita íntima, p. ex.), mas afirmar direitos que lhes são próprios, como o de gestação, permanência com os filhos após o parto e amamentação. Em um segundo plano, em relação às mulheres vítimas de violência, foram significativos, p. ex., os avanços a partir da criação de juizados específicos para o enfrentamento da violência praticada no âmbito doméstico com a Lei Maria da Pena e a proposição de novas formas de realização de depoimentos, com a preservação da imagem e da intimidade das mulheres, notadamente nos delitos sexuais praticados contra crianças, adolescentes e jovens (depoimento sem dano, p. ex.).

Frise-se que estas questões, encaminhadas e projetadas desde uma perspectiva liberal-garantista de tutela dos direitos, não são laterais ou secundárias. Pelo contrário, refletem condições de possibilidade de melhorar a dignidade da mulher no sistema penal e devem ser respeitadas, assim como as demais pautas da primeira onda do movimento feminista (p. ex., direito ao voto, igualdade salarial, igualdade de participação, direitos sexuais e reprodutivos entre outros).

Neste cenário no qual a vitimologia positivista se integra à criminologia ortodoxa, a mulher-vítima ocupará um dos lugares de destaque da investigação científica. Em decorrência da matriz etiológica, estas pesquisas irão reproduzir e reforçar um modelo científico no qual a constituição da personalidade e o comportamento feminino serão interpretados como fatores determinantes da origem e da permanência da violência. E são exatamente estes padrões morais, elevados a categorias científicas, que acabaram produzindo dobras de vitimização, notadamente com a culpabilização da vítima pelo delito sofrido, não apenas nos discursos cotidianos (*everyday criminology*), mas também nas práticas do sistema penal (atuação das agências policial e judicial) (WEIGERT, 2019).

Nesse sentido Lyvia Barros (2014) aduz esse comportamento a uma tentativa de descredibilizar a vítima, a partir de argumentos e opiniões sobre suas roupas, suas relações, seu comportamento, provocando a sua culpabilização, principalmente nos crimes sexuais, normatizando, ainda que inconscientemente, o controle da sexualidade feminina, a partir de uma valoração de conduta que a classificará ou não como uma verdadeira vítima.

Entretanto, ainda que enquadrada nos gestos, na alimentação e vestuário, a mulher possuía algo mais importante a ser custodiado: a palavra. A palavra das mulheres foi, então, excluída de qualquer dimensão pública e colocada no privado. A negação na dimensão pública não é tanto um problema de espaço, como se pode entender pela referência à igreja, mas um problema de funções. Note-se que, cada vez que a palavra abandona o plano da comunicação entre indivíduos singulares, para assumir um papel político de fundação e de governo da comunidade, as mulheres deveriam calar-se, pois naquele momento a fala está com os homens. E isso tem um reflexo perceptível em termos sociais e políticos até os dias de hoje. (MENDES, 2018).

Desse modo, quando determinadas trocas epistêmicas são marcadas por relações em que o ouvinte assedia, ofende, desrespeita, constrange ou, de algum outro modo, impede que o falante realize asserções, essas trocas configuraram casos e práticas de silenciamento epistêmico. Entendido dessa maneira, o silenciamento epistêmico diz respeito ao impedimento que emissores sofrem por determinados receptores, em determinados contextos sociais, de realizem asserções com sucesso. (GOTTSCHALK, 2019).

A partir desta observação, para adequar a legislação e o processo penal a uma perspectiva garantista, os operadores do direito buscam, sobretudo, critérios objetivos de análise probatória para balizar uma eventual condenação. Entretanto, não se verifica, em todo o processo, a mesma sanha institucional por utilizar critérios também objetivos para analisar o discurso da mulher estuprada, o qual, por sua vez, é dissecado por todas as impressões das mais subjetivas possíveis, de raízes fincadas em uma cultura predominantemente misógina, conservadora, para não dizer fóssil, e paternalista, que permeia todo o sistema de Justiça brasileiro.

Entre muitos passos que precisam ser dados na direção de redução desse violento cenário, quero propor uma reflexão relativa ao desenvolvimento dos processos cujo conteúdo seja o de violência de gênero a partir do que chamarei de conselhos epistêmicos. Conselhos epistêmicos porque advindos dessa área de investigação preocupada com a busca pela verdade, que pretende oferecer critérios racionais para o ajuste das regras processuais de modo a encurtar a distância entre o considerado juridicamente verdadeiro e a realidade objetiva. Dito de outro modo, a epistemologia jurídica é que oferece os questionamentos necessários ao atual estado de coisas e, assim,

aproxima-nos de um horizonte probatório tanto mais racional quanto mais próximo de proposições fáticas correspondentes à realidade. (MATIDA, 2019).

Ainda de acordo com a autora, esses conselhos epistêmicos destinam-se às autoridades institucionais e dizem respeito diretamente ao tratamento para com a vítima, a partir de uma abordagem com maior empatia, ambiente institucional mais receptivo, sem emprego de termos ou expressões de reprovação, fazendo com que a vítima se sinta mais confortável a oferecer o seu depoimento, sem editá-lo ou puxar falsas memórias, reconstruindo, assim, os fatos com menos edições e relevantes para a solução do caso.

4.2 DOS RISCOS PROCESSUAIS E CONSEQUENCIAS POLÍTICO CRIMINAIS DA VALORAÇÃO EXCLUSIVA DA PALAVRA DA VÍTIMA NOS PROCESSOS DE ESTUPRO

Levando em consideração a exposição ao temas de estupro e meios probatórios nos capítulos anteriores, este se dedicará à abordagem das consequências, tanto para a vítima, quanto para o suposto estuprador. Mas antes, um necessário lembrete quanto aos temas abordados. Até este momento esta obra discorreu sobre o tipo penal do crime de estupro, suas circunstâncias, características e aspectos, de um modo geral. Outrossim, viu-se que o estupro pode ser provado de maneiras diversas, através de testemunho, prova pericial, a confissão do autor, ou o depoimento da vítima. Este último é, em essência, o ponto crucial do presente trabalho e capítulo.

Anteriormente, a palavra da vítima foi posta à análise como mais um meio de prova utilizável. No entanto, a hipótese teórica concentra-se no discurso vitimal como o único meio de prova possível na ocorrência da violação sexual. Luiz Régis Prado (2017, p. 639), é enfático ao afirmar que o direito brasileiro elegeu apenas a mulher como sujeito passivo do crime de estupro, sendo irrelevantes fatores como estado civil, idade ou reputação social, apesar da Lei 12.015/09 ter alargado essa possibilidade, transformando o estupro em um crime comum. Aborda o assunto Paulo Trindade:

Infere-se da nova redação que a vítima de estupro deixa de ser exclusivamente mulher para abranger qualquer pessoa, isto significa que a rigor o homem poderá ser vítima de estupro. No sistema anterior não se imaginava que o homem seria constrangido por uma mulher para ter com ela conjunção, se isto ocorresse, o que era pouco provável, a mulher responderia pelo crime de constrangimento ilegal. Hoje a mulher que constranger o homem a manter com ela conjunção carnal o crime se adequará perfeitamente ao art. 213 do Código Penal, pois o tipo penal descreve expressamente que a vítima será alguém.

A partir da ocorrência criminosa, investigação, e ação penal, o delito será levado a julgamento. A sentença penal é tão somente a decisão que julga o mérito principal, ou seja, a decisão judicial que condena ou absolve o acusado (BRASILEIRO, 2019).

A sentença, de acordo com Paulo Rangel (2019) é o ato derradeiro do processo, que representa o sentimento estatal através da pessoa do juiz e possui função declaratória, ou seja, aponta um direito objetivo preexistente, seja o direito de punir pelo reconhecimento da violação à norma jurídica, seja o direito de não ser punido, em detrimento da mera vontade das partes.

Há, evidentemente, requisitos para que essa sentença seja prolatada. Para além dos requisitos de qualquer ato jurídico, como capacidade, objeto lícito, e forma prescrita não defesa em lei, todas previstas no art. 104 do Código Civil, a legislação processual penal, dos artigos 381 ao 393, estipula diretrizes para a sentença penal. Em síntese, o documento precisa conter resumo dos fatos, qualificação das partes, assinatura do juiz, etc, sobretudo respeitar o devido processo legal, procedimento previsto no capítulo. No que toca ao presente capítulo, a parte mais relevante encontra-se nas hipóteses de absolvição do réu, vide art. 386, in verbis:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Todavia, observou-se que os tribunais e as demais instituições brasileiras, em razão de uma ótica de gênero desigual, constroem um raciocínio julgador lastreado em todas as circunstâncias sociais e culturais da mulher estuprada, alheias, inclusive à sua condição natural de vítima. O próprio Código Penal, ao tratar sobre aplicação da pena, considera o comportamento da vítima relevante para a fixação. Observe-se:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

No cumprimento de seu dever na magistratura, o julgador, portanto, passa a investigar e pesar a vítima em todo seu contexto de vida. Conforme pensamento de Lyvia Barros (2014), a vítima é examinada sobre sua vida privada, pregressa, sobre seus hábitos, seus relacionamentos, seu histórico profissional e pessoal e por tais elementos, categorizada e estigmatizada.

Embora tal conduta invasiva e investigativa do juiz possa enfatizar um desequilíbrio entre gêneros no crime de estupro, de um modo geral, e incluindo no próprio crime de estupro, a análise crítica do discurso da vítima é essencial para garantir o respeito integral ao devido processo legal, a consonância com as prerrogativas garantistas seguidas pelo processo penal brasileiro.

Não são raras as oportunidades em que a Justiça Criminal Brasileira comete falhas de julgamento, seja por precária análise de provas, seja por questões de desrespeito e inobservância às garantias do réu. Por essa razão, todas as decisões devem ser devidamente fundamentadas na legislação processual, material, e respeitando os princípios constitucionais. Consoante o pensamento de Aury Lopes Jr (2019):

Para o controle da eficácia do contraditório e do direito de defesa, bem como de que existe prova suficiente para sepultar a presunção de inocência, é fundamental que as decisões judiciais (sentenças e decisões interlocutórias) estejam suficientemente motivadas. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, premissa fundante de um processo penal democrático.

Em que pese a palavra da vítima tenha substancial relevância frente às outras, devido à clandestinidade que permeia o delito do estupro, há grandes chances de cometimento de equívoco judicial a condenação penal que tenha como fundamento probatório apenas o seu depoimento. Há, na legislação processual, previsão para insuficiência ou fragilidade das provas, já abordada neste trabalho, a saber, o art. 386, inciso VII, do Código Penal, o qual determina a absolvição do réu ante a dúvida instalada.

Outrossim, ressalte-se que não há hierarquia entre os meios de prova, lembrando disciplina abordada em capítulos anteriores, pelo entendimento de Francisco Lima (2007), carecendo de valoração equânime, lastreado pelo princípio do livre convencimento motivado.

A doutrina – parcialmente - também pugna pela observância de razões mais substanciais e palpáveis que apenas o discurso do ofendido. Com a palavra, Aury Lopes JR (2019):

Logo, apenas a palavra da vítima jamais poderá justificar uma sentença condenatória. Mais do que ela, vale o resto do contexto probatório, e, se não houver prova robusta para além da palavra da vítima, não poderá o réu ser condenado. O depoimento deverá ser considerado por sua qualidade, coerência e credibilidade. Em qualquer caso e conforme o contexto probatório.

Deve-se analisar com absoluta isenção esse quadro, sem pender, automaticamente, para o lado da pessoa ofendida, desprezando-se a manifestação do acusado. Afinal, em jogo encontra-se o princípio constitucional da presunção da inocência, impondo-se a prevalência do interesse do réu, no processo penal (NUCCI, 2014).

Há, ainda, autores que não se seduzem pelo equilíbrio, defendendo, inclusive, a minoração do depoimento da vítima, como é o caso de Leonardo Machado (2018), que justifica o entendimento a partir de interesses escusos constantes do discurso da mulher estuprada, portanto, é esta acusação que deve depender do restante do conjunto probatório, e não pautar as investigações.

Há que se considerar, pelo exposto, as razões pelas quais, muitas vezes, o depoimento da vítima considerado de per si, não é um instrumento probatório perfeito e de pronto uso.

Em princípio, o discurso da vítima pode carecer de um ou vários vícios. Isto porque há, de pronto, indiscutível interesse em seu testemunho, uma vez que foi a própria quem noticiou o fato criminoso, é inequívoco o seu desejo em uma condenação penal. Eduardo Perine (2018), em consonância com esta tese, considera ingenuidade acreditar num discurso desinteressado por parte da vítima, posto que envolveu-se diretamente com o fato, e está, portanto, contaminada. O autor afirma que o depoimento contém, em seu bojo, resquícios de ressentimento, erros, desejo de vingança, que podem levar diretamente alguém à condenação penal. Portanto, o seu depoimento não pode assumir um caráter presumidamente verdadeiro, pois seria um ato inconsciente e inconsequente.

Outrossim, embora não prestando o compromisso de dizer a verdade, pode falseá-la, sem praticar o crime de falso testemunho, respondendo, porém, por denúncia caluniosa se der causa a investigação policial ou processo judicial, imputando a alguém crime de que o sabe inocente. Seu valor probatório é relativo, devendo ser aceito com reservas. (CAPEZ, 2016).

Dentro da mesma perspectiva, sob o olhar de Aury Lopes Jr (2019, p. 563), há outros fatores diversos da possível inverdade no depoimento da vítima, como as falsas memórias, e erros de boa-fé. De acordo com o autor, não se deve excluir o depoimento da vítima, mas não se deve credibilizá-lo sem justa causa, devendo a autoridade responsável estar disposta a duvidar e investigar com afinco o que é dito pela vítima, para evitar, o que ele chama de “atalho sedutor” de acreditar na palavra da vítima, sem contextualizá-la com o restante do conteúdo probatório.

Há aspectos ainda mais subjetivos do que os erros de intenção, que permeiam o discurso da vítima. Estes estão intimamente ligados ao seu estado psicológico, e podem comprometer a verossimilhança do seu depoimento. Impossível, portanto, a reconstrução de fato da mesma forma em que ocorreu no passado, pois este só existe na memória das pessoas. E a memória, por sua vez, ao ser evocada, também não é fidedigna à realidade; ao oposto, é bastante deficitária. (DI GESU, *et al.* 2008).

As falsas memórias correspondem a um fenômeno muito menos incomum do que o que se imagina. De acordo com Lilian Stein (2010, p. 25), as falsas memórias podem ser advindas de um processo interno de alteração do acontecimento, pela própria memória, ou por uma informação emitida pelo ambiente externo, após apresentação à pessoa do acontecimento original. Ainda de acordo com a autora, uma interferência ou interpretação pode passar a ser lembrada como parte da informação original e comprometer a fidedignidade do que é recuperado.

Segundo WELTER (2010):

Em contextos forenses (...), as características qualitativas da memória (ou seja, se há riqueza de detalhes e quais os tipos de detalhes descritos) têm sido utilizadas como critérios diferenciadores de relatos verdadeiros e falsos, em instrumentos de avaliação de credibilidade de depoimentos de testemunhas. (...) Tal questão é ainda mais delicada quando estamos diante de vítimas vulneráveis, como crianças e adultos com necessidades especiais, envolvidos em situações de abusos sexuais e outras formas de violência.

A melhor compreensão dos processos de formação, evocação e alteração deste tipo de memória pode contribuir significativamente para a avaliação da confiabilidade da prova testemunhal e indicar procedimentos de sua coleta que a tornem mais segura como meio de prova. (HENRIQUES, 2014).

O processo penal acaba por depender, excessivamente, da ‘memória’ das testemunhas, desconsiderando o imenso perigo que isso encerra. A memória é fragilíssima, manipulável, traiçoeira ao extremo. As falsas memórias se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação. Ambos são perigosos para a credibilidade da prova testemunhal, mas as falsas memórias são mais graves, pois a testemunha ou vítima desliza no imaginário sem consciência disso. Daí por que é mais difícil identificar uma falsa memória do que uma mentira, ainda que ambas sejam extremamente prejudiciais ao processo (LOPES Jr, 2019).

Ainda dentro de uma perspectiva pautada na subjetividade da vítima, tem-se o Reconhecimento Facial, meio de prova admitido pelo processo penal brasileiro, previsto no art. 226, da Lei Processual, definido pelo ato formal e solene pelo qual uma pessoa afirma como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa, para fins processuais penais (NUCCI, 2011).

Entretanto, assim como a memória da vítima, esta é uma modalidade muito precária de se encontrar verossimilhança, pois se vale da subjetividade e memória do depoente em sua infinidade de possibilidades e circunstâncias, que poderá interferir, parcial ou integralmente em seu julgamento.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr (2019) aduz que:

Também se devem considerar as expectativas da testemunha (ou vítima), pois as pessoas tendem a ver e ouvir aquilo que querem ver e ouvir. Daí por que os estereótipos culturais (como cor, classe social, sexo etc.) têm uma grande influência na percepção dos delitos, fazendo com que as vítimas e testemunhas tenham uma tendência de reconhecer em função desses estereótipos (exemplo típico ocorre nos crimes patrimoniais com violência – roubo – em que a raça e perfil socioeconômico são estruturantes de um verdadeiro estigma).

Outrossim, há críticas quanto ao frequente desrespeito ao trâmite exigido pelo artigo 226, qual seja, o convite à descrição, estabelecer opções comparativas à vítima, e procedimento (auto lavrado, duas testemunhas presenciais, subscrito por autoridade). Isto porque tais procedimentos são relativizados pelas autoridades, que utilizam-se e diversos outros meios para atingir o reconhecimento, o que pode causar equívocos.

Segundo Alexandre Luz (2015), a formalidade estrita do artigo é devida, não opcional, e o uso de meios diversos dos previstos como a fotografia, provoca o reconhecimento errôneo. De acordo com o autor, essa relativização provoca graves consequências, e, na ocorrência de atos ilícitos dentro da obtenção desta prova, deverá ser integralmente anulada, sendo inutilizável pelo magistrado.

À face do apresentado, infere-se que o discurso da vítima, apesar de relevante impulso à ação penal, e como parte do conjunto probatório dentro do processo, deve ser analisado criteriosamente, a fim de que se evite, do ponto de vista geral, o cometimento de injustiças, e partindo de premissa mais específica, a violação dos direitos do réu, apenas para assegurar um punitivismo penal.

Segundo o processualista Aury Lopes Jr (2019), essa conduta deriva de um “sentimento de fracasso”, quando a efetiva prestação jurisdicional só ocorre, nesse ponto de vista, quando a sentença é condenatória, e esse “direito processual do inimigo”, retira do sujeito investigado ou processado o caráter de portador de direitos, ferindo garantias e direitos fundamentais.

Em todo e qualquer julgamento o magistrado assume o risco ao proferir a sua sentença, o fazer de forma injusta, fato que nos crimes sexuais assume uma proporção maior, em razão dos aspectos que envolvem o delito. Não são raros os casos em que se vê na mídia a divulgação de casos envolvendo pessoas inocentes sendo condenadas por crimes sexuais. (MELO, 2017).

Alcançar a verdade real, já abordada neste trabalho, como o mais próximo possível do fato original, a qualquer custo, seja flexibilizando procedimentos, relativizando princípios vai de encontro ao garantismo penal, assumindo facetas predominantemente inquisitoriais.

O Direito Processual Brasileiro não pode omitir-se frente a todas as garantias dispostas na Constituição Federal, que coloca o ser humano como o centro de todas as

preocupações. A garantia do devido processo legal surge como consequência de todo o sistema jurídico processual, sendo fortemente observado no processo penal (FERRAREZI, 2013).

Dentre todos (relevantíssimos) direitos e garantias que guardam o réu no processo penal, aproximam-se, com mais intimidade ao tema a ampla defesa e o contraditório, face à íntima relação do crime com os atos investigativos subsequentes, dos quais, geralmente, não participa o réu, e o princípio do *in dubio pro reo*. O princípio, corolário da presunção de inocência, dá ao réu a opção do silêncio, bem como a omissão probatória, uma vez que o magistrado só pode considerá-lo culpado se o conjunto probatório se encaminhar nesse sentido, e o ônus da prova é de quem realiza a alegação, conforme demonstrado em capítulos anteriores.

Em consonância com esse pensamento, a doutrina de Aury Lopes Jr (2019) é clara:

Ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza (dúvida) judicial, o princípio do *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória ao acusador e reforça a regra de julgamento (não condenar o réu sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada). A única certeza exigida pelo processo penal refere-se à prova da autoria e da materialidade, necessárias para que se prolate uma sentença condenatória. Do contrário, em não sendo alcançado esse grau de convencimento (e liberação de cargas), a absolvição é imperativa

Complementa Paulo Rangel (2019):

Por força da regra probatória, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência. Em outras palavras, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo.

Portanto, quando se extrai somente a palavra da pessoa ofendida contra a do acusado, é preciso cautela redobrada para não haver erro judiciário. Aliás, em caso de dúvida, mais adequado aplicar o princípio da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*) (NUCCI, 2011).

De um ponto de vista comprometido com a busca pela verdade, precisamos reconhecer que a ausência ou insuficiência de prova de culpabilidade do acusado não significa que ele efetivamente seja inocente. A regra em questão serve para justificar o

passo lógico em inferências probatórias normativas que não se fundam em associações entre fatos empiricamente observáveis. O fundamento aqui é uma diretiva moral institucionalizada de acordo com a qual é preferível evitar que inocentes sejam encarcerados a evitar que culpados fiquem em liberdade. (MATIDA, 2019).

Como explicado, de um lado não se pode desprezar a palavra da vítima (até porque seria uma odiosa discriminação), por outro não pode haver precipitação por parte do julgador, ingênua premissa de veracidade, pois a história judiciária desse país está eivada de imensas injustiças nesse terreno (LOPES JR, 2019).

4.3 DA INSUFICIÊNCIA INSTITUCIONAL DA PALAVRA DA VÍTIMA COMO LASTRO À CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ESTUPRO. REFLEXÕES SOB AS ÓTICAS FEMINISTA E GARANTISTA DO PROCESSO PENAL

A cultura não faz as pessoas. As pessoas fazem a cultura. Se uma humanidade inteira de mulheres não faz parte da nossa cultura, então temos que mudar nossa cultura (ADICHIE, 2012).

Ao longo do presente trabalho mudou-se de opinião em meia dúzia de momentos, acredita-se que este seja um processo natural de exposição ao conhecimento. O problema de pesquisa, que é exatamente o contraponto da palavra da vítima isoladamente analisado no crime de estupro e sob a ótica feminista em um Estado garantista, exposto no introdutório e esmiuçado ao longo dos capítulos, provocou sentimentos ainda mais empatas com o movimento feminista. Igualmente tocada pela condição de réu no processo penal brasileiro, com as lanças estatais apontadas para si, caminhando na tênue linha entre um procedimento processual formalmente garantistas, e um rançoso e persistente viés punitivista que ainda cercam determinadas instituições penais.

Mari Unzueta (1992), afirma que o feminismo e o garantismo se convergem como ideologias. No entanto, as semelhanças são bastante limitadas. Apesar de ideologias, se inserem em planos diferentes dentro de uma mesma realidade. O feminismo se insere no contexto social, mais extenso, ao passo que o garantismo se enquadra no paradigma legal/ jurídico, mais intenso. Um outro ponto de convergência apontado pela autora está no momento histórico de construção: o iluminismo. Entretanto, surgem em anos muito diferentes. O feminismo, cronologicamente anterior

se insere e “acontece” no garantismo, este que, por sua vez, apresenta feições liberais (no sentido de Estado de Direito) e molda os novos e futuros valores legais dentro do ordenamento.

Infere-se, a partir de então, que o garantismo, por sua função de apresentar o “futuro do Direito” em determinado Estado, carrega, ou ao menos deveria carregar, consigo todas as perspectivas de proteção ao máximo de camadas sociais possíveis, incluindo, portanto, as pautas feministas. Apenas através de uma estruturação jurídica e política que abrace, efetivamente, valores inclusivos e equitativos, que as pautas sociais poderão ser corretamente implementadas.

Atingir o alvo depende de um processo de desconstrução de conceitos culturais enraizados, principalmente no que concerne ao gênero, é lento, inicia-se pelas bases da educação, margeia-se na inserção profissional e política de mulheres, e tem sua (ainda distante) foz na redução das desigualdades e injustiças sofridas pelas mulheres, no seu corpo e em suas palavras. Comprovando o nascedouro da discriminação em berço histórico, as brilhantes palavras de Soraia da Rosa Mendes (2017):

Quanto ao testemunho feminino é interessante ver que esta é uma interdição que perdura ao longo dos tempos, mas que é relativizada durante o período em que vigorou a inquisição, quando a mulher passa a ser aceita como testemunha de acusação em casos envolvendo feitiçaria, mesmo que de forma mitigada. A ideologia é a de custodiar a mulher. O que interessava tanto ao homem, enquanto pai ou marido, como também interessava às instâncias eclesásticas, políticas e econômicas que desejam seu afastamento da esfera pública. Eis o porquê da criação de uma política de “correção” da mulher ainda não experimentada, mesmo que milenar já fosse a submissão feminina entre gregos, romanos, hebreus e outros povos.

Sobre o discurso da mulher estuprada, inserido no complexo fenômeno da violência de gênero, de acordo com Maíra Fernandes (2015), este pede sensibilidade e mobilização social. A tarefa é por demais megalomaníaca para o Poder Judiciário, que possui uma margem muito limitada de ação, principalmente porque esta é condicionada à existência do fato, ou seja, do crime, segundo o princípio constitucional da *nulla poena sine lege*, traduzido livremente como “não há punição sem lei”.

O que se observa, contudo, é que em raríssimas ocasiões a palavra da mulher estuprada, de modo exclusivo, ou seja, isolada de um contexto probatório ou de fatos que cercam o crime, provoca uma condenação penal. As decisões judiciais, em sua esmagadora maioria, tentam adequar o discurso da vítima à ideia de verossimilhança,

perpassando, para tanto, por uma subjetividade do julgador, e de todas as instituições pertinentes, como aparato policial e Ministério Público.

De modo estritamente pessoal, concebe-se que a perspectiva garantista, em tese, não exclui dos seus intentos o feminismo, não são conceitos divergentes, pelo contrário, abordam mecanismos protetores, o primeiro, em face do Estado, o segundo, em face do gênero opressor, contudo, em planos diferentes. O garantismo existe, dentre tantas outras atribuições, para literalmente, garantir que os interesses feministas sejam atendidos pelo Estado.

O que ocorre, contudo, é que a dogmática feminista, em seu anseio igualitário, atrai postulações que não coadunam com o garantismo, de modo que este último é incapaz de atendê-la integralmente. Sendo assim, insuficiente o garantismo e inócuo relevante parcela do movimento feminista.

O que nos falta, todavia, é conseguir dotar tais previsões legais de efetividade, fazendo com que sejam cumpridas a despeito da cultura patriarcal ainda dominante na maior parte do território nacional. Para tanto, abre-se a possibilidade de as mulheres vítimas de violência recorrerem ao Poder Judiciário a fim de que este aplique e execute os dispositivos tutelares de seus direitos humanos, tanto aqueles contemplados diretamente pela legislação nacional, bem como outros resultantes da adesão da República a tratados internacionais. (MONTEBELLO, 2000).

Todavia, não se pode ignorar que atribuir valor absoluto à palavra da vítima nos crimes de estupro em que não há outro meio probatório disponível é como ignorar uma série de fatores que permeiam o discurso vitimal, além de violar gravemente garantias processuais e constitucionais do réu. Observou-se, ao longo do presente trabalho, que a despeito de existirem outras espécies de prova, por razões inerentes ao próprio ato criminoso, grande parte das vezes, elas são inexistentes ou ineficazes. Porém, assim como em todos os demais tipos penais, para a condenação criminal ser efetivada, a autoria e ocorrência do crime devem estar devidamente comprovados. Nesse sentido, Laís Melo (2017) afirma:

Destarte, é necessário que para que haja a condenação em crimes sexuais, além da palavra da vítima, estejam presentes outras espécies de provas, capazes de sustentar a sentença, a fim de que não restem dúvidas acerca da autoria e materialidade do delito, assim como de evitar que sejam cometidas injustiças.

Pelo exposto, sintetiza-se particular olhar sobre o presente tema inferindo que não há equívoco judicial na absolvição por insuficiência probatória, pois raciocínio contrário transformaria a figura da mulher em um agente punitivo externo ao sistema penal, sem sofrer qualquer sanção ou limitação estatal para sua atuação, o que é manifestamente contrário ao sistema acusatório adotado pelo Processo Penal Brasileiro, e violador do garantismo, princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, não bastassem as razões que tornam, naturalmente, o depoimento da vítima perigoso ao réu.

Igualmente, não se pode ignorar que as razões que levam a essa rejeição à palavra da vítima, exclusivamente analisada no contexto probatório. Os fatores que agregam valor ao discurso feminino são infinitamente menos objetivos do que os utilizados para inocular o réu. Este último pende de prova, enquanto o outro dependerá de vestimenta, conduta social, circunstâncias do crime, estilo de vida, subjetividade do ouvinte e perfil das instituições inerentes. Não há, portanto, nem sombra de equilíbrio entre as maneiras de analisar a vítima e o seu suposto algoz.

A atual conjuntura utilizada pelo processo penal brasileiro, dos pontos doutrinário e jurisprudencial é indubitável no sentido de trabalhar exaustivamente para reduzir as injustiças no âmbito das injustas condenações penais. Louvável. Porém, o faz a preço de uma outra injustiça, institucionalizada, para com uma legião de mulheres que reiteradamente são silenciadas e negligenciadas pelo sistema de justiça e pela cultura social que caminham, a vagarosos passos, na direção da linearidade entre os gêneros.

Finaliza-se, com as palavras lúcidas e reconfortantes de Soraia da Rosa Mendes (2012), quem muito inspirou este trabalho, para além de tantas outras brilhantes mulheres, à sua realização: *é preciso, portanto, dar lugar às diferentes histórias que refletem as realidades vividas pelas mulheres. E com estas premissas apresentar novas concepções. De minha parte, penso em um programa de direito penal mínimo que se construa a partir dos direitos fundamentais das mulheres.*

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo compreender as peculiaridades que envolvem a condenação no crime de estupro quando apenas a palavra da vítima é analisada, quando não há outro meio de provar este crime, tendo como base o artigo 213 do Código Penal Brasileiro, de tipifica o estupro como “*constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*”. Neste tipo penal, o bem jurídico tutelado pela norma é a dignidade sexual, aquele que se relaciona com o livre desenvolvimento da sexualidade e a liberdade de cada um em vivenciá-la ao seu gosto e critério. A norma deixa clara que o sujeito passivo neste crime pode ser do sexo masculino ou feminino, todavia, nota-se que em sua grande e expressiva maioria este crime é cometido por homens, sendo o sujeito passivo em praticamente sua totalidade de mulheres.

O crime em voga é, sobretudo, fruto de uma crença supremacista, lastreada em misoginia, e confirmada por aspectos religiosos e sociais, do gênero masculino como proprietário do gênero feminino, reiteradas através da história da humanidade. A banalização da custódia do comportamento feminino adentrou às porosidades legislativas e institucionais, de modo que até os tempos hodiernos, os atos femininos são vistos sob o mesmo aspecto rançoso de outrora.

No presente trabalho concluiu-se que o aparato institucional brasileiro não está apto a colher o depoimento da vítima do estupro, leia-se, na maioria das vezes, a mulher. Isto porque o questionamento que se faz à mulher violada vai muito aquém dos fatos ocorridos na prática criminosa, são investigadas as condutas pregressas, aspectos da personalidade da vítima, circunstância (local, horário) do crime, vestes da vítima, dentre outros aspectos, os quais conferirão, ou não, à mulher estuprada a alcunha de vítima perfeita, e à palavra por ela proferida, o caráter de crível, aceitável.

Ao julgar um crime, o magistrado irá analisar todas as provas admitidas para poder proferir a sentença, todavia, em muitos casos de estupro, por este ser um crime muitas vezes cometido às “escuras”, não há elementos probatórios, a não ser a palavra da vítima, sendo este o enfoque hipotético (ou nem tanto assim) do presente trabalho. Neste sentido, o julgador decidirá única e exclusivamente a partir da palavra da vítima, situação esta que gera muito debate no meio acadêmico e jurídico, pois, enquanto parte órgãos defendem a validade da palavra da vítima de forma única para ensejar uma

condenação, outros defendem que a palavra da vítima não deve ser fator determinante para o encarceramento.

Observou-se, todavia, que em sede de decisão, conforme jurisprudência pátria, deverá ser analisado o discurso vitimal em consonância com os demais aspectos envolvendo o crime, de modo que a palavra da vítima, isoladamente analisada, ainda que carregue relevante valor probatório, ao que parece, tem o mesmo valor das circunstâncias que cercam o crime, posto que, sem outros elementos que lhe confirmem a tese acusatória, não enseja uma condenação penal, por insuficiência probatória.

Subsistem, contudo, controvérsias quanto a aplicação da pena no crime em tela, ante o especial e fundamental valor demonstrado neste trabalho que a palavra de vítima do crime de estupro tem. Foram colacionados julgados no sentido de considerar, em face de outros fatores, a palavra da vítima como determinante para a condenação. Apesar deste crime muitas vezes não deixar rastros, um depoimento consistente e coerente com o contexto fático pode levar ao convencimento do magistrado, para assim poder embasar a condenação do réu.

Para salvar o discurso feminino, não se deve ignorar de fato todo o remanescente probatório, principalmente a sua ausência. De outro modo, o aspecto garantista da Constituição pátria, bem como da legislação processual e material, seria cruelmente ignorado e gravemente violado, importando, dessa forma, em um punitivismo gratuito, com grandes possibilidades de se gerar incongruências e injustiças neste terreno, assim como o sistema acusatório adotado, completamente deturpado, em razão do desrespeito ao ônus probatório do acusador, e no presente ativismo judicial.

Não se pode devolver uma injustiça institucional na - extremamente respeitável - sanha de igualdade de gênero, com injustiças judiciais. Portanto, na falta de substância probatória, ou seja, em um depoimento vitimal, sem outras circunstâncias que o corroborem, e não chegando o magistrado ao livre convencimento da ocorrência do crime, este deve sempre absolver o réu, pois este é o princípio da presunção de inocência, do qual é corolário o *in dubio pro reo*.

Que fique claro que não se intenta, de nenhum modo, minar ou mitigar as – necessárias – pautas feministas, ou qualquer outra que defenda a justiça de gênero. A fim de que não se permaneça por muito mais tempo no contexto atual de desequilíbrio,

não só neste aspecto, como em muitos outros, mais eficaz é a reforma institucional e social, o que só acontece com o reforço de políticas públicas representativas, acessos equitativos à campos de trabalho e estudo, educação sexual, entre outros. Em curto prazo, considera-se essencial ao alcance de maior justiça nesse aspecto, a utilização de critérios objetivos de análise do discurso da vítima, assim como o são os critérios acusatórios utilizados para garantir um escoreito curso de processo ao réu, com fins a compatibilizar, efetivamente, garantismo e feminismo sob a perspectiva criminal.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **O dress code do garantismo penal de Luigi Ferrajoli**. CONJUR. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-28/opiniaao-dress-code-garantismo-penal-luigi-ferrajoli>>. Acesso em 20 de jul. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 15 de jun. 2020.

_____. **Decreto-Lei n.º 3.689/41, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 25 de jun. 2020.

_____. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 25 de jun. 2020.

_____. Departamento de Polícia Federal (DPF). **Manual de orientação de quesitos da perícia criminal** / Departamento de Polícia Federal, Instituto Nacional de Criminalística. 1ª Ed. Brasília: Diretoria Técnico Científica, 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1275114-DF (2018/0081491-5)**. Agravante: TLF. Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Municípios. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Distrito Federal, 3 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631932225/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-1275114-df-2018-0081491-5/inteiro-teor-631932235>>. Acesso em 03 ago 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1245796-SC (2018/0030194-7)**. Agravante: AN. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Jorge Mussi. Distrito Federal, 17 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/617606190/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-1245796-sc-2018-0030194-7/inteiro-teor-617606200?ref=juris-tabs>>. Acesso em 03 ago 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Substitutivo De Recurso Próprio nº 531431 - MS (2019/0264730-6)**. Impetrante: Defensoria Pública Do Estado De Mato Grosso Do Sul. Impetrado: Tribunal De Justiça Do Estado De Mato Grosso Do Sul. Relator: Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. Distrito Federal, 21 de Novembro de 2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860013912/habeas-corpus-hc-531431-ms-2019-0264730-6/inteiro-teor-860013921?ref=juris-tabs>>. Acesso em 03 ago 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1631659 / SC**. Agravante: GKS- Assistente De Acusação. Agravado: ALS. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Distrito Federal, 18 de Junho de 2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8681625-93/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-1631659-sc-2019-0366561-4/inteiro-teor-868162601?ref=juris-tabs>>. Acesso em 03 ago 2020.

BARROS, Lyvia. **A presença de estereótipos de gênero no Sistema de Justiça Penal e a classificação das mulheres vítimas de crime de estupro a partir da fala e do comportamento**. Universidade Federal Rural de Pernambuco, 2014.

CAGLIARI, José Francisco. **Prova no Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/artigos/299c16.pdf>>. Acesso em: 1 julho de 2010.

CAMILIN, Marcie de Poli. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2014, vol. 6, n. 11, Jul. - Dez. p. 442-458.

CAMPOS, Carmen. CARVALHO, Salo de. Violência doméstica e Juizados Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a par Especiais Criminais: **Revista Estudos Feministas**. Florianópolis. 2006.

CAMPOS, Carmem. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

_____. **Curso de Processo Penal**. 23ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

_____. **Curso de Direito Penal volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração**. 11 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo Santa Cruz; FERREIRA, Helder. **Estupro no Brasil: vítimas, autores, fatores situacionais e evolução das notificações no sistema de saúde entre 2011 e 2014**. Texto para Discussão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro. 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do código de processo penal: uma refundação garantista?. **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**. Goiânia. Disponível em: < http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_13/2Artigo3final_Layout%20-1.pdf>. Acesso em 26 jul. 2020.

COSTA, Ana Alice Alcântara e SARDENBERG, Cecília Maria Bacellar (orgs.). **O feminismo no Brasil: reflexões teóricas e perspectivas**. Salvador: UFBA, 2008, p. 39.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.-br/bdsf/handle/id/194935>>. Acesso em 20 de jun. 2020.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Modelos e movimentos de política criminal**. Tradução Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

DE VITO, Daniela; GILL, Aisha; SHORT, Damien. A tipificação do estupro como genocídio. **Revista Internacional dos Direitos Humanos**. Ano 6, n. 10, São Paulo, junho de 2009. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/sur/v6n10/a03v6n10.pdf>>. Acesso em 30 jun. 2020.

DRUDE, Bárbara. **Por uma cidadania feminista: Mecanismos de proteção de mulheres à luz da criminologia feminista garantista**. Universidade Federal Do Rio De Janeiro. Rio de Janeiro. 2018.

EROUD, Aicha de Andrade Quintero; INCOTT JUNIOR, Paulo Roberto; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. O garantismo penal sob a ótica do estado democrático e constitucional de direito – inadequações do sistema penal. In: **Revista Aporia Jurídica (on-line)**. Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade CESCAGE. 8ª Edição. Vol. 1 (jul/dez-2017). p.156 - 169

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERNANDES, Maíra. **A Tutela Penal Patriarcal: Por que a criminalização do feminicídio não é uma conquista para o feminismo?** Revista Transgressões: Ciências Criminais em Debate. Natal, 2015.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; MANDARINO, Renan Posella; ROSA, Larissa. Garantismo penal para quem? O discurso penal liberal drente à sua desconstrução pela criminologia. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 38, n. 75, p. 129-156, maio 2017. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/i-ndex.php/sequencia/article/view/2177-7055.2017v38n75p129>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

GOTTSCHALK, Rodrigo Sukerman Barreto. **O Silenciamento Como Problema Epistemológico**. Universidade Federal da Bahia. Salvador. 2019.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal. Volume VIII. Arts. 197 a 249**. Editora Forense, 1978. Rio de Janeiro, 1978.

KHALED JR., Salah Hassan. **O Sistema Processual Penal Brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório?** Civitas, Porto Alegre, v. 10, n. 02, p. 293-308, mai./ago. 2010.

KUHNEN, T. A. FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing.** New York: Oxford University Press, 2007. **Princípios:** Revista de Filosofia (UFRN), v. 20, n. 33, p. 627-639, 14 jul. 2015.

LIMA, Francisco Marques. **Da prova no Processo Penal brasileiro: Aspectos doutrinários e jurisprudenciais.** Ceará: Revista Controle, 2007.

LIMA, Larissa Pinho de Alencar. **Leis penais comentadas.** São Paulo: Jurua, 2016.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica.** 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Direito processual penal.** 16ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MACHADO, Naiara. **Uma breve história sobre o crime de estupro.** Disponível em: <<https://naicosta90.jusbrasil.com.br/artigos/347910767/uma-breve-historia-sobre-o-crime-de-estupro>> Acesso em 21 de abril de 2020.

MACKINNON, CatharineA.. **Feminismo, Marxismo, Método e o Estado: Uma agenda Para Teoria.** **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 7, n. 3, p. 798-837, set. 2016. ISSN 2179-8966. Disponível em: <<https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25361>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

MATIDA, Janaina Roland. **O problema da verdade no processo: A relação entre fato e prova.** Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - Puc-Rio. Rio de Janeiro. 2017.

MATIDA, Janaina Roland; HERDY, Rachel. **As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos.** Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 73, jul./set. 2019. Rio de Janeiro. 2019.

MATIDA, Janaina. **O que deve significar o especial valor probatório da palavra da vítima nos crimes de gênero.** Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal Ano 2 - Nº3 | Edição Especial I Seminário Regional. P.7. Salvador. 2019.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas.** 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Soraia da Rosa. **(Re) Pensando a Criminologia: Reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista.** 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEBELLO, Mariana. A Proteção internacional aos direitos da mulher. **Revista EMERJ.** Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2000. Disponível em: < https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11-/revista11_155.pdf Acesso em JUL/2020>. Acesso em 13 de jul. 2020.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. CAMARGO, Margarida Lacombe. **Sistemas processuais penais à luz da constituição.** São Paulo, ano 14, n. 97, Out - Set. 2017. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.97.05_1.PDF>. Acesso em: 22 jun. 2020.

NEVES, Luiz Gabriel Batista. **A liberdade de atuação como fundamento da culpabilidade.** Universidade Federal da Bahia, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A credibilidade da prova testemunhal no processo penal.** Disponível em < www.migalhas.com.br/dePeso/16,M-I14901,71043-A+credibilidade+da+prova+testemunhal+no+processo+penal > Acesso em: 07 de mai. 2020.

_____. **Crimes contra a dignidade sexual.** 5ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

_____. **Manual De Processo Penal e Execução Penal.** 10 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Provas no Processo Penal.** 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PIETRO JÚNIOR, João Carlos Garcia. **O sistema acusatório no processo penal brasileiro e a adoção do modelo inquisitorial system na gestão da prova pelo juiz.** Disponível em:< <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/o->

sistema-acusatorio-no-processo-penal-brasileiro-e-a-adocao-do-modelo-inquisitorial-system-na-gestao-da-prova-pelo-juiz>. Acesso em 23 jun.2020.

PINHO, Ana Cláudia. **Para além do garantismo**: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Universidade Federal do Pará. Belém. 2011. Disponível em:<http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/6410/1/Tese_ParaAlemGarantismo.pdf>. Acesso em 23 jun.2020.

PINTO, Lucielma Salmito Soares *et al* . Políticas públicas de proteção à mulher: avaliação do atendimento em saúde de vítimas de violência sexual. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro , v. 22, n. 5, p. 1501-1508, May 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232017225.33272016>> Acesso em 29 de jun. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª Edição. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2005.

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

RODRIGUES, Martina Pimentel. Os sistemas processuais penais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3833, 29 dez. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26262>>. Acesso em: 31 mai. 2020.

ROSA, Alexandre Moraes da; POHLLOD, Carolina Fava. A imprescritibilidade do crime de estupro e o Direito Penal simbólico. Revista **Consultor Jurídico**, 21 de setembro de 2018. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2018-set-21/limite-penal-imprescritibilidade-crime-estupro-direito-penal-simbolico>>. Acesso em 15 jul. 2020.

SILVA, Flavia Augusta Bueno da; Rocha, Luiz Carlos da. A criminologia crítica e o direito penal mínimo: avanços e retrocessos. **Revista de Psicologia da UNESP**. v. 11, n. 2, p. 1-13, 2012. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/127084>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

SOUSA, Renata Floriano. Cultura do estupro: prática e incitação à violência sexual contra mulheres. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, ano 25, v. 1, janeiro-

abril/2017. Disponível em:< <https://www.scielo.br/pdf/ref/v25n1/1806-9584-ref-25-01-00009.pdf>>. Acesso em 26 jun. 2020.

STEIN, Lilian e colaboradores. **Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas.** Porto Alegre: Artmed, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Novo código de processo penal: o problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p.117-139, jul./set. 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal Vol. 3.** 35 Ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 10^a ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

_____. **Curso de direito processual penal.** 12 ed. rev. e atualizada. Salvador. Editora JusPodivm, 2017.

BARRERE UNZUETA, Mari Ángeles, **Feminismo y galantismo: ¿una teoría del derecho feminista?** Anuario de Filosofía del Derecho (9), 1992.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil; CARVALHO, Salo de. Criminologia feminista com criminologia crítica: perspectivas teóricas e teses convergentes. **Revista Direito e Práxis**, Ahead of Print, Rio de Janeiro, 2019.