



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VICTOR LINS DE FARIA

**A VALORAÇÃO ESPECIAL DA PALAVRA DA VÍTIMA NO
CRIME DE ESTUPRO PREVISTO NO ARTIGO 213 DO
CÓDIGO PENAL**

Salvador
2021

VICTOR LINS DE FARIA

**A VALORAÇÃO ESPECIAL DA PALAVRA DA VÍTIMA NO
CRIME DE ESTUPRO PREVISTO NO ARTIGO 213 DO
CÓDIGO PENAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Daniela Portugal

Salvador
2021

TERMO DE APROVAÇÃO

VICTOR LINS DE FARIA

**A VALORAÇÃO ESPECIAL DA PALAVRA DA VÍTIMA NO
CRIME DE ESTUPRO PREVISTO NO ARTIGO 213 DO
CÓDIGO PENAL**

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

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2021.

AGRADECIMENTOS

Com este trabalho, finalizo uma etapa muito importante desta jornada que está apenas começando. Sendo assim, para a obtenção desse resultado, tive o apoio de algumas pessoas que foram fundamentais na minha jornada até este momento, sem as quais, nada disso seria possível, e não podia deixar de tecer alguns agradecimentos e explicitar minha gratidão às seguintes pessoas.

Aos meus pais, meus sinceros agradecimentos por absolutamente tudo. Não seria possível sintetizar em palavras o quanto sou grato e tenho sorte de ter vocês ao meu lado por toda minha vida. Espero poder demonstrar isso ao longo dos anos. Eu amo vocês.

Especialmente agora, à minha mãe, por sempre servir como inspiração, demonstrando que tudo está ao nosso alcance, tudo depende apenas da nossa força de vontade.

Aos meus irmãos, Bernardo, Tulio e Rodrigo, pela lealdade e união inquestionáveis. Vocês são, sem dúvidas, uma das principais razões para eu levantar de manhã e tentar ser a minha melhor versão.

Aos meus avós, pela inesgotável fonte de amor e carinho.

À Tania, minha mãe que eu ganhei da vida, desde muito cedo, por toda compreensão e carinho ao longo dos anos. Sou grato à deus todos os dias, por ele ter te colocado na minha vida.

Ao meu avô “Dedé” que me guarda e me protege todos os dias do plano em que se encontra. Vou te carregar comigo para sempre, pois seu amor vai estar presente dentro de mim até o fim.

Aos meus amigos que acompanham a saga deste trabalho e foram fundamentais para a conclusão deste curso: Rafael Fortuna, João Dourado, Rodrigo Fortuna, Alexandre Olivier, Dariel Neto, Bruno Montenegro, João Pedro Viana, dentre outros tantos que não consigo recordar no momento.

Especialmente, aos meus irmãos da vida, Adri Lago e Pedro Martins, pelo apoio e motivação dado a mim em um momento decisivo da elaboração do presente trabalho. Sem vocês, eu não conseguiria chegar até aqui.

Aos meus fiéis amigos e amigas que sempre estiveram ao meu lado, e valorizam verdadeiramente a nossa amizade. Vocês são a certeza de que nunca estarei

sozinho lá na frente. Não preciso citar nomes, pois todos inclusos nesse grupo sabem, no fundo da alma, da minha eterna gratidão pelas suas vidas.

Ao meu amigo João Canna, pelo relevante apoio na elaboração desta monografia e pela valiosa amizade.

À professora Daniela Portugal, minha orientadora, por toda paciência e empenho na elaboração deste trabalho. Seu acompanhamento foi de suma importância para a concretização deste resultado. Tenho muito orgulho de ser seu orientando, você é um exemplo, não apenas para todas as mulheres, mas para todas as pessoas da nossa sociedade.

Aos escritórios: Deda LLG e Sebastián Mello, Marambaia & Lins Advogados e Associados, por confiarem na minha pessoa e me proporcionarem tantos ensinamentos e novas amizades.

Importante também agradecer à Faculdade Baiana de Direito que, ao longo desses anos, se tornou parte crucial de meu cotidiano.

Este ciclo, assim, está devidamente encerrado. Que venham os próximos. Com o apoio de vocês, tenho certeza de que posso superar qualquer obstáculo nessa vida.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo examinar a compatibilidade da valoração especial da palavra da vítima no crime de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal, com o nosso sistema de justiça criminal, bem como com o garantismo penal defendido por Luigi Ferrajoli. Para tanto, inicialmente, serão realizadas considerações acerca do crime de estupro propriamente dito, além de se abordar os aspectos históricos envolvendo o delito em questão, e a mudança do bem jurídico tutelado por este com o passar dos anos. Em seguida, adentra-se no tema do garantismo penal, inicialmente, tecendo comentários, e levando em consideração lições de diferentes doutrinadores pátrios, sobre os ensinamentos de Luigi Ferrajoli e o sistema de garantias por este defendido. Ato contínuo, teceremos ponderações sobre o garantismo penal integral, defendido por Douglas Fischer, de modo a evidenciar a necessidade de uma maior proteção das mulheres vítimas violência sexual no nosso sistema de justiça, combatendo assim, uma impunidade erroneamente gerada pela interpretação inadequada do garantismo. Finalmente, trataremos especificamente sobre o tema da valoração especial da palavra da vítima nos crimes de estupro, do artigo 213 do Código Penal, abordando aspectos como a valoração do depoimento do ofendido como um todo, a posição de vulnerabilidade da mulher vítima no sistema processual penal brasileiro, e as consequências jurídicas decorrentes de falsas declarações do ofendido no processo penal.

Palavras-chave: Valoração da palavra da vítima; Crime de estupro; Garantismo.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CP	Código Penal
des.	Desembargador
MP	Ministério Público
SG	Sistema de Garantias
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 TUTELA DA DIGNIDADE SEXUAL E O CRIME DE ESTUPRO	12
2.1 DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES À TUTELA DA DIGNIDADE SEXUAL	22
2.2 CARACTERÍSTICAS DO CRIME DE ESTUPRO	25
2.2.1 Sujeitos do crime	25
2.2.2 Bem jurídico tutelado	30
2.2.3 Consumação e tentativa	34
2.2.4 Forma qualificada	37
3. GARANTISMO PENAL E MEIOS DE PROVA: SOBRE OS LIMITES AO CONVENCIMENTO DO JUIZ	41
3.1 O GARANTISMO PENAL A PARTIR DE LUIGI FERRAJOLI	41
3.2 O GARANTISMO PENAL INTEGRAL: REFLEXÕES A PARTIR DE DOUGLAS FISCHER	49
3.3 MEIOS DE PROVA E LIMITES À VALORAÇÃO PROBATÓRIA	54
3.3.1 O que é o meio de prova?	54
3.3.2 A busca pela verdade no processo penal	57
3.3.3 Sistemas de valoração probatória	60
3.3.4 Gestão probatória no processo penal	64
4 A VALORAÇÃO ESPECIAL DA PALAVRA DA VÍTIMA NO CRIME DE ESTUPRO	67
4.1 O PROCESSO PENAL E A PESSOA OFENDIDA	72
4.2 DAS CONSEQUÊNCIAS PENAS E PROCESSUAIS PENAS NA OCASIÃO DE FALSAS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA	78
4.3 A VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA	80
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	85
REFERÊNCIAS	89

1 INTRODUÇÃO

Acredita-se que a análise do direito penal e processual penal deve ser feita levando em consideração a sua intrínseca relação com os aspectos políticos, sociológicos e econômicos da sociedade por estes tutelada.

Nesse passo, o Brasil possui uma estrutura patriarcal, marcada por um histórico cultural de opressão e violência de gênero contra a mulher, persistindo, até os dias atuais, uma crença de inferioridade desta diante dos homens, tendo em vista a cultura machista e sexista enraizada nos nossos costumes, a qual objetifica a mulher como uma propriedade masculina.

Inclusive, neste momento, peço licença para destacar minhas razões pessoais para elaboração deste trabalho. Não foi somente por ser filho de mãe solteira, e ter convivido e recebido amor diariamente de minhas avó e bisavó maternas, que surgiu a preocupação com a temática em debate. Ocorre que, em verdade, algumas vezes, presenciei comentários e relatos de homens, muito preocupantes, uma vez que tratavam da relação sexual sem levar em consideração a vontade da mulher naquelas situações, independentemente se o dissenso da mulher fosse relativo efetivamente a realização do ato sexual, ou acerca de algum outro aspecto, como por exemplo, utilização de preservativo, excesso consumo de bebida, dentre outros.

Portanto, a problemática do trabalho surge, justamente, ao abordar a polêmica discussão se uma eventual valoração especial da palavra da vítima do crime de estupro, previsto no art. 213 do Código Penal, configuraria uma violação ao princípio do *in dupio pro reu* e ao sistema de garantias trazido por Luigi Ferrajoli.

Ocorre que, em verdade, a doutrina pátria se divide sobre a questão. Enquanto a primeira parte se identifica com a tese supracitada, a segunda metade entende que essa valoração consiste em um instrumento necessário, tendo em vista os aspectos próprios do delito em comento, sendo a palavra da vítima, em muitos casos, o único elemento probatório obtido. Porém, jurisprudencialmente, o STJ já se posicionou sobre essa temática, não findando o debate, todavia, sobre o entendimento se as declarações da ofendida teriam capacidade de condenar o réu isoladamente.

Assim, observando o debate do tema, o presente trabalho visa responder o seguinte questionamento: *é possível fundamentar uma condenação criminal com base*

exclusivamente na palavra da vítima nas situações em que não houver outros meios de prova? De maneira que, secundariamente, será avaliado, se uma eventual condenação seria ou não compatível com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli.

Preliminarmente, impende destacar ainda que, trabalhou-se com a hipótese inicial de que seria impossível a condenação por crime de estupro lastreada exclusivamente na palavra da vítima, uma vez que incompatível com o sistema de garantias defendido pelo doutrinador italiano.

Nesse contexto, inclusive, evidencia-se a importância e relevância do presente trabalho, pois este pretende aproximar as ideias abstratas do sistema de garantias defendido pelo jurista italiano à realidade vivenciada diariamente pelas mulheres brasileiras. De modo a evidenciar as inúmeras máculas atribuídas a estas pelo nosso sistema de justiça criminal, e assim, possibilitar uma maior efetivação dos direitos e garantias dessas mulheres.

Neste diapasão, tendo em vista, especificamente, o crime de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal, o qual normalmente se concretiza ocultamente, sem a presença de testemunhas, de modo a inviabilizar que a vítima obtenha socorro ou se defenda de alguma forma, o presente trabalho busca analisar o valor probatório da palavra da vítima nessas hipóteses.

Portanto, surge o seguinte questionamento: *a atribuição de valor especial à palavra da vítima no crime de estupro, estipulado no artigo 213 do Código Penal, é compatível com o sistema processual penal garantista?*

Nesse sentido, o presente trabalho possui como marco teórico o garantismo penal defendido por Luigi Ferrajoli, levando em consideração as lições posteriormente feitas por Douglas Fischer. No sentido de que devem ser respeitados todas as garantias atribuídas processualmente às partes, sem, todavia, priorizar os direitos fundamentais individuais dos réus diante dos direitos fundamentais coletivos. De modo a gerar, sobretudo nos crimes sexuais, uma tendência a impunidade dos acusados, em decorrência de uma maior vulnerabilidade e fragilidade da vítima nessas hipóteses.

Partindo dessa premissa, o trabalho foi estruturado a partir de 3 capítulos de desenvolvimento, sem levar em consideração a presente introdução, bem como as considerações finais.

Logo, visando a fundamentar e introduzir a temática referente à valoração especial da palavra da vítima do crime de estupro, inicialmente, o trabalho analisa o contexto histórico envolvendo a tutela da dignidade sexual, além dos aspectos atinentes ao crime de estupro especificamente.

Nesse contexto, foi necessário evidenciar o déficit da doutrina clássica no que tange ao crime de estupro, uma vez que grande parte dos doutrinadores da época eram homens, os quais, inevitavelmente, estavam carregados de valores machistas ou sexistas de modo a colocar a mulher em uma situação de uma vulnerabilidade ainda maior.

Além disso, o presente trabalho analisa dados passados e atuais envolvendo o crime estipulado no artigo 213 do Código Penal, bem como traz percentuais referentes ao índice de denúncia deste delito e sexo de suas vítimas no Brasil.

Dessa forma, evidencia-se a superação da terminologia “crimes contra os costumes” nessas hipóteses, examinando, ao mesmo tempo, o processo de reconhecimento de que os crimes sexuais violentos ou fraudulentos atingem, em verdade, a dignidade, a liberdade e a personalidade do ser humano. De modo que, atualmente, o crime previsto no art. 213 do CP se encontra tipificado no capítulo dos “crimes contra a dignidade sexual”.

Neste diapasão, no segundo capítulo do desenvolvimento, o presente trabalho analisa criticamente as questões referentes ao garantismo penal defendido por Luigi Ferrajoli, levando em consideração as lições propostas por Douglas Fischer, além de outros autores sobre esta temática, tais quais: Soraia da Rosa Mendes, Ana Claudia Bastos Pinho e Elmir Duclerc. Desse modo, foram feitas inúmeras considerações envolvendo aspectos como: a verdade processual no sistema de garantias, axiomas fundamentais do garantismo, a efetiva vulnerabilidade das vítimas no sistema penal, dentre outros. No momento, destaca-se ainda, a dificuldade em encontrar obras e trabalhos processuais penais escritos por mulheres, não porque não haja mulheres estudando e produzindo ciência, mas sim, por se tratar de uma produção acadêmica invisibilizada, uma vez que o direito é uma ciência estruturalmente patriarcal. Sem

adentar no mérito ainda, da questão da pandemia, que dificultou bastante o acesso a uma maior pluralidade de fontes de pesquisa.

Nesta senda, a análise supracitada pondera o sistema de garantias, sob uma ótica voltada para diferentes temas processuais, dentre estes, os meios de prova, a valoração e gestão probatória no processo penal, e ainda, os limites para o convencimento do juiz.

Finalmente, o presente trabalho examinou a compatibilidade de uma valoração especial da palavra da vítima no crime de estupro, tipificado no art. 213 do CP, com o sistema de garantias defendido por Luigi Ferrajoli. Nesse passo, o exame em comento se pautou também na relação existente entre o processo penal e a vítima mulher, tendo em vista não só os aspectos processuais, mas o nosso sistema de justiça como um todo. Além disso, o trabalho buscou evidenciar as consequências decorrentes de uma eventual declaração inverídica por parte desta.

Com efeito, foi pertinente ainda, tratar acerca da valoração da palavra da vítima de uma maneira geral, diferenciando a maneira que essa atividade interpretativa ocorre nos crimes sexuais, dos demais crimes, trazendo à baila, inclusive o atual posicionamento do STJ.

Ademais, na elaboração desta monografia, foi adotado o método hipotético-dedutivo, desenvolvido por Karl Popper, realizando a tentativa de falseamento das hipóteses, através da utilização da pesquisa exploratória, mediante a utilização de fontes bibliográficas visando uma maior intimidade com o tema, sendo o tipo de abordagem adotado, a pesquisa qualitativa, uma vez que o presente trabalho apresenta suas conclusões através de percepções e análises. E concluindo, foram utilizados julgados de diferentes tribunais pátrios, com a finalidade de exemplificar e fundamentar ainda mais o presente trabalho, de modo a viabilizar, ainda mais, o entendimento sobre o tema.

2 TUTELA DA DIGNIDADE SEXUAL E O CRIME DE ESTUPRO

Inicialmente, visando fundamentar e introduzir a temática referente à valoração especial da palavra da vítima do crime de estupro, deve-se discutir todo o contexto histórico envolvendo a tutela da dignidade sexual e o crime de estupro.

Antigamente, em determinadas sociedades, existiam situações de estupro que eram permitidas e usuais. Pode-se afirmar isto, tendo em vista que em algumas tribos de índios dos Estados Unidos da América, o estupro poderia ser realizado por uma pluralidade de homens, sendo este delito prescrito como punição da mulher adúltera, organizada pelo marido ofendido. (CHARAM, 1997, p. 146)

Sendo assim, o crime de estupro foi positivado pela primeira vez no Código de Hamurábi, entre os séculos XVIII e XVII A. C. Desse modo, aquele que fosse flagrado violando uma mulher virgem, que morasse com os pais, era punido com a pena de morte. (FERREIRA, 2019)

A partir disso, este crime passou a ser tipificado em inúmeros códigos penais subsequentes ao redor do mundo, de modo que suas características, como conceito, bem jurídico protegido, sujeitos, e sua própria tipicidade foram sendo alterados de acordo com os costumes e ordenamento jurídico vigentes naquele determinado lugar, àquela época.

Feitos tais esclarecimentos, os povos antigos já puniam os crimes sexuais com grande severidade, principalmente aqueles que utilizavam violência como meio de obtenção da vantagem indevida, dentre os quais se destacava o crime de estupro. Após a *Lex Julia de Adulteris* (18 d.C.), no antigo direito romano, procurou-se distinguir os crimes de *adulterius* e *stuprum*, significando o primeiro a união sexual com mulher casada, e o segundo, a união ilícita com viúva. Contudo, nessa época, era considerado estupro toda união sexual ilícita com mulher não casada. De maneira diversa, era o entendimento acerca da conjunção carnal violenta, que atualmente se denomina estupro, este estava para os romanos no conceito amplo do *crimen vis*, com a pena de morte. (BITENCOURT, 2016, p. 48)

No direito romano, o termo *stuprum*, em seu sentido próprio, significa desonra ou vergonha. Essa expressão foi empregada para designar os atos sem pudor praticados com homens ou mulheres, além da violência nesses atos, bem como ato

de estuprar, propriamente considerado, e a desonra decorrente deste crime. (MESTIERI, 1982, p. 3)

Nesse sentido, leciona Luis Regis Prado (2017, p. 199) em sua doutrina:

O termo stuprum, no Direito Romano, representava, em sentido lato qual quer ato impudico, praticado com homem ou mulher, englobando até mesmo o adultério e a pederastia. Em sentido estrito, alcançava apenas o coito com a mulher virgem ou não casada, mas honesta.

Ademais, deve-se evidenciar, que em tempo de guerra, o que já era difícil de provar e condenar em tempo de paz, se vê ainda mais beneficiado pela impunidade. Pois, o estupro de mulheres fez parte culturalmente, ao longo dos séculos, dos pretensos direitos de guerra. De modo que as vitórias decorrentes cercos de cidades, terminavam, muitas vezes com estupros generalizados, como ocorreu em Roma, mais especificamente em 1527. (CHARAM, 1997, p. 65)

Nesse passo, durante a Idade Média, foi seguida a mesma tradição romana, sendo a pena capital atribuída àqueles que cometessem o estupro violento. Do mesmo modo, foi o entendimento adotado pelas Ordenações Filipinas, uma vez que também puniam com pena de morte “todo homem, de qualquer estado e condição que seja, que forçadamente dormir com qualquer mulher”.

Contudo, apenas na legislação brasileira houve uma atenuação no que tange a punição da infração pena em comento. Nesse passo, Código Penal de 1830 punia o estupro violento com a pena de prisão de três a doze anos, acrescida da obrigação de adotar a ofendida. Ademais, Código Penal Republicano de 1890 atenuou ainda mais a punibilidade do estupro, cominando-lhe a pena de um a seis anos de prisão celular (arts. 268 e 269), além da constituição de um dote para vítima. (BITENCOURT, 2016, p. 48)

Portanto, cabe aqui evidenciar as circunstâncias envolvendo os procedimentos legais na Idade Média, nas palavras de Isaac Charam (1997, p. 64):

O estupro era considerado um crime de sangue quando a vítima era virgem e nobre. Sendo necessário que ela tivesse a coragem de apresentar queixa. O jurista anglo-saxão Bracton, que viveu no século XII, explicou o procedimento extremamente complexo e falho para provar o estupro: a mulher deveria imediatamente após o ato ir às comunidades vizinhas e relatar o que acontecera e mostrar, aos homens de boa reputação, o sangue em suas vestes revoltas e rasgadas. Deveria, depois, procurar o magistrado do rei local e fazer a sua reclamação. Seu recurso seria registrado palavra a palavra, exatamente como ela diria. No dia seguinte, deveria repetir sua reclamação nos mesmos termos feitos anteriormente, termos que não poderia mudar, sob pena de que o pedido fosse

considerado contrário. Claro que o acusado poderia usar toda a sorte de escapatórias e de testemunhas.

Tendo em vista esses esclarecimentos, se faz evidente a pavorosa exigência procedimental exigida da mulher naquele tempo para uma efetiva denúncia do crime de estupro, de modo que ainda que a vítima adotasse as medidas recomendadas, haveria uma grande possibilidade de seu relato ser desconsiderado, sem se falar ainda na posição de inferioridade reservada às mulheres daquela época.

Nesse passo, até o final do século XVIII, três grandes códigos explícitos – além das regularidades devidas aos costumes e das pressões de opinião – regiam as práticas sexuais: o direito canônico, a pastoral cristã, e a lei civil. Desse modo, cada um à sua maneira, definia a linha divisória entre o lícito e o ilícito. (FOUCAULT, 1988, p. 38)

Tratando, neste momento, acerca do previsto nas Ordenações Filipinas, mais precisamente através do livro V, tít. XXIII, era estipulado o estupro voluntário de mulher virgem, mas não o puniam com pena pública. Contudo, o autor do delito era obrigado a reparar o mal feito pelo casamento, “*se ella quiser e se for convinhável*”, e se fosse o autor “*de condição para com ella se casar*”. Na falta de casamento, o mesmo seria condenado na quantia estipulada pelo juiz e necessária para a formação do dote, observada a condição da estuprada. Ainda na hipótese de inexistência de bens com que pudesse reparar o mal, o acusado, não sendo pessoa de posição, era açoitado e degredado. Sendo de fidalga estirpe, aplicava-se tão-só a pena de degredo até mercê del-Rei. Tratava-se, aqui, da simples *fornicatio*, prescindindo-se sedução. (MESTIERI, 1982, p. 8)

Nesse mesmo sentido, Prado (2001, p. 194) leciona que as Ordenações Filipinas previam o estupro voluntário de mulher virgem, de modo a acarretar para o autor, a obrigação de se casar com a donzela e, na impossibilidade do casamento, o dever de constituir um dote para esta. Na hipótese em que o autor não dispusesse de bens para tal finalidade, este seria açoitado e degredado, salvo se fosse fidalgo ou pessoa de posição social, quando então receberia apenas a pena de degredo. Por outro lado, O estupro violento foi inserido no Título XVIII, sendo reprimido com a pena capital. Persistindo a pena de morte ainda que o autor se casasse com a ofendida após o crime.

Neste momento, se faz necessário assinalar a diferença entre o modo como o estupro era percebido e conseqüentemente punido, caso acontecesse com uma virgem não-tocada ou com uma mulher já comprometida. A violação mais gravosa para o ordenamento jurídico vigente nessa época, seria a perda do valor da mulher para o dito proprietário desta, fosse seu pai ou noivo, esse suposto valor contava mais do que os sentimentos pessoais da moça, tendo em vista o ocorrido com ela. Em alguns casos, o casamento forçado do estuprador com a vítima era a única penalidade. Em outros era a pena de morte. (CHARAM, 1997, p. 62)

Nesta senda, resta claro que a violação aqui não era considerada como uma lesão à dignidade, sexualidade e intimidade das mulheres. Mas, em verdade, pode-se dizer que seria uma afronta aos bons costumes ou à honra do homem “proprietário” daquela mulher violada.

Tal pensamento pode ser evidenciado pelo seguinte trecho da obra de Michel Foucault (1984, p. 132):

É verdade que todo homem, qualquer que seja ele, casado ou não, deve respeitar uma mulher casada (ou uma jovem sob poder materno); mas é porque ela está sob o poder de um outro; não é seu próprio *status* que o detém, mas o da jovem ou da mulher contra a qual ele atenta; sua falta é essencialmente contra o homem que tem poder sobre a mulher; é por isso que ele será menos gravemente punido, sendo ateniense, se violar, arrebatado por um momento pela voracidade de seu desejo, do que se seduzir por vontade deliberada e ardilosa [...] O violador atenta somente contra o corpo da mulher; o sedutor, contra o poder do marido.

Inclusive, na França, até o ano de 1980, o Código Penal não trazia a possibilidade de o estupro ser cometido por um homem sobre sua esposa. Este crime era caracterizado como um atentado ao pudor com violência, com a finalidade de realizar conjunção carnal ilícita entre sexos diferentes. De modo que essa violência seria um elemento essencial para a constituição do crime ou de sua tentativa. Por violência pode-se entender mesmo as mais simples manobras fraudulentas, dentre estas a surpresa, emprego de narcóticos, dentre outras. Ademais, conforme evidenciado, a conjunção deveria ser ilícita, portanto, o marido não poderia ser culpado por estupro no que concerne a sua esposa legítima. Contudo, passado o ano de 1980, o estupro foi definido como um ato de penetração nos orifícios do corpo humano sem consentimento, independentemente do sexo da vítima e qual seja o orifício violado. (CHARAM, 1997, p. 66)

Ademais, o Código Criminal do Império de 1830 considerou inúmeros delitos sexuais sobre uma mesma rubrica genérica de estupro. Contudo, a doutrina da época repudiou a técnica de redação adotada. Neste mesmo código, o legislador definiu o crime de estupro propriamente dito, através do seu artigo 222, sendo atribuído a este tipo penal, uma pena de prisão de três a doze anos, mais a constituição de um dote em favor da ofendida. Por outro lado, na hipótese da ofendida ser uma prostituta, a pena estipulada seria de apenas um mês a dois anos de prisão. (PRADO, 2001, p. 194-195).

Logo, se faz evidente a grande discriminação envolvendo a pureza da vítima, a qual tinha a pena mais branda caso fosse uma garota de programa. No mais, há também de se falar em uma discriminação em relação a vítima, uma vez que apenas as mulheres poderiam ser consideradas vítimas, não havendo punição para as hipóteses em que tais condutas fossem cometidas contra homens. (FERREIRA, 2019)

Portanto, o Código Penal de 1890 delimitou que o crime de estupro ocorre apenas em relação a mulher, em outras palavras, estupro seria violência ou abuso carnal realizado contra a mulher. E assim, trazendo as definições de violência e estupro para os fins desse tipo penal. Desse modo, o legislador não se limitou a descrever apenas elementos e circunstâncias atinentes ao crime de estupro, sendo ainda mais profundo, esclarecendo seu entendimento acerca da violência empregada neste delito. (FERREIRA, 2019)

Sendo assim, com o passar dos anos, a evolução dos Códigos Penais trouxe uma melhor definição jurídica quanto ao tema, de forma a melhorar a capitulação e o enquadramentos dos fatos ao tipo penal, havendo, em suma, uma melhora técnica considerável por parte dos legisladores. (FERREIRA, 2019)

Feitos tais esclarecimentos atinentes à evolução histórica do instituto do estupro, neste ponto, passo a tratar mais especificamente acerca deste crime, tendo em vista a atual previsão do nosso ordenamento jurídico, bem como outros pontos relevantes.

Atualmente, o estupro está previsto através do Artigo 213, do Código Penal, vide Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940, nos seguintes termos:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Atentado violento ao pudor (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

Através da Lei n. 12.015/2009, o legislador unificou os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, porém, este poderia ter aproveitado para substituir as expressões que identificam essas duas figuras – conjunção carnal (estupro) e ato libidinoso diverso de conjunção carnal – por uma expressão mais abrangente, capaz de englobar os dois vocábulos previamente estipulados. Pois, mesmo que a técnica do legislador tenha melhorado, seria ainda melhor a utilização de uma expressão mais atualizada, pretendendo um alcance mais abrangente, além de englobar também as relações homossexuais, tão disseminadas na atualidade. (BITENCOURT, 2016, p. 49)

Neste sentido, leciona Luiz Regis Prado (2020, p. 801):

Diante da atual redação do artigo 213 do Código Penal, podem ser visualizadas duas modalidades de conduta, ou seja, “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça... a ter conjunção carnal; e (...) ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. Em razão da unicidade de tratamento legal do estupro, que atualmente possibilita para a consumação do delito a prática de conjunção carnal ou de outro ato libidinoso, indistintamente, podem ser sujeitos ativo e passivo tanto o homem como a mulher, sendo, portanto, sujeitos indiferenciados, sem nenhuma restrição típica (delito comum). Melhor explicando: pratica o delito de estupro tanto quem constrange alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal, como também quem constrange alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele seja praticado outro ato libidinoso.

Sendo assim, se faz evidente que o conceito antigo do crime de estupro como delito configurado em constranger apenas mulher, de qualquer idade ou condição, à conjunção carnal, por meio de violência ou grave ameaça, trazido por Aurélio Buarque de Holanda, está superado pelo atual ordenamento jurídico pátrio. (CHARAM, 1997, p. 147)

Resumidamente, nos dias de hoje, a conjunção carnal praticada mediante violência ou grave ameaça tipifica o delito previsto no artigo 213 do Código Penal, primeira parte, sendo irrelevantes fatos como a virgindade da vítima, estado civil, ou até mesmo se a mulher é prostituta ou não. De modo que o crime é caracterizado pela

supressão do poder da mulher de escolher livremente ou se defender diante da tentativa de prática do ato sexual. (BITENCOURT, 2016, p. 56-57)

Mais especificamente, sobre esta primeira parte do tipo objetivo do crime, a conjunção carnal, elemento normativo extrajurídico do tipo, consiste na cópula ou coito vaginal entre homem e mulher, em outras palavras, a conjunção carnal restará configurada através da cópula vagínica, com a “intromissão do pênis na cavidade vaginal”. (PRADO, 2020, p. 802)

Inclusive, para a configuração do estupro, não se faz necessário que na prática do crime ocorra ereção completa, muito menos ejaculação. Dessa forma, o estupro consiste em ato de agressão hostil e não resposta à excitação sexual exagerada. (CHARAM, 1997, p. 147)

Portanto, a conduta tipificada pelo legislador através do artigo 213 do Código Penal consubstancia-se em constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso (sendo assim um tipo penal autônomo, comum, misto alternativo, incongruente, anormal). (PRADO, 2020, p. 802)

Ainda no que tange a violência ou grave ameaça empregada para prática do crime de estupro, essa ameaça pode ser direta, quando o mal é prometido à vítima, ou indireto, quando o mal é anunciado contra terceiro a quem a vítima esteja ligada por laços de afeto. Ora, se faz evidente que uma ameaça de grave mal contra o filho da vítima possa ter maior eficiência para a conturbação do seu espírito do que idêntica ameaça contra a própria mulher. (CHARAM, 1997, p. 139)

Por outro lado, quanto a segunda parte do tipo objetivo, ato libidinoso, também elemento normativo extrajurídico, consiste em toda conduta elaborada pelo sujeito ativo de cunho sexual, que se consubstancia numa manifestação de sua concupiscência, não sendo necessário aqui que o sujeito passivo seja uma mulher. (PRADO, 2020, p. 802)

Neste ponto, deve-se trazer à baila a classificação doutrinária do crime de estupro, sob a ótica do mestre Cezar Bitencourt (2016, p. 62):

Quanto a classificação doutrinária, trata-se de crime comum, não exigindo qualquer modalidade ou condição especial do sujeito ativo, podendo ser homem ou mulher; material; doloso; de forma livre; comissivo; instantâneo; unissubjetivo, ou seja, pode ser cometido por apenas uma pessoa; e

plurissubsistente, logo a conduta pode ser desdobrada em vários atos, a depender do caso.

Ademais, o tipo subjetivo do crime é representado pelo dolo, expresso através da consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo de injusto. Neste caso, é exigido ainda o elemento subjetivo do injusto, consistindo em particular tendência implantada no sujeito ativo, “que se identifica com a tendência de envolver a outra pessoa em um contexto sexual”. (PRADO, 2020, p. 803)

Dito isso, deve-se explicitar a definição de estupro nos Estados Unidos, pelas palavras de Isaac Charam (1997, p. 147):

O ato de conhecer sexualmente uma mulher de modo ilegal e contra o consentimento dela, e quando a mulher é reduzida pela força, pelo medo, por administração de entorpecentes ou bebidas alcoólicas, ou quando ela é alienada mental, ou com deficiência mental, ou ainda não tenha atingido a idade do consentimento, então a cópula tem caráter de estupro.

Para a configuração do crime de estupro, este delito exige um manifesto dissenso da vítima, o qual restará configurado através da sua resistência à cópula carnal ou ao ato libidinoso, que somente é superada pelo uso da violência ou da grave ameaça. Contudo, isso não impede que se espere da vítima uma atitude de heroísmo, basta que exprima o seu não consentimento de modo objetivo e com clareza. (PRADO, 2020, p. 803)

Neste ponto, deve-se discutir, especificamente, o que configuraria esse manifesto dissenso da vítima. Pois, os doutrinadores clássicos defendiam que apenas o “não” da mulher não seria suficiente para ensejar a discordância dela diante de uma eventual relação sexual.

Sendo assim, tal afirmação pode ser evidenciada pelo seguinte trecho escrito por Nelson Hungria (1981, p. 107):

O dissenso da vítima deve ser sincero e positivo, manifestando-se por inequívoca resistência. Não basta uma platônica ausência de adesão, uma recusa meramente verbal, uma oposição passiva ou inerte. É necessária uma vontade decidida e militantemente contrária, uma oposição que só a violência física ou moral consiga vencer. Sem duas vontades embatendo-se em conflito, não há estupro. Nem é de confundir a efetiva resistência com a instintiva ou convencional relutância do pudor [...]

Logo, diante de ideologias como essas, surgiram movimentos fundamentais para uma maior proteção e valorização da dignidade e sexualidade da mulher, como ocorreu com o movimento “não é não” tão evidenciado e defendido pelas mulheres do nosso país. Pois, acredita-se que não havendo uma manifestação do consenso

por parte da mulher, o dissenso estará presente, caracterizando assim, o crime de estupro.

O estupro não afeta apenas o corpo da mulher, trazendo consigo cicatrizes capazes de atingir a sua maior intimidade. Na medida em que este degrada, desumaniza e viola sua parte mais íntima. Antigamente, o estupro era estudado apenas sob uma ótica criminológica, contudo, se chegou à certeza de que, do ponto de vista médico e psicológico, é incidente de alta gravidade na vida de uma pessoa. O estupro consiste em uma situação de estresse grave, necessitando de tratamento terapêutico de curto e longo prazos. Trata-se de crime contra a pessoa, e não contra o hímen, é a personalidade, e não um orifício do corpo, que foi invadida. Sendo a maior violação realizada sobre uma pessoa, a invasão do espaço íntimo mais profundo. (CHARAM, 1997, p. 159)

Neste sentido, faz-se oportuno trazer à baila a Lei Maria da Penha, vide Lei n. 11.340/2006, a qual traz a violência sexual como uma das formas de violência contra a mulher, mais especificamente, através do seu artigo 7º, III, capítulo II, Observe:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

Portanto, neste momento, deve-se analisar outras questões sociais e morais envolvendo este delito.

Segundo estudos realizados nos Estados Unidos, ainda na década de 90, pelo menos 20% das mulheres adultas já teriam passado por algum tipo de assalto sexual em suas vidas. De modo a se evidenciar a importância de uma análise voltada não apenas para o crime de estupro e suas vítimas, mas, levando em consideração também os aspectos sociais e morais atinentes ao tema. (CHARAM, 1997, p.13)

Nesse sentido, com base no Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020, produzido pela equipe do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, os números atuais são ainda mais alarmantes. Pode-se afirmar isto, tendo em vista que o estudo

realizado aponta que, no ano de 2019, a cada 8 minutos, uma pessoa foi vítima de estupro no Brasil, resultando assim em um total 66.348 vítimas deste crime no período em questão. Sendo que deste número total, 85,7% das vítimas eram do sexo feminino.

Para agravar tal situação, se baseando em estudos internacionais, adaptados à realidade brasileira, pesquisadores do Atlas da Violência do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada acreditam que apenas 10% dos casos de estupro são denunciados e efetivamente entram para as estatísticas do crime no país.

Logo, deve-se elucidar o seguinte discurso de Maria Vogoya (2009, p. 66):

La tercera, el sexismo, como el racismo representan a las mujeres y a los otros como grupos naturales, predispuestos a la sumisión. De la misma manera que a las mujeres se les atribuye un estatus de objetos sexuales, a los otros se los reifica como objetos raciales o étnicos.¹

Nesse contexto, o sexismo e a cultura patriarcal da nossa sociedade corroboram ainda mais para que as mulheres vítimas de estupro deixem de prestar queixa em detrimento de um sentimento de vergonha por parte destas.

Tal argumento está solidificado, pois além do problema do estupro, as mulheres ainda enfrentam as reações irracionais advindas de parentes e amigos que tomaram conhecimento do incidente. Nesse mesmo sentido, até mesmo a polícia pode mostrar ceticismo quanto às alegações de estupro feitas pela vítima, e além disso, inúmeros aspectos do sistema de justiça criminal, como as atitudes dos policiais, o interrogatório, coleta de provas e a valoração do seu depoimento, podem agravar o desconforto desta durante a investigação policial ou durante o julgamento, de modo que a desincentivar que a vítima recorra ao judiciário nessas situações. (CHARAM, 1997, p. 177)

Neste sentido, se posiciona Maria Vogoya (2009, p.69), veja:

Éste y otros trabajos de corte histórico mostraron que detrás del mestizaje se oculta siempre un dominio racial fundado en un control de la sexualidad construida en un marco de relaciones de género asimétricas y que la experiencia del privilegio racial y del racismo varía según el género.

¹ Essa e outras obras de natureza histórica mostraram que por trás da mestiçagem sempre se esconde um domínio racial baseado em um controle da sexualidade construído em um quadro de relações de gênero assimétricas e que a experiência de privilégio racial e racismo varia de acordo com o gênero.

Portanto, esse fato evidencia, ainda mais, que a preocupação com a figura da mulher vítima de estupro começou, na verdade, em decorrência do valor que seria perdido pelo “dono” da mulher, e não pelo seu sofrimento e violência acometida contra esta. Sendo assim, se mostra irrefutável a importância de políticas sexuais e de gênero visando incentivar a denúncia por parte de vítimas destes crimes.

Nesse mesmo sentido, Maria Vogoya (2009, p. 74) diz o seguinte:

El trabajo de Andrew Canessa (2008) muestra la gran incidencia que tiene la política sexual y de género en la conformación de una ciudadanía multicultural. Canessa analiza las homologías existentes entre las relaciones de dominación sexual y las relaciones de dominación política en Bolivia, país en el cual la población indígena ha sido sometida a través de un ejercicio del poder racial muy marcado por el género y la sexualidad.²

Finalmente, feitos tais esclarecimentos relativos ao contexto histórico envolvendo a tutela da dignidade sexual, bem como o crime de estupro previsto no artigo 213 do Código Penal, passo agora ao próximo tópico.

2.1 DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES À TUTELA DA DIGNIDADE SEXUAL

O Direito Republicano, por meio do seu primeiro código republicano, elaborado no ano de 1890, previu o estupro no Título VIII (Da Corrupção de Menores, dos Crimes Contra a Segurança da honra e Honestidade das Famílias e do Ultraje Público ao Pudor), mais precisamente nos arts. 268 e 269 (Cap. I, da Violência Carnal). Havendo aqui, inclusive, uma distinção entre as penas culminadas ao réu quando a vítima do crime fosse uma “mulher honesta” ou uma prostituta. (MESTIERI, 1982, p. 11)

Por outro lado, o Código Penal de 1940 contemplou o estupro no Título VI (Dos Crimes contra os Costumes), cap. 1 (Dos Crimes contra a Liberdade Sexual), art. 213. (MESTIERI, 1982, p. 13)

Portanto, ao analisarmos o Título do Código Penal em que os crimes estavam inseridos, pode-se perceber que a preocupação do legislador, na época, não era, primordialmente, a proteção da liberdade sexual como um valor pessoal, sob a ótica

² O trabalho de Andrew Canessa (2008) mostra o grande impacto que as políticas sexuais e de gênero têm na formação de uma cidadania multicultural. Canessa analisa as homologias existentes entre as relações de dominação sexual e as relações de dominação política na Bolívia, país ao qual a população indígena tem sido submetida por um exercício de poder racial fortemente marcado pelo gênero e pela sexualidade.

da tutela da dignidade da pessoa humana, mas sim dos preceitos sociais, ou, da forma como estava disposto no código, dos costumes. Podendo estes serem compreendidos, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (p. 873, 2002) como: “os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale a mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplinas sociais”.

Nesse sentido, deve-se evidenciar as palavras de Heleno Cláudio Fragoso (1962, p. 491):

Os crimes contra os costumes estão situados entre as ofensas que atingem diretamente bens e interesses do indivíduo, e as que atingem diretamente interesses do grupo. O bem jurídico que se tutela nos crimes deste capítulo, não é propriamente um direito à liberdade sexual, cuja existência é, aliás, negada por alguns autores. Na lição irrepreensível de Manzini, o que aqui se protege e tutela é a moralidade pública e os bons costumes, no particular aspecto da inviolabilidade carnal da pessoa, contra atos violentos e abusivos.

Sendo assim, podemos destacar as palavras de Guilherme de Souza Nucci, uma vez que de uma maneira clara e objetiva, acabou expondo os argumentos que, futuramente, serviriam de base para a reforma trazida pela lei 12.015/2009. Nestes termos:

A sociedade evoluiu e houve uma autêntica liberação dos apregoados costumes, de modo que o Código Penal está a merecer uma reforma há muito tempo, inclusive no tocante à vetusta denominação de crimes contra os costumes. O que o legislador deve policiar, à luz da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana, e não os hábitos sexuais que porventura os membros da sociedade resolvam adotar, livremente, sem qualquer constrangimento e sem ofender direito alheio, ainda que, para alguns, sejam imorais ou inadequados (...) O Código Penal está a merecer, nesse contexto, reforma urgente, compreendendo-se a realidade do mundo moderno, sem que isso represente atentado à moralidade ou à ética, até porque tais conceitos são mutáveis e acompanham a evolução social.

Portanto, se faz evidente que os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda na antiga concepção de “crimes contra os costumes”, apesar de serem interpretados, como instrumentos de proteção da “moralidade pública sexual”, sob uma ótica teleológica, deveriam ser interpretados, em verdade, como instrumentos de proteção da dignidade sexual da pessoa humana, de modo que tal entendimento passou a ser previsto, expressamente, com o advento da Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009.

A Lei 12.015/2009 alterou o Título VI do Código Penal, passou a tutelar a dignidade sexual, estando está diretamente vinculada à liberdade e ao direito de escolha de parceiros. De modo que, de uma vez por todas, foi definitivamente superada a

antiquada terminologia “crimes contra os costumes”. A partir desse momento, em verdade, passou-se a reconhecer que os crimes sexuais violentos ou fraudulentos atingem diretamente a dignidade, a liberdade e a personalidade do ser humano. (BITENCOURT, 2016, p. 48)

Nesse sentido, a primeira modificação positiva decorrente da Lei 12.015/2009 consistiu na alteração do Título VI, passando assim, à denominação correta: *Dos crimes contra a dignidade sexual*. Uma vez que não havia mais motivo, nos dias de hoje, para a superada nomenclatura de *crimes contra os costumes*, evidenciando assim, um recato e moralidade dentro contexto da sexualidade, os quais são incompatíveis com os avanços obtidos nas últimas décadas no que tange este tema. Portanto, atualmente, o que se pretende tutelar é a *dignidade sexual*, no mesmo prisma da *dignidade da pessoa humana*, sob a ótica do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF) (NUCCI, 2014)

Neste ponto, merece destacar as palavras de Nelson Hungria (1981, p. 105), nos seguintes termos:

Estupro é a obtenção da posse sexual da mulher por meio de violência física ou moral, ou, para nos afeioarmos ao texto legal, o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. [...] A relação direta de meio a fim entre o emprego da violência e a conjunção carnal é que caracteriza, objetiva e subjetivamente, o estupro, que é, sem dúvida, o mais grave entre os atentados à liberdade sexual.

Valendo-se destacar sobre o trecho, ainda, que à época, apenas a mulher poderia configurar como sujeito passivo do crime de estupro. Entendimento, atualmente superado, conforme será demonstrado no tópico seguinte.

Finalmente, mediante o exposto, pode-se afirmar que a lei 12.015/2009, ao passar a tutelar em seu texto, especialmente a liberdade sexual sob ótica da dignidade da pessoa humana, consolidou ainda mais um movimento político-social contemporâneo conhecido como Neoconstitucionalismo ou Constitucionalismo Pós-moderno, cuja finalidade, acima de tudo, é a efetivação da Constituição, como carta maior do nosso ordenamento jurídico, passando o seu texto a ter um caráter mais efetivo, a partir da concretização dos direitos fundamentais dos indivíduos e da sociedade.

2.2 CARACTERÍSTICAS DO CRIME DE ESTUPRO

Neste ponto, é fundamental abordar algumas características envolvendo o crime de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal, para uma melhor compreensão acerca do tema, bem como da sua importância.

2.2.1 Sujeitos do Crime

Tratando, neste momento, acerca dos sujeitos envolvidos na prática do crime de estupro, deve-se inicialmente trazer os esclarecimentos relativos ao sujeito ativo do tipo, deixando a discussão referente aos aspectos relacionados ao sujeito passivo do crime para um segundo momento.

Logo, tendo em vista as alterações trazidas pela Lei nº 12.015/ 2009, o crime de estupro passou a poder ser praticado por qualquer pessoa, homem ou mulher, tratando-se então de crime comum. Contudo, esse não era o entendimento firmado entre os tribunais e doutrinadores pátrios, conforme João Mestieri (1982, p. 25) deixou evidente nos seguintes termos:

Sujeito ativo no crime de estupro, no Direito brasileiro, é tão-só o homem. Admite-se, não obstante, a participação de mulher mandante do crime ao auxiliar na execução. Não se trata, aqui, de crime de mão própria; é certo que a conjunção carnal deva de ser obtida pelo homem, mas isto não exclui a possibilidade de participação da mulher ainda em atos típicos, como os da violência.

Nesse sentido, o sujeito ativo, individualmente analisado, sob a ótica da redação anterior, somente poderia ser homem, de modo que apenas mulher poderia ser considerada como vítima. Nesta época, Cezar Bitencourt já defendia a tese de que não haveria impedimento para que uma mulher pudesse ser partícipe do crime de estupro, tendo em vista o disposto nos artigos 22, 29 e 30 do Código Penal. Embora o crime de estupro fosse caracterizado como crime próprio, pressupondo no autor do delito a condição deste ser do sexo masculino, não havia de se falar em nenhum impedimento para que a mulher fosse partícipe desse crime contra a liberdade sexual. Além disso, o autor sustentava ainda, que a mulher poderia ser, excepcionalmente, a própria autora do delito, quando o executor, ou autor imediato, sofresse coação moral irresistível de uma mulher para praticar um ato de conjunção carnal violenta. De modo que, posto que o coator responde pelo crime (art. 22 do

CP), o sujeito ativo do crime de estupro seria uma mulher. (BITENCOURT, 2016, p. 50)

Em consonância com o entendimento atualmente superado, argumentava-se que superioridade física do homem consistiria em impedimento tão relevante que seria praticamente inadmissível que este possa ser considerado vítima de estupro. Contudo, conforme evidenciado acima, nos casos em que a violência seja moral e não física, a mulher poderá ser considerada sujeito ativo desse crime como executoras, o *stupro a rovescio*. (MESTIERI, 1982, p. 25)

Seguindo este raciocínio, o autor traz outro argumento com a finalidade de fundamentar ainda mais esta tese, tendo em vista os termos previamente estipulados pelo art. 213, CP. Pois, o artigo fala em “constranger mulher a conjunção carnal”. E assim, sendo sujeito passivo do delito somente mulher, e não sendo de se reconhecer a hipótese de estupro de mulher por mulher, infere-se que sujeito ativo do crime seja tão-só o homem. (MESTIERI, 1982, p. 26)

Desse modo, tendo em vista que crime bipróprio é aquele em que os sujeitos ativo e passivo do delito ostentam determinada qualidade especial, logo, pode-se afirmar que o estupro, antes da alteração legislativa a ser abordada na sequência, consistia em crime bipróprio porque somente o homem podia cometê-lo, contra necessariamente uma mulher.

Contudo, a partir da emissão da Lei 12.015/2009, em 07 de agosto de 2009, ocorreu uma revolução acerca dos sujeitos ativos e passivos envolvidos no crime de estupro, não especificamente acerca da pena estipulada, ainda que mais detalhada no que diz respeito ao sujeito ativo, mas em relação ao crime em si. Neste momento, ocorreu a junção de dois tipos penais em uma só figura denominada estupro, desse modo deixou de existir o artigo 214 do Código Penal, o qual previa o atentado violento ao pudor. Sendo assim, a modificação em questão acarretou uma verdadeira abertura histórica, tendo em vista que até a publicação desta lei, apenas a mulher poderia ser vítima do crime de estupro, porém, após a alteração, passou-se a entender que qualquer pessoa poderia ser caracterizada como vítima, independentemente de gênero. (FERREIRA, 2019)

Neste mesmo sentido, uma modificação relevante consiste na unificação, em um mesmo tipo penal (art. 213), dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

Desse modo, a partir da edição da referida lei, passou a ser possível que qualquer pessoa seja, seja homem ou mulher, possa cometer estupro contra qualquer pessoa. Previamente, o entendimento era no sentido de que somente a mulher poderia ser sujeito passivo no crime de estupro. De modo que, atualmente, homens e mulheres podem ser sujeitos passivos desse delito. Portanto, feitos tais esclarecimentos, pode-se concluir que a consequência imediata dessa alteração foi a criação de um tipo misto alternativo, em outras palavras, a prática da violência sexual visando a obtenção de conjunção carnal, além de outro ato libidinoso, ensejará a tipificação de apenas um crime: estupro. De modo que deixaram de existir dois delitos distintos (estupro e atentado violento ao pudor), mas apenas o previsto no art. 213 do Código Penal. (NUCCI, 2014)

Ainda acerca das modificações trazidas pela Lei nº 12.015/2009, Cezar Roberto Bitencourt teceu os seguintes comentários:

A partir da Lei n. 12/015/2009 simplificou-se essa *quaestio*, e o crime de estupro passou a ser um crime comum, podendo ser praticado ou sofrido, indistintamente, por homem ou mulher. Sempre defendemos, por outro lado, que o marido também podia ser sujeito ativo de estupro contra a própria mulher (parceira). Nessa linha, evidentemente, a mulher, a partir de agora, também pode ser autora do crime de estupro, inclusive contra o próprio marido (quando obrigá-lo, por exemplo, à prática de atos de libidinagem contra a vontade daquele). Dito de outra forma, qualquer dos cônjuges, a nosso juízo, pode constranger, criminosamente, o outro à prática de qualquer ato libidinoso, incorrendo nas sanções cominadas neste dispositivo legal. Nenhum dos cônjuges tem o direito de subjugar seu consorte e submetê-lo, contra a sua vontade, à prática sexual, seja de que natureza for. O chamado “débito conjugal” não assegurava ao marido o direito de “estuprar sua mulher” e, agora, vice-versa, ou seja, tampouco assegura a esta o direito de estuprar aquele, forçando-o à relação sexual contra sua vontade. Garante-lhes, tão somente, o direito de postular o término da sociedade conjugal, ante eventual recusa desses, digamos, “préstimos conjugais”. Em outros termos, os direitos e as obrigações de homens e mulheres são, constitucionalmente, iguais (art. 5º, I, da CF), inclusive no plano das relações sexuais matrimoniais.

Feitos tais esclarecimentos, deve-se atentar para uma questão que chama atenção dentro da temática referente ao sujeito ativo no crime de estupro: a possibilidade de estupro matrimonial, a ser realizado pelo marido contra a sua parceira.

Antigamente, não era admitido, pela maioria dos autores, que a mulher casada pudesse ser sujeito passivo do crime de estupro, quando o agente for o marido. De modo que era considerada lícita a violência para a obtenção da cópula, obrigação mulher e direito do marido. (MESTIERI, 1982, p. 34)

Por outro lado, o direito moderno, vem caminhando no sentido contrário de tal construção, tendo em vista que, esta, sem dúvida, está diretamente relacionada ao poder absoluto atribuído ao marido sobre esposa, filhos e criadagem. A licitude do constrangimento ilegal por parte do marido, visando a realização da conjunção carnal é o último reduto do absolutismo do chefe da *domus*, em que pesem os malabarismos jurídicos com que se procura, justificar semelhante despropósito. (MESTIERI, 1982, p. 34)

Nesta senda, atualmente o entendimento diverge daquele evidenciado inicialmente pelo autor acima, logo, evidencia-se o depoimento feito por Nucci (2002, p.655) nos seguintes termos: "tal situação não cria o direito de estuprar a esposa, mas sim o de exigir, se for o caso, o término da sociedade conjugal na esfera civil, por infração a um dos deveres do casamento"

Ratificando o que foi dito no parágrafo superior, quanto à possibilidade de o marido ser agente de crime de estupro praticado contra a esposa, a doutrina tradicional possui um entendimento no sentido de que não pode sê-lo, pois acredita-se que seria penalmente lícito ao marido constranger a sua companheira para que esta pratique conjunção carnal com ele, sendo que esta, por si só, não é crime autônomo. Contudo, embora a relação sexual voluntária seja lícita ao cônjuge, o constrangimento ilegal empregado para realizar a conjunção carnal à força não consiste em exercício regular de direito (CP, art. 23, II, 2ª parte), mas, em verdade, trata-se de abuso de direito, posto que a lei civil não autoriza o uso de violência física ou coação moral nas relações sexuais entre os cônjuges. (DELMANTO, 2000, p. 413)

Assim, prática estupro o marido ou companheiro que constrange a própria mulher ou companheira a manter com ele conjunção carnal, praticar ou permitir a realização de ato libidinoso diverso, mediante violência física ou grave ameaça, visto que, em tal caso, não há nenhum amparo legal derivado de um suposto dever de cumprir o "débito conjugal", sendo indiferente a condição pessoal da vítima. (PRADO, 2020, p. 802)

Portanto, resumidamente, entende-se que o marido pode ser sujeito ativo do crime de estupro contra a própria esposa. Pode-se afirmar isso, pois ainda que com o

casamento surja o direito de manter relacionamento sexual, tal direito não autoriza o marido a constranger a mulher ao ato sexual (JESUS, 1998, p. 95)

No que tange o sujeito passivo, no Direito brasileiro, não há margem para dúvidas. Historicamente, as Ordenações de Filipinas, Liv. V, tít. XVIII, o Código do Império (art. 222), o republicano (arts. 268 e 269), bem como o atual diploma (art. 213) traziam apenas a mulher como sujeito passivo do crime de estupro. De modo que nos casos em que a força fosse feita contra homem, restaria configurado o antigo crime de atentado violento ao pudor, do revogado art. 214 do Código Penal. (MESTIERI, 1982, p. 29)

Nesse sentido, antes do advento da Lei n. 12.015/2009, o sujeito passivo era apenas a mulher, seja ela virgem ou não, comportada ou não, cônjuge ou companheira, independente de profissão. Desse modo, o constrangimento ilegal utilizado pelo marido com a finalidade de realizar a conjunção carnal à força, não consistiria em exercício regular de direito. A liberdade sexual já era um direito assegurado a toda mulher, independente de idade, virgindade, ou qualquer outro aspecto moral imaginável, ainda que houvesse respeitável orientação doutrinária e jurisprudencial em sentido contrário. No crime de estupro não se pode investigar/indagar acerca da conduta ou honestidade antecedente da vítima, podendo ser sujeito passivo deste crime, a mais desdenhável e indigna prostituta. Logo, em outras palavras, qualquer mulher pode ser vítima de estupro, irrelevantes quaisquer circunstâncias, sempre que esta for obrigada à prática sexual contra sua vontade. (BITENCOURT, 2016, p. 51)

Tratando mais especificamente acerca da posição do homem como sujeito passivo do crime de estupro, tendo em vista as alterações feitas pela Lei n. 12.015/2009, destaca-se a seguinte lição de Cezar Roberto Bitencourt (2010, p.14):

É questionável, na nossa ótica, pelo menos, que o homem não possa ser coagido ou forçado à conjunção carnal (introdução do órgão genital masculino na cavidade vaginal), no mínimo por razões psicológicas! Esse aspecto, contudo, não impede que o homem possa ser vítima de constrangimento sexual praticado por mulher; apenas, quer nos parecer, essa violência feminina caracterizaria a segunda figura, qual seja, praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Feitos tais esclarecimentos, pode-se observar a evolução deste tipo penal com o decorrer do tempo, sobretudo no que tange as particularidades envolvendo os sujeitos ativo e passivo no crime de estupro.

2.2.2 Bem jurídico tutelado

Tendo em vista a redação determinada pela Lei n. 12.015/2009, o bem jurídico ora protegido é a liberdade sexual da mulher e do homem, sendo esta direito de exercerem a sua sexualidade, ou em outras palavras, a faculdade que ambos têm de escolher livremente seus parceiros sexuais, podendo recusar inclusive o próprio cônjuge, se assim o desejarem. (BITENCOURT, 2016, p. 49-50)

Nesse sentido, leciona Luiz Regis Prado (2020, p.801):

O bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da pessoa em sentido amplo (inclusive sua integridade e autonomia sexual), que tem direito pleno à inviolabilidade carnal. Diz respeito ao livre consentimento ou formação da vontade em matéria sexual. Entende - se por liberdade sexual a vontade livre de que é portador o indivíduo, sua autodeterminação no âmbito sexual, ou seja, a capacidade do sujeito “de dispor livremente de seu próprio corpo à prática sexual, ou seja, a faculdade de se comportar no plano sexual segundo seus próprios desejos, tanto no tocante à relação em si , como no concernente à escolha de seu parceiro, (...) na capacidade de se negar a executar ou a tolerar a realização por parte de outro de atos de natureza sexual que não deseja suportar, opondo - se, pois, ao constrangimento de que é objeto exercido pelo agente.

Desse modo, impende afirmar que a lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 modificou substancialmente o Título VI do Código Penal Brasileiro, passando a intitulá-lo “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, substituindo assim, a antiga nomenclatura denominada “Dos Crimes Contra os Costumes”, a qual, não mais se adequava à realidade dos bens que se buscava tutelar juridicamente, através dos tipos penais ali previstos.

Antes mesmo da alteração legislativa em questão, jurisprudencialmente, já se entendia que este não era o bem jurídico tutelado. De modo que era defendida a tese que mulher poderia ser vítima de estupro contra o marido, bem como já se admitia estupro contra prostituta. Neste momento, se deixou de levar em consideração a pureza da mulher, sendo a liberdade sexual direito a ser garantido a todos.

Inclusive, neste sentido se posiciona o seguinte julgamento:

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - PALAVRA DA VÍTIMA - VALOR. - ""Os delitos de natureza sexual são, rotineiramente, praticados na clandestinidade, cercado o agente ativo de todas as cautelas e cuidados, presentes, tão-somente, os personagens participantes da cena chocante. Bem por isso que, na palavra da ofendida, de fundamental importância para a elucidação da ocorrência, é que se

haverá de encontrar socorro para a evidenciação da verdade, ou não, da imputação. Se não desmentida, se não se revela ostensivamente mentirosa ou contrariada, o que cumpre é aceitá-la, sem dúvida. Pois, na verdade, não se compreende ponha-se a vítima a, inescrupulosamente, incriminar alguém, atribuindo-lhe falsa autoria, sem que razões se vislumbrem para tanto" (RT 718/389) - "É irrelevante à existência do estupro o estado ou qualidade da vítima: solteira, casada, virgem ou não, honesta ou devassa, ou prostituta, porque, em qualquer caso, tem a mulher direito à tutela da lei, visto que a proteção se dirige ao direito de livre disposição do próprio corpo" (TJDF) - "Mesmo que se admita a presunção juris tantum de violência no estupro ficto, deve-se concluir que o crime subsiste ainda com o consentimento da menor, que não tem maturidade em termos de consciência crítica" (RT 646/364) - Recurso não provido.

(TJ-MG - APR: 10123020020459001 Capelinha, Relator: Beatriz Pinheiro Caires, Data de Julgamento: 07/02/2008, Câmaras Criminais Isoladas / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 07/05/2008)

Nesse passo, aprofundando-se no tema, é correto afirmar que a liberdade sexual é o bem jurídico tutelado em todos os crimes do referido capítulo; mesmo quando a vítima é criança, adolescente ou qualquer outro incapaz, hipótese na qual, o respectivo tipo penal situado entre os crimes contra vulneráveis, terá a função de assegurar seu desenvolvimento pleno e saudável do incapaz, a fim de que, quando adultos, tenham discernimento para decidir livremente sobre sua sexualidade. (QUEIROZ, 2015)

Portanto, fica claro que a preocupação inicial do legislador, estaria relacionada à forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade. De modo que, tal pensamento não estaria em compatibilidade com os ditames trazidos pela Constituição Federal de 1988. Uma vez que, ao estabelecer como seu escopo principal a concretização dos direitos fundamentais do ser humano, a carta maior se mostrou mais preocupada com a proteção das condições mínimas de dignidade, liberdade e igualdade entre os indivíduos, do que propriamente tutelar a "moralidade pública sexual".

Feitos tais esclarecimentos, destaca-se que, os padrões de moralidade, de ética e de disciplina sexual, na época em que o Código Penal foi inicialmente elaborado, eram bastante diferentes de hoje em dia, logo em decorrência do caráter efêmero de tais "costumes", estes não poderiam continuar servindo como parâmetro para a atuação tutelar do Estado. Inclusive, tal posicionamento encontra suporte nos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci (2009, p.11):

Tais costumes não apresentavam mecanismos propícios para acompanhar o desenvolvimento dos padrões comportamentais da juventude e nem mesmo para encontrar apoio e harmonia no também evoluído conceito, em matéria sexual, dos adultos da atualidade.

Sendo assim, o legislador agiu corretamente, na da elaboração da Lei n.º 12.015/2009, uma vez que buscou colocar a dignidade da pessoa humana como o bem a ser juridicamente protegido, pois este instituto, deve ser visto e interpretado como uma prerrogativa inerente a qualquer indivíduo, de modo a não ser somente formalmente reconhecida, mas sim, concreta e materialmente efetivada. Nesse sentido, deve-se trazer à baila os seguintes ensinamentos de Alexandre de Moraes (2006, p.16):

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Dito isso, na realidade, nos crimes sexuais praticados sem o consentimento da vítima, o bem jurídico tutelado continua sendo a liberdade individual, contudo sob uma ótica mais elementar: a intimidade e a privacidade, sendo estes aspectos inerentes a liberdade individual. Inclusive, assumindo uma dimensão ainda superior quando se tratar da liberdade sexual, atingindo sua plenitude ao tratar da inviolabilidade carnal, devendo ser respeitada inclusive pelo próprio cônjuge que, também pode ser sujeito ativo do crime de estupro. (BITENCOURT, 2016, p. 50)

Nesse mesmo sentido, Luiz Regis Prado (2020, p.802), defende que: “a liberdade sexual se configura como uma parcela da liberdade pessoal, sendo, porém, tutelada de modo autônomo.”

Neste momento, se faz relevante ainda, abordar alguns aspectos referentes a “qualidade mulher vítima de estupro”. Tendo em vista que, foi somente em 2005, através da Lei nº 11.106 de 2005, que o casamento deixou de figurar hipótese de extinção da responsabilidade penal em tais situações.

Historicamente, aspectos como a virgindade de uma mulher sempre estiveram intimamente relacionados com sua honra, sendo o casamento uma expectativa alimentada na realidade de muitas mulheres. De modo que em um contexto de estupro, se o estuprador se mostrava “disposto” a casar com a vítima, segundo a legislação que vigorava na época, a punibilidade do agente/estuprador estaria extinta

Sendo assim, ainda que a mulher ocupasse o polo da sujeição passiva na classificação penal do tipo de estupro, ela nunca foi compreendida, tanto pelo sistema penal, quanto pela sociedade, quando vítima de tais agressões. Logo, pode-se falar que as normas penais e sua interpretação, constituem uma verdadeira violência institucionalizada contra a mulher.

Nesta senda, destaca-se a lição trazida pela doutrinadora Daniela Portugal (2018, p. 12):

A sujeição passiva restrita à mulher honesta era mantida nos crimes de posse sexual e de atentado ao pudor mediante fraude e de rapto. O casamento ainda se encontrava expressamente referido para os delitos sexuais, situado no Título VIII do Novo Código Penal de 1940, que em seu art. 108, inciso VII, previa a extinção de punibilidade fundamentada no matrimônio para todos os crimes contra os costumes.

Nesse sentido, Nelson Hungria (1981, p. 139), analisando o conceito da “honestidade” da mulher para os tipos penais em que tal adjetivo persistisse na codificação de 1940, erroneamente defendia que essa qualidade deveria se estender não apenas para aquela “cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos *bons costumes*”.

Ademais, o autor dizia ainda, que para fins jurídico-penais, deixaria de ser considerada honesta “a mulher francamente degradada, aquela que, inescrupulosamente, *multorum libidini patet*, ainda que não tenha descido à condição de autêntica prostituta. Desonesta é a mulher fácil, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação” (HUNGRIA, 1981, p. 139).

Tal afirmação significa, sem sombra de dúvidas, negar às mulheres a sua própria sexualidade, de modo a evidenciar, nas palavras da professora Daniela Portugal (2018, p. 13), “um sistema que traduzia (e ainda traduz), em verdade, uma sociedade patriarcal, androcêntrica e misógina, e que encontrava, no Direito Penal, mais uma de suas várias expressões”.

Neste diapasão, deve-se criticar também a tese sustentada por Nelson Hungria, no sentido de que a figura do marido não poderia ser considerada réu do crime de estupro, uma vez que aquela prestação sexual do casamento seria lícita, sendo inclusive, um dos deveres dos cônjuges.

Trata-se aqui, em verdade, de um delito contra a liberdade sexual, conforme exposto acima. Desse modo, não reconhecer a sexualidade feminina, no sentido de atribuir ao marido um poder de coação sexual sobre a parceira, importa necessariamente na violação dos direitos da mulher.

Contudo, Greco (2010, p. 466) demonstra que atualmente, tal discussão não possui mais sentido, pois, ainda que alguns possam querer alegar o seu, crédito conjugal, o a relação sexual entre o marido e a mulher somente poderá se concretizar com o consentimento desta.

Finalmente, em resumo, o presente tipo penal, a partir da redação dada pela Lei n. 12.015/2009, possui uma finalidade abrangente de garantir a todo ser humano, sem qualquer distinção entre estes, uma capacidade de autodeterminar-se sexualmente, devendo estar presentes ainda, a liberdade de escolha e vontade consciente. Logo, em outros termos, o artigo 213 do Código Penal pretende assegurar que a atividade sexual humana seja realizada livremente por todos. (BITENCOURT, 2016, p. 50)

2.2.3 Consumação e tentativa

Conforme, exposto previamente, a Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, alterou essencialmente, o tipo previsto no art. 213 do Código Penal, ao unificar, numa mesma figura típica, as condutas do estupro e do atentado violento ao pudor (antigamente previsto no art. 214 do Código Penal), passando assim, o referido dispositivo, sob a rubrica de estupro, com a seguinte redação:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Logo, o crime de estupro, na modalidade de constranger à conjunção carnal, será consumado através da introdução, completa ou incompleta, do órgão genital masculino na vagina da vítima, mesmo que não ocorra o rompimento da membrana himenal, quando existente. Sendo assim, esta modalidade restará configurada com a cópula vagínica, sendo irrelevante se houve ou não ejaculação pelo sujeito ativo do crime. Por outro lado, na modalidade praticar ou permitir a prática de outro ato libidinoso, o crime será consumado com a efetiva realização/execução de qualquer

ato libidinoso diverso de conjunção carnal; de modo que, o momento consumativo coincidirá com a prática do ato libidinoso. (BITENCOURT, 2016, p. 62)

Pode-se afirmar assim, que a ação do tipo consiste em constranger, ou seja, obrigar alguém, no caso da conjunção carnal, uma mulher, independentemente de suas características, mediante violência ou grave ameaça, à realizar com o agente conjunção carnal, ou seja, restará configurado com introdução completa ou incompleta do pênis na vagina.

Segundo o disposto no artigo evidenciado acima, percebe-se que o núcleo do tipo penal consiste no verbo constranger, devendo este ser interpretado como uma atividade adotada pelo autor com a finalidade de tolher a liberdade da vítima, obrigando-a, forçando-a ou coagindo-a a prática do ato sexual. Em verdade, “trata-se de modalidade especial de constrangimento ilegal, praticado com o fim de fazer com que o agente tenha sucesso no congresso carnal ou na prática de outros atos libidinosos”. (GRECO, 2010, p. 450)

No que tange a possibilidade da presença do instituto da tentativa dentro do crime de estupro, deve-se explicitar a seguinte lição de Cezar Roberto Bitencourt (2016, p.62):

Por outro lado, segundo a doutrina pátria, é admissível a tentativa no crime de estupro, embora a dificuldade prática de sua constatação. Configura-se o crime de estupro na modalidade tentada quando o agente, iniciando a execução, é interrompido pela reação eficaz da vítima, ainda que não tenham se iniciados os contatos íntimos. Tendo em vista a complexidade do crime de estupro, a execução se inicia a partir da primeira ação (violência ou grave ameaça), posto que esta constitui na própria elementar do tipo penal. Portanto, configura-se a tentativa a partir do momento em o agente tenha ameaçado gravemente a vítima com a finalidade de constrangê-la à conjunção carnal.

Portanto, é possível a tentativa no crime de estupro, quando o agente, apesar de desenvolver atos inequívocos direcionados ao estupro, não conseguir atingir a meta optata, em decorrência de circunstâncias alheias à sua vontade. (PRADO, 2020, p. 803)

Neste momento, se faz necessário discutir algumas situações específicas, atinentes ao crime de estupro, tendo em vista as alterações decorrentes da Lei n.º 12.015/2009.

O primeiro ponto diz respeito à situação em que o homem tenha incapacidade de obter a ereção peniana, estando assim, impedido, de realizar os atos de penetração.

Nessas situações, tendo em vista a sistemática anterior à Lei n.º 12.015/2009, que limitava a consumação do crime de estupro à realização de conjunção carnal, restaria caracterizado o crime impossível, diante da ineficácia absoluta do meio.

Contudo, se pautando na nova redação do delito de estupro, somente seira caracterizado o crime impossível nas hipóteses em que o objetivo do agente fosse a cópula vagínica ou o sexo anal. No mais, ainda que não haja ereção peniana, faz se possível que o homem pratique atos libidinosos diversos com a vítima, a exemplo da masturbação, de modo que estará consumado estará o crime do art. 213 do Código Penal.

A segunda hipótese, muito semelhante a essa, consiste no caso do agente que, visando à conjunção carnal ou ao sexo anal, ejacule precocemente, ficando em estado de flacidez peniana e, assim, impedido de prosseguir na concretização do ato. Nessa hipótese, estaria caracterizada a tentativa de estupro, salvo se o agente não tiver pretendido realizar outros atos libidinosos relevantes.

Essa configuração ou não, da tentativa nos crimes de estupro, consiste em algo amplamente discutido nos tribunais pátrios. Desse modo, devemos, neste momento, evidenciar o entendimento jurisprudencial pátrio acerca dessa problemática:

APELAÇÃO CRIME. ROUBO E ESTUPRO. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. 1. PRELIMINARES.AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO. Realizado registro de ocorrência pela própria vítima, manifestando-se ela, frente ao Ministério Público, o desejo de representar contra o réu, descabida a reclamação.REALIZAÇÃO DE NOVO LAUDO PSQUIÁTRICO. DESNECESSIDADE, NO CASO. Réu foragido do IPF, onde se encontra internado por delitos de mesma espécie. Exame anterior diagnosticando moléstia de natureza não transitória, sendo que, foragido, retornou a praticar delitos de natureza grave, não demonstrado o tratamento qualquer evolução. 2. AUTORIA. Palavra da vítima, nesta espécie de delito, assume especial relevância, ainda mais quando prestada de forma firme e coerente, aliada aos demais elementos probatórios dos autos, confirmando a versão do fato, constitui prova suficiente e segura da autoria. 3. RECONHECIMENTO DE ESTUPRO CONSUMADO E TENTADO. INVIABILIDADE. Se numa única ação o réu praticou sexo oral e, após, tentou penetração vaginal, conforme atual tipificação do art. 213 do CP, resta configurado um único delito de estupro consumado. Sentença reformada, no ponto. PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (TJ-RS - ACR: 70034835223 RS, Relator: Danúbio Edon Franco, Data de Julgamento: 05/05/2010, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: 21/06/2010)

Inclusive, nesse mesmo sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE ESTUPRO E ROUBO [ART. 213, § 1º, E DO ART. 157, CAPUT, AMBOS DO CÓDIGO PENAL]. CONDENAÇÃO

EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO PELA FALTA DE PROVAS E IN DUBIO PRO REO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE DO DELITO DE ESTUPRO. LAUDO QUE NÃO APONTOU VESTÍGIOS DE CONJUNÇÃO CARNAL OU LESÃO. SITUAÇÃO QUE PODE SER COMPROVADA POR OUTROS ELEMENTOS. ADEMAIS, ALÉM DA CONJUNÇÃO CARNAL, HOVE PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL QUE, PELA SUA NATUREZA, NÃO DEIXA VESTÍGIOS. [...] PALAVRA DA VÍTIMA FIRME, COERENTE E HARMÔNICA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO CARREADO AOS AUTOS. NEGATIVA DE AUTORIA DO RÉU QUE NÃO ENCONTRA QUALQUER RESPALDO PROBATÓRIO. RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA OFENDIDA EM CRIMES DESTA NATUREZA, OS QUAIS SÃO, EM REGRA, PRATICADOS NA CLANDESTINIDADE, AINDA MAIS QUANDO AMPARADA PELO CONJUNTO PROBATÓRIO. "A palavra da vítima, nos crimes sexuais, geralmente cometidos na clandestinidade, assume fundamental importância à elucidação dos fatos e é capaz de embasar a sentença condenatória quando em consonância com as demais provas dos autos. Compete à defesa desconstituir o conjunto probatório produzido pela acusação, que evidencia a prática do crime de estupro de vulnerável, consoante parte inicial do art. 156 do Código de Processo Penal. (TJ-SC - APR: 00011921020158240030 Imbituba 0001192-10.2015.8.24.0030, Relator: Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Data de Julgamento: 27/04/2017, Primeira Câmara Criminal)

Portanto, mediante o exposto, entende-se que, pela nova redação dada ao crime de estupro pela Lei nº 12.015/2009, a cópula vagínica ou anal não constitui elemento fundamental para a caracterização do crime de estupro. De modo que, na hipótese de o agente pretender praticar ato libidinoso diverso com a vítima, restará caracterizado o crime de estupro, conforme se deu no caso supracitado, mediante a realização de sexo oral.

2.2.4 Forma qualificada

Neste ponto, inicialmente, se faz relevante explicitar, mais uma vez, o artigo 213 do Código Penal, tendo uma atenção voltada especialmente aos parágrafos deste dispositivo, pois estes dispõem acerca da forma qualificada do crime de estupro. Veja:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Portanto, pode-se afirmar que o delito de estupro é qualificado quando da conduta decorre lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos, nos termos do §1º. E ainda, de acordo com o §2º, o mesmo ocorre se da conduta resultar a morte da vítima. Essas formas qualificadas foram introduzidas pela Lei 12.015/2009, que acabou por revogar o antigo artigo 223 do Código Penal. (PRADO, 2020, p. 804)

Desse modo, tendo em vista nova redação do art. 213, do CP, a disposição antiga foi abolida, sendo autorizado o aumento da pena quando o resultado qualificador decorrer de uma conduta violenta. Na hipótese de ocorrer lesão grave, a pena foi mantida; por outro lado caso haja o resultado morte, a pena máxima foi aumentada. (GOMES, *et. al.*, 2009, p. 40)

Portanto, passando agora à análise das qualificadoras que decorrem da violência empregada na execução do crime, a menoridade da vítima não decorre propriamente da ação do sujeito ativo, mas em verdade de uma condição ou qualidade especial da vítima, levando assim, o legislador a presumir uma violência mais grave, atribuindo assim, um maior desvalor ao resultado. Enquanto isso, nas duas qualificadoras em que o maior desvalor do resultado decorre da lesão corporal grave ou morte da vítima, a violência empregada na execução do delito é real, e não presumida. (BITENCOURT, 2016, p. 59)

No concernente à segunda parte do §1º do artigo 213 do Código Penal, tem-se situação diversa das anteriores, porque aqui a idade da vítima (menor de 18 ou maior de 14 anos) atua na medida do injusto em razão de um maior desvalor de ação, pois a qualidade da vítima propicia uma maior eficácia na concreção do resultado. (PRADO, 2020, p. 805)

Por outro lado, nas hipóteses consignadas no artigo 213, §§1º, primeira parte e 2º, o sujeito ativo atua com dolo de praticar a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, contudo a sua conduta acaba por gerar lesão corporal de natureza grave ou mesmo a morte da vítima, a título de culpa. Tratando-se, então, de crime preterdoloso, sobre o qual incide o dolo na conduta antecedente e culpa na consequente. (PRADO, 2020, p. 804)

Sendo assim, em suma, no caso de lesão corporal de natureza grave ou até mesmo morte da vítima, segundo o autor, para que haja a aplicação das respectivas

qualificadoras se faz fundamental que o crime seja preterdoloso, em outras palavras, que o autor tenha agido com dolo no antecedente e culpa no consequente, seja esta decorrente de imprudência, imperícia ou negligência.

Portanto, se o agente pretendia desde o início, causar a lesão corporal grave ou a morte da vítima, e desse modo agindo com dolo, este deverá responder pelo crime de homicídio ou lesão corporal em concurso material com o crime de estupro.

Neste sentido, inclusive, assevera Rogério Greco (2017, p. 20):

No entanto, pode ter agido com ambas as finalidades, vale dizer, a de praticar o crime sexual (estupro), bem como a de causar lesões corporais graves ou a morte da vítima. Nesse caso, como exposto acima, deverá responder por ambas as infrações penais, em concurso material de crimes, nos termos preconizados pelo art. 69 do Código Penal.

Destaca-se ainda, o posicionamento de Cezar Bitencourt (2016, p.60) acerca do tema:

Se o agente tiver pretendido (dolo direto) ou assumido (dolo eventual) o risco da produção do resultado mais grave, as previsões destes parágrafos não deveriam, em tese, ser aplicadas. Nesse caso, haveria concurso material de crimes: um de natureza sexual (*caput*) e o resultante da violência (lesão corporal ou morte). Contudo, sendo caracterizado o concurso de crimes dolosos, a soma das penas poderá ser quantificada em um resultado menor do que aquele previsto para as formas qualificadas do crime de estupro, sendo tal fato decorrente da desarmonia do sistema penal criada pelas reformas penais *ad hoc*. Portanto, visando evitar este paradoxo, sugere-se que as qualificadoras previstas nos §§ 1º e 2º devam ser aplicadas, ainda que o resultado mais grave decorra de dolo do agente. Defendendo então, essa interpretação como a mais adequada nessas circunstâncias, tendo em vista o princípio da razoabilidade.

Logo, deve-se registrar que se o agente tinha a intenção de alcançar tais eventos qualificadores ou, no mínimo, assumiu o risco de sua produção através do dolo direto ou dolo eventual, respectivamente, há de se falar em concurso material (art. 69, CP) entre o delito sexual praticado e o delito de homicídio ou de lesão corporal grave. (PRADO, 2020, p. 804)

Por outro lado, a expressão “lesão corporal de natureza grave” deve ser interpretada extensivamente, de modo a abranger não apenas as lesões graves (art. 129, §1º), mas também as lesões gravíssimas (art. 129, §2º). Sendo necessário que a gravidade atribuída à lesão seja comprovada mediante perícia técnica. Contudo, nos casos em que desse crime, decorrer uma lesão corporal de natureza leve (art. 129, *caput*), esta será absorvida pela própria previsão do *caput* do artigo 213 do Código

Penal, subsumindo-se na própria elementar normativa do tipo “violência ou grave ameaça”. (BITENCOURT, 2016, p. 60)

Nesse passo, se faz evidente que a lesão corporal de natureza leve ou as vias de fato decorrentes da violência empregada pelo agente configuram uma exigência do tipo objetivo, sendo assim, absorvidas pelo crime de estupro (art. 213, caput, CP). (PRADO, 2020, p. 805)

Em suma, faz se irrelevante se o resultado mais grave será voluntário ou involuntário, nos termos do dispositivo legal, de modo que a agravação da punibilidade será justificada, desde que esse resultado não decorra de caso fortuito ou força maior, ou seja, a agravação será legítima quando a resultado for decorrente de culpa. (BITENCOURT, 2016, p. 60)

Sobre essa questão envolvendo a qualificadora do crime de estupro e a figura do crime preterdoloso, a doutrina pátria ainda não é unânime sobre o tema. Para alguns autores, a caracterização da qualificadora decorreria necessariamente em um crime preterdoloso, havendo dolo na conduta antecedente e culpa na consequente. Contudo, a maioria da doutrina acredita que se trata de um crime qualificado pelo

3 GARANTISMO PENAL E MEIOS DE PROVA: SOBRE OS LIMITES AO CONVENCIMENTO DO JUIZ

Superados os aspectos iniciais do presente trabalho, se faz oportuno analisar as particularidades do garantismo penal sob a ótica de Luigi Ferrajoli, bem como as demais inferências trazidas por autoras como Thaize de Carvalho Correia, Ana Claudia Pinho, Soraia da Rosa Mendes, dentre outros. Ademais, essa análise deve ser realizada sem que se tire o foco da atividade probatória no processo penal, se pautando mais especificamente nos meios de prova e no convencimento do juiz e os seus limites.

3.1 O GARANTISMO PENAL A PARTIR DE LUIGI FERRAJOLI

O garantismo penal consiste em um modelo cognitivo de identificação do desvio punível, pautado em uma epistemologia convencionalista, a qual foi viabilizada pelos princípios de legalidade estrita e de estrita jurisdicionariedade. Ademais, trata-se de um modelo basilar do direito penal marcado por alguns requisitos substanciais e por algumas formas procedimentais fundamentais a tal epistemologia. Dentre as quais destacam-se: a imparcialidade do juiz e sua separação da acusação, o ônus acusatório da prova, os direitos da defesa, dentre outras. Contudo, esse sistema não garante a justiça substancial, posto que absolutamente não faz parte deste mundo; senão apenas a justiça formal, ou seja, uma técnica de definição legal e um método de comprovação judicial do desvio punível, com a finalidade de reduzir ao mínimo os momentos potestativos e os elementos de arbítrio no direito penal. (FERRAJOLI, 2002, p. 135)

Sendo assim, 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.

No momento, faz-se oportuno ainda, trazer à baila a seguinte lição trazida por Thaize de Carvalho Correia (2020, p. 50):

O garantismo pode ser lido também como uma teoria da divergência, instalando uma crítica ao Direito Penal, ao constatar que o Direito, assim como o Estado, não decorre na natureza, mas da criação do homem, devendo ser questionado para se justificar. A força e a violência estatais devem ser legitimadas. Logo, a atuação via Direito Penal deve se pautar na observância das garantias dos direitos fundamentais.

Nesse passo, pode-se auferir três significados conexos à expressão "garantismo". Na primeira, garantismo consiste em um modelo normativo legítimo do Estado de Direito, de modo a implicar uma limitação estatal punitiva pelos comandos constitucionais. Na segunda concepção, teoria jurídica da validade e da efetividade, a qual se expressa como uma técnica de aproximação entre a existência formal da norma jurídica com a sua efetiva concretização. Na terceira concepção, o garantismo se apresenta como uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. (FERRAJOLI, 2002, p. 683-685)

Logo, o modelo garantista apresenta condições, limites ou proibições que são caracterizadas como garantias do cidadão contra o arbítrio estatal ou o erro penal. O modelo em comento não admite que haja uma imposição de pena, sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, as alegações sejam comprovadas por provas empíricas produzidas pela acusação diante de um juiz imparcial, em um processo público, sendo respeitado o contraditório para defesa através de procedimentos legalmente preestabelecidos. (FERRAJOLI, 2002, p. 83)

Nesse sentido, a imposição de pena por parte do estado será legítima, a partir do momento em que a construção das suas premissas fáticas condenatórias resulte da observância de regras e procedimentos pré-definidos, com a finalidade de evitar castigar injustamente inocentes, ainda que isso signifique facilitar a absolvição de culpados. (MATIDA, 2019, p. 91)

Feitos tais esclarecimentos, destaca-se a lição de Luigi Ferrajoli (2002, p. 30-32) no que tange as condições inerentes ao modelo garantista defendido pelo autor.

A primeira condição equivale ao princípio da reserva legal em matéria penal e da conseqüente submissão do juiz à lei: o juiz não pode qualificar como delitos todos (ou somente) os fenômenos que considere imorais ou, em todo caso, merecedores de sanção, mas apenas (e todos) os que, independentemente de sua valoração, venham formalmente designados pela lei como pressupostos de uma pena. A segunda condição comporta, além disso, o caráter absoluto da reserva da lei penal, em virtude da qual a submissão do juiz é somente à lei. Apenas se as definições legislativas das hipóteses de desvio vierem dotadas de referências empíricas e fáticas precisas é que estarão na realidade em condições de determinar seu campo de aplicação, de forma tendencialmente exclusiva e exaustiva. De agora em diante denominarei a reserva legal de “princípio de mera legalidade”, que, como queira que se formule, é uma norma dirigida aos juizes, aos quais prescreve a aplicação das leis tais como são formuladas; e usarei a expressão “princípio de estrita legalidade” para designar a reserva absoluta de lei, que é uma norma dirigida ao legislador, a quem prescreve a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais.

[...]

O segundo elemento da epistemologia garantista, associado ao primeiro como sua condição de efetividade, mas frequentemente descuidado, é o cognitivismo processual na determinação concreta do desvio punível. Este requisito afeta, naturalmente, aquela única parte dos pronunciamentos jurisdicionais que vem constituída por suas “motivações”, quer dizer, pelas razões de fato e de direito acolhidas para sua justificação. Tal requisito vem assegurado pelo que chamarei de princípio de estrita jurisdicionariedade, que, por sua vez, exige duas condições: a verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias, em virtude de seu caráter assertivo, e sua comprovação empírica, em virtude de procedimentos que permitem tanto a verificação como a refutação.

Portanto, deve ser pressuposto da pena a comissão de um fato descrito e indicado como delito pela lei, além da necessidade de a acusação indicar que o fato evidenciado configura tal hipótese de delito, desse modo viabilizando o contraditório judicial à defesa. Se faz necessário, então, que as hipóteses acusatórias, sejam concretamente submetidas a verificações e expostas à refutação, sendo convalidadas apenas se forem apoiadas em provas e contraprovas. (FERRAJOLI, 2002, p. 32)

Em decorrência disso, pode-se dizer que o garantismo é um modelo teórico e normativo do processo penal como processo de comprovação, onde a determinação do fato tipificado como crime pela lei, deverá ser realizada mediante um procedimento probatório, que busca excluir as valorações, admitindo, predominantemente, afirmações ou negações, das quais sejam predicáveis a verdade ou a falsidade processual. (FERRAJOLI, 2002, p. 32)

Neste ponto, Luigi Ferrajoli (2002, p. 33) defende que:

Todo o esquema epistemológico até aqui ilustrado e o modelo penal garantista que nele se informa têm o defeito fundamental de corresponder a um modelo limite, amplamente idealista, porque de fato nunca foi realizado nem nunca será realizável.

E pode-se afirmar isto, pois o magistrado não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda mais quando os fatos narrados não se adaptarem perfeitamente ao disposto na lei.

Nesse sentido, conforme defendido pelo próprio doutrinador italiano, o garantismo penal consiste em um modelo ideal e, de certo modo, utópico, pois sua realização integral se mostra muito difícil na realidade fática, uma vez que o conjunto de axiomas trazidos por Ferrajoli se materializa de forma prescritiva, e não descritiva. Logo, trata-se de um modelo de dever ser. (PINHO, 2020)

Independente do sistema de garantias, por mais aperfeiçoado que seja, a verificação jurídica dos pressupostos legais da pena nunca será absolutamente certa e objetiva. É pacificamente admitido que a interpretação da lei não consiste em uma atividade meramente recognitiva, sendo necessário que o juiz a escolha a respeito de hipóteses interpretativas alternativas. De modo que essa escolha será dotada de uma discricionariedade diante do grau de indeterminação da previsão legal. (FERRAJOLI, 2002, p. 33)

Nesse sentido, deve-se ter em mente a carga específica de subjetividade do conhecimento judicial. Pois, segundo o doutrinador italiano, a subjetividade do juiz está sujeita a uma espécie de deformação profissional que lhe determina uma forma jurisdicizada de ver o mundo, o impedindo assim, de se atentar a certos detalhes e considerar algumas variáveis. Ademais, a discricionariedade do magistrado no processo está sujeita ainda, às subjetividades de outros atores processuais, dificultando assim, a busca da verdade objetiva. (DUCLERC, 2016, p. 6)

Logo, tendo em vista a relação entre os princípios da estrita jurisdicionariedade e da estrita legalidade, e que o modelo penal garantista não se satisfaz com o plano legislativo, estão presentes no plano judicial, espaços inevitáveis de discricionariedade do juiz, comprometendo não só o caráter cognitivo do juízo, mas também sua sujeição exclusivamente à lei. (FERRAJOLI, 2002, p. 34)

Em suma, é exigido do modelo penal garantista, acolhido nas Constituições modernas, é que a legitimidade das decisões penais se condicione à verdade empírica de suas motivações. (FERRAJOLI, 2002, p. 56)

Em complemento, leciona Elmir Duclerc (2016, p. 7):

Assim, falar de um modelo racional de investigação sobre a verdade fática implica falar de uma verdade processual, normatizada e estritamente vinculada à observância de certas garantias processuais. Essas garantias processuais, por seu turno, teriam como missões básicas, na lição de Ferrajoli: garantir a necessidade da prova ou verificação; garantir a possibilidade de contraprova, ou refutação; garantir a decisão imparcial e motivada por parte do juiz

Passando então, à análise da parte principiológica desse sistema, os princípios sob os quais se pauta o modelo garantista clássico defendido por Ferrajoli, são, em sua grande maioria, fruto da tradição jurídica iluminista e liberal. (FERRAJOLI, 2002, p. 29)

Feitos tais esclarecimentos, destaco os seguintes princípios basilares para o sistema de garantias: princípio da retributividade; princípio da legalidade, princípio da necessidade ou da economia do direito penal; princípio da lesividade; princípio da materialidade; princípio da culpabilidade; princípio da jurisdicionariedade; princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; princípio do ônus da prova; princípio do contraditório ou da defesa.

Logo, pode-se dizer que o Sistema Garantista defendido por Ferrajoli possui pilares firmados sobre estes dez axiomas fundamentais, de modo que, estes, uma vez ordenados, conectados e harmonizados sistematicamente, determinam as “regras do jogo fundamental” que se incumbe o Direito Penal e o Direito Processual Penal.

Nesse passo, o principal objetivo de todo o arcabouço garantista é limitação da violência, independentemente da sua origem, seja ela advinda dos particulares, ou produzida pelo próprio Estado. Portanto, na seara penal, Ferrajoli propõe um duplo fim ao Direito Penal: prevenir a violência decorrente de crimes cometidos por particulares, e simultaneamente, combater a violência advinda das penas autoritárias e excessivas. Contudo, deve-se evidenciar que, ainda que o garantismo acredite na finalidade preventiva clássica, ele prossegue, defendendo que evitar a violência advinda do próprio Estado é mais relevante do que evitar crimes. (PINHO, 2020)

Nesse sentido, cada um dos princípios supracitados, corresponde a uma condição *sine qua non*, ou em outras palavras, uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena. Logo, trata-se, em verdade, de uma condição necessária para o julgamento, na ausência da qual não está permitido punir o acusado. Assim, tais princípios ordenados e conectados sistematicamente

definem o modelo garantista de direito, ditando as regras do jogo fundamental do direito penal. (FERRAJOLI, 2002, p. 74-75)

Portanto, feitos tais esclarecimentos, compreende-se que a responsabilização penal do indivíduo depende de um conjunto de condições normativamente exigidas para que o acusado seja submetido à pena. E segundo Ferrajoli, trata-se de onze termos convencionalmente escolhidos para a formulação dos princípios que direcionam esse sistema de garantias. Sendo estes termos: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa. (MENDES, 2020, p. 98)

Logicamente, desse sistema de garantias se podem subtrair inúmeras máximas e originar, assim, uma pluralidade de espécies de sistemas penais. Porém, o número destes sistemas se reduz consideravelmente, pois muitas dessas garantias pressupõem outras, de modo que sem uma, a outra será considerada vazia [...]. Se faz evidente que as garantias processuais condicionam a efetividade das garantias penais e resultam, por sua vez, esvaziadas pela ausência delas (FERRAJOLI, 2002, p. 78)

Logo, a presença ou a ausência dessas garantias, dentro de um determinado sistema processual penal, possibilita calcular o grau de limitação ou redução do poder de disposição dos juízes, bem como, reconhecer este sistema específico entre outros mais ou menos inquisitivos ou acusatórios. (DUCLERC, 2016, p. 7)

Ainda sobre os princípios, leciona Luigi Ferrajoli (2002, p. 139):

Naturalmente, ainda que dotados de valor normativo, os princípios gerais utilizados como critérios para argumentar o exercício do poder de disposição não têm mais do que uma capacidade extremamente debilitada de vinculação das decisões. Na realidade, operam não (como critérios de decisão) sobre a verdade ou sobre a equidade, isto é, sobre a correspondência empírica, ainda que só aproximativa, entre as motivações aceitas e os fatos e as leis, senão diretamente como (critérios de decisão sobre) valores de justiça substancial, não definíveis em abstrato e, em certas ocasiões, incompatíveis entre si. Exigem, portanto, escolhas e valorações irredutivelmente discricionárias, que remetem à responsabilidade política e moral dos juizes. Precisamente, esta responsabilidade, ligada imediatamente aos valores de justiça substancial, expressos pelos princípios gerais, representa, contudo, um fator de racionalização do poder de disposição e de limitação do arbítrio em outro caso a ele associado. A função específica dos princípios gerais é precisamente, com efeito, a de orientar politicamente as decisões e permitir sua valoração e seu controle cada vez que a verdade processual seja em todo ou em parte indeterminada. Pode-se, inclusive, dizer que um sistema penal será tanto mais próximo ao modelo garantista do direito penal mínimo quanto mais

esteja em condições de expressar princípios gerais idôneos para servirem como critérios pragmáticos de aceitação ou de repulsa das decisões nas quais se expressa o poder judicial, em particular o de disposição. Uma vez que os princípios gerais são construções doutrinárias, elaboradas sobre normas ou sistemas de normas, a riqueza de princípios de um ordenamento está determinada não apenas pelos valores de justiça substancial por ele incorporados no plano legal, mas também pelo trabalho científico e jurisprudencial realizado sobre ele pelos juristas.

Superada essa discussão, quando analisamos essa situação em um país, como o Brasil, o onde o Ministério Público, apesar de muito bem equipado, tem que lidar com um número inimaginável de processos, deve-se perguntar se para parte economicamente mais favorecida da população, essa lógica não acaba por se inverter. É irrazoável que as instituições acusatórias, tendo em vista o elevado número de processos, sejam a parte mais capaz de obter meios de prova em todas as investigações, envolvendo quaisquer cidadãos. Tal afirmação encontra-se consubstanciada no fato dos elevadíssimos honorários pagos aos grandes escritórios de advocacia, possibilitando a atuação destes em um número muito mais reduzido de processos, além dos recursos financeiros que possuem alguns acusado, viabilizando a contratação de especialistas, peritos e até mesmo investigadores particulares, por parte destes. (COSTA; NETO, 2016)

Ademais, o modelo penal garantista, ao delimitar o poder punitivo do Estado mediante a exclusão das punições *extra ou ultra legem*, se mostra, em parte, compatível com a presença de momentos valorativos, uma vez que, esses valores ao invés de buscarem punir o réu para além dos delitos cometidos, em verdade, possuem a finalidade de excluir sua responsabilidade ou para atenuar as penas segundo circunstâncias nas quais os fatos comprovados se tenham concretizado. (FERRAJOLI, 2002, p. 34)

Portanto, as inúmeras garantias processuais dadas aos réus se converteriam, nos casos supracitados, em verdadeiros privilégios, desequilibrando ainda mais uma balança que já estava inclinada para o seu lado, caminhando no sentido contrário do direito. Um exemplo disso são os pedidos e recursos procrastinatórios, institutos muitos advogados, visando alcançar a consumação do prazo prescricional. (COSTA; NETO, 2016)

Isso significa dizer, sem racionalidade (para não dizer sem fundamentação), que são protegidos exclusivamente os direitos fundamentais individuais sem que se perceba uma desproporcionalidade relativa aos demais direitos fundamentais que compõem

o complexo sistema de bens e valores protegidos constitucionalmente pelo nosso ordenamento jurídico. (FISCHER, 2010, p. 27)

Desse modo, impende destacar a seguinte lição trazida pela excelentíssima doutrinadora Soraia da Rosa Mendes (2020, p. 108):

[...] Não é possível assumir o garantismo enquanto pretensão de verdade cujo início e fim é meramente normativo. A vida, as experiências, os corpos, as dores, os silêncios e os gritos dizem muito para a concepção de um processo que, afirmando a necessidade da prova, possibilita reconhecer que, como adiante, demonstrarei, “cargas” probatórias ou rituais processuais, desde a perspectiva libertária, são mais do que regras imutáveis.

Portanto, mostra-se possível constatar que o garantismo defendido por Ferrajoli se traduz em uma verdadeira proteção daqueles valores ou direitos fundamentais cuja satisfação, constitui o objetivo justificante do Direito Penal, ainda que sejam contra o interesse da maioria. O que se busca no garantismo é estabelecer uma imunidade, não impunidade, dos cidadãos contra a arbitrariedade das punições estatais. Ademais, outra finalidade é a defesa dos fracos, colocando as regras do jogo como iguais para todos. Desse modo, o juiz não está mais sujeito apenas à letra da lei, sob a égide de uma interpretação literal, de modo acrítico e incondicionado, em verdade, este está sujeito à lei, desde que coerente com a Constituição vista como um todo. (FISCHER, 2009)

É nesse sentido que se testemunha a disseminação de uma ideia apenas parcial dos ideais garantistas, daí surge a crítica feita por Fischer à Ferrajoli e o seu garantismo hiperbólico monocular, pois muitas vezes estão sendo deixados de lado os direitos fundamentais, sobretudo os individuais, deixando a proteção ao ser humano em segundo plano. (FISCHER, 2009)

Portanto, mediante o exposto, pode-se observar a existência de certa blindagem por parte do discurso garantista a determinados sujeitos do processo penal. De modo que o acesso à justiça se torna instrumento de exclusão, com a efetiva participação processual por uma pequena parte dos acusados.

No presente tópico, restou demonstrado que nem todos são igualmente vulneráveis ao sistema penal, que costuma se orientar por estereótipos que recolhem os caracteres dos setores marginalizados; enquanto os economicamente privilegiados, com condições financeiras para patrocinar uma defesa técnica especializada, possuem maior chance de resistir às perseguições criminais.

3.2 O GARANTISMO PENAL INTEGRAL: REFLEXÕES A PARTIR DE DOUGLAS FISCHER

Expostas essas breves linhas acerca do Sistema de Garantias defendido por Luigi Ferrajoli, passo, neste momento, a analisar o conceito de garantismo penal integral trazido por Douglas Fischer, bem como as suas inferências no direito penal e processual penal.

Portanto, garantismo não consiste simplesmente em legalismo, tendo em vista que a sua teoria está pautada em uma visão teórica de um direito próprio de um estado social e democrático. Em outras palavras, ao mesmo tempo em que o acusado não deve ser visto como um objeto na instrução processual, mas sim como um sujeito de direitos, a submissão do juiz à norma não mais é de acordo com a letra da lei de modo acrítico e incondicionado, conforme era defendido pela visão positivista tradicional, sendo em verdade, uma sujeição à lei coerente com a Constituição e o ordenamento jurídico como um todo. (FISCHER, 2010, p. 26)

Neste ponto, destaca-se a seguinte lição de Alexandre Morais da Rosa (2013, p. 53):

O lugar e a função do processo no Brasil ainda se encontra escorada em concepção ultrapassada, solo fértil para a aceitação acrítica dos modelos totalizadores do Direito e do Processo Penal. Talvez possa o Processo Penal Democrático se constituir como verdadeiro limite democrático.

Inclusive, se faz necessário que o processo penal democrático, efetivamente, funcione como um instrumento limitador das abusividades cometidas pelo estado. Contudo, isso não significa que os direitos fundamentais individuais devam ser postos em um primeiro plano diante dos direitos fundamentais coletivos, como o direito a segurança. Sobretudo, nas hipóteses em que seja mais inviável a realização de uma produção probatória capaz de condenar os acusados, como ocorre nos crimes sexuais.

De fato, pode-se dizer que, como uma primeira aproximação, a teoria garantista, sob a concepção de Luigi Ferrajoli, possui como pressuposto a proteção dos direitos fundamentais individuais estabelecidos na Constituição da República. Contudo, o “garantismo penal” não é um marco teórico calçado exclusivamente na premissa sintetizada acima. A proteção dos direitos fundamentais individuais deve ser exaltada e louvada, todavia a ordem jurídico-constitucional prevê direitos

fundamentais e deveres diversos dos citados acima, além de estar pautada em inúmeros princípios e valores que não podem ser desvalorizados e violados, caso a pretensão seja efetivamente fazer uma compreensão sistêmica e integral do direito penal e processual, em consonância com o disposto na Constituição. (FISCHER, 2010, p. 26-27)

Nesse passo, é irrefutável que a Constituição Federal brasileira é garantista e funda suas bases nos princípios ordenadores de um Estado Social e Democrático de Direito, contudo, deve-se repetir: a teoria garantista não existe apenas para proteção de interesses e direitos fundamentais individuais. (FISCHER, 2010, p. 32)

Se faz evidente que, em um Estado Democrático de Direito, o processo penal necessita observar e respeitar os direitos fundamentais do acusado. Todavia, isso não pode significar uma proteção processual excessiva ou tornar inviável a efetivação do direito fundamental de segurança de todos os indivíduos, bem como do respeito aos direitos fundamentais da vítima. (JÚNIOR BADÊ; SENNA. 2010, p. 73)

Segundo os próprios fundamentos basilares do garantismo, resta claro que a Constituição possui um papel essencial no sistema vigente, de modo que seus comandos consistem em instrumentos ordenadores e dirigentes aos criadores e aplicadores das normas. (FISCHER, 2010, p. 33)

Nesse sentido, impende destacar que a compreensão e a defesa dos ordenamentos penal e processual penal exigem uma interpretação sistemática dos princípios, regras e valores constitucionais, tendo em vista que com o advento da Constituição Federal de 1988, surgiram novos paradigmas influentes em matéria penal e processual penal. Pois, uma vez o ordenamento jurídico pátrio se pauta em uma Constituição que prevê, explícita ou implicitamente, a necessidade de proteção de bens jurídicos individuais e coletivos, bem como a proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados, a este incumbe o dever de visualizar e entender os contornos integrais do sistema garantista. (FISCHER, 2010, p. 33-34)

Contudo, pode se encontrar repetidas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais nas quais há uma simples referência aos ditames do sistema de garantias, sem que se veja nelas uma real absorção de qual seria a verdadeira extensão e quais os critérios da aplicação das bases teóricas defendidas. Desse modo, ainda há, pelo

menos alguma, distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli. É por este motivo que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos acusados, processados ou condenados. (FISCHER, 2010, p. 34)

Sendo assim, destaca-se que a principal razão histórica para o surgimento do pensamento garantista, defendido pelo doutrinador italiano, se deu diante de um Estado totalitário e opressor, no qual os direitos fundamentais individuais não eram minimamente respeitados, diante do sistema vigente na época. (FISCHER, 2019)

Contudo, garantismo penal não pode significar impunidade. De modo que se deve evitar a deslealdade processual ou a absolvição a qualquer custo. O que ocorre é que ao combater com impetuosidade o abuso do poder de punir do Estado, os tribunais, muitas vezes, acabam incorrendo em outro erro, ao buscar efetivar de qualquer modo os direitos fundamentais individuais dos acusados, de modo que surge assim, o abuso do direito de defesa, no qual se tentam criar nulidades inconsistentes, utilizando-se de manobras claramente procrastinatórias ou alegando-se prejuízo para a defesa sem comprovação efetiva alguma. (JÚNIOR BADÊ; SENNA, 2010, p. 74)

Neste momento, se faz oportuno destacar que as garantias são verdadeiras técnicas inseridas no ordenamento, cuja finalidade é reduzir a distância estrutural entre a normatividade e a sua efetividade, de modo a viabilizar uma máxima eficácia dos direitos fundamentais, não apenas aqueles individuais dos acusados, mas sim de todos os grupos de direitos fundamentais defendidos pela Constituição. (FISCHER, 2010, p. 35)

E nesse contexto, no processo penal, surge a discussão acerca da existência do princípio da lealdade processual, segundo o qual todos os sujeitos do processo devem manter uma conduta ética, em conformidade com os deveres de verdade, moralidade e probidade, em todas as fases processuais, inclusive, na execução. (JÚNIOR BADÊ; SENNA, 2010, p. 75)

Tendo em vista a integralidade dos postulados garantistas na aplicação dos direitos fundamentais individuais e sociais, o Estado deve considerar a necessidade de

garantir também ao cidadão a eficiência e segurança dos seus direitos. Sendo assim, deve-se destacar que, como imperativo constitucional (art. 144, *caput*, CF) o dever de garantir segurança não consiste somente em evitar que condutas criminosas atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também na devida apuração do ato ilícito, bem como de uma eventual punição do responsável. (FISCHER, 2010, p. 36)

No que tange esses deveres de proteção e direitos fundamentais, vale a pena trazer à baila a seguinte lição do excelentíssimo Gilmar Mendes, nos seguintes termos:

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção. [...], expressando também um postulado de proteção [...]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão Canaris, não apenas uma proibição do excesso, mas também uma proibição de omissão. Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] (b) Dever de segurança [...], que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; [...] Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental [...].

Em outras palavras, significa dizer que a compreensão e defesa dos ordenamentos penal e processual penal também necessitam de uma interpretação integral dos princípios, regras e valores defendidos constitucionalmente, uma vez que a partir da Constituição Federal de 1988, passaram a existir novos paradigmas influentes nas matérias em comento. (FISCHER, 2019)

Nesse passo, o denominado de garantismo positivo, que culmina no dever de proteção e efetivação da segurança dos cidadãos, importa ao Estado a obrigação de, nas situações que se façam necessárias, seguindo os ditames da proporcionalidade em sentido estrito, restringir direitos fundamentais individuais dos cidadãos. (FISCHER, 2010, p. 38)

Logo, se fazem incoerentes as posições doutrinárias e os entendimentos jurisprudenciais que caminhem no sentido de um garantismo penal cuja finalidade seja a prevalência indiscriminada de direitos fundamentais individuais sobre os demais direitos, valores, princípios e regras constitucionais, sem que haja o devido sopesamento e, sobretudo, diante de interpretações literais, recorrendo então, a

verdadeiros argumentos de autoridade para legitimar a decisão tomada. (FISCHER, 2010, p. 47)

Nesse contexto, o debate envolvendo o tema da segurança pública como direito fundamental coletivo precisa ressignificar determinados conceitos que não passaram pela oxigenação democrática advinda da Constituição da República de 1988. Nesse passo, não se fala em enjear todo o Direito Penal, cuja finalidade limitadora das abusividades estatais precisa ser reiterada, muito menos de o considerar a salvação das mazelas sociais. Trata-se, em verdade, de responder adequadamente ao invoque democrático de um direito penal que atenda aos Direitos Fundamentais, a partir da dignidade da pessoa humana. (ROSA, 2013, p. 51)

Sendo assim, acredita-se que o direito penal e processual penal, atendendo os direitos fundamentais democráticos, e considerando a dignidade da pessoa humana, deverá balancear essa questão entre os direitos individuais e coletivos, de modo que nenhum destes esteja sobressaindo sobre o outro.

Em suma, o garantismo penal integral predispõe a necessidade de proteção de bens jurídicos individuais e coletivos, bem como a proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados. Integralmente aplicado, o garantismo impõe que sejam observados rigidamente e concomitantemente não apenas os direitos fundamentais como um todo, de modo que os deveres fundamentais do Estado e dos cidadãos previstos na Constituição possuem uma relevância de mesmo valor, devendo também serem assegurados. Nesse sentido, o Estado não deve agir desproporcionalmente, evitando excessos e, simultaneamente, não implicar em deficiências na proteção dos bens jurídicos, princípios e valores de dignidade constitucional. Portanto, da pretensão de uma prevalência indiscriminada dos direitos fundamentais individuais sobre os demais, decorre a teoria do garantismo penal hiperbólico monocular, uma vez que se evidencia desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos, de modo que este nunca foi o único propósito do garantismo penal na sua integralidade. (FISCHER, 2010, p. 48)

Mediante o exposto, faz-se evidente que Douglas Fischer entende que a interpretação do garantismo penal feita pela maior parte dos doutrinadores brasileiros é defasada e equivocada. Sob a ótica do autor, a leitura do garantismo

penal pelos juristas brasileiros amarga uma pretensão individualista, conferindo uma superioridade injustificada aos direitos fundamentais individuais quando houver embate entre direitos individuais e direitos e deveres coletivos.

Finalmente, destaco a importância do garantismo, além da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais constitucionais no processo penal. Contudo, isso não significa uma preponderância indiscriminada de direitos fundamentais individuais sobre os demais direitos, valores, princípios e regras constitucionais, sem que haja o devido sopesamento.

Mais especificamente, no que tange os crimes sexuais, pela própria natureza do delito, faz-se indispensável que o magistrado analise a realidade fática a sua volta, de modo que, respeitado o devido processo legal, a palavra da vítima tenha um especial valor, diante da hipossuficiência probatória da vítima nessas hipóteses.

3.3 MEIOS DE PROVA E LIMITES À VALORAÇÃO PROBATÓRIA

Neste ponto, uma vez já discutidos os aspectos fáticos e principiológicos acerca do garantismo penal, bem como evidenciadas as particularidades sustentadas por cada um dos autores mencionados no tópico anterior, passo agora a discutir mais precisamente, os pontos envolvendo a atividade probatória no processo penal, tais como a finalidade do processo penal, valoração probatória e gestão probatória no sistema penal brasileiro.

3.3.1 Conceito de meio de prova

Inicialmente, destaca-se que a prova é tudo aquilo apto a levar o conhecimento de alguma coisa a alguém. Porém, esta é apenas uma das acepções da palavra prova. Neste sentido, seja no campo do direito ou não, este vocábulo possui outros significados. Portanto, neste momento, caberá indicar pelo menos três deles: atividade probatória; meio de prova; e resultado probatório. De modo que vamos nos ater a abordar apenas os dois primeiros conceitos neste momento. (BADARÓ, 2020, p. 431)

Neste sentido, a prova como atividade probatória consiste no conjunto de atos praticado com a finalidade de verificação de um fato. Trata-se de uma atividade desenvolvida, via de regra, pelas partes, e apenas subsidiariamente, pelo juiz, na reconstrução histórica dos fatos. (BADARÓ, 2020, p. 431)

Por outro lado, os meios de prova são instrumentos responsáveis pela introdução das fontes de prova no processo. Assim, consiste em uma atividade endoprocessual desenvolvida perante o julgador, na qual há o conhecimento e a participação das partes, cuja principal finalidade é o estabelecimento de dados probatórios no processo. Assim, enquanto as fontes de prova são anteriores ao processo e extraprocessuais, os meios de prova apenas subsistem dentro do processo. (LIMA, 2020, p. 661)

Dito isso, resta claro que a prova também pode ser considerada meio de prova. De modo que este meio de prova consiste em instrumento por meio do qual se introduzem elementos probatórios ao processo. Sendo neste sentido que se fala em prova documental, testemunhal, pericial, dentre outras. (BADARÓ, 2020, p. 431)

Sendo assim, destaca-se a lição trazida pelo excelentíssimo doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2002, p. 360):

Meios de prova são todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo. [...] Os meios de prova podem ser lícitos – que são admitidos pelo ordenamento jurídico – ou ilícitos – contrários ao ordenamento. Somente os primeiros devem ser levados em conta pelo juiz. Em relação aos meios ilícitos, é preciso destacar que eles abrangem não somente os que forem expressamente proibidos por lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito.

Portanto, em suma, meios de prova consistem nos instrumentos através dos quais se conduzem os elementos probatórios ao processo, sendo estes aptos a revelar ao juiz a verdade acerca de determinado fato. (BADARÓ, 2020, p. 434)

Nesta esteira, os meios de prova podem ser considerados lícitos ou ilícitos. De modo que apenas os primeiros podem ser admitidos pelo magistrado, nos termos do art. 157 do CPP, o qual prevê que são inadmissíveis as provas ilícitas, sendo estas entendidas como as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, devendo ser retiradas dos autos do processo. Ademais, os meios ilícitos não se limitam aqueles que forem expressamente proibidos por lei, sendo considerados ilícitos também, todos os demais meios imorais, antiéticos ou atentatórios à

dignidade e à liberdade da pessoa humana, aos bons costumes, e aos princípios gerais do direito. (LIMA, 2020, p. 662)

Ademais, a distinção entre meio de prova e fonte de prova se mostra especialmente relevante, uma vez que viabiliza a compatibilização do processo penal acusatório com os poderes instrutórios do juiz. Pois, não é atribuída ao juiz a possibilidade de este ser um investigador das fontes de provas. Pode-se afirmar isto, tendo em vista que essa atividade de investigação presume uma eleição mental, mesmo que momentânea, de uma hipótese mais adequada a ser investigada. De modo que há um comprometimento psicológico, nessa escolha, com a hipótese eleita, colocando assim, a imparcialidade do julgador em risco. Portanto, sendo razoável afirmar que aquele que investiga não deverá julgar. Contudo, se trata de algo completamente diferente, admitir que uma vez presentes nos autos do processo a notícia de uma eventual fonte de prova (cujo conhecimento se deu pela atividade das partes, e não pela investigação do juiz), o julgador possa determinar sua introdução no processo, através da produção do meio de prova mais adequado. [...] Nesse passo, ao deliberar a realização do meio de prova, o juiz não sabe, previamente, qual o resultado probatório resultante da produção de tal meio de prova. Logo, esse meio de prova poderá comprovar ter sido o acusado o autor do crime, ou poderá comprovar a inocência do acusado, o fato é que o juiz não saberá, de antemão, o resultado decorrente dessa produção probatória. (BADARÓ, 2020, p. 432)

Ademais, a doutrina moderna procura distinguir os meios de prova dos meios de obtenção de prova, tendo em vista a importância destes institutos. Neste sentido leciona Gustavo Badaró (2020, p. 432):

A diferença é que, enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (por exemplo, o depoimento de uma testemunha ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de prova (por exemplo, uma busca e apreensão) são instrumentos para colheita de elementos ou fontes de prova, estes, sim, aptos a convencer o julgador. Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos.

Seguindo tal raciocínio, a distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova também será relevante ao se apontar as consequências de eventuais irregularidades ocorridas no momento de sua produção. Sendo assim, um eventual vício quanto aos meios de prova acarretará, conseqüentemente, na nulidade da

prova produzida, uma vez que se trata de uma atividade endoprocessual. Por outro lado, sendo verificada qualquer ilegalidade relativa à produção de determinado meio de obtenção de prova, o efeito deste vício será o reconhecimento da sua inadmissibilidade no processo, tendo em vista a violação das regras relacionadas à sua obtenção (CF, art. 5º, LVI), ocasionando assim, o desentranhamento destes meios de obtenção de prova dos autos do processo (CPP, art. 157, caput) (LIMA, 2020, p. 661)

Feitos tais esclarecimentos, deve-se trazer à baila os meios de prova previsto pelo Código de Processo Penal. Desse modo, o CPP disciplina os seguintes meios de prova: exame de corpo delito e perícias em geral (arts. 158 a 184), a confissão (arts. 197 a 200), perguntas ao ofendido (art. 201), testemunhas (arts. 202 a 225), reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 a 228), acareação (arts. 229 e 230), documentos (arts. 231 a 238), indícios (art. 239) e busca e apreensão (arts. 240 a 250). Contudo, o presente trabalho não pretende analisar cada um destes institutos isoladamente.

Ademais, destaca-se também que o rol do CPP não é taxativo, o que importa dizer que poderá ser mencionada, como prova atípica no processo penal, a inspeção judicial. Além disso, cabe mencionar ainda, que a chamada “reprodução simulada dos fatos” é providência igualmente destinada a obter elementos de prova. Por fim, o Código de Processo Civil dispõe que as partes possuem o direito de utilizar além de todos os meios legais, todos aqueles moralmente legítimos, ainda que não especificados nesse código, conforme disposto pelo art. 369. (BADARÓ, 2020, p. 435)

3.3.2 A busca pela verdade no processo penal

No que tange a verdade no processo penal, essa verdade pretendida não consiste em uma verdade absoluta, mas sim em uma verdade histórica, a qual deve guardar a relação entre os fatos envolvidos na situação fática e aquilo que se pretende buscar em juízo. (MACHADO, 2009, p. 351)

Enquanto isso, Aury Lopes Jr. (2012, p.565) defende o processo penal como um “modo de construção do convencimento do juiz”, de modo que as limitações

probatórias afetam a própria construção desse convencimento. Sendo assim, no processo penal, só se legitimaria a verdade formal ou processual.

Complementa ainda Antônio Alberto Machado (2009, p. 351)

Trata-se, portanto, de uma *verdade processual* reconstituída em torno de fatos bem delimitados no âmbito de um processo, sempre por intermédio das provas produzidas dialeticamente entre as partes, com a observância das regras e princípios que disciplinam toda atividade probatória, tal qual estabelecido na lei e na Constituição.

Contudo, Aury Lopes Jr. (2012, p.566)

Historicamente, está demonstrado empiricamente que o processo penal, sempre que buscou uma “verdade mais material e consistente” e com menos limites na atividade de busca, produziu uma verdade de menor qualidade e com pior trato para o imputado. Esse processo, que não conhecia a ideia de limites – admitindo inclusive a tortura -, levou mais gente a confessar não só delitos que não cometeram, mas também alguns impossíveis de serem realizados.

O maior mal causado por este “princípio da verdade real” foi a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos responsáveis pela persecução penal. Desse modo, a falsa crença de que a verdade estava efetivamente ao alcance estatal acarretou consequências como a necessidade irrefutável da perseguição do acusado como meta principal do processo penal. (PACELLI, 2009, p. 294).

Nesse passo, o mito da verdade real está intimamente relacionado com o sistema inquisitório, bem como o interesse público como meio de legitimação para inúmeras atrocidades, com sistemas políticos autoritários, a busca da verdade a qualquer custo, e com a figura do juiz inquisidor. (LOPES JR., 2012, p. 566)

Portanto, resta evidente que essa busca pela verdade real consistia na base da persecução penal do Sistema Inquisitório, uma vez que o magistrado deveria extrair do réu, sob qualquer meio, a verdade acerca do fato delituoso.

Visando evidenciar a diferença entre essas duas “verdades” comentadas acima, Aury Lopes Jr. (2012, p. 567) defende o seguinte:

Relevante é a distinção entre a “verdade” construída no processo e fixada pelo juiz na sentença e a verdade científica ou histórica. A primeira tem o juiz como investigador exclusivo, ao passo que as demais, não. A competência para investigar esse fato histórico e julgar está fixada em lei, como exclusividade, para o juiz. Logo, uma vez alcançada essa decisão pela coisa julgada, será em regra imutável.

Mediante o exposto, a verdade pretendida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação trata-se, de fato, de uma verdade processual, a qual poderá ser obtida através do respeito a determinadas regras e procedimentos, sendo esta relativa apenas a fatos e circunstâncias penalmente relevantes. Logo, esta verdade não pretende ser a verdade; pois não é obtida através de métodos inquisitivos; Além de estar condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa. Portanto, consiste em uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, entretanto mais fraca no que tange o conteúdo informativo do que a qualquer “verdade substancial”. (FERRAJOLI, 2002, p. 38)

Feitos tais esclarecimentos, sem uma adequada teoria da verdade, no sentido da verificabilidade e da verificação processual, toda a construção do direito penal iluminista, qualificada como “cognitiva” ou “garantista”, termina respaldada em nada, ou em outras palavras, desqualificada. (FERRAJOLI, 2002, p. 39)

Ante tudo que fora exposto, deve-se evitar dar ao processo a missão de revelar “a verdade” na sentença, uma vez que isso acarretaria consequências similares aos problemas do sistema inquisitório, mas esta também não pode ser negada. Desse modo, a verdade é contingencial, sendo a legitimidade da decisão decorrente da observância das regras e princípios processuais penais. (LOPES JR., 2012, p. 577)

Portanto, ainda que prévia e imperfeita, o processo penal deverá construir uma verdade judicial, de modo que uma vez passada em julgado a sentença, os efeitos da coisa julgada recairão sobre a causa, acarretando assim em todas as suas consequências, seja elas legais ou constitucionais. Sendo assim, o processo formará uma verdade do tipo jurídica, a qual poderá ou não corresponder à verdade histórica, mas cuja pretensão consiste em estabilizar as situações conflituosas discutidas no âmbito processual. (PACELLI, 2017, p. 290).

Finalmente, impende destacar que a expressão “verdade” consiste em um excesso epistêmico, principalmente para o ritual judiciário. Pois, independentemente do ângulo que se analise a questão, o que resta evidenciado é um labirinto de subjetividade e contaminações, não permitindo atribuir ao processo a função de, através da sentença, revelar a “verdade” (nem real, nem processual, pois o problema está na “verdade. De modo que tal função, no final das contas, de forma segura,

consistiria em realizar uma reconstrução histórica aproximativa de determinado fato. (LOPES JR., 2021, p. 573)

Nesse mesmo sentido, leciona Elmir Duclerc (2016):

É preciso ter em mente, contudo, que essa verdade processual, isto é, a verdade fática que se pretende construir através do processo, não tem e não poderia mesmo ter qualquer compromisso com o conceito vago, quase metafísico e absolutamente inatingível de verdade real. Trata-se, antes, de trazer para o processo penal a única forma aceitável, na ciência da atualidade, de se falar em verdade, isto é, num sentido meramente aproximativo.

Desse modo, é incabível a exigência de que a prova sobre a veracidade seja incontornável, mas suficiente, de modo que se passará a presumir a ocorrência do fato. Portanto, a conclusão quanto à relação entre prova e a verdade e a definição de até onde a verdade pode ser colhida por meio das provas disponíveis em um processo deságua inevitavelmente na fundamentação da decisão judicial, sendo esta, a chave do liame existente em uma decisão judicial entre prova e verdade. Portanto, a convicção do julgador é, sem dúvida, uma decisão quanto à veracidade de uma versão sobre os fatos, em detrimento de outras.

3.3.3 Sistemas de valoração da prova

No que tange essa temática, sua finalidade consiste na análise da relação existente entre o julgamento da causa pelo juiz natural e as provas produzidas no processo. Nesse passo, se pretende investigar a vinculação (ou não) do magistrado a alguma modalidade de prova. Dito isso, são basicamente três sistemas de valoração da prova: Sistema da íntima convicção; Sistema da prova tarifada; E sistema da persuasão racional do juiz ou sistema do livre convencimento motivado (LIMA, 2020, p. 681)

Portanto, historicamente, há de se abordar apenas em 3 sistemas de valoração da prova: sistema prova legal ou tarifada; Sistema da íntima convicção; E sistema do livre convencimento ou persuasão racional.

Inicialmente, tratando especificamente acerca do sistema das regras legais, ou também, da certeza moral do legislador ou da prova legal, o sistema em comento é próprio do sistema inquisitivo, e segundo este, determinados meios de prova possuem um valor probatório fixado abstratamente pelo legislador, restando ao juiz

apenas apreciar o conjunto probatório e lhe atribuir o valor estabelecido nos termos da lei. (LIMA, 2020, p. 682)

Feitos tais esclarecimentos, ainda sobre este tema, deve-se destacar os comentários de Gustavo Henrique Badaró (2020, p. 465), nos seguintes termos:

No sistema da prova legal, em sua fase rudimentar, prevaleciam as ordálias ou Juízos de Deus, bem como os duelos. A prova era revelada por Deus, e o juiz apenas seguia tal resultado. Na evolução do sistema da prova legal, passou-se para a prova tarifada, na qual a lei estabelecia, previamente, quais os meios de prova aptos a provar cada fato e qual o valor de cada meio de prova. São resquícios desse sistema no ordenamento brasileiro a necessidade de prova por instrumento público (CPC, art. 406) e a vedação da exclusivamente testemunhal para obtenção de benefícios previdenciários (Lei 8.231/1991, art. 55, §3º). No processo penal, a prova do estado das pessoas somente poderá ser feita na forma determinada pela lei civil (em regra, instrumento público, com certidão de casamento, certidão de óbito etc.

Ademais, complementando essa linha de raciocínio, Renato Brasileiro de Lima (p. 682, 2020) afirma que: “Desse sistema deriva o conceito da confissão como rainha das provas, sendo que nenhuma outra prova seria capaz de infirmá-la”.

Por outro lado, no que tange sistema de íntima convicção, o juiz deve julgar de acordo com a sua persuasão pessoal acerca dos fatos, de modo que este não precisa motivar ou justificar a sua decisão, sendo possível, inclusive, que o juiz leve em consideração provas ou fatos que não estejam atrelados aos autos do processo, ou decorrentes do seu próprio conhecimento privado. Restasse ainda, que tal sistema foi adotado pelo Código Napoleônico de 1808. Contudo, atualmente, no ordenamento pátrio, a única hipótese de julgamento pela íntima convicção foi atribuída à decisão dos jurados selecionados para o Tribunal do Júri. (CPP, art. 472) (BADARÓ, 2020, p. 466)

Nesse sentido, ainda de acordo com o sistema da íntima convicção, ou em outras palavras, sistema da certeza moral do juiz ou da livre convicção, o juiz possui maior liberdade na valoração das provas, podendo ser valoradas até mesmo aquelas que não se encontram nos autos, não sendo o juiz obrigado a fundamentar as suas decisões. Portanto, o sistema em comento permite que o julgador avalie a prova livremente, aplicando o direito objetivo segundo a sua própria consciência, ao final do processo, de modo a se obter o resultado da lide, não estando este obrigado a fundamentar sua decisão. Sendo assim, a conclusão consiste no resultado da convicção do magistrado, sem que haja necessidade de demonstração de razões

empíricas que justifiquem seu convencimento, permitindo assim, que o juiz julgue de acordo com a prova dos autos, sem a prova dos autos, e até mesmo contra a prova dos autos. (LIMA, 2020, p. 681)

De outro modo, no sistema da persuasão racional, ou em outras palavras, sistema do livre convencimento motivado, o julgador possui uma liberdade para decidir, entretanto este deverá fazê-lo levando em consideração apenas a provas existentes no processo. Ademais, a valoração das provas deverá ser feita de maneira lógica e racional pelo magistrado, confrontando umas com as outras, segundos as regras de lógica e experiência, devendo todo o convencimento juiz ser adequadamente motivado. Destaca-se ainda, que este é o sistema adotado, atualmente, pelo Código de Processo Penal. (BADARÓ, 2020, p. 466)

Evidenciado tal fato, o sistema do livre convencimento foi adotado pelo sistema penal, mais precisamente, através do previsto no artigo 155, caput do Código de Processo Penal com o seguinte texto:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Nesse sentido, tendo em vista os extremos dos dois sistemas anteriores, o sistema da persuasão racional apresenta a vantagem de devolver ao juiz uma discricionariedade na atividade de valoração das provas, isoladamente e no seu conjunto, sendo este o aspecto positivo do sistema da íntima convicção, contudo, as provas submetidas a essa atividade valorativa devem estar no processo, sendo, necessariamente, previstas em lei e submetidas a um juízo prévio de credibilidade, não podendo ser ilícitas ou ilegítimas. (LIMA, 2020, p. 683)

Sendo assim, em um sistema cuja finalidade da prova é o convencimento do juiz, o julgador se torna um sujeito privilegiado, e o resultado do processo efetivamente decorre de uma verdade intimamente atingida. Logo, a verdade processual pode significar apenas um “estado de ânimo”, formado pela impressão que cada meio de prova induziu ao juiz. Contudo, o resultado deverá decorrer, necessariamente, de uma atividade racional, na qual o juiz poderá escolher, entre enunciados fáticos diversos, qual destes será preferível, de acordo com o conjunto de provas que dê suporte a cada um deles. (BADARÓ, 2020, p. 466)

Logo, de acordo com o sistema do livre convencimento motivado, também conhecido como persuasão racional ou livre apreciação judicial da prova, o julgador possui ampla liberdade na valoração das provas constantes no processo, as quais têm o mesmo valor, legal e abstratamente, porém o juiz sempre deverá fundamentar sua decisão. (LIMA, p. 683, 2020)

Destaca-se ainda, que no sistema da persuasão racional não mais vigora a máxima *testis uno, testis nullo*, própria do sistema da prova tarifada. Logo, ainda que haja somente uma única testemunha, caso seu depoimento tenha condão para persuadir o juiz, este depoimento poderá ser suficiente para a formação do convencimento judicial. (BADARÓ, 2020, p. 566)

Finalmente, importa salientar que o sistema em comento foi adotado e rege o atual ordenamento jurídico pátrio, o qual está previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, nestes termos:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Portanto, segundo o sistema atualmente vigente no sistema penal brasileiro, o juiz irá formar seu convencimento com base naquelas provas coletadas mediante contraditório judicial, através do devido processo legal. De modo que estas deverão limitar a livre apreciação do juiz.

Desse modo, mediante o exposto, acredita-se que este seja o melhor sistema já criado, uma vez que, ao mesmo tempo que a convicção do juiz é criada livremente, ela está condicionada aos fatos e às provas obtidas por meios lícitos. Logo, o juiz não se torna um escravo como ocorre no sistema tarifado, sendo permitida a formação do seu próprio convencimento, ao mesmo tempo que não lhe é autorizado realizar uma avaliação indiscriminada dos fatos, tal como no sistema de livre convicção.

3.3.4 Gestão probatória no processo penal

Neste ponto, deve-se analisar o art. 156 do CPP, com o objetivo de explicitar a problemática referente à gestão probatória em razão da redação deste dispositivo, tendo em vista que o modo pelo qual a produção de provas ocorre tem relevante papel no resultado do processo.

Dito isso, o art. 156 do Código de Processo Penal, cuja redação se deu através da Lei nº 11.690 de 9 de junho de 2008, dispõe o seguinte:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

O caput do referido artigo aborda distribuição do ônus da prova entre as partes, que pode ser assim definido:

[...] pode-se dizer que o ônus da prova é o encargo que as partes têm de provar, por meios legal e moralmente admissíveis, a veracidade das afirmações por ela formuladas ao longo do processo, resultando de sua inação uma situação de desvantagem perante o direito. (LIMA, 2020, p. 674)

Nesse sentido, o ônus da prova envolve os aspectos de poder e liberdade, de modo que se aproxima destas faculdades. Assim, há ônus quando o exercício de uma faculdade consiste em condição para se obter uma determinada vantagem ou para impedir uma situação desvantajosa. Portanto, em suma, o ônus é uma “faculdade cujo exercício é necessário para a consecução de um interesse”. (BADARÓ, 2020, p. 489)

Feitos tais esclarecimentos, com base no princípio da presunção de inocência, sendo este elemento fundante do nosso sistema processual penal, pode-se afirmar que o ônus probatório recai sobre a acusação.

Observe que o instituto constitucional em comento não se limita ao sentido político de uma garantia de um estado de inocência ao acusado. A presunção de inocência pode ser vista também como uma técnica jurídica, ou seja, uma regra de julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida acerca de fato relevante para decisão do processo. Desse modo, se faz fundamental, para a imposição de uma sentença condenatória, que seja provado pela acusação, além de qualquer dúvida razoável, a

culpa do acusado. Portanto, a presunção de inocência se confunde com o *in dubio pro reo*. (BADARÓ, 2020, p. 71)

Nesse mesmo sentido, se posiciona o doutrinador Eugênio Pacelli (2017, p. 341), nos seguintes termos:

Afirmar que ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória implica e deve implicar a transferência de todo o ônus probatório ao órgão da acusação. A este caberá provar a existência de um crime, bem como sua autoria.

Superada a questão atinente a atribuição do ônus da prova as partes processuais, deve-se analisar neste momento, o *caput* do artigo 156 do CPP, pois aqui foi criada a possibilidade de atribuição do ônus probatório ao réu, o que configura uma evidente contradição, quando se analisa este dispositivo sob a égide do princípio da presunção de inocência. Pode-se afirmar isto, posto que é dever da acusação trazer argumentos sólidos, sustentados por provas lícitas, com a pretensão de convencer o magistrado a retirar o acusado do garantido estado de inocência.

Dito isso, já que o fato de se atribuir carga probatória à defesa configura isoladamente uma grave violação da presunção de inocência, os incisos que sucedem ao *caput* do art. 156 são ainda mais preocupantes, pois possibilitam que o juiz possa realizar a produção de provas *ex officio*, independente da provação das partes.

Sobre a questão, deve-se trazer a baila a lição defendida por Eugênio Pacelli (2017 p. 343):

[...] nenhuma providência deve ser tomada de ofício pelo magistrado, para fins de preservação de material a ser colhido em fase de investigação criminal. Nem prisão de ofício, nem qualquer outra medida acautelatória, até porque o que de ser acautelado, em tais situações, é a investigação e dela não há que se cuidar e nem por ela responder o órgão da jurisdição.

Sendo assim, mediante o exposto, diferente do que ocorria no modelo inquisitorial puro, marcado pelo sistema das provas tarifadas, a valoração probatória no Processo Penal Brasileiro deve ser realizada discricionariamente pelo juiz, contudo, este deve fundamentar adequadamente a sua decisão.

Deve-se então se desvencilhar da excessiva e irrazoável ambição pela verdade no Sistema Processual Penal Brasileiro, tendo em vista que a persecução da verdade legitimou posturas inquisitivas, impossibilitando assim, a aplicação do devido processo.

Portanto, além da função instrutória, é dever do juiz a essencial função de garantir a aplicação do devido processo legal e todas as garantias fundamentais que lhe são ínsitas, de modo a proporcionar às partes, um julgamento efetivamente justo.

4 A VALORAÇÃO ESPECIAL DA PALAVRA DA VÍTIMA NO CRIME DE ESTUPRO

Nesta altura, impende apresentar algumas peculiaridades sobre o valor probatório da palavra da vítima no crime de estupro previsto no artigo 213 do Código Penal.

Inicialmente, no que tange a hierarquia entre as provas no processo penal, não existe uma ordem hierárquica referente as mesmas, de modo que elas possuem um valor igualitário.

Sobre o assunto, Pacelli (2017, p. 314) afirma o seguinte:

A seu turno, a hierarquia não existe mesmo. Julgamos efetivamente não ser possível afirmar, a priori, a supremacia de uma prova em relação à outra, sob o fundamento de uma ser superior a outra, para a demonstração de qualquer crime. Como regra, não se há de supor que a prova documental seja superior à prova testemunhal, ou vice-versa, ou mesmo que a prova dita pericial seja melhor que a prova testemunhal. Todos os meios de prova podem ou não ter aptidão para demonstrar a veracidade do que se propõem.

Ainda que a vítima seja um dos principais elementos para a instrução da ação penal, é unânime o posicionamento doutrinário no sentido de que somente a declaração da vítima prestada em juízo não possui condão de condenar ou imputar uma prática delituosa a um determinado indivíduo. Nesses casos, serão necessárias também outras provas que corroborem com tais declarações, sejam elas testemunhais, periciais, dentre outras. (BORGES, 2010, p. 32).

Nesta esteira, complementa Aury Lopes Jr. (2012, p. 585), ao evidenciar que é natural que a palavra da vítima possua um valor probatório dotado de menor credibilidade, tendo em vista que esta possui profundo comprometimento com a situação fática. Desse modo, a palavra da vítima isolada jamais poderá embasar uma sentença condenatória, pois mais do que ela vale todo o contexto probatório restante.

Nesse sentido, existem inúmeros fundamentos para a relativização do valor probatório da palavra da vítima. Inclusive, é nesse sentido o ensinamento de Tourinho Filho (2007, p.302):

Atendendo tais circunstâncias, o ofendido nem presta compromisso nem se sujeita a processo de falso testemunho. Desse modo, sua palavra deve ser aceita com reservas, devendo o juiz confrontá-la com os demais elementos de convicção, por se tratar de parte interessada no desfecho do processo.

Em certos casos, porém, é relevantíssima a palavra da vítima do crime. Assim, naqueles delitos clandestinos *qui clam comittit solent* – que se cometem longe dos olhares de testemunhas, a palavra da vítima é de valor extraordinário.

Portanto, o conteúdo presente nestas declarações deve ser válido e dotado sim de valor probatório, contudo deve ser aceito com algumas reservas. Tal posicionamento decorre do fato da vítima ser, geralmente, a maior interessada no litígio, sendo na maioria das vezes movida por um sentimento de vingança ou retribuição. Contudo, as declarações do ofendido podem ser determinantes quando se tratar de crimes cometidos às escondidas, sem a presença de testemunhas, como ocorre com os crimes contra a dignidade sexual. Entretanto, é fundamental que tais declarações sejam seguras, coerentes e plausíveis, pois o depoimento corre o risco de perder sua credibilidade quando se apresentar contraditório ou incompatível dos demais elementos probatórios constantes nos autos do processo. (BORGES, 2010, p. 34).

Também sobre o valor probatório da palavra da vítima nos crimes em comento, destaca-se o seguinte julgado:

[...] É assente nesta Corte que “nos crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima é importante elemento de convicção, na medida em que esses crimes são cometidos, frequentemente, em lugares ermos, sem testemunhas e, por muitas vezes, não deixam quaisquer vestígios, devendo, todavia, guardar consonância com as demais provas coligidas nos autos”.
[...] (STJ, Quinta Turma, AgRg no REsp 1407792/SC, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 21/11/2013)

Neste diapasão, entre os inúmeros fatores que afetam a qualidade e confiabilidade das provas testemunhais, destacam-se as falsas memórias. Deve-se evidenciar ainda, que as falsas memórias não se confundem com a mentira. Na primeira, o agente ou vítima honestamente acredita no depoimento que está prestando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), em muitos casos, chegando a sofrer com isso. Por outro lado, a mentira consiste em um ato consciente, no qual o agente tem a noção da criação e manipulação. (LOPES JR., 2012, p. 670)

Nesse contexto, passa-se a questionar o que deveria ocorrer nas situações em que não houver outras provas, além do depoimento do ofendido. Se o juiz, nessas hipóteses, deveria ou não deixar de avaliar suas declarações.

Greco Filho (2015, p. 221) responde tal questionamento, uma vez que ao tratar sobre as disposições processuais sobre o tema, defende o direito do ofendido ser ouvido acerca de fatos relevantes para o processo como um mandato de otimização, devendo ser aplicado sempre que possível. Isto só não irá acontecer quando não for

efetivamente possível, como ocorre por exemplo nas hipóteses de falecimento, desaparecimento, incapacidade absoluta, dentre outras. Portanto, pode-se afirmar que o depoimento da vítima é muito importante para o processo penal, pois ainda que o ofendido possa estar carregado de sentimentos adversos ao acusado, na maioria dos casos, essa declaração é de importância fundamental para que haja convicção sobre a existência do delito, bem como para que se conheça a verdade por trás daquela situação fática, cabendo ao magistrado diferenciar cada uma dessas situações.

Sendo assim, tendo em vista que um dos principais problemas a ser superado pelo sistema de garantias é justamente oferecer ferramentas jurídicas hábeis a auxiliar o juiz na diferenciação dos enunciados jurídicos verdadeiros de enunciados jurídicos falsos, Luigi Ferrajoli propõe pensar nos problemas dos procedimentos de formação e critérios idôneos de controle, os quais sustentam a validade dos conceitos jurídicos, além do seu uso nos discursos dos juízes e dos juristas, considerando como fundamentais, as hipóteses atinentes à validade, ao caráter metacientífico e às finalidades pragmáticas da metaciência do direito. (MENDES, 2020, p. 59)

Insta evidenciar ainda que nos crimes contra a dignidade sexual, por exemplo, a palavra da vítima ofendida consiste no centro de todas as provas. Ocorre que, caso não fosse dessa maneira, a condenação de qualquer indivíduo pela prática de estupro seria muito mais difícil, tendo em vista que a própria natureza do crime enseja uma maior dificuldade para que sua prática diante de outras pessoas. (TOURINHO FILHO, 2007, p. 302).

Inclusive, é consolidado o entendimento de que a ausência de laudo pericial, bem como outros meios de prova, não afasta a comprovação do estupro, desde que a palavra da vítima alicerce a conclusão sobre a materialidade e a autoria:

[...] A ausência de laudo pericial conclusivo não afasta a caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante, em particular nessa forma clandestina de delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios. [...] (STJ, Sexta Turma, AgRg no AREsp 160.961/PI, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 26/06/2012)

Nesse sentido, destaca-se a seguinte lição de Bitencourt (2017, p. 23):

A palavra da vítima como única prova a incriminar o acusado deve ser adequadamente preservada e o método da busca da verdade pelo operador, seja do direito ou da psicologia, deve se revestir em uma grande responsabilidade ética de respeito ao outro em suas diferenças, como ser dotado de sentido e de direitos.

Substituindo a intransigente busca da verdade pela análise interpretativa das circunstâncias, tendo em vista que os fatos não são “a verdade”, mas que a “conexão dos fatos” é que leva a aproximação de certezas processuais, verdades possíveis [...].

Sendo assim, em suma, a coerência e a aceitabilidade justificada consistem nos critérios subjetivos sobre os quais o juiz valora e decide sobre a questão da verdade, ou da atendibilidade das provas fáticas existentes, bem como das qualificações jurídicas propostas. Contudo, jurisdicionalmente, o único sentido atribuído as palavras “verdadeiro” e “atendível” é a relação existente entre os fatos e às normas trazidas pelas teses defendidas pelas partes. (MENDES, 2020, p. 62)

Ademais, faz-se importante destacar que o modelo cognitivo do sistema de garantias defendido por Luigi Ferrajoli é muito mais rígido se comparado com outros esquemas puramente decisionistas, no que tange a justificação das suas decisões. De modo que a sua defesa reflete uma manifestação política favorável a um modelo de direito penal hábil a constranger o arbítrio punitivo estatal e para proteger ao máximo a liberdade dos cidadãos, e assim, definindo a natureza da jurisdição no estado de direito. E finalmente, o que se exige epistemológica e politicamente desse modelo é justamente a efetivação do princípio da estrita legalidade, de modo que a validade das decisões penais restará condicionada à verdade empírica de suas motivações.

Por outro lado, a apreciação da linguagem jurídica, que constitui o conhecimento desse objeto específico, não consiste em uma atividade meramente cognitiva, tendo em vista os a indeterminação semântica das formulações normativas. Pois, inevitavelmente, essas formulações exigem que o magistrado realize escolhas interpretativas pautadas em juízos de valor. Sendo assim, segundo a visão do jurista italiano, com a afirmação do paradigma juspositivista, se abre um espaço autônomo para a teoria do direito. Realmente, nem todos os conceitos e teses da ciência jurídica decorrem de “interpretações” dos textos legislativos, há de se falar também de conceitos e teses elaboradas independentemente da análise da linguagem legal. (MENDES, 2020, p. 68)

Portanto, mediante o exposto, faz-se evidente que a valoração especial da palavra da vítima nos crimes de estupro se mostra plenamente compatível com o sistema de garantias penais e processuais penais defendidos por Ferrajoli.

Pode-se afirmar isso, uma vez que ainda que haja interpretações equivocadas atribuídas ao sistema de garantias defendido pelo autor italiano, no sentido de uma prevalência indiscriminada dos direitos fundamentais individuais sobre os demais, consistindo assim no que Douglas Fischer denomina de teoria do garantismo penal hiperbólico monocular, a abertura cognitiva atribuída ao magistrado possibilita que este valere e decida plenamente, sem estar vinculado estritamente à linguagem legal, conforme demonstrado acima.

Nesse sentido, Ferrajoli defende a análise do princípio da legalidade como um ponto central para reflexão epistemológica dos juristas e juízes sobre os discursos o direito. Desse modo, visando justificar as decisões que concluem um juízo penal, ainda que se cumpra o princípio da estrita legalidade, não basta que essas decisões executem genericamente as funções de garantir segurança e prevenção próprias do direito penal. (MENDES, 2020, p. 62)

Portanto, não se pretende levantar a bandeira contra a lei, deve-se sempre respeitar o princípio da estrita legalidade, contudo, o que se busca é evidenciar a falta de proteção teórica oferecida pela lei leva à impunidade, de modo que a não observância dessa deficiência ocasiona que as mulheres latino-americanas sejam frequentemente lastimadas pelo horror das violências sexuais e de gênero, imputadas a viver esquecidas do mundo, pois estão esquecidas em alguma página de processo. (MENDES, 2020, p. 92)

No mais, de fato as garantias penais e processuais penais asseguram condições epistemológicas de verificação, consistindo em ferramentas jurídicas capazes de reduzir a insegurança das premissas legais e das conclusões fáticas, bem como para reduzir a subjetividade do magistrado e aumentar o caráter jurídico-autorizativo da verdade processual. Além disso, destaca-se que a investigação judicial não é uma busca meramente intelectual, consistindo, em verdade, no pressuposto de decisões sobre a liberdade dos cidadãos, nas quais o poder, na ausência de limites normativos, tende a prevalecer de maneira autoritária. (MENDES, 2020, p. 92)

Contudo, a inclinação incondicional e irreflexiva às inferências normativas, dentro do sistema processual penal, efetivamente reverte-se em um exercício autoritário de poder, contudo, de uma maneira diversa da tratada acima. Pois, essa forma de aplicação do processo penal acarreta um gritante distanciamento das experiências,

das narrativas, das marcas nos corpos e das histórias das mulheres no sistema de justiça criminal. (MENDES, 2020, p. 92)

Portanto, finalmente, deve-se deixar claro que a afirmação de que a palavra da vítima tem especial valor nos crimes sexuais, sem que isso represente reais precauções na conjuntura da produção de provas orais consiste, em verdade, em uma afirmação vazia: pois, ela não irá acarretar em medidas que representem empatia, proteção e respeito à vítima (o que é extremamente necessário, conforme será demonstrado no próximo tópico) e, além disso, tal afirmação somente irá cruelmente macular e relativizar a garantia da presunção de inocência; tão importante para o moderno estado de direito. (MATIDA, 2019, p. 9)

Desse modo, se faz necessário evitar a equivocada interpretação do especial valor probatório da palavra da vítima nos crimes sexuais, como uma autorização à redução a pó da presunção de inocência. Pois a proteção do direito das mulheres não deve ser eivada pelo esgotamento da presunção de inocência, através da aquiescência irracional de se aceitar acriticamente afirmações obtidas em ambiente impróprio para a devida apuração dos fatos. Muito pelo contrário, em verdade, se deve observar a palavra da vítima com empenho, de modo a lhe atribuir especial importância, uma vez que tais medidas estariam, de fato, epistemologicamente comprometidas aos princípios basilares do sistema de garantias utilizado no processo penal.

4.1 O PROCESSO PENAL E A PESSOA OFENDIDA

Neste ponto, deve-se abordar a relação existente entre a pessoa ofendida e o processo penal de uma maneira geral, levando em consideração não só os aspectos processuais, mas tendo em vista também o ambiente de colhimento das declarações, a posição dos investigadores, a hipótese da vítima mulher, dentre outras.

Nesse sentido, o direito não passa ileso ao simbolismo de gênero, muito menos as questões advindas do patriarcado. E conseqüentemente, isso afeta diretamente o modo de funcionamento do sistema de justiça criminal pátrio. De modo que, o processo penal e o modo de funcionamento do sistema penal não apenas

reproduzem tais desigualdades de gênero, mas em verdade, estabelecem muitas destas próprias desigualdades. (MENDES; SANTOS, 2017, p. 218)

Ocorre que, a atual preponderância da cultura patriarcal ainda coloca às mulheres em uma condição de objeto, de modo a conferir às suas experiências de vitimização significados que sejam convenientes aos interesses dessa própria cultura. Desse modo, explica-se a ínfima credibilidade atribuída à palavra da vítima no processo penal, além da incapacidade para entender que um tratamento digno e respeitoso é o mínimo a ser garantido a esta pessoa, sendo lógico que, por exemplo, não é cabível que a vítima seja submetida a um interrogatório em ambiente no qual ela se veja rodeada, por homens, e muitas vezes, apenas por homens. (MENDES, 2020, p. 130)

Nesse contexto, destaca-se o ensinamento trazido por Janaina Matida (2019, p.8):

Denúncias as mais diversas demonstram o despreparo dos agentes policiais para receber os relatos das mulheres e pessoas lgbti's quando adentram às unidades policiais para partilhar das suas narrativas. De acordo com o contado pelas vítimas a uma série de pesquisas na área, os agentes policiais reproduzem a lógica patriarcal, julgadora e moralista, no ambiente em que deveriam, pelo contrário, oferecer-lhes proteção.

Portanto, para além do que somente uma narrativa dos fatos, a condição de vitimização de uma mulher em crimes sexuais compele uma importante atribuição de sentidos, que tende a ser negada às vítimas no desenrolar do sistema de justiça criminal, posto que ela se encontra diante de uma interpretação unilateral de uma fonte de poder, o julgador. (MENDES; PIMENTEL, 2018, p. 319).

Nesse sentido, tal afirmação se consubstancia através da manifesta falta de empatia presente, muitas vezes, na coleta de depoimento. De modo que são inúmeros os relatos de casos de violência sexual, nos quais, o delegado pergunta à vítima se ela gostava de fazer sexo com vários homens. Ou seja, as vítimas desde os primórdios da investigação são submetidas a descrença de sua palavra, incrementando ainda mais a preocupação da vítima quanto à estigmatização, de ser desacreditada pelas instituições que deveriam lhe dar proteção. Portanto, na delegacia, a vítima sofre, mais uma vez, um abuso, dessa vez diante do tratamento equivocado daqueles que deveriam representar a tutela institucional aos seus direitos e garantias. (MATIDA, 2019, p. 8)

Nesse ponto, mostra-se necessária e fundamental a efetivação dos instrumentos processuais de proteção ao valor probante da palavra da mulher vítima de uma agressão, principalmente, uma agressão sexual, muitas vezes cometida as escondidas, diante deste contexto de depreciação sofrido pela vítima decorrente da cultura patriarcal à qual o sistema de justiça criminal não está imune. Nesse sentido, deve-se efetivar a garantia de que a mulher não seja submetida a expedientes vexatórios de julgamento moral, conforme demonstrado acima, reconhecendo-se a vítima o direito de depor de maneira e em local adequado, sem a inferência do réu ou de qualquer outra pessoa ou circunstância que lhe possa gerar medo ou constrangimento. (MENDES, 2020, p. 132)

Nesta senda, é de suma importância trazer a baila a seguinte lição da filósofa inglesa, Miranda Fricker (2007, p. 17):

*I shall argue that identity power is an integral part of the mechanism of testimonial exchange, because of the need for hearers to use social stereotypes as heuristics in their spontaneous assessments of their interlocutor's credibility. This use of stereotypes may be entirely proper, or it may be misleading, depending on the stereotype. Notably, if the stereotype embodies a prejudice that works against the speaker, then two things follow: there is an epistemic dysfunction in the exchange— the hearer makes an unduly deflated judgement of the speaker's credibility, perhaps missing out on knowledge as a result; and the hearer does something ethically bad— the speaker is wrongfully undermined in her capacity as a knower.*³

Por outro lado, o que deveria ocorrer, de fato, seria uma situação na qual o entrevistador construísse um ambiente receptivo à vítima ou testemunha. Pois, na maioria das vezes, aquele depoimento a ser relatado trata de um evento que lhe provoca dor ou trauma, sendo de suma importância que o responsável pela realização da entrevista demonstre empatia diante daquela situação. Se faz evidente a necessidade da entrevistada se sentir confortável para falar acerca de um evento emocionalmente conturbado para esta. Nesse sentido, a utilização de termos e expressões dotadas de julgamento ou reprovação acometem o conteúdo das declarações oferecidas. Uma vez que, é natural que ao ser julgada, em alguma

³ Devo argumentar que o poder de identidade é parte integrante do mecanismo de troca de testemunho, devido à necessidade de os ouvintes usarem estereótipos sociais como heurísticas em suas avaliações espontâneas da credibilidade de seu interlocutor. Esse uso de estereótipos pode ser totalmente adequado ou enganoso, dependendo do estereótipo. Notavelmente, se o estereótipo incorpora um preconceito que funciona contra o falante, então duas coisas se seguem: há uma disfunção epistêmica na troca - o ouvinte faz um julgamento indevidamente esvaziado da credibilidade do falante, talvez perdendo conhecimento como resultado; e o ouvinte faz algo eticamente ruim - o falante é injustamente prejudicado em sua capacidade de conhecedor.

medida, aquela pessoa evite relatar alguns detalhes, buscando assim, se ver livre de novas sensações de reprovação. (MATIDA, 2019, p. 8)

Ademais, é dever do entrevistador esclarecer o objetivo da entrevista, bem como a maneira como ela irá se desenrolar. A finalidade do depoimento é a reconstrução dos fatos relevantes para a solução do caso, o que não importa na edição das informações com base no critério de relevância sob a ótica da vítima. Portanto, a melhor forma de proceder é através de um depoimento livre, sem perguntas fechadas, ou capazes de sugerir alguma informação não relatado anteriormente, sem que haja interrupções por parte do interrogador. (MATIDA, 2019, p. 8-9)

Feitos tais esclarecimentos, a alteração advinda da Lei n.º 12.015/2009, a qual passou a denominar Crimes contra a dignidade sexual e crimes contra a liberdade sexual, de fato, caminha no sentido da construção um novo paradigma na estrutura dogmática penal, levando em consideração a vitimização feminina, bem como a condição das mulheres como sujeitos de sua própria sexualidade. Contudo, essa mudança não conseguiu ultrapassar a força cultural das relações de opressão de gênero, as quais consistem nas bases sociais das práticas dos crimes sexuais contra as mulheres. (MENDES; PIMENTEL, 2018, p. 317).

Pode-se afirmar isto, uma vez que o estupro é o crime com o maior índice de subnotificação no mundo. Estudos apontam que somente entre 10% e 35% das vítimas de violência sexual denunciam tais ocorrências. Evidenciando assim, que no Brasil, por exemplo, atualmente ainda prepondera a crença masculina de que o corpo feminino deve estar a mercê dos seus desejos, como se mero objeto fosse, de modo a se conversar a partir de uma essência cultural de vitimização decisivamente influenciado pelo aparato estatal. (MENDES, 2020, p. 132)

A partir de um outro estudo, Janaina Matida afirma que 20% das mulheres agredidas fisicamente pelo marido no Brasil permaneceram silentes, sem relatar a experiência para qualquer pessoa, independente da sua condição de amizade ou até mesmo familiar. (MATIDA, 2019, p. 7)

Já faz algum tempo que a epistemologia feminista tem conhecimento de que os mecanismos de exclusão de gênero e raça determinam à proporção que tomam os valores, as experiências, os objetivos e as interpretações dos grupos dominantes

nos processos de produção do conhecimento nas mais diversas áreas. (MENDES, 2020, p. 48)

Dessa maneira, evidencia-se a gritante e atual necessidade de denúncia no que tange os mecanismos de exclusão de gênero, raça e classe, substanciais para a relevância dada aos valores, às experiências, aos objetivos e às interpretações dos grupos dominantes. Logo, se faz impossível não notar como a lógica colonial de dominação de corpos, almas e episteme são presentes e determinantes no campo das Ciências Criminais. (MENDES, 2020, p. 51)

Em contraposição a este fato, o feminismo demonstra há décadas que a participação feminina no campo científico possui a capacidade de ampliar a perspectiva da própria ciência, de modo a desmascarar a visão tradicional de que pesquisadores são isentos de uma “identidade social”. Pois, os homens não somente a têm, como a preservam de forma a ser decisiva nos resultados das pesquisas realizadas. (MENDES, 2020, p. 51)

Logo, a epistemologia feminista consiste como uma ferramenta de crítica aos aspectos racistas e sexistas da ciência ocidental, demonstrando que a produção do conhecimento, normalmente pressupõe um conceito universal de homem, em regra, branco e heterossexual. Sendo assim, a epistemologia feminista desmascara as noções de objetividade e neutralidade, pois em grande parte, estas são impregnadas por valores masculinos. Sendo assim, o sujeito do conhecimento é considerado como efeito das determinações culturais, de modo que os critérios de objetividade e neutralidade que em tese consistem no caminho para a “verdade” do conhecimento perdem um pouco de relevância, pois ao serem submetidos ao modo feminista de pensar, tais critérios assumem uma dimensão subjetiva, emotiva e intuitiva do conhecimento. Portanto, abandona-se, a ideia, herdada do positivismo, de que a objetividade e a neutralidade são os únicos caminhos válidos para a construção do conhecimento. (MENDES, 2020, p.75)

Logo, muitos passos devem ser dados no caminho de rompimento dessa ideologia, contudo, destaca-se a necessidade uma reflexão atinente ao desenvolvimento dos processos cujo conteúdo seja o de violência de gênero a partir dos conselhos epistêmicos. O Termo conselhos epistêmicos advém justamente desse campo de investigação preocupada com a busca pela verdade, com a finalidade oferecer

critérios racionais para o ajuste das regras processuais de modo a encurtar a distância entre o considerado juridicamente verdadeiro e a realidade objetiva. Em outras palavras, a epistemologia jurídica é o instrumento capaz de realizar os questionamentos necessários ao atual estado de coisas, de modo a nos aproximar de um horizonte probatório mais racional e mais próximo de proposições fáticas correspondentes à realidade. (MATIDA, 2019, p. 8)

Neste diapasão, não se acredita que o caminho para resolução das questões trazidas no presente trabalho seja o distanciamento radical do garantismo, mas sim, de efetivamente submetê-lo, dentro dos limites do Sistema de Garantias (SG), à apreciação das vozes silenciadas de quem tem a liberdade e dignidade humana em jogo, seja ocupando o espaço reservado à vítima, à ré ou à condenada, ou seja, deve-se analisar o processo penal, diante do sistema de garantias, de acordo com a realidade fática e social atual do nosso país. (MENDES, 2020, p.95)

Tendo em vista esse sistema de garantias, as regras fundamentais do jogo processual serão efetivadas e pautadas levando em consideração os princípios inscritos na Carta Maior do nosso ordenamento, os quais deverão ser observados na exata dimensão do peso que possuem. Sendo assim, o peso que cada princípio deverá de assumir não pode deixar de observar os homens e mulheres que vivenciam o sistema penal pátrio, de modo que se deseja que este seja efetivamente garantista, mais do que em um sentido normativo, mas em um sentido libertário. (MENDES, 2020, p.109)

O problema reside justamente neste ponto, uma vez que o sistema de garantias (SG), especificamente no que tange à prova, consiste em uma “espécie de epistemologia aplicada”, na medida em que não pretende elaborar crenças que buscam a verdade, mas, em verdade, de resolver casos, em nosso caso penais, que são levados ao sistema de justiça criminal. (MENDES, 2020, p.108)

Portanto, mediante o exposto, faz-se evidente que o sistema de justiça criminal, do qual o processo é um instrumento, orienta-se a partir de máculas criadas pelo patriarcado. A partir disso que surgem as questões atinentes a desconfiança relacionada à palavra da mulher e a inexistência de uma forma “humanizada” de colheita de seu depoimento quando é vítima, principalmente no que tange os crimes sexuais e de violência doméstica. (MENDES, 2020, p.129)

Nesse sentido, o sistema de justiça criminal exige da vítima tudo que é contrário ao instinto atribuído a esta pela sua psique, por exemplo, o fato da mulher tentar limpar-se, ou tirar de si a sujeira e vestígios decorrentes de um ato de violência, muitas vezes, em decorrência da cultura machista e patriarcal que influencia no processo penal, imputa a ela a equivocadamente a própria responsabilidade pelo ocorrido, ou pelo menos, significa uma maior descrença relativa ao seu depoimento por parte dos apuradores. (MENDES, 2020, p. 139)

Desse modo, destaca-se o seguinte trecho relatado pela doutrinadora Soraia Mendes (2020, p. 139):

Só uma mulher estuprada sabe o que significa sentir-se “imunda”. Mas é isso o que se exige-se dela no processo: que imediatamente após o crime, racionalmente compreenda que a imundície de seu corpo é a prova (no mais das vezes, segundo a doutrina tradicional, a única prova) da violação sofrida.

Finalmente, foram feitos os devidos esclarecimentos, não apenas no que diz respeito aos interrogatórios e responsáveis pela elaboração destes, mas também sobre a falsa ideia de produção de um conhecimento neutro diante da inexistência de “identidade social” por parte dos aplicadores do direito.

Logo, mostrou-se clara a necessidade de uma aproximação do nosso sistema de justiça criminal com a realidade vivenciada pelas mulheres vítimas de violência, tendo em vista que o sistema de garantias é um modelo simplesmente teórico, contudo, sem retirar a importância dessas garantias defendidas por Ferrajoli para a efetivação dos direitos fundamentais individuais e coletivos da nossa sociedade.

4.2 DAS CONSEQUÊNCIA PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS NA OCASIÃO DE FALSAS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA

Neste momento, impende destacar o ofendido como titular de um direito lesado ou que foi posto em perigo. Trata-se da vítima, de modo que suas declarações, indicando a versão que lhe cabe dos fatos, têm natureza probatória, conforme será demonstrado no tópico em debate.

Segundo o disposto pelo próprio Código de Processo Penal, pode-se afirmar que o ofendido não deve ser caracterizado como as demais testemunhas processuais.

Pois na medida em que a figura do ofendido está prevista no Capítulo V, Título VII (Da prova) do CPP; de maneira diversa, a prova testemunhal está estipulada no Capítulo VI (Das testemunhas), também do Título VII. Portanto, ofendido não é testemunha, de modo que este não presta compromisso legal de dizer a verdade, bem como não responde pelo crime de falso testemunho, e não é computado para restringir número máximo de testemunhas no processo. (LIMA, 2020, p. 762)

Nesta senda, o ofendido não é considerado testemunha, e não pode ser tratado como tal. Contudo, é dever deste prestar suas declarações quando possível, sendo qualificado e interrogado sobre as circunstâncias do delito, e acerca de quem presume ser o autor, das provas que tenha conhecimento, devendo todo esse procedimento ser reduzido a termo. (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 713)

Dito isso, ainda que não seja possível responsabilizar o ofendido penalmente pelo delito de falso testemunho, tendo em vista que este não é testemunha, ele poderá responder pelo delito de denúncia caluniosa, nos termos do art. 339, do CP, na hipótese que seja comprovado que este ensejou à instauração de investigação policial, processo judicial, investigação administrativa, ou inquérito civil contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabia inocente. (LIMA, 2020, p. 762)

Em outras palavras, o ofendido não terá o compromisso de dizer a verdade, e caso minta, não responderá pelo crime de falso testemunho de acordo com o art. 342 do CP. Contudo, a vítima pode ser responsabilizada pelo crime de denúncia caluniosa (art. 339, CP), quando proporcionar à instauração de inquérito ou processo contra pessoa que sabia ser inocente. Não cabendo ainda, invocar o direito ao silêncio, salvo se suas declarações puderem incriminá-lo. (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 713)

Sobre a questão, destaca-se o ensinamento trazido por Janaina Matida (2019, p. 9):

Finalmente, a instrução de que as perguntas que versem sobre algum aspecto do evento sobre o qual o entrevistado desconhece, é seu dever e seu direito responder com “não sei”. A entrevista cognitiva tem o propósito de recuperar os fatos através do cuidadoso acesso à memória de alguém e, como tal, pode esbarrar em limites: o entrevistado deve dividir somente o que viveu, ou viu, e nada além disso. A busca pela verdade (ou pela determinação acurada dos fatos) não transige com os modelos de story telling, nos quais a riqueza narrativa - ainda que falsa - seja elevada a uma característica desejável.

Superado este ponto, prevalece o entendimento que o ofendido está obrigado a comparecer sempre que adequadamente intimado. Sendo assim, a sua ausência

injustificada poderá ensejar a realização da condução coercitiva, determinada pelo magistrado ou pela autoridade policial, nos termos do art. 201, §1º, do CPP, bem como acarretar uma eventual responsabilidade por desobediência. (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 713)

Logo, a autoridade pode determinar a condução coercitiva da vítima, nas hipóteses em que o ofendido tenha sido intimado para prestar suas declarações e acabe não comparecendo. De modo que tal condução coercitiva pode ser pretendida, até mesmo, com a finalidade de realização de exame pericial, com exceção dos casos em que exame for invasivo, como ocorre nos exames de corpo de delito nos crimes de estupro, hipótese na qual sua realização está condicionada à anuência da vítima. (LIMA, 2020, p. 762)

Ademais, a oitiva do ofendido deve se concretizar sob o crivo do contraditório, como toda e qualquer prova produzida na fase judicial, sob pena de violação ao disposto do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Contudo, com a finalidade de que não haja qualquer constrangimento perante o ofendido por parte do réu ou de outrem, deve ser reservado a este, um espaço separado, não apenas durante a realização da audiência, mas também antes de seu início. (LIMA, 2020, p. 763)

Portanto, em suma, o ofendido não é considerado testemunha, e não pode ser tratado como tal. De modo que, não é possível responsabilizar o ofendido penalmente pelo delito de falso testemunho, contudo, este poderá responder pelo delito de denunciação caluniosa, nos termos do art. 339, do CP, quando restar comprovado que este ensejou à instauração de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabia inocente.

4.3 A VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA

Finalmente, deve-se abordar especificamente a questão referente à valoração da palavra da vítima, diferenciando o modo pelo qual essa valoração se dá nos crimes sexuais e nos demais crimes.

Logo, tendo em vista o sistema da livre persuasão racional do juiz, o valor probatório das declarações do ofendido é considerado relativo. Contudo, nos crimes cometidos

às ocultas, a palavra da vítima ganha um maior destaque, o que não significa que seu valor passa a ser absoluto. É a hipótese, por exemplo, dos crimes contra a dignidade sexual, geralmente cometidos em locais isolados, sem a presença de testemunhas, além dos crimes cometidos no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, nos quais as declarações da vítima se revestem de especial relevância. (LIMA, 2020, p. 763)

Neste diapasão, o STJ possui jurisprudência firmada no sentido de que, nas hipóteses que tratem de crimes sexuais, habitualmente cometidos às ocultas, a palavra da vítima possui maior relevância, desde que esteja em conformidade com as demais provas acostadas aos autos. Desse modo:

STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 1.275.114/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 21/08/2018, DJe 03/09/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.245.796/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 07/08/2018, DJe 17/08/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg nos EDcl no AREsp 1.147.225/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 02/08/2018, DJe 15/08/2018. 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. Nesse sentido: STJ, 6ª Turma, AgRg nos EDcl no AREsp 1.256.178/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 22/05/2018, DJe 04/06/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.225.082/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 03/05/2018, DJe 11/05/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.236.017/ES, Rel. Min. Felix Fischer, j. 05/04/2018, DJe 11/04/2018

Ainda nesse sentido, a Secretaria de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, através da edição 111 de Jurisprudência em Teses (STJ/2018), com o tema Provas no Processo Penal, estabelece que, em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, sendo capaz de ensejar a condenação do acusado, desde que esteja em consonância com as demais provas dos autos.

Ademais, o ofendido é nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 157): “sujeito passivo ou a vítima do crime, ou seja, a pessoa que teve diretamente o seu interesse ou bem jurídico violado pela prática da infração penal”.

Sendo assim, a vítima consiste no sujeito passivo do delito, devendo o magistrado sempre buscar que este tenha direito a prestar suas declarações no processo, nos termos do art. 201 do Código de Processo Penal. Veja:

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

Logo, ainda que o ofendido seja um sujeito interessado diretamente no processo, as declarações deste não devem ser consideradas como parciais ou distorcidas. De modo que caberá ao julgador analisar o caso concreto, levando em consideração todas as circunstâncias. (NUCCI, 2011, p. 159)

Portanto, caberá ao magistrado analisar a verossimilhança entre os fatos alegados pelo ofendido e as demais provas produzidas, de modo que se acredita que se a vítima não apresenta desvios em sua personalidade, ela não seria capaz de acusar um inocente da prática de um delito sem que isso fosse verdade.

Nesse esteio, cita-se, por exemplo, o julgado a seguir:

[...] Em termos de prova convincente, a palavra da vítima, evidentemente, prepondera sobre a do réu. Esta preponderância resulta do fato de que uma pessoa, sem desvios de personalidade, nunca irá acusar um inocente da prática de um delito, quando isto não ocorreu. E quem é acusado, em geral, procura fugir da responsabilidade de seu ato. Portanto, volto a dizer, tratando-se de pessoa idônea, não se poderá imaginar que ela vá mentir em Juízo e acusar um inocente. [...] (TJ/RS, Primeira Câmara Criminal, Apelação Crime Nº 70076535996, Rel. Sylvio Baptista Neto, julgado em 18/04/2018)

De outro modo, uma característica própria dos crimes cometidos contra a mulher é a clandestinidade. Frequentemente, estes são realizados sem a presença de terceiros, de modo que a reconstrução dos fatos se torna mais difícil. De modo que se faz necessária uma atenção redobrada na colheita das declarações do ofendido. (MATIDA, 2019, p. 93)

Nesse mesmo sentido, os crimes contra a dignidade sexual, geralmente, se materializam na obscuridade, dificultando assim, não apenas o depoimento da vítima, mas também a produção de outras provas, sendo assim, necessário dar uma maior atenção à palavra da vítima. Pretendendo então, não apenas proteger a pessoa ofendida, mas garantir também que o acusado não venha ser condenado injustamente, ferindo assim, os princípios penais da presunção de inocência e do in dubio pro reo. Portanto, a palavra da vítima deve ser incontestável e coerente com os demais elementos probatórios colhidos na investigação, como por exemplo, provas materiais do crime, laudos psicológicos ou exame de corpo delito. (GRECO FILHO, 2015).

Portanto, o problema existente nos casos de violência doméstica e crimes sexuais é o fato de ser muito comum que a única prova disponível seja o relato da própria vítima, pois são violências que normalmente ocorrem sem a presença de terceiros

que possam corroborar com aquele relato, de modo a tornar ainda mais complexo nos tipos de violência que não deixem nenhum tipo de vestígio físico. (O VALOR PROBATÓRIO DA PALAVRA DAS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E SEXUAL, 2020)

Feitos tais esclarecimentos, pode-se afirmar que o depoimento da vítima é de crucial importância para o processo. Ademais, sua relevância se faz evidente, uma vez que essas declarações são consideradas um meio de prova. Contudo, tendo em vista que a vítima sofre as consequências do delito, inevitavelmente surge desta, o interesse de que o acusado seja responsabilizado criminalmente, sendo lógico que seu depoimento seja prestado de forma um tanto tendenciosa, por este motivo, o depoimento do ofendido tem que ser muito bem estudado e observado, e é desvalorizado quando comparado com o depoimento de uma testemunha.

Segundo Greco Filho (2015) sobre o assunto:

No processo penal é importantíssimo o depoimento do ofendido, visto que, a vítima do fato criminoso, está carregada de sentimentos contrários ao acusado, em grande número de casos é de importância decisiva para o reconhecimento da verdade e a própria convicção da existência do crime, cabendo ao juiz a cautela de distinguir as situações.

Sendo assim, em suma, o conteúdo das declarações do ofendido, uma vez que parte de pessoa diretamente interessada, necessita de uma maior cautela em sua análise. Apesar disso, não há dúvidas que tais declarações consistem em meio de prova, sendo ainda mais fundamentais em crimes de pouca visibilidade, que ocorrem às escuras, como, por exemplo, nos crimes sexuais. (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 714)

Finalmente, nos crimes sexuais, a palavra da vítima é, de fato, a principal prova no processo penal, no sentido de possibilitar uma reconstrução fática, bem como uma verdade processual. Logo, as declarações do ofendido devem ser respeitadas nos parâmetros de dignidade que a todos e todas devem ser garantidos, desde a investigação preliminar até o final do processo. (MENDES, 2020, p. 132)

Portanto, mediante o exposto, resta claro que o depoimento de vítimas de estupro ou de assédio sexual tem um grande valor probatório no processo penal. Pois, diferentemente dos demais crimes, os primeiros, normalmente, ocorrem na clandestinidade, sem a presença de testemunhas. Inclusive, é nesse sentido

o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento de casos que envolvem os chamados crimes contra a liberdade sexual, fixados no Código Penal. Concluindo, através das informações e dados coletados, acredita-se que a valoração especial da palavra da vítima nos crimes sexuais seria, de fato, compatível com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Pois, ainda segundo o sistema de garantias do doutrinador italiano, haveria uma discricionariedade atribuída ao juiz, exigindo deste a realização escolhas interpretativas pautadas em juízos de valor, uma vez que a aplicação e interpretação dos dispositivos legais não consistem em atividades meramente cognitivas.

De modo que, deve-se proteger a mulher, posto que a não incidência dessa valoração especial às declarações da vítima, pela própria natureza do crime, acarretaria um maior índice de impunidade aos praticantes do delito, sendo praticamente garantido que não haverá uma responsabilização penal dos homens, nas situações em que estes cometam o crime isoladamente, sem a presença de outras testemunhas. Violando então, o próprio sistema de garantias, mediante o desrespeito aos direitos fundamentais individuais e coletivos.

Contudo, isso não significa que o presente trabalho defende a possibilidade de uma condenação lastreada exclusivamente na palavra da vítima. Muito pelo contrário. Apesar da compatibilidade de uma valoração especial da palavra da vítima com o sistema de garantias, uma eventual condenação deverá levar em consideração os demais elementos probatórios acostados nos autos, devendo haver uma compatibilidade entre o que foi dito pelo ofendido e a provas produzidas. De modo que, caberá ao magistrado analisar casuisticamente aquela situação, realizando a verossimilhança entre as declarações e a realidade fática processual.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante o exposto, foram estabelecidos alguns parâmetros acerca da valoração especial da palavra da vítima, no crime de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal, e a sua compatibilidade com o sistema de garantias de Luigi Ferrajoli. Não deixando de analisar, logicamente, a possibilidade ou não de uma condenação do réu lastreada exclusivamente nas declarações do ofendido em tais situações.

Nesse passo, a elaboração do presente trabalho partiu da hipótese inicial de que seria impossível a condenação por crime de estupro lastreada exclusivamente na palavra da vítima, uma vez que incompatível com o sistema de garantias defendido pelo doutrinador italiano. De modo que, ainda que o método hipotético-dedutivo viabilizasse uma eventual mudança deste entendimento, permaneceu-se com o mesmo pensamento.

Pois, ainda que a valoração especial da palavra da vítima nos crimes sexuais se mostre compatível com o garantismo de Ferrajoli, diante da necessidade de proteção da mulher nesses casos em que a vítima está em uma posição de vulnerabilidade e hipossuficiência probatória, a viabilização de uma condenação pautada exclusivamente nas declarações do ofendido não estaria em consonância com o processo penal garantista.

Condenar com base, apenas, na palavra da vítima, significa atribuir um poder probatório muito grande para as mulheres, consistindo em um verdadeiro excesso. Por mais que a produção probatória seja mais difícil para a vítima, nos crimes sexuais, há possibilidade de o magistrado verificar a verossimilhança entre o que foi dito pelo ofendido e os demais elementos probatórios, devendo nessas hipóteses, ocorrer a condenação do acusado.

O garantismo pretende efetivar os direitos fundamentais coletivos e individuais, sendo a condenação baseada exclusivamente na palavra da vítima uma violação destes. Contudo, a valoração especial dos depoimentos do ofendido consiste em um verdadeiro instrumento de segurança para esses direitos, diante da própria natureza dos crimes sexuais, sendo necessária para combater uma possível impunidade dos responsáveis por aqueles delitos.

Portanto, feitos tais esclarecimentos, foi possível chegar às seguidas conclusões:

- A. A estrutura patriarcal brasileira e, conseqüentemente, do sistema de justiça criminal desencoraja a denúncia do crime de estupro por parte das vítimas mulheres.
- B. Não havendo um manifesto consenso da vítima para realização do ato sexual, estaria presente o dissenso desta, configurando assim, o crime de estupro previsto no artigo 213 do Código Penal.
- C. O bem jurídico tutelado pelo artigo 213 do Código Penal é a liberdade sexual. Contudo, deve-se ter em vista uma análise mais profunda ainda, de modo que o estupro viola a própria dignidade sexual da vítima, sendo uma violação reflexa da dignidade da pessoa humana.
- D. Homens e mulheres podem ser tanto sujeito passivo como ativo do crime de estupro. Deixando assim, de ser um crime bi-próprio, conforme entendia a doutrina clássica.
- E. Prática estupro o marido ou companheiro que constrange a própria mulher ou companheira a manter com ele conjunção carnal, praticar ou permitir a realização de ato libidinoso diverso, mediante violência física ou grave ameaça.
- F. Não há a necessidade de introdução do pênis no corpo da mulher para a caracterização do estupro, de modo que ainda que não haja ereção peniana, faz se possível que o homem pratique atos libidinosos diversos com a vítima, a exemplo da masturbação, de modo que estará consumado estará o crime do art. 213 do Código Penal.
- G. 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.
- H. O garantismo penal consiste em um modelo ideal e, de certo modo, utópico, pois sua realização integral se mostra muito difícil na realidade fática. Logo, trata-se de um modelo de dever ser.

- I. A interpretação da lei não consiste em uma atividade meramente cognitiva, sendo necessário que o juiz a escolha a respeito de hipóteses interpretativas alternativas. De modo que essa escolha será dotada de uma discricionariedade diante do grau de indeterminação da previsão legal.
- J. Sistema Garantista defendido por Ferrajoli possui pilares firmados sobre estes dez axiomas fundamentais, de modo que, estes, uma vez ordenados, conectados e harmonizados sistematicamente, determinam as “regras do jogo fundamental” que se incumbe o Direito Penal e o Direito Processual Penal.
- K. O principal objetivo de todo o arcabouço garantista é limitação da violência, independentemente da sua origem, seja ela advinda dos particulares, ou produzida pelo próprio Estado. Logo, Ferrajoli propõe um duplo fim ao Direito Penal: prevenir a violência decorrente de crimes cometidos por particulares, e simultaneamente, combater a violência advinda das penas autoritárias e excessivas.
- L. Constituição Federal brasileira é garantista e funda suas bases nos princípios ordenadores de um Estado Social e Democrático de Direito, contudo, a teoria garantista não existe apenas para proteção de interesses e direitos fundamentais individuais.
- M. Resumidamente, os meios de prova consistem nos instrumentos através dos quais se conduzem os elementos probatórios ao processo, sendo estes aptos a revelar ao juiz a verdade acerca de determinado fato.
- N. O processo penal deverá construir uma verdade judicial, ainda que prévia e imperfeita. Sendo assim, o processo formará uma verdade do tipo jurídica, a qual poderá ou não corresponder à verdade histórica, mas cuja pretensão consiste em estabilizar as situações conflituosas discutidas no âmbito processual.
- O. A convicção do juiz é criada livremente, porém, simultaneamente, ela está condicionada aos fatos e às provas obtidas por meios lícitos. Logo, o juiz não é um escravo da lei, sendo permitida a formação do seu próprio convencimento, ao mesmo tempo que não lhe é autorizado realizar uma avaliação indiscriminada dos fatos.

- P. O posicionamento doutrinário pátria caminha no sentido de que somente a declaração da vítima prestada em juízo não possui condão de condenar ou imputar uma prática delituosa a um determinado indivíduo. Nessas situações, serão necessárias também outras provas que corroborem com tais declarações.
- Q. As declarações do ofendido podem ser determinantes quando se tratar de crimes cometidos às escondidas, sem a presença de testemunhas, como ocorre com os crimes contra a dignidade sexual.
- R. A valoração especial da palavra da vítima nos crimes de estupro se mostra compatível com o sistema de garantias penais e processuais penais defendido por Ferrajoli.
- S. A proteção do direito das mulheres não deve ser eivada pelo esgotamento da presunção de inocência, através da aquiescência irracional de se aceitar acriticamente afirmações obtidas em ambiente impróprio para a devida apuração dos fatos.
- T. O ofendido não é considerado testemunha, de modo que não presta compromisso legal de dizer a verdade, bem como não responde pelo crime de falso testemunho, contudo ele poderá responder pelo delito de denunciação caluniosa, nos termos do art. 339, do CP.
- U. Uma eventual condenação lastreada exclusivamente na palavra da vítima não é compatível com o processo penal garantista, de modo que deverá levar em consideração os demais elementos probatórios acostados nos autos, devendo haver uma compatibilidade entre o que foi dito pelo ofendido e a provas produzidas.
- V. Deve haver uma valoração especial das declarações da vítima nos delitos sexuais, pela própria natureza e peculiaridades do crime, pois a sua não consideração acarretaria um elevado índice impunidade aos praticantes do delito.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo Thomson Reuters Brasil. 2020.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Reforma Penal Material de 2009: Crimes sexuais, Sequestro relâmpago, Celulares nas prisões**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2010.
- _____. **Tratado de Direito Penal: Crimes contra a pessoa**. v.2. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Saraiva. 2017.
- _____. **Tratado de Direito Penal: Crimes contra dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. v. 4. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Saraiva. 2016.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF. Senado. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24/05/2021.
- _____. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Brasília/DF. Senado. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 24/05/2021.
- _____. **Código Penal Brasileiro**. Brasília/DF. Senado. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 24/05/2021.
- _____. **Lei nº 11.340. Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. Brasília/DF. Senado. 2006. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 24/05/2021.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **Jurisprudência em Teses. Provas No Processo Penal II**. n. 111. out. 2018. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%20111%20-%20Provas%20no%20Processo%20Penal%20-%20II.pdf>. Acesso em: 14 jun.2021.
- CHARAM, Isaac. **O estupro e o assédio sexual: Como não ser a próxima vítima**. Rio de Janeiro. Rosa dos Tempos. 1997.
- CORREIA, Thaize de Carvalho. **A implementação da mediação no processo penal brasileiro: A urgência da (enfim) adoção do sistema acusatório**. Tese. Doutorado em Direito. 2020. Universidade Federal da Bahia, Salvador. Orientador: Prof. Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/33215/1/THAIZE%20DE%20CARVALHO%20CORREIA%20-%20TESE%20-%20FINALIZADA%20e%20REVISADA.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2021.
- COSTA, Oswaldo Poll; VERAS NETO, Francisco Quintanilha. **Garantismo à brasileira: uma análise crítica à luz da aplicação do princípio da insignificância**. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, vol. 61, n. 3, set./dez. Curitiba. 2016. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46467/29839>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

DELMANTO, Celso. et. al. **Código Penal Comentado**. 5 ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2000.

DUCLERC, Elmir. Sigilos constitucionais, prova ilícita e proporcionalidade. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. 2016. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/10>>. Acesso em: 14 jun. 2021.

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

FERREIRA, Débora. **O crime de estupro em seu contexto histórico**. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/78228/o-crime-de-estupro-em-seu-contexto-historico>>. Acesso em: 08 abr. 2021.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integrado). *In: Garantismo penal integrado*. Orgs. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. 2. ed. rev., ampl., atual. Editora Juspodivm, 2010.

FISCHER, Douglas. Garantismo Penal Integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: Breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, n. 28, mar. 2009, Porto Alegre. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 27 maio. 2021.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: A vontade de saber**. trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque, J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro, Graal, 1988.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade II: O uso dos prazeres** / Michel Foucault. trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque, J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro, Graal, 1988.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. v.II, São Paulo. Livros Jurídicos. 1962.

FREITAS, Marisa Helena D. A. de; MANDARINO, Renan Posella; ROSA, Larissa. Garantismo Penal para Quem? O Discurso Penal Liberal Frente à sua Desconstrução pela Criminologia. **Revista Sequência**, n. 75, abr. 2017. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/seq/n75/0101-9562-seq-75-00129.pdf> >. Acesso em: 27/04/2021.

FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power & the Ethics of Knowing**. New York. Oxford. 2007.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo penal**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo penal**, 11ª edição. Saraiva, 5/2015. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788502219588/cfi/256!/4/4@0.00:0.00-%3E%20>>. Acesso em: 23 mai. 2021

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. v. III, 7. ed. Rio de Janeiro. Impetus. 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. v. III, 14. ed. Rio de Janeiro. Impetus. 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. Niterói: Impetus, 12^a. ed., 2010.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. v. 3. 5. ed. Revista Forense. Rio de Janeiro. 1981.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte especial**. 12 ed. São Paulo. Saraiva. 1998.

JÚNIOR BADÊ, Americo. SENNA, Gustavo. Garantismo e (Des)lealdade processual. *In: Garantismo penal integrado*. Orgs. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. 2. ed. rev., ampl., atual. Editora Juspodivm, 2010.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed., revi. e atual. Editora Saraiva. 2012.

_____. _____. 16. Ed. São Paulo. Saraiva. 2019.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. Editora Atlas. 2009.

MESTIERI, João. **Do Delito de Estupro**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais. 1982.

MATIDA, Janaina. O que deve significar o especial valor probatório da palavra da vítima nos crimes de gênero. **Coluna Elas no Front**. 2019.

_____. A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito à presunção de inocência. **Revista Violência de gênero: temas polêmicos e atuais**. 2019. Disponível em:

<https://www.academia.edu/40712327/A_determina%C3%A7%C3%A3o_dos_fatos_nos_crimes_de_g%C3%AAnero_entre_compromissos_epist%C3%AAmicos_e_o_respeito_%C3%A0_presun%C3%A7%C3%A3o_de_inoc%C3%AAncia>. Acesso em: 15 de jun. 2021

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**, v.2, n. 13, Jun., Brasília. 1999. Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 8, 2004, p. 131-142.

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

_____; PIMENTEL, Elaine C. A violência sexual: a epistemologia feminista como fundamento de uma dogmática penal feminista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 146, p. 305-328. São Paulo: RT, 2018.

_____; SANTOS, Michelle Karen Baptista dos. De vítima à sujeito da própria história: possibilidades de aplicação da justiça restaurativa no Brasil em casos de violência contra a mulher. *In: Justiça Restaurativa*. VALOIS, Luiz Carlos; SANTANA, Selma; MATOS, Taysa; ESPIÑEIRA, Brunno (org.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo, Editora Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002.

_____. **Crime contra a dignidade sexual**: as alterações trazidas pela Lei 12.015/2009. 2014. Disponível em: <[https://guilhermenucci.com.br/crimes-contra-dignidade-sexual-alteracoes-trazidas-pela-lei-12-0152009/#:~:text=Newsletter-,Crimes%20contra%20a%20dignidade%20sexual%3A%20as,tra%20pela%20Lei%2012.015%2F2009&text=A%20primeira%20positiva%20modifica%C3%A7%C3%A3o%20introduzida,crimes%20contra%20a%20dignidade%20sexual.&text=213\)%2C%20dos%20crimes%20de%20estupro%20e%20atentado%20violento%20ao%20pudor](https://guilhermenucci.com.br/crimes-contra-dignidade-sexual-alteracoes-trazidas-pela-lei-12-0152009/#:~:text=Newsletter-,Crimes%20contra%20a%20dignidade%20sexual%3A%20as,tra%20pela%20Lei%2012.015%2F2009&text=A%20primeira%20positiva%20modifica%C3%A7%C3%A3o%20introduzida,crimes%20contra%20a%20dignidade%20sexual.&text=213)%2C%20dos%20crimes%20de%20estupro%20e%20atentado%20violento%20ao%20pudor)>. Acesso em: 12 abr. 2021.

_____. **Crimes contra a dignidade sexual**: Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2009.

_____. **Provas no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

O VALOR PROBATÓRIO DA PALAVRA DAS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E SEXUAL. Fernanda Furtado. IBADPP CAST. 2020. Podcast. (6:40min). Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/5xRK8NS9stpcs0Rm8Q7Urr?si=GvsFaSWjQpmXj_X33ZteEg>. Acesso em: 27 maio 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Editora Lumen Juris. 2009.

_____. _____. 21. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo. Atlas. 2017.

PINHO, Ana Claudia Bastos. Garantismo Penal: Ferrajoli por Ferrajoli, colocando os pingos nos is. **Revista Consultor Jurídico**. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/ana-claudia-pinho-garantismo-penal-ferrajoli-ferrajoli>>. Acesso em: 14 jun. 2021

PORTUGAL, Daniela Carvalho. Até que a morte os una: casamento e violência sexual no Código Penal brasileiro. *In: Novas perspectivas das ciências criminais: estudos em homenagem à professora Maria Auxiliadora Minahim*. PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; MELLO, Sebastian de Albuquerque; COELHO, Yuri Carneiro. (Orgs.). 1.ed.Salvador: Juspodivm, 2018, v. I, p. 81-101.

POSTERLI, Renato. **Transtornos de preferência sexual**. Belo Horizonte. Del Rey. 1996.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2001.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 18. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos / Alexandre Morais da Rosa. — 1. Ed. — Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. ed. v. 1. São Paulo. Saraiva. 2007.