

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

MARIA ALICE CABRAL DUTRA MENEZES DE ANDRADE

**PROVAS NO PROCESSO PENAL: UM OLHAR SOBRE A
VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA DE MENORES VÍTIMAS DE ABUSO
SEXUAL**

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

SÃO PAULO

2022

MARIA ALICE CABRAL DUTRA MENEZES DE ANDRADE

**PROVAS NO PROCESSO PENAL: UM OLHAR SOBRE A
VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA DE MENORES VÍTIMAS DE ABUSO
SEXUAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da **Prof.^a Maria Eugenia Ferreira da Silva Rudge Leite.**

SÃO PAULO

2022

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

de Andrade, Maria Alice Cabral Dutra Menezes
Provas no processo penal: um olhar sobre a
vitimização secundária de menores vítimas de abuso
sexual / Maria Alice Cabral Dutra Menezes de
Andrade. -- São Paulo: [s.n.], 2022.
43p ; cm.

Orientador: Maria Eugenia Ferreira da Silva
Rudge Leite.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) --
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
Graduação em Direito, 2022.

1. Provas. 2. Processo penal. 3. Vitimização
secundária. 4. Estupro de vulnerável. I. Leite,
Maria Eugenia Ferreira da Silva Rudge. II.
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
Graduação em Direito. III. Título.

CDD

MARIA ALICE CABRAL DUTRA MENEZES DE ANDRADE

**PROVAS NO PROCESSO PENAL: UM OLHAR SOBRE A
VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA DE MENORES VÍTIMAS DE ABUSO
SEXUAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo, como pré-requisito para obtenção
do título de Bacharel em Direito, sob a
orientação da **Prof.^a Maria Eugenia
Ferreira da Silva Rudge Leite.**

Data da Aprovação:

Banca Examinadora:

SÃO PAULO

2022

À comunidade da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo pelo apoio permanente.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer à Deus, por me abençoar em tantos âmbitos da minha vida, mas, principalmente, por colocar tantas pessoas especiais no meu caminho.

Ao meu pai, José Roberto, e à minha mãe, Maria de Lourdes, agradeço por terem me criado com uma educação baseada na honestidade, amor, respeito e liberdade, sempre me incentivando a ter minhas próprias convicções. Vocês são meus primeiros e maiores exemplos, não porque acertaram em tudo, mas porque sempre tiveram humildade e resiliência para tentar novamente, me ensinando, assim, que sempre há tempo para se redescobrir, se reinventar, levantar a cabeça, ir à luta e tentar de novo.

Ainda, não poderia deixar de agradecê-los por sempre apoiarem meus sonhos e não medirem esforços para que eles se realizem. Ter vocês como meus pais é minha maior alegria.

Ao meu padrinho Renato Cabral, por ser minha maior inspiração, tanto como pessoa, quanto como profissional, me ensinando, através do exemplo, sobre determinação, resiliência, dedicação e ética.

Às minhas amigas, Carolina Ferraz e Manuela Inati, por serem meu refúgio perante as dificuldades enfrentadas nesses cinco anos de curso, vocês foram fundamentais para o meu crescimento pessoal e acadêmico durante esse período.

À minha amiga Mariana Bonuccelli, por mais uma fase da vida que concluímos juntas, sempre apoiando uma à outra.

Por fim, gostaria de agradecer aos meus avós Alice, Mário e José Menezes, que, embora não estejam mais aqui para celebrar esta conquista comigo, foram as pessoas que mais me ensinaram sobre a força do amor, da resiliência e do respeito ao próximo. Carregarei estes ensinamentos para sempre em meu coração.

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo analisar o papel das provas no Processo Penal para a vitimização secundária do menor vítima de abuso sexual. Em um primeiro momento, foram conceituados o crime de estupro de vulnerável e as provas no Processo Penal. Posteriormente, foram explicados os conceitos de vitimização primária e secundária. Por fim, concluiu-se que o método tradicional de inquirição das vítimas é um dos principais causadores da revitimização dos menores, ao passo que a Escuta Protegida, trazida pela Lei nº 13.431/17 ajuda a mitigar os efeitos do referido dano secundário.

Palavras-chave: Provas; Processo Penal; Vitimização Secundária; Estupro de Vulnerável; Escuta Protegida.

ABSTRACT

The present work aimed to analyze the role of evidence in the Criminal Procedure for the secondary victimization of the minor victim of sexual abuse. At first, the crime of rape of the vulnerable and the evidence in the Criminal Procedure were conceptualized. Subsequently, the concepts of primary and secondary victimization were explained. Finally, it was concluded that the traditional method of questioning victims causes the re-victimization of minors, while Protected Listening, introduced by Law n° 13.431/17, helps to mitigate the effects of said secondary damage.

Keywords: Evidence; Criminal Procedure; Secondary Victimization; Statutory Rape; Protected Listening.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
Prof.	Professor
Nº	Número
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	ESTUPRO DE VULNERÁVEL	11
2.1	Conceito	11
2.2	Bem jurídico tutelado	12
2.3	Elementos do tipo	12
2.4	Elemento subjetivo	14
2.5	Consumação e tentativa	14
3	PROVAS NO PROCESSO PENAL	16
3.1	Conceito e objeto	16
3.2	Classificação das provas	17
3.3	Provas emprestadas	18
3.4	Provas cautelares, antecipadas e irrepetíveis	18
3.5	Ônus da prova	19
3.6	Sistema de avaliação de provas	20
3.7	Meios de prova	21
4	A VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA	29
5	ANÁLISE DO PAPEL DAS PROVAS NA VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA DO MENOR VÍTIMA DE ESTUPRO	33
5.1	Considerações Iniciais	33
5.2	Depoimento Especial – Lei nº 13.431/17	35
6	CONCLUSÃO	39
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	40

1 INTRODUÇÃO

Segundo dados da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos¹ (ONDH), nos primeiros 5 (cinco) meses de 2022 foram registradas 7.447 denúncias de estupro, sendo que cerca de 79% dessas denúncias tinham como vítima crianças ou adolescentes.

Diante deste cenário, o presente trabalho tem como objetivo analisar a relação entre as provas no Processo Penal e a vitimização secundária de crianças e adolescentes vítimas de estupro de vulnerável. Tal análise será feita a partir do estudo dos seguintes temas: crime de estupro de vulnerável; provas no Processo Penal; vitimização primária e secundária; e depoimento especial.

Desse modo, esta monografia está dividida em 6 (seis) capítulos: o primeiro sendo a introdução aqui relatada, que faz uma breve exposição do conteúdo do trabalho; o segundo capítulo aborda o crime de estupro de vulnerável, seu conceito, elementos, bem jurídico, entre outros; o capítulo três versa sobre a teoria geral da prova no processo penal; o quarto capítulo, por sua vez, trata da definição e dos desdobramentos das vitimizações primárias e secundárias; o capítulo cinco traz a análise do papel das provas na revitimização do menor vítima de estupro; por fim, o sexto capítulo conclui a dissertação.

¹ GOV.BR, 2022.

2 ESTUPRO DE VULNERÁVEL

2.1 Conceito

Antes das modificações trazidas pela Lei 12.015/2009, o estupro cometido contra indivíduos sem capacidade de consentir, com violência ficta, integrava o art. 213 do CP, que nesses casos era interpretado juntamente com o art. 224 do mesmo diploma, segundo o qual a violência era presumida se a vítima: não fosse maior de quatorze anos; fosse alienada ou débil mental, e o agente conhecesse esta circunstância; ou se não pudesse oferecer resistência, por qualquer outra causa.

Assim, de acordo com Guilherme de Souza Nucci, o legislador estabeleceu, por meio do art. 224:

a chamada presunção de violência, ou seja, se tais pessoas, naquelas situações retratadas no art. 224, não tinham como aceitar a relação sexual, pois incapazes para tanto, naturalmente era de se presumir tivessem sido obrigadas ao ato. Logo, a conduta do agente teria sido violenta, ainda que de forma indireta².

Com a criação do tipo penal do art. 217-A, passou a falar-se em condição de vulnerabilidade da vítima, que não pode ser confundida com a presunção de violência. A vulnerabilidade não está ligada à capacidade da vítima de consentir, ou à sua maturidade sexual, mas sim à situação de maior fragilidade em que ela se encontra.

Nas palavras de Fernando Capez:

Uma jovem menor, sexualmente experimentada e envolvida em prostituição, pode atingir à custa desse prematuro desenvolvimento um amadurecimento precoce. Não se pode afirmar que seja incapaz de compreender o que faz. No entanto, é considerada vulnerável, dada a sua condição de menor sujeito à exploração sexual. Por esse motivo, não se confundem a vulnerabilidade e a presunção de violência da legislação anterior. São vulneráveis os menores de 18 anos, mesmo que tenham maturidade prematura. Não se trata de presumir incapacidade e violência. A vulnerabilidade é um conceito novo muito mais abrangente, que leva em conta a necessidade de proteção do Estado em relação a certas pessoas e situações.³

São considerados vulneráveis os menores de 14 anos, enfermos ou deficientes mentais, que não tenham o discernimento necessário para a prática do ato, ou outra pessoa que, por qualquer causa, não possa oferecer resistência.

² NUCCI, 2021, p. 55.

³ CAPEZ, 2022, p. 40.

Ainda, existem duas espécies de vulnerabilidade: vulnerabilidade absoluta, presente nos menores de 14 anos e contemplada na hipótese de estupro de vulnerável; e vulnerabilidade relativa, que compreende os menores de 18 anos e maiores de 14 anos.

Por fim, tendo em vista que o estupro de vulnerável é um tema extremamente extenso, motivo pelo qual, no presente trabalho, será contemplada só a hipótese de vulnerabilidade disposta no art. 217-A, *caput*, do CP, qual seja, o menor de quatorze anos.

2.2 Bem jurídico tutelado

No crime de estupro de vulnerável, o bem jurídico tutelado é a dignidade sexual do menor de quatorze anos, não podendo se falar em proteção da liberdade sexual deste, uma vez que, nas palavras de Bitencourt, “se reconhece que não há a plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza a vulnerabilidade”.⁴

Embora não possa se falar em liberdade sexual por parte dos vulneráveis, o tipo penal em questão pretende proteger sua liberdade futura, isto é, visa assegurar o desenvolvimento normal da personalidade, uma vez que o crime de estupro de vulnerável atinge diretamente a integridade física e psíquica do menor. Assim, o objetivo é que a criança cresça sem traumas e possa, quando adulto, decidir livremente sobre seu comportamento sexual.

Nesse sentido, Luciane Potter leciona que:

nos crimes sexuais que envolvem crianças e adolescentes, mais do que a liberdade sexual, são violadas também a integridade física, psíquica e dignidade da pessoa humana, pois a sexualidade em crianças e adolescentes ainda se encontra em desenvolvimento, não se podendo, conseqüentemente, falar em “liberdade sexual ou em autonomia para determinar seu comportamento no âmbito sexual”.⁵

2.3 Elementos do tipo

2.3.1 Ação nuclear

⁴ BITENCOURT, 2021, p. 58.

⁵ POTTER, 2019, p. 166/167.

O caput do art. 217-A do CP traz duas condutas típicas:

(i) **ter conjunção carnal**, isto é, a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher, sendo importante ressaltar que, no crime de estupro de vulnerável, é perfeitamente admissível que uma mulher constranja menor de quatorze anos mantendo com ele conjunção carnal;

(ii) **praticar outro ato libidinoso**, consistente em outras formas de realização do ato sexual, e podendo ocorrer tendo ou a mulher ou o homem como seus sujeitos ativos e passivos.

De acordo com Bitencourt⁶, o crime em questão se diferencia dos tipificados nos arts. 213 e 215, pois no primeiro (art. 213) é necessária a violência sexual, e no segundo (art. 215) há o emprego de meio fraudulento, de sorte que no tipo em estudo haverá somente a prática sexual com um indivíduo vulnerável.

Ainda, este doutrinador ensina que “o fundamento da incriminação do estupro de vulnerável reside na presumida incapacidade do indivíduo de autodeterminar-se (e, conseqüentemente consentir) relativamente ao exercício da sexualidade”⁷.

2.3.2 *Sujeito ativo*

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime em análise, uma vez que se trata de um crime comum.

Além disso, interessante acrescentar que o menor de 18 anos também pode ser sujeito ativo, sendo que, para Fernando Capez, “na hipótese de o agente ser menor de 18 anos, embora penalmente inimputável, incorrerá em ato infracional equiparado a delito hediondo, sujeitando-se a medidas socioeducativas previstas no ECA”⁸.

2.3.3 *Sujeito passivo*

⁶ BITENCOURT, 2021.

⁷ BITENCOURT, 2021, p. 65.

⁸ CAPEZ, 2022, p. 40.

Como dito anteriormente, o presente trabalho analisará o recorte do menor de 14 (quatorze) anos como vítima de estupro de vulnerável, mas mister consignar, mesmo que brevemente, que aqueles com enfermidade ou deficiência mental, quando não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou aqueles que, por qualquer outra razão, não podem oferecer resistência, também podem figurar como vítimas do referido delito.

Quanto aos menores de 14 anos, tem-se que o crime irá se caracterizar independentemente do consentimento da vítima, uma vez que, “o menor de idade, pela imaturidade, não pode validamente consentir na prática de atos sexuais”⁹.

Sobre o tema, o STJ aprovou a Súmula 593:

SÚMULA N. 593. O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.¹⁰

2.4 Elemento subjetivo

É necessário dolo, composto pela vontade consciente de buscar a satisfação da lascívia. Para Bitencourt:

o agente deve ter não apenas a consciência de que pratica uma relação sexual com alguém, mas também que o faz com menor de quatorze anos ou com alguém portador de deficiência mental e, além disso, deve ter consciência também das consequências de sua ação e dos meios que utiliza para executá-la.¹¹

2.5 Consumação e tentativa

Preliminarmente, mister lembrar que existem duas modalidades no tipo penal em análise: constringer à conjunção carnal; e praticar ou permitir a prática de ato libidinoso. Na primeira, a consumação irá ocorrer independentemente de rompimento da membrana himenal ou da ejaculação, sendo necessária somente a conjunção carnal. Já na segunda hipótese, a consumação ocorrerá quando da efetiva prática do ato libidinoso.

⁹ CAPEZ, 2022, p. 41.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 593. Terceira Turma, em 25.10.2017. DJe 06.11.2017. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf. Acesso em: 25.10.2022.

¹¹ BITENCOURT, 2021, p. 66.

Outrossim, a tentativa é admissível nas duas modalidades mencionadas e é caracterizada “quando o agente, iniciando a execução, é interrompido pela reação eficaz da vítima, ou intervenção de terceiro, mesmo que não tenha chegado a haver contatos íntimos”¹².

¹² BITENCOURT, 2021, p. 70.

3 PROVAS NO PROCESSO PENAL

3.1 Conceito e objeto

O Código de Processo Penal estabelece, em seu art. 155, que a convicção do magistrado deve ser formada a partir da livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo o juiz fundamentar sua decisão somente em elementos informativos colhidos durante o inquérito policial, salvo no caso das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Nesse sentido, de acordo com Fernando Capez¹³, prova é um conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, que tem como objetivo levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, bem como da falsidade ou veracidade de uma informação.

Por mais que a prova seja usada para levar ao juiz a convicção acerca da veracidade de uma informação, a busca da verdade não é a finalidade do processo penal, sendo apenas um meio para a correta aplicação da lei penal.

Desse modo, as provas “permitirão ao julgador, segundo critérios racionais de valoração, concluir se o enunciado constante da imputação tem elementos suficientes que o confirmem, porque atingido o Standart de prova exigido para a condenação”¹⁴. Assim, “o enunciado será considerado verdadeiro quando as provas fornecerem elementos que o confirmem”¹⁵.

Posto isso, Nucci¹⁶ leciona que há três sentidos para a expressão “prova”: (i) ato de provar, que é, por exemplo, a fase probatória, ou seja, o processo pelo qual se demonstra a verdade do fato alegado; (ii) meio, sendo este o instrumento pelo qual se verifica a verdade do fato alegado; e (iii) resultado da ação de provar, que é o fruto da análise dos meios de prova, que irá mostrar a verdade de um fato.

¹³ CAPEZ, 2022.

¹⁴ BADARÓ, 2022, p. 439.

¹⁵ BADARÓ, 2022, p. 439.

¹⁶ NUCCI, 2022.

Ainda, existem fatos que independem de prova, sendo eles: fatos axiomáticos ou intuitivos, isto é, fatos evidentes, aqueles pelos quais já existe uma convicção formada; fatos notórios, cujo conhecimento já faz parte da cultura de uma sociedade; presunções legais, que são decorrentes da própria lei; e fatos inúteis, ou seja, fatos que não guardam relação com a apuração dos fatos que são objeto do processo.

Ante o exposto, mister salientar que para que haja a produção de provas, é necessário que esta seja: admissível, pertinente ou fundada, concludente e possível de realização.

3.2 Classificação das provas

Embora as classificações das provas sejam inúmeras, é importante destacar algumas delas.

Quanto ao objeto, elas podem ser: diretas, quando por si demonstram um fato; ou indiretas, quando a partir de um fato secundário, ligado com o primeiro, é possível deduzir o fato principal, como ocorre no caso de um álibi.

Em razão de seu efeito ou valor, as provas podem ser: plenas, isto é, completas, convincentes, como, por exemplo, as provas que se exigem para a condenação; ou não plenas/indiciárias, tratando-se de uma prova proveniente de um juízo de mera probabilidade, havendo uma probabilidade de procedência da alegação, como ocorre na sentença de pronúncia.

No que diz respeito ao sujeito ou causa, podem ser: reais, consistentes em uma coisa externa ao indivíduo, ou seja, uma arma, o cadáver e impressões digitais; ou pessoais, quando tiverem sua origem em afirmações pessoais e conscientes de alguma pessoa, como, por exemplo, no interrogatório, depoimentos e conclusões de peritos.

Por fim, no tocante a sua forma ou aparência, as provas podem ser: testemunhais, por resultarem de um depoimento prestado por terceiro sobre seu conhecimento dos fatos; documentais; ou materiais, quando obtidas por meio químico, físico ou biológico.

3.3 Provas emprestadas

Fernando Capez define a prova emprestada como sendo “a prova translada de um processo para o outro, por meio de certidão extraída daquele”¹⁷. Acrescentando que “embora atenda aos reclamos da economia processual, deve ser encarada com reserva pelo juiz, pois não foi produzida sob o crivo do contraditório do processo que a tomou por empréstimo”¹⁸.

De acordo com Julio Fabbrini Mirabete, para que estas sejam admitidas no processo “é necessário que tenha sido produzida em processo formado entre as mesmas partes e, portanto, submetida ao contraditório”¹⁹. O doutrinador conclui o raciocínio dizendo que:

Ada Pellegrini Grinover exige também que tenha sido produzida perante o mesmo juiz, concluindo que, na ausência desses dois requisitos, a prova emprestada é ilegítima, sendo inadmissível no processo, tanto quanto a prova obtida por meios ilícitos, a teor do inciso LVI do art. 5º da CF.²⁰

3.4 Provas cautelares, antecipadas e irrepitíveis

O parágrafo único do art. 155 do CPP prevê três situações nas quais os elementos de informação, produzidos durante o inquérito policial, poderão ser utilizados pelo magistrado como fundamento de decreto condenatório, sendo elas: as provas irrepitíveis, as provas cautelares e as provas antecipadas.

Sobre o tema, Badaró leciona:

Em linhas gerais, a “prova” irrepitível não é produzida nem submetida ao contraditório; a prova cautelar é produzida sem observância do contraditório, normalmente durante o inquérito policial, sendo posteriormente apenas submetida a contraditório judicial; as provas antecipadas, são produzidas em juízo, com contraditório antecipado, ainda que se esteja na fase de inquérito policial.²¹

Nesse sentido, as provas cautelares são aquelas que sofrem risco de perecimento, devendo ser feitas com urgência, de sorte que “a urgência na obtenção ou no exame do

¹⁷ CAPEZ, 2022, p. 181.

¹⁸ CAPEZ, 2022, p. 181.

¹⁹ MIRABETE, 2005, p. 282.

²⁰ MIRABETE, 2005, p. 282/283.

²¹ BADARÓ, 2022, p. 481.

elemento probatório faz com que não se possa instaurar um contraditório contemporâneo a sua produção”²².

Já as provas não repetíveis “decorrem de uma situação de contraditório impossível, em razão de causas que incidem externamente sobre a fonte de prova, impedindo sua aquisição processual em contraditório”²³.

Por sua vez, provas antecipadas são as provas produzidas em momento processual diferente daquele que foi legalmente previsto. Conforme ensinado por Fernando Capez²⁴, a prova antecipada pode ser produzida: preventivamente, a fim de assegurar um direito; cautelarmente, como providência preparatória, quando houver o perigo do desaparecimento de uma evidência, em razão da demora do processo principal; ou como medida cautelar incidental a uma ação já em curso, mas que ainda não chegou à fase instrutória.

Sobre o direito de produzir a prova antecipadamente, Luciane Potter argumenta que:

o direito de produzir antecipadamente a prova emerge do próprio direito de ação ou mesmo do direito de defesa. Se a lei atribui à parte o direito de provocar a jurisdição, tendo como causa de pedir a alegada prática de um crime, há de assegurar-lhe o direito de produzir prova que venha de encontro de suas alegações, desde que colhida sob o manto do contraditório e da ampla defesa, oportunizando-se à parte contrária falar nos autos.²⁵

3.5 Ônus da prova

O Código de Processo Penal, em seu artigo 156, estabelece que a provada alegação incumbirá a quem a fizer, nesse sentido, tem-se que, em regra, no processo penal o ônus da prova é da acusação. Nessa toada, Renato Marcão ensina que:

No modelo processual penal vigente, embora até possa fazê-lo, conforme estratégia defensiva adotada, não constitui ônus do réu ou querelado provar que o delito não ocorreu; que não foi seu autor; a ausência de materialidade ou de qualquer das circunstâncias imputadas.²⁶

Porém, o ônus da prova pode ser invertido quando o réu alegar, em seu benefício, excludente de ilicitude ou de culpabilidade, circunstâncias que diminuam a pena, ou concessão de benefícios penais. Ainda, insta salientar que tal ônus não é absoluto, uma vez

²² BADARÓ, 2022, p. 481.

²³ BADARÓ, 2022, p. 482.

²⁴ CAPEZ, 2022.

²⁵ POTTER, 2019, p. 186.

²⁶ MARCÃO, 2021, p. 201.

que, por força dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, para que o réu seja absolvido, basta prova razoável da defesa e que exista dúvida.

3.6 Sistema de avaliação de provas

Existem três sistemas de avaliação de provas:

(i) **sistema da livre convicção do magistrado**: também chamado de sistema da certeza moral ou da íntima convicção do juiz, é o método pelo qual não é obrigatória a fundamentação das decisões do magistrado, sendo estas livres e desvinculadas. Tal sistema é o adotado no Tribunal do Júri, visto que os jurados não precisam motivar seu voto.

(ii) **sistema da prova tarifada**: igualmente conhecido como sistema de regras legais ou da certeza moral do legislador, determina que alguns meios de prova possuem um valor preestabelecido pelo legislador. Apesar de não ser o sistema mais adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, ainda está presente quando a lei exige uma forma específica para a produção de alguma prova, como por exemplo no art. 158 do CPP, que estabelece a necessidade de exame de corpo de delito para comprovar a materialidade quando a infração deixar vestígios.

(iii) **sistema do livre convencimento do juiz**: também conhecido como da livre persuasão racional ou da livre apreciação judicial da prova, é o sistema majoritariamente adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo, inclusive, fundamento no art. 93, IX, da Constituição Federal. Neste método, o magistrado é livre para formar seu conhecimento, porém sua decisão deverá ser fundamentada com base nas provas produzidas sob a ótica do contraditório.

Sobre o tema, Eugênio Pacelli leciona:

A liberdade quanto ao convencimento não dispensa, porém, a sua fundamentação, ou a sua explicação. É dizer: embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-os com base em argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas.²⁷

²⁷ PACELLI, 2020, p. 261.

Além disso, o art. 155, *caput*, do CPP prevê um limite legal à livre apreciação ao passo que veda ao magistrado fundamentar decisão somente a partir de elementos colhidos na fase de investigação, com exceção das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Assim, “a livre apreciação está condicionada ao fato das provas terem sido produzidas sob o manto do princípio do contraditório judicial, salvo aquelas provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”²⁸.

3.7 Meios de prova

Marcão conceitua meio de prova como sendo “o veículo, instrumento ou maneira, pessoal ou real, pela qual a prova poderá ser produzida; levada ao processo”²⁹. Embora não haja uma lista exaustiva, o CPP traz alguns meios de provas, sendo eles: exame de corpo de delito e perícias em geral (arts. 158 a 184); interrogatório do acusado (arts. 185 a 196); confissão (arts. 197 a 200); oitiva do ofendido (art. 201); oitiva de testemunhas (art. 202 a 225); reconhecimento de pessoas e coisas (arts. 226 a 228); acareação (arts. 229 e 230); documentos (arts. 231 a 238); indícios (art. 239); e busca e apreensão de pessoas e coisas (arts. 240 a 250).

Por se tratar de um tema extenso, este trabalho focará na análise dos meios de prova mais utilizados no crime de estupro de vulnerável, sendo eles: provas testemunhais, consistentes na oitiva da vítima e das testemunhas; e exame de corpo de delito, uma vez que o crime em questão deixa vestígios.

3.7.1 Exame de corpo de delito

O artigo 158 do CPP determina que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

²⁸ POTTER, 2019, p. 186.

²⁹ MARCÃO, 2021, p. 205.

Corpo de delito, como conceituado por Mirabete, é “o conjunto de vestígios materiais deixados pela infração penal, a materialidade do crime, aquilo que se vê, apalpa, sente, em suma, pode ser examinado através dos sentidos”³⁰.

Badaró ensina que o corpo de delito é tripartido em: *corpus criminis*, sendo este a pessoa ou a coisa que sofreu a prática do crime; *corpus instrumentorum*, que são os objetos ou instrumentos utilizados para a prática do crime; e *corpus probatorium*, que diz respeito a constatação das circunstâncias que podem levar à reconstrução do crime em questão.

Explica, ainda, que “por exemplo, no tocante ao corpo de delito, na espécie *corpus criminis*, tem-se no homicídio o cadáver; no crime de emissão de cheques sem fundo, o cheque; na lesão corporal, a ferida etc.”³¹

O exame de corpo de delito, por sua vez, é um auto no qual os peritos descrevem suas observações, isto é, é a perícia feita para verificação da prova da existência do crime. Isso posto, temos que este poderá ser direto ou indireto. Em regra, ele será direto, devendo ser feito sobre o próprio corpo de delito, sem interferências entre o perito e os vestígios deixados pelo crime.

Já o exame de corpo de delito indireto, de acordo com Aury Lopes Jr. “é uma exceção excepcionalíssima, admitido quando os vestígios desapareceram e a prova testemunhal vai suprir a falta do exame direto. Mas não só ela; também pode haver a comprovação indireta através de filmagens, fotografias, gravações de áudio etc”³².

Por outro lado, ainda em relação ao exame de corpo de delito indireto, Badaró explica que há uma divergência em relação ao seu conceito, de sorte que uma parte da doutrina entende que “o exame de corpo de delito indireto é um exame que não é realizado sobre o *corpus criminis*, mas sim com base em testemunhos e outros elementos”³³; já outra corrente entende que “o exame de corpo de delito indireto é a própria prova testemunhal”³⁴.

³⁰ MIRABETE, 2005, p. 290.

³¹ BADARÓ, 2022, p.509.

³² LOPES JR., 2021, p. 192.

³³ BADARÓ, 2022, p. 511.

³⁴ BARARÓ, 2022, p. 511.

Nesse sentido, o doutrinador distingue as duas situações:

Mesmo quando os vestígios desaparecerem, é possível que os peritos, com base em seus conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, opinem à vista dos elementos que disponham, por exemplo, depoimentos, filmes, fotografias, objetos encontrados etc. haveria, neste caso, um exame de corpo de delito indireto.

De outro lado, é possível que não haja qualquer outro vestígio e somente testemunhas comprovem a materialidade do crime (CPP, art. 167). Neste caso, não haverá laudo indireto nem opinião dos peritos. A prova será, apenas, testemunhal.

Não se pode confundir, portanto, o depoimento de testemunhas como um dos dados considerados pelos peritos para a realização do exame de corpo de delito indireto, com a prova testemunhal propriamente dita, que, no caso da impossibilidade do exame de corpo de delito, direto ou indireto, é apta a comprovar a materialidade delitiva.³⁵

Portanto, tem-se uma ordem de sucessão quanto aos meios de prova de materialidade delitiva, sendo ela: preferencialmente, realiza-se o exame de corpo de delito direto; caso este não seja possível, e existindo outros dados que possam ser analisados, realiza-se o exame de corpo de delito indireto; e, em último caso, quando os dois primeiros não foram possíveis, será utilizada a prova testemunhal.

Por fim, insta salientar que a prova pericial não vincula o magistrado, uma vez que, nos termos do art. 182 do CPP, “o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”.

3.7.1.1 Cadeia de custódia da prova

De acordo com o art. 158-A do CPP, “considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.”

Posto isso, Gustavo Badaró faz uma diferenciação entre a definição de “cadeia de custódia” tratada no artigo acima e o conceito de cadeia de custódia em si. O autor explica que “a cadeia de custódia em si deve ser entendida a sucessão encadeada de pessoas que tiveram contato com a fonte da prova real, desde que foi colhida, até que seja apresentada em juízo”³⁶.

³⁵ BADARÓ, 2022, p. 511.

³⁶ BADARÓ, 2022, p. 517.

Em relação à cadeia de custódia, como utilizada no CPP, tem-se que esta deve ser entendida como a documentação da cadeia de custódia. Nesse sentido, leciona Badaró:

Trata-se, portanto, de um procedimento de documentação ininterrupta, desde o encontro da fonte da prova, até a sua jornada no processo, certificando onde, como e sob a custódia de quais pessoas e órgãos foram mantidos tais traços, vestígios ou coisas que interessam à reconstrução histórica dos fatos do processo, com a finalidade de garantia de sua identidade, integralidade e autenticidade.³⁷

Ante o exposto, é importante mencionar que a imprescindibilidade da documentação da cadeia de custódia vem da necessidade de garantir-se a autenticidade e integridade da fonte da prova.

3.7.2 *Do ofendido*

Este é o sujeito passivo do crime, a pessoa que teve seu bem jurídico violado pela prática da infração penal. Em relação à posição do ofendido no processo penal, Gustavo Badaró ensina que:

o ofendido não é parte na ação penal condenatória. Somente na ação penal de iniciativa privada o ofendido é parte, sendo o autor da ação penal. De qualquer forma, o ofendido, ainda que não seja parte, inegavelmente tem interesse no resultado do processo. Justamente por isso o ofendido também não pode ser considerado testemunha, que é, por definição, terceiro desinteressado no processo.³⁸

Sobre sua oitiva, o art. 201 do CPP estabelece que “sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações”.

Ainda, tem-se que a vítima não presta o compromisso de dizer a verdade, não podendo, inclusive, ser processada por crime de falso testemunho, além de não poder se negar a prestar depoimento e tampouco invocar o “direito ao silêncio”.

Sobre a obrigatoriedade do depoimento da vítima, Nucci leciona:

em que pese não ser testemunha, é obrigatória a oitiva da vítima, não só porque o art. 201 do CPP, expressamente, menciona que ela será ouvida sempre que possível, mas também porque, no processo penal, como se sabe, vige o princípio da verdade real, isto é, deve o juiz buscar todos os meios ilícitos e plausíveis para atingir o estado de certeza que lhe permitirá formar o seu veredicto.³⁹

³⁷ BADARÓ, 2022, p. 517.

³⁸ BADARÓ, 2022, p. 572.

³⁹ NUCCI, 2022, p. 513.

Não obstante, existem situações nas quais, como bem pontuado por Pacelli⁴⁰, o não comparecimento da vítima resta bem explicado, uma vez que não se pode submeter a vítima, mais uma vez, ao constrangimento de ter que se sujeitar a presença daquele que lhe violou. Este é o caso do depoimento da vítima menor nos crimes de estupro contra vulnerável, dado que, embora a palavra da vítima tenha maior peso nesses crimes, não é aceitável que esta tenha que ser constrangida novamente, e é daí que surge a importância do chamado “depoimento sem dano”. Tal procedimento permite que a vítima seja ouvida em um ambiente menos intimidante, sem a presença do réu.

Outra problemática enfrentada ao tratarmos da oitiva da vítima é o valor probatório da palavra desta. Sobre o tema, a jurisprudência brasileira vem atribuindo uma maior valoração à palavra da vítima nos casos de estupro de vulnerável, levando em conta que tais crimes são geralmente praticados na clandestinidade, não existindo outras provas além da palavra do menor.

Para Aury Lopes Jr. tal entendimento é equivocado e, até mesmo, perigoso. Vejamos:

mas, principalmente nos crimes sexuais, o cuidado deve ser imenso. Como acabamos de explicar, de um lado não se pode desprezar a palavra da vítima (até porque seria uma odiosa discriminação), por outro não pode haver precipitação por parte do julgador, ingênua premissa de veracidade, pois a história judiciária desse mais está eivada de imensas injustiças nesse terreno.⁴¹

Importante lembrar que vigora no ordenamento jurídico brasileiro o sistema de livre convencimento motivado do juiz, no qual, como mencionado anteriormente, o magistrado é livre para formar suas convicções a partir da análise das provas produzidas sob o contraditório. Além disso, “o juiz deve valorar as provas de forma lógica e racional, confrontando umas com as outras, segundo as regras de lógica e experiência”⁴².

Desse modo, não pode o magistrado, por força do sistema de apreciação de provas adotado no Brasil, atribuir valor maior ao depoimento da vítima, usando-a como única prova para embasar sentença condenatória, sendo possível que esta sirva de fundamentação desde que em consonância com os outros elementos colhidos. Nesse sentido:

⁴⁰ PACELLI, 2020.

⁴¹ LOPES JR., 2021, p. 203

⁴² BADARÓ, 2022, p. 474.

sustentamos que a palavra isolada da vítima, sem testemunhas a confirmá-la, pode dar margem à condenação do réu, desde que resistente e firme, harmônica com as demais circunstâncias colhidas ao longo da instrução.⁴³

Ainda, Janaina Matida ensina que a entrevista do ofendido deve ser feita por meio da entrevista cognitiva, observando os seguintes conselhos cognitivos:

- O entrevistador deve construir um ambiente receptivo e empático para que o relato se dê;
- O relato deve ser livre e o entrevistado deve ser estimulado a descrever todos os detalhes, sem editar o relato, no seu ritmo;
- O entrevistador deve esclarecer que o entrevistado tem o direito e o dever de dizer “não sei”, “não entendi”;
- O entrevistador deve esclarecer que o entrevistado tem a responsabilidade de lhe corrigir.⁴⁴

De acordo com Janina, é só a partir da adoção dos conselhos cognitivos supracitados que a palavra da vítima poderá ter um valor especial. Vejamos:

É a adoção desses conselhos que compõem a entrevista cognitiva que expressam, de forma genuína, a séria consideração da palavra da vítima. A afirmação de que a palavra da vítima tem especial valor nos crimes sexuais, sem que isso represente reais cuidados no contexto da produção de provas orais é, em realidade, uma afirmação vazia: por um lado, ela não se desdobra em medidas que representem empatia, proteção e respeito à vítima e, por outro, ela acaba servindo ao perverso efeito de se relativizar a garantia da presunção de inocência; tão cara às democracias. É preciso evitar essa inadequada interpretação do especial valor probatório da palavra da vítima visto como autorização à redução a pó da presunção de inocência. A defesa do direito das mulheres e das pessoas lgbt's não deve ser maculado pelo esvaziamento da presunção de inocência, pela irracionalidade de se aceitar de forma acrítica afirmações colhidas em ambiente inadequado para a determinação correta dos fatos; pelo contrário; levar a sério a palavra da vítima e lhe reconhecer especial importância é objetivo que apenas se pode alcançar com a adoção de medidas epistemologicamente comprometidas do princípio ao fim do processo.⁴⁵

3.7.3 *Das testemunhas*

É um dos principais meios de prova no crime de estupro de vulnerável. Por testemunha, entende-se aquele que tomou conhecimento de um fato que pode confirmar a veracidade do ocorrido. Mister salientar que a testemunha tem o compromisso de dizer a verdade, além de não poder se eximir da obrigação de depor.

Ademais, são características da prova testemunhal: judicialidade, pois considera-se prova testemunhal aquela produzida em juízo; oralidade, visto que é colhida verbalmente em juízo; objetividade; retrospectividade, devendo a testemunha se ater ao que assistiu, não ao

⁴³ NUCCI, 2022, p. 515.

⁴⁴ MATIDA, 2019, p. 9.

⁴⁵ MATIDA, 2019, p. 9.

que acha que irá ocorrer; imediação; e individualidade, uma vez que os depoimentos são prestados de maneira isolada.

Por fim, importante ressaltar, sobre a inquirição das testemunhas em juízo, que o art. 212 do CPP dispõe que “as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”.

3.7.4 *Lei nº 13.431/17*

A Lei nº 13.431 de 2017 “estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)”⁴⁶. Desse modo, tal legislação estipula um conjunto de normas que devem ser respeitadas para a oitiva de crianças e adolescentes, uma vez que a aplicação do sistema comum de inquirição é extremamente prejudicial para o menor, exigindo do vulnerável um discurso lógico e uma capacidade de raciocínio semelhante ao de um adulto, o que traz muitas lacunas nos depoimentos, além de torná-los menos confiáveis. São os institutos criados pela referida lei: a escuta especializada e o depoimento especial.

A escuta especializada é definida pelo art. 7º da lei em questão como “o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade”⁴⁷. Assim, ela “tem a finalidade de garantir a tomada de decisões que possam ensejar proteção e cuidados à criança ou ao adolescente vítima ou testemunha de violência”⁴⁸.

Nesse sentido, a escuta especializada não tem a finalidade de servir como prova no processo penal e pode ser realizada por diversos integrantes da rede de proteção, como escolas, conselhos tutelares, assistência social e órgãos de segurança pública.

O depoimento especial, por sua vez, tem como objetivo produzir prova no processo penal, se tratando da oitiva de criança ou adolescente, vítima ou testemunha, perante

⁴⁶ BRASIL, 2017.

⁴⁷ BRASIL, 2017, art. 7º.

⁴⁸ BURIN, CADAN e MORETZSOHN, 2021.

autoridade policial ou judiciária. Tal instituto tem seu procedimento descrito no art. 12 da Lei 13.431/17, que será melhor explicado posteriormente neste trabalho.

Insta mencionar que a referida lei determina que ambos os procedimentos – escuta especializada e depoimento especial – devem ser “realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência”⁴⁹.

Ante o exposto, tem-se que a Lei nº 13.431 foi criada como tentativa de mitigação da vitimização secundária, ao tentar receber as crianças e adolescentes em um ambiente menos hostil, o que ajuda também no aumento da riqueza de detalhes e da assertividade do depoimento desses menores.

⁴⁹ BRASIL, 2017, art. 10º.

4 A VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA

Antes de adentrarmos a problemática da vitimização secundária, é necessário discorrer sobre o conceito de vitimização primária, que é aquela decorrente do dano causado pelo próprio crime, ou seja, é o efeito imediato do cometimento do crime. No caso do crime objeto do presente trabalho, farão parte da vitimização primária os danos causados pelo abuso sexual infantil, podendo tal abuso ser intrafamiliar ou extrafamiliar.

O abuso sexual extrafamiliar ocorrerá quando o sujeito ativo for um adulto não integrante da família, podendo ser desconhecido ou não. Já o abuso sexual intrafamiliar “caracteriza-se, estritamente, como qualquer forma de atividade sexual entre uma criança e um membro imediato da família (pai, padrasto, irmão), extensivo ou mediato (tio, avô, tia, primo) ou substitutivo (um adulto que a criança considere como um membro da família)”⁵⁰.

Posto isso, temos que a grande maioria dos casos de estupro de vulnerável se dão no âmbito intrafamiliar, tornando o delito ainda mais delicado e com mais peculiaridades, que são imprescindíveis para a manutenção da violência.

Nesse sentido, Luciane Potter traz a síndrome do segredo e a síndrome de adição como os pilares da violência sexual intrafamiliar:

Podemos determinar como aspectos político-sociais da reiteração do abuso a síndrome do segredo, para a criança/adolescente e a família, e a síndrome de adição, para a pessoa que comete o abuso sexual, pois “promovido o silêncio sobre o abuso sexual é garantida a sua continuidade pela repetição”.⁵¹

A síndrome do segredo irá se manifestar através de ameaças por parte do abusador, da culpa que o menor sente, juntamente com o medo de que todas as ameaças se concretizem, ou até mesmo a partir da negação da vítima, que usará tal artifício como mecanismo de defesa, uma vez que “a negação permite a sobrevivência psíquica da criança ou do adolescente torturado pelo abuso sexual, criando uma estrutura negadora da realidade da experiência do abuso”⁵².

⁵⁰ POTTER, 2019, p. 109.

⁵¹ POTTER, 2019, p. 110 *apud* TRINDADE, Jorge, BREIRER, Ricardo. Pedofilia – aspectos psicológicos e penais..., p. 58.

⁵² POTTER, 2019, p. 111.

Por sua vez, na síndrome de adição o abusador tem noção que a violência sexual é algo reprovável socialmente, mas encara tal ato como um vício, vendo a criança como um objeto de alívio de tensões. Tal síndrome é o elemento central para a reiteração do abuso, pois é criado um ciclo vicioso, no qual o abusador sente uma excitação e o abuso gera o alívio. Desse modo, “o abusador é, então, um adito da criança, um dependente psicológico e, por isso, precisa que ela guarde o segredo para a continuação da adição”⁵³.

Além disso, outros fatores dificultam a revelação e a suspensão do abuso sexual, como por exemplo a culpa sentida pela vítima por ter participado do ato, mesmo que de modo forçado. Nessa toada, Tilman Furniss leciona:

A experiência da criança como participante no abuso explica como as crianças que sofreram abuso prolongado frequentemente expressam fortes sentimentos de culpa, independentemente do grau de cooperação e da vontade de participar do abuso. O sentimento de culpa da criança origina-se de seu senso equivocado de responsabilidade, que ela deriva do fato de ter sido uma participante no abuso. Essa confusão muitas vezes é reforçada pelas ameaças da pessoa que cometeu o abuso, de que a criança será responsável pelas consequências se revelar o abuso. A persistente experiência psicológica de participação e culpa também explica a baixa autoestima e o posterior comportamento de vítima dos adultos que sofreram abuso sexual quando crianças.⁵⁴

Diante da complexidade do crime em questão e dos desdobramentos do mesmo, é imprescindível que haja uma equipe preparada para atender a criança quando esta denunciar o abuso, sob pena de haver uma revitimização do menor por parte dos órgãos formais do Estado.

Tal revitimização é a chamada vitimização secundária, isto é, a vitimização decorrente da violência institucional aos sujeitos processuais, que ocorrerá quando houver o desrespeito às garantias e aos direitos fundamentais da vítima no curso das investigações ou do processo penal.

Nesse sentido, a criança que já sofreu a violação de seus direitos, irá ser violada novamente, ao ser submetida a uma abordagem equivocada por parte dos operadores do direito, que acabam por violar direitos fundamentais das vítimas ao usarem os meios probatórios do processo penal para chegarem à verdade a qualquer custo. Salienta Bitencourt que “a prova, de culpa ou de inocência, deve ser buscada por todo e qualquer outro meio

⁵³ DOBKE, 2001, p. 36.

⁵⁴ FURNISS, 1993, p. 17.

moralmente legítimo e não vedado em lei, desde que não se queira arrancá-la de quem já foi vitimizado pela violência sexual sofrida”⁵⁵.

Ainda, Gustavo Badaró leciona que “a verdade não é o fim último do processo penal, e sua busca não pode se dar a partir de uma premissa de que os fins justificam os meios”⁵⁶, acrescentando que:

No caso em que uma limitação à descoberta da verdade se justifique para fazer prevalecer outro valor – como o respeito à dignidade humana, à proteção da intimidade, à preservação da imparcialidade do julgador – igualmente ou mais relevante para que se profira uma decisão justa, é de admitir a adoção de regras antiepistêmicas, desde que fundamentais para preservar o outro valor em jogo.⁵⁷

Assim, o sofrimento da vítima é posto, erroneamente, em detrimento da punição ou absolvição do agente, uma vez que a palavra do menor, na grande maioria dos casos, é a única prova existente, sendo a criança forçada a depor em diversos momentos ao longo da investigação e do processo, em um ambiente intimidador e, muitas vezes, na presença do acusado.

Dessa forma, o formalismo e frieza do processo penal são decisivos para fazer com que a criança passe por um novo processo de vitimização ao se sentir um objeto ao invés de um sujeito de direitos.

A falta de preparo dos profissionais acaba por afetar o depoimento dado pelo menor, podendo, inclusive, gerar depoimentos distorcidos, uma vez que o despreparo acarreta no distanciamento entre o profissional e a criança, causando uma dificuldade de se penetrar o mundo infantil, o que pode impedir a colheita de fatos importantes à comprovação do crime. Salienta Veleda Dobke que:

nos casos de abuso sexual infantil intrafamiliar, a ouvida das crianças-vítimas apresenta ainda maiores dificuldades, quer pela falta de conhecimento da dinâmica do abuso, quer pelo despreparo emocional dos inquiridores, circunstâncias que dificultam a compreensão dos fatos abusivos e o emprego de maneira inadequada na formulação das perguntas.⁵⁸

Sobre a extensão do fenômeno da vitimização secundária, Luciane Potter discorre:

Para entender a vitimização secundária, invocamos Osvaldo Marcón, o qual explica que o fenômeno não se resume a preocupação de evitar que a criança/adolescente

⁵⁵ BITENCOURT, 2021, p. 57.

⁵⁶ BADARÓ, 2022, p. 438.

⁵⁷ BADARÓ, 2022, p. 438.

⁵⁸ DOBKE, 2001, p. 49.

sinta-se mal durante sua passagem pelas instâncias judiciais. Não se trata de um bem-estar ou mal-estar momentâneo. Pelo contrário, são efeitos nocivos da ordem da saúde e do sistema de representações sociais que regulam a conduta cotidiana da criança ou do adolescente. Para compreender o que significa uma experiência traumática devemos confrontá-la com marcos teóricos complexos que incluem diversas categorias como, por exemplo, o stress pós-traumático (categoria psiquiátrica) ou a neurose traumática (categoria psicotraumática). Nessa direção pode-se compreender a categoria transdisciplinar que ocupa a vitimização secundária.⁵⁹

A partir do exposto, resta cristalina a necessidade de profissionais mais preparados, assim como a inclusão de psicólogos, assistentes sociais e psiquiatras no processo, para prepararem a vítima antes destas entrarem em contato com os órgãos estatais.

⁵⁹ POTTER, 2019, p. 208.

5 ANÁLISE DO PAPEL DAS PROVAS NA VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA DO MENOR VÍTIMA DE ESTUPRO

5.1 Considerações Iniciais

Como explicado anteriormente, as crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, em regra, passam por um processo denominado revitimização, isto é, são duplamente vitimizadas, a primeira vez pela própria violência e a segunda vez pela violência institucional.

Na grande maioria das vezes, a vitimização secundária se inicia no momento em que o abuso é descoberto, “pois o caminho a ser percorrido pela suposta vítima de abuso sexual intrafamiliar, criança ou adolescente, ante uma suspeita de abuso, ou mesmo após a sua revelação, é tortuoso, perverso e vitimizador”⁶⁰.

Luciana Potter⁶¹ explica um pouco do caminho percorrido pelo menor no processo tradicional, dizendo que, geralmente, o abuso é descoberto por alguém da escola, creche ou ciclo da criança, que vai levar o fato ao conhecimento do Conselho Tutelar e da autoridade policial, para a instauração de inquérito policial. Já nessa fase preliminar a vítima terá que relatar o ocorrido e será encaminhada para o Departamento Médico Legal para a realização de exames periciais. Os dados coletados são enviados ao Ministério Público, que ouvirá o depoimento do menor ou requererá que este seja ouvido por psicólogo. Após esse momento, o Ministério Público, caso entenda pela existência de indícios de autoria e materialidade, irá oferecer denúncia. Assim, depois de todos esses procedimentos, a vítima chegará ao sistema de justiça criminal, onde será ouvida novamente.

Desse modo, tem-se que o menor entra em contato com diversas pessoas, sendo muitas delas totalmente despreparadas para lidar com crianças, o que acaba violando e alterando sua memória, além de traumatizá-la ainda mais. Nesse sentido, Osnilda Pisa e Lilian Stein⁶² ensinam que:

As diversas intervenções podem produzir um dano ou traumatismo maior nos relacionamentos familiares e nas crianças individualmente do que o abuso original. Além de produzir a revitimização, a repetição de entrevistas, como demonstram as

⁶⁰ POTTER, 2019, p. 197.

⁶¹ POTTER, 2019.

⁶² PISA e STEIN, 2007, p. 465

pesquisas científicas, poderá fragilizar a confiabilidade da declaração da vítima como prova no processo penal.

No curso do processo penal tradicional, a criança pode chegar a ser ouvida mais de sete vezes, o que fragiliza totalmente o depoimento da vítima e a revitimiza, além de estar em total dissonância com a prática adotada por outros países. Vejamos:

Na África do Sul, Alemanha, Austrália, Canadá, Escócia, Índia, Inglaterra, Islândia, Israel, Jordânia, Malásia, Noruega, Nova Zelândia, Polônia e na Suécia, as crianças/adolescentes vítimas ou testemunhas depõem na fase de investigação e coleta de evidências e, se necessário, na fase de julgamento. Na Argentina, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Espanha, França, Lituânia, Paraguai e Peru, elas depõem geralmente uma única vez. Este depoimento é videogravado, normalmente aceito como prova judicial, mas pode haver exceções se o depoimento não tiver sido realizado nas condições previstas na lei.⁶³

Além disso, o modelo tradicional é completamente inadequado para inquirição de vítimas ou testemunhas menores, uma vez que acaba por as expor e revitimizar por meio de sua dinâmica de formulação e reformulação de perguntas inadequadas, que colocam a criança como um mero meio de prova e não um sujeito de direitos. Sobre o tema, Luciane Potter discorre:

no cenário jurídico processual é estabelecida uma relação comunicacional, onde as partes argumentam e debatem. Quando uma destas partes é a vítima-testemunha criança ou adolescente ela está, através do seu relato em juízo acusando o cliente do defensor, (constituído ou público), este ao rechaçar os argumentos declara, dentre outras coisas, na forma de perguntas, inclusive a participação ativa a vítima nos atos sexuais, (fez, gostou, porque deixou continuar) e neste momento há um jogo e não uma relação comunicacional de respeito à condição de personalidade em desenvolvimento e de um sujeito dotado de direitos constitucionais. O representante do Ministério Público utiliza-se dos argumentos acusatórios da declaração da vítima para fomentar o debate processual, quando deveria protegê-la da violência a que está sendo submetida.⁶⁴

Com o advento da Lei nº 13.431/17, o processo passou a ter uma abordagem mais centrada no bem estar da criança e na redução da ansiedade da mesma, para que esta consiga se expressar melhor, formulando uma narrativa mais clara e que tenha maior confiabilidade, de sorte que, com a ansiedade reduzida, “as informações fluem melhor e, em muitos casos, o

⁶³ SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista (Coordenadores). Depoimento sem Medo (?) culturas e práticas não revitimizantes: uma cartografia das experiências de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes. 2ª edição. São Paulo: Childhood Brasil (Instituto WCF Brasil), 2009, p. 48 *apud* POTTER, 2019, p. 198.

⁶⁴ POTTER, 2019, p. 357/358.

agressor assume responsabilidade quando percebe que não tem saída, que a história da vítima já está bem contada, que possui alto grau de confiabilidade”⁶⁵.

Diante do exposto, tem-se que os institutos trazidos pela Lei 13.431/17 são uma saída interessante para a tentativa de mitigação da vitimização secundária.

5.2 Depoimento Especial – Lei nº 13.431/17

Como mencionado no subtópico “3.7.4 Lei nº 13.431/17”, em 04 de abril de 2017 foi sancionada a Lei nº 13.431 que estipulou um conjunto de normas a serem respeitadas para a oitiva de crianças e adolescentes, tanto como testemunhas, quanto como vítimas.

O art. 4º da referida Lei estabelece algumas formas de violência. Vejamos:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência:

I - violência física, entendida como a ação infligida à criança ou ao adolescente que ofenda sua integridade ou saúde corporal ou que lhe cause sofrimento físico;

II - violência psicológica:

a) qualquer conduta de discriminação, depreciação ou desrespeito em relação à criança ou ao adolescente mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, agressão verbal e xingamento, ridicularização, indiferença, exploração ou intimidação sistemática (**bullying**) que possa comprometer seu desenvolvimento psíquico ou emocional;

b) o ato de alienação parental, assim entendido como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por quem os tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, que leve ao repúdio de genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este;

c) qualquer conduta que exponha a criança ou o adolescente, direta ou indiretamente, a crime violento contra membro de sua família ou de sua rede de apoio, independentemente do ambiente em que cometido, particularmente quando isto a torna testemunha;

III - violência sexual, entendida como qualquer conduta que constranja a criança ou o adolescente a praticar ou presenciar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, inclusive exposição do corpo em foto ou vídeo por meio eletrônico ou não, que compreenda:

⁶⁵ POTTER, 2019, p. 356.

a) abuso sexual, entendido como toda ação que se utiliza da criança ou do adolescente para fins sexuais, seja conjunção carnal ou outro ato libidinoso, realizado de modo presencial ou por meio eletrônico, para estimulação sexual do agente ou de terceiro;

b) exploração sexual comercial, entendida como o uso da criança ou do adolescente em atividade sexual em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação, de forma independente ou sob patrocínio, apoio ou incentivo de terceiro, seja de modo presencial ou por meio eletrônico;

c) tráfico de pessoas, entendido como o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da criança ou do adolescente, dentro do território nacional ou para o estrangeiro, com o fim de exploração sexual, mediante ameaça, uso de força ou outra forma de coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade, aproveitamento de situação de vulnerabilidade ou entrega ou aceitação de pagamento, entre os casos previstos na legislação;

IV - violência institucional, entendida como a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização.

V - violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluídos os destinados a satisfazer suas necessidades, desde que a medida não se enquadre como educacional. (Grifo próprio).

Dentre as hipóteses de violência trazidas pelo artigo 4º, no presente trabalho estamos analisando a violência sexual, mais especificamente o abuso sexual, e a violência institucional, que, como muito bem colocado pelo dispositivo, é a “entendida como a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização”.

Ainda, de acordo com Luciane Potter⁶⁶ a Lei nº 13.431/17 trouxe grandes avanços na tentativa de mitigação da revitimização do menor, sendo alguns deles: o fato da legislação em questão ser a primeira a definir violência institucional; e o estabelecimento da escuta protegida, “que garante maior proteção para crianças e adolescentes ao depor em um ambiente acolhedor e com o depoimento gravado”.⁶⁷

⁶⁶ POTTER, 2019.

⁶⁷ POTTER, 2019, p. 361.

Por “escuta protegida” entende-se o gênero que abrange a escuta especializada e o depoimento especial. Muito embora ambos já tenham sido conceituados no subtópico “3.7.4 *Lei nº 13.431/17*”, mister fazer uma breve síntese de suas definições.

Assim, tem-se que escuta especializada é aquela que ocorre nos “serviços de saúde e assistência social onde a criança será atendida”⁶⁸. Já o depoimento especial se dá perante autoridade policial e/ou judicial, quando a criança irá “falar o que aconteceu, mas em um ambiente acolhedor, por profissional capacitado em protocolo de entrevista”⁶⁹.

De acordo com o art. 11, parágrafo 1º, da Lei em questão, o depoimento especial ocorrerá somente uma vez e seguirá o rito cautelar de antecipação de prova quando (i) a criança tiver menos de 7 (sete) anos ou (ii) em casos de violência sexual.

Logo, tem-se que em casos de abuso sexual infantojuvenil, a prova será produzida antecipadamente, ou seja, será produzida em juízo, mas com contraditório antecipado, em razão do seu caráter de urgência, decorrente “do risco conhecido e previsível do perecimento da fonte de prova ou mesmo da grande dificuldade em produzi-lo no momento procedimental adequado”⁷⁰.

Tal urgência, no âmbito dos crimes sexuais contra menores, se dá pela própria condição da criança como ser ainda em desenvolvimento. Assim ensina Luciane Potter:

A urgência está presente na própria condição do ser em desenvolvimento incompleto, criança ou adolescente, especialmente no que se refere ao efeito devastador dos crimes sexuais e no desenvolvimento psíquico da vítima. A coleta do relato feita logo após os acontecimentos vividos pela suposta vítima facilita o resgate da memória dos fatos contextos e circunstâncias.⁷¹

Insta mencionar que o procedimento a ser aplicado no depoimento especial está explicitado no art. 12 da Lei nº 13.431/17:

Art. 12. O depoimento especial será colhido conforme o seguinte procedimento:
I - os profissionais especializados esclarecerão a criança ou o adolescente sobre a tomada do depoimento especial, informando-lhe os seus direitos e os procedimentos a serem adotados e planejando sua participação, sendo vedada a leitura da denúncia ou de outras peças processuais;

⁶⁸ POTTER, 2019, p. 363.

⁶⁹ POTTER, 2019, p. 363.

⁷⁰ BADARÓ, 2022, p. 482.

⁷¹ POTTER, 2019, p. 366.

- II - é assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos;
- III - no curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo;
- IV - findo o procedimento previsto no inciso II deste artigo, o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco;
- V - o profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente;
- VI - o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo.

É possível observar que a metodologia do depoimento especial requer: “a redução de vezes que a criança/adolescente testemunha; um espaço acolhedor e amigável; a existência de uma equipe multidisciplinar treinada em entrevista forense com crianças; a gravação da entrevista com o objetivo de apensá-la ao processo”⁷².

Diante do exposto, tem-se que a escuta especializada cria um ambiente acolhedor, com profissionais capacitados, o que é muito mais efetivo para minimizar a vitimização secundária do que o modelo de inquirição tradicional.

⁷² POTTER, 2019, p. 370.

6 CONCLUSÃO

A presente monografia visou analisar o papel que as provas do processo penal têm na violência institucional cometida contra menores vítimas de abuso sexual.

Tal violência também pode ser chamada de vitimização secundária, pois vem logo após o cometimento do crime, que é o causador da vitimização primária, fazendo com que a criança ou o adolescente reviva seus traumas, ao ser atendido por profissionais sem preparo, em locais hostis e, muitas vezes, na presença de seu abusador.

Durante o curso do trabalho, foi possível demonstrar que a necessidade do menor prestar diversos depoimentos ao longo do processo só prolonga o sofrimento deste, além de prejudicar a confiabilidade das palavras da criança. Ainda, também foi suficientemente provado que a aplicação do mesmo modelo de inquirição à adultos e à crianças/adolescentes acaba por causar mais prejuízos aos menores do que o próprio crime.

Desse modo, o depoimento especial, instituído pela Lei nº 13.431/17, se mostra, até o presente momento, o modo de colheita de depoimentos mais efetivo para a diminuição dos danos secundários causados às crianças vítimas de abuso sexual.

Isso se dá, dentre muitos outros fatores, por causa da produção de prova antecipada, prevista no art. 11 da lei em questão, por meio da qual o menor será ouvido logo após as autoridades tomarem conhecimento dos fatos, não sendo necessário que a criança reviva os acontecimentos diversas vezes.

Porém, para que realmente haja a extinção da vitimização secundária é necessário que a técnica da escuta protegida inspire uma nova cultura, fundada no tratamento dos menores como sujeitos de direito e não só como meios de prova.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte especial: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública – arts. 213 a 311-A – volume 4**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Código Penal (1940). **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 26.10.2022.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5o da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1o de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm. Acesso em: 25.10.2022.

BRASIL. **Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm. Acesso em: 16.11.2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 593**. Terceira Turma, em 25.10.2017. DJe 06.11.2017. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf. Acesso em: 25.10.2022.

BURIN, Patricia; CADAN, Danielle; MORETZSOHN, Fernanda. **Escuta especializada, depoimento especial e avaliação psicológica**. Revista Consultor Jurídico, 03.12.2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-03/questao-genero-escuta-especializada-depoimento-especial-avaliacao-psicologica>. Acesso em: 18.11.2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal – Parte especial – arts. 213 a 359-T – volume 3**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 29ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

DOBKE, Veleda. **Abuso sexual: a inquirição das crianças – uma abordagem interdisciplinar**. Porto alegre: Ricardo Lenz, 2001.

FURNISS, Tilman. **Abuso sexual da criança. Uma abordagem multidisciplinar**. Tradução de Maria Adriano V. Veronese. Porto alegre: Artes Médicas, 1993.

GOV.BR. **Crianças e adolescentes são 79% das vítimas em denúncias de estupro registradas no Disque 100. 02.06.22**. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2022/junho/criancas-e-adolescentes-sao-79-das-vitimas-em-denuncias-de-estupro-registradas-no-disque-100>. Acesso em: 09.11.2022.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte especial, arts. 213 a 361 do código penal, volume 3**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MATIDA, Janaina. **O que deve significar o especial valor probatório da palavra da vítima nos crimes de gênero**. Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual

Penal. Salvador, nº 3, junho 2019. Disponível em: http://www.ibadpp.com.br/novo/wp-content/uploads/2019/08/TRINCHEIRA_JUNHO_WEB.pdf. Acesso em: 10.11.2022.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PACELLI, Eugênio. **Curso de direito penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PISA, Osnilda; STEIN, Lilian Milnitsky. **Abuso Sexual Infantil e a Palavra da Criança Vítima: pesquisa científica e a intervenção legal**. Revista dos Tribunais. Ano 96. Vo. 857. Março de 2007.

POTTER, Luciane. **Vitimização secundária infantojuvenil e violência sexual intrafamiliar por uma política pública de redução de danos**. 3ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.