

**ESAJ- ESCOLA SUPERIOR DE ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL**

**CONFLITO DE INTERESSES NA COLHEITA DE PROVAS NOS CRIMES
SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEIS: DEPOIMENTO ESPECIAL E A
PALAVRA DA VÍTIMA**

FRANCISCO JOSÉ DA ROCHA CARVALHO

RIO DE JANEIRO

2020

CONFLITO DE INTERESSES NA COLHEITA DE PROVAS NOS CRIMES
SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEIS: DEPOIMENTO ESPECIAL E A PALAVRA
DA VÍTIMA

Projeto científico apresentado à ESAJ – Escola Superior de Administração
Judiciária como requisito parcial para conclusão de Curso de Pós Graduação
Em Direito Penal e Processo Penal.

Orientador: Prof. - Mestre Leonardo da Silva Lopes

Rio de Janeiro

2020

Carvalho, Francisco José da Rocha

Conflito de Interesses na Colheita de Provas nos Crimes Sexuais Contra Vulneráveis: Depoimento Especial e a Palavra da Vítima

Rio de Janeiro; ESAJ/TJERJ, 2020.

Número de folhas (77 f.).

Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-graduação – Direito Penal e Processo Penal) Escola Superior de Administração Judiciária – Rio de Janeiro, 2020.

Orientação: Professor – Mestre - Leonardo da Silva Lopes

1.Estupro. 2. Vulnerável. 3.Depoimento. 4. Depoimento. Vítima.

CONFLITO DE INTERESSES NA COLHEITA DE PROVAS NOS CRIMES
SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEIS: DEPOIMENTO ESPECIAL E A PALAVRA
DA VIÍMA

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho primeiramente a Deus, por me dirigir, capacitar e manter.

A minha mãe, Sra. Leonidia Maria da Rocha, por ser meu exemplo, minha coluna, meu amparo. Por ter mantido e criado seus filhos com seu suor e, muitas vezes lágrimas; à minha filha, o melhor de mim, meu orgulho, meu sonho realizado; a minha esposa que me incentivou e lutou junto, ao meu pai, que me ensinou a ser forte, mesmo na fraqueza e a minha família o maior privilégio que Deus podia me dar.

AGRADECIMENTO

Agradeço a cada Professor que dedicou seu tempo e conhecimento compartilhando-os com cada um de nós. Como foi gratificante olhar pessoas tão qualificadas debatendo no mesmo nível conosco. Nos levando a pensar, aprofundar a análise, não permitir ficar na margem.

Matar o sonho é matarmo-nos. É mutilar
a nossa alma. O sonho é o que
temos de realmente nosso,
de impenetravelmente e
inexpugnavelmente nosso. “

(Fernando Pessoa)

FOLHA DE APROVAÇÃO

CARVALHO, Francisco José da Rocha. **CONFLITO DE INTERESSES NA COLHEITA DE PROVAS NOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERAVEIS: DEPOIMENTO ESPECIAL E A PALAVRA DA VÍTIMA.** Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a ESAJ – Escola Superior de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Curso de Pós Graduação Em Direito Penal e Processo Penal – 2018/2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^o - Doutor – Luciano Barreto

ESAJ – TJERJ

Prof.^a. - Doutor Cláudio Dell’Orto

ESAJ - TJERJ

Exame do T.C.C - Rio de Janeiro, 19 / 10 /2020

Nota: _____

Nota: _____

RESUMO

Devido às dores para a vítima no depoimento especial essa pesquisa se justifica através de problematizar a colheita de provas nos crimes sexuais contra vulneráveis e a controvérsia criada a partir da Lei 13.341/2018 e a necessidade de desenvolvimento de um sistema de proteção que não leve à revitimização. Em contribuição pesquisas do Ministério da Saúde apontam que os casos, em sua maioria, ocorrem dentro do grupo familiar. Este Projeto de Pesquisa delimitou-se em colher informações sobre o Depoimento Especial, as mudanças trazidas pela Lei 12.015/09 e a controvérsia da prova testemunhal. Há aqui uma preocupação na discussão ampla quanto ao desenvolvimento das leis que tratam do Estupro. Na verdade, não se observa um sistema de proteção, o depoimento existe como prova, não se buscando uma compreensão dos fatos geradores, nem tampouco as dores físicas, mas principalmente as psíquicas causadas pela violência. É importante ressaltar que, este trabalho não busca discutir o conceitos de violência sexual, principalmente, em relação aos vulneráveis, também não pretende esgotar levantamentos bibliográficos sobre o que é o Depoimento Sem Dano (DSD) ou o Depoimento Especial (DE), mas problematizar a questão da colheita de provas através deste método e suas controvérsias, na busca de produzir desdobramentos que levem a uma solução quanto as falsas memórias, a condenação antecipada, a exposição e a traumatização de todos os atores, possibilitando o enfrentamento desta delicada temática, verdadeiro “tabu”, que é a violência sexual contra crianças. Nossa teoria é que, as dores para a vítima no depoimento especial, podem ser resolvidas ou atenuadas, com o desenvolvimento de um sistema de proteção integrado, que não leve ao enfrentamento da questão apenas respondendo quesitos necessários ao convencimento do Julgador, mas que conheça as características do caso, respondendo bem mais do que sim ou não. Conhecendo a verdade de forma aprofundada e sem preconceito. Adotar uma sistemática de atenção continuada, não somente um projeto de oitiva na busca de provas. É preciso criar uma consciência de que há controvérsia na colheita do depoimento que afeta a vítima e impõem ao acusado uma condenação. Buscar Através da

pesquisa bibliográfica estabelecer um debate sobre as circunstâncias do Estupro de vulnerável sua prova diante do novo ordenamento jurídico descrever e identificar as questões que de forma mais aguda são tratadas quando do Depoimento Especial e principalmente diante das incertezas. Pontuar os principais sistemas de recepção e acompanhamento da vítima e a visão do Acusado

Palavras-chave: Estupro; Vulnerável; Depoimento; Vítima.

ABSTRACT

CONFLICT OF INTEREST IN THE COLLECTION OF EVIDENCE IN SEXUAL CRIMES AGAINST VULNERABLE PEOPLE: SPECIAL TESTIMONY AND THE WORD OF VICTIM.

Due to the pain for the victim in the special testimony this research is justified by problematizing the collection of evidence in the sexual crimes against vulnerable and the controversy created from the law 13.341/2018 and the need to develop a protection system that does not lead to revictimization. Researches from the Ministry of health indicate that the cases mostly occur within the family group. This research project focused on gathering information about the special testimony, the changes brought by the law 12.015/09 and the controversy of witness evidence. There is here a concern in the broad discussion about the development of laws dealing with rape. In fact, there is no protection system. The testimony exists as evidence, not seeking an understanding of the facts generated, nor the physical or psychological pain caused by the violence. It is important to highlight that this research does not seek to discuss the concepts of sexual violence especially in relation to the vulnerable. Also does not intend to exhaust bibliographic surveys on what is the No damage testimony (DSD) or the Special testimony (DE) but problematize the issue of the collection of evidence through this method and attempt to produce developments that lead to a solution for false memories, early condemnation, the exposure and traumatization of all involved enabling the confrontation of this delicate theme which is sexual violence against children. Our theory is that the pain caused to the victim during the special testimony could be reduced with the development of an integrated protection system, that does not only lead to answering questions for the certainty of the judge but to truly knowing the characteristics of the case. Answering way more than yes or no questions and Knowing the truth in a deeper perspective without prejudice. Adopt a systematic of continued attention, not only a project in the search of evidence. It is necessary to create awareness that there is controversy

in the collection of testimony that affects the victim and imposes on the accused a conviction. Search through bibliographic references and establish a debate around the circumstances of the violence before the new legal order. Describe and identify the issues in a deeper way than how they have been addressed in the special testimony system and highlight the main systems of protection of the victim and the accused's point of view.

Keywords: Sexual violence; Vulnerable; Testimony; Victim

CONFLITO DE INTERESSES NA COLHEITA DE PROVAS NOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEIS: DEPOIMENTO ESPECIAL E A PALAVRA DA VÍTIMA

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
2. A CONSTRUÇÃO DO PROCESSO PENAL EM RELAÇÃO AO ESTUPRO.....	16
2.1 DO MODELO INQUISITIVO AO ACUSATÓRIO: O ESTADO E SUA AUSÊNCIA.....	18
2.2 A ESTRUTURAÇÃO DO PROCESSO PENAL MODERNO A PARTIR DE PRINCÍPIOS LIMITADORES À ATUAÇÃO ESTATAL.....	26
2.2.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL, JUIZ NATURAL E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	27
2.2.2 A VÍTIMA COMO PERSONAGEM OCULTO E IGNORADO NO PROCESSO PENAL.....	30
3. CRIMES SEXUAIS: A CRIANÇA COMO VÍTIMA E OBJETO DE PROTEÇÃO FRENTE AO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL.....	34
3.1 DO ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A QUESTÃO DO CONSENTIMENTO E SUAS DISCUSSÕES.....	37
3.2 MEIOS DE PROVA VIGENTE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	49
3.2.1 O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.....	51
3.2.2 A TENSÃO ENTRE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA.....	53
3.2.3 A PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES SEXUAIS E SEUS PROBLEMAS.....	55
4. O DEPOIMENTO ESPECIAL COMO INSTRUMENTO DE COLHEITA DO DEPOIMENTO DA CRIANÇA-VÍTIMA.....	57
4.1 O SURGIMENTO DO DEPOIMENTO ESPECIAL E O SIGNIFICADO DA LEI 3.431/2018: A BUSCA PELO DANO MÍNIMO À CRIANÇA.....	64

4.2 OS PROCEDIMENTOS TÉCNICOS PARA COLHEITA DO DEPOI.MENTO ESPECIAL.....	65
4.3 AS TENSÕES NA BUSCA PELA VERDADE PROCESSUAL: ENTRE A REVITIMIZAÇÃO DA CRIANÇA E A CONDENAÇÃO DE UM INOCENTE: UM PROCESSO PENAL AINDA EM BUSCA DE EQUILÍBRIO.....	68
5. CONCLUSÃO.....	72

1. INTRODUÇÃO

Estupro vem do latim “*stuprum*” e designa o ato sexual por meio de força e violência. Já a palavra vulnerável, do latim “*vulnerabilis*” e significa o que pode ser ferido ou atacado, de “*vulnerare*” ferir, de “*vulnus*” ferida, lesão, rasgar, romper...

Diante do absurdo da declaração de um Promotor de Justiça em audiência, criminalizando a vítima pelo abuso sexual que fora praticado pelo próprio pai, causou comoção pública. Porém, a verdadeira face da questão é bem mais severa, é a manutenção de uma ideologia machista, que gera um condição hipócrita, onde o Estado que deveria ser o guardião da dignidade da pessoa humana, defensor dos vulneráveis, das minorias e dos que não tem voz, encontra no falar de um Promotor, seu representante, a síntese do olhar preconceituoso e ultrapassado, que nos impõem um sistema de Leis que, talvez atendam o interesse punitivo do Estado, talvez permitam uma “resposta rápida”, diga-se uma condenação rápida.

Devido a minha experiência profissional, vivenciei muitos casos em que a violência sexual contra vulneráveis de toda natureza se constituía em processos que demandavam o cumprimento de diligências, e, Como chefe de Cartório, tinha que conhecer minimamente o processo para determinar a ordem de prioridade.

Eu iniciei minha carreira no Judiciário depois de passar alguns anos no Executivo, mais especificamente na Secretaria de Estado de Saúde, lá conheci as mazelas do corpo, aprendi a importância do minuto de vida, da precariedade de nossos corpos, aprendi o quanto somos incríveis criaturas. Somente quem tem acesso ao Código Internacional de Doenças é capaz de mensurar o quanto somos loucos de levantar-nos da cama para viver.

Quando ingressei no Judiciário, vim cheio de orgulho, me sentia importante, parte de um ambiente tão diverso daquele da saúde. Com o tempo comecei a conhecer das mazelas da alma. E, fui reconhecendo que, cuidar do corpo, era bem mais fácil que cuidar da alma.

Quem, diante de um quadro de violência não é levado de imediato a ponderar sobre direito, sobre vítima, acusado, liberdade, prisão. A sociedade está repleta de juristas, há um sem número de juízes sem toga, desembargadores de calçada, especialistas nos mais diversos códigos.

Não falta julgador, mas falta produção intelectual, falta compreensão do papel de cada um na sociedade. É sempre mais fácil julgar o outro, mas, quem somos nós diante do espelho. Qual a sentença que espero quando sou eu a vítima, ou o se sou o acusado, que não tem como apresentar sua defesa, muitas vezes já condenado pela sociedade a qual pertence.

As dores de cada indivíduo não podem ser mensuradas quando olhadas de longe. Confesso que muitas vezes nos processos que trabalhei, julguei antecipadamente, me deixei levar pelas aparências.

Quero citar uma ocorrência que muito tem a ver com o trabalho que ora se apresenta. Em um dia de trabalho comum, chega uma notícia de uma mãe que trazia uma denúncia de abuso sexual da filha menor por parte do pai, eram as primeiras horas da manhã, solicitei colher as declarações de ambas, (mãe e filha), e sem prejuízo solicitei que os Comissários de Justiça fossem ao local de residência para colher mais dados, enquanto aguardávamos a presença do Juiz.

Diante da narrativa da mãe e da criança, formei meu convencimento e já tinha em mente que aquele indivíduo deveria ser encarcerado. Com a chegada do Juiz, cientificado da ocorrência, leu as declarações e determinou aguardar-se a chegada dos Comissários. Estes, chegam trazendo o pai, aquele que para mim era um câncer na sociedade e deveria ser cortado. Conheci um homem sofrido, fala simples, acompanhado da tia da criança, irmã da mãe. Em pouco tempo esclareceu-se tudo. Aquela mãe, era uma alcoólatra e, para evitar que saísse de casa para beber, aquele homem a trancava em casa. Descobriu-se que, a mulher convencerá a filha a confirmar a história de abuso através de chantagem.

Jamais esqueci as palavras do Juiz: por mais que uma verdade pareça real, nem sempre ela é uma verdade completa.

Assim, diante da possibilidade de escolha de tema para o trabalho de pesquisa, observei oportunidade de trazer à tona um tema de difícil discussão, que normalmente fica escondido por detrás das capas do processo. São

questões que se tornam segredo de família, são mutações da personalidade humana, que em verdade está presa aos padrões de sua formação nos primórdios do que chamamos humanidade.

A história está cheia de imagens de violência, principalmente de gênero, a selvageria dos primeiros humanos não arrefeceu, mudou para o ambiente fechado.

Não se quer estabelecer uma teoria fechada, tampouco definir uma legislação como melhor ou pior, o que se quer é que haja amplo debate sobre o tema, que é tabu, preconceito e que bastaria ter maior destaque diante das absurdas estatísticas para que houvesse por parte da sociedade e do Estado uma atenção verdadeira, onde o estupro de vulnerável, seja a vulnerabilidade absoluta, seja relativa, onde a violência de gênero, onde os princípios constitucionais sejam objeto de constante aprimoramento, mas sobretudo de atenção integral.

A maior preocupação é dar uma resposta à sociedade. Mas e a vítima, e o acusado que é vítima e quanto ao sistema arcaico e paternalista?

Queremos exemplificar falando do Código Penal de 1940, onde ao tratar dos crimes contra a dignidade sexual, vejam bem, o bem jurídico tutelado, era a dignidade sexual, veio impregnado com a ideologia machista e paternalista da época, cheio de questões moralistas, note-se que o pilar de sustentação era a “moral e os bons costumes”. Tinha forte influência da igreja católica, impondo a criminalização da liberdade da vida sexual.

Curioso ter a expressão “mulher honesta” que nos permite avaliar adequadamente a questão da criminalização da liberdade sexual.

Com o advento da Constituição de 1988, onde a dignidade de pessoa humana é seu pilar principal, torna-se incompatível a manutenção de uma ideologia que mais prende que liberta.

Ainda assim, só vamos ver a evolução, ainda que incipiente nos termos do Título VI do Código Penal – Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual, décadas depois da promulgação da Constituição. Cabe lembrar que a Lei 12.015 é de 2009.

Quando da realização do presente trabalho, iniciado o questionamento quanto ao tema, já tinha em mente o que por óbvio escolhi. Muito em

função de minha experiência profissional, mas, sobretudo por ser um crítico do tratamento dispensado ao segmento social de crianças e adolescentes em nosso país.

Temos um Estado que de forma dissimulada diz buscar políticas públicas para prestar atendimento integral às necessidades desse contingente que já é 57,6% da população brasileira, ou seja, mais de 118 milhões de brasileiros tem menos de 18 anos, segundo dados do IBGE/2016.¹

Deparamo-nos com vários casos de violência contra a criança, muitos na esfera da violência sexual. Observamos os casos mais absurdos e chocantes, alguns trazendo verdades duríssimas, outros a insanidade da denúncia mentirosa, muitas vezes para alcançar objetivos alheios ao melhor interesse da criança.

Vimos que por força da Alienação Parental ou por uma definição sobre o regime de guarda ou visitação, histórias incutidas na mente de uma criança, destruíram a vida de um homem.

Das experiências extrai material para transformar em pesquisa científica, o que era conhecimento empírico, que se consolidou diante da busca por informação técnica. A pesquisa trouxe um horizonte de conceitos e problematizações que, permitiram criar uma abordagem que chama para a discussão de um tema que fica fechado nas salas especiais para depoimento de crianças vítimas de violência sexual.

A pesquisa permite reconhecer a triste realidade de que, em pleno século XXI, ainda vivemos uma sociedade “machista”, “paternalista” e “arcaica”. A idealização do poder do homem sobre a mulher se cristaliza nas estatísticas da violência. Tal concepção vem dos primórdios da humanidade, em que se via o homem em busca da realização de seus desejos mais bizarros e animais, suas fantasias mais horrendas, tendo a criança, principalmente, a menina que começa a ter contornos de mulher como vítima.

¹ <https://www.ibge.gov>

Os deuses do Olimpo desciam a terra para deflorar as virgens, transmutados em animais, pois assim, renovavam suas forças. Apologia ao estupro.

A sociedade avança, a população cresce, surgem novas tecnologias, porém, nada muda quanto à dominação machista.

O clássico filme “Lolita” de Stanley Kubrick, baseado na obra de Vladimir Nobokov (1899 – 1977), traz, sem máscaras, a realidade da qual falamos, e que fica fechada por portas pesadas de moral social. “o homem de bem”, “o pai de família”.

“Lolita” permanece causando escândalos. A paixão – abusiva, frise-se, de um homem maduro por uma adolescente, (em verdade 12 anos), uma criança, é mesmo chocante, ainda que o romance se trate de alta literatura, de um refinamento ímpar. Brian Boyd, professor de literatura e especialista na vida e obra do autor Vladimir Nobokov, afirma que se trata de um “estudo de um caso de abuso sexual”²

Ironicamente, é exatamente a visão que grande parte da sociedade apresenta. Um grau de tolerância, de não é comigo... Hoje vemos Lolitas passeando nas praças, nas redes sociais, na TV. Vivemos um tempo em que a sensualização da criança é tida como natural.

O ato libidinoso, o assédio sexual, a provocação, a exposição, a auto colocação em risco, a adultização da criança, são transformados em algo natural. Porém, não se pode admitir como natural a ausência do Estado, a lentidão do Legislador, a permissividade daqueles que deveriam ser os suportes para a defesa das classes mais oprimidas e caladas.

² Vladimir Nabokov – Jornal Opção – <https://jornalopção.com.br> – Edição 2255 – 2018.

2. A CONSTRUÇÃO DO PROCESSO PENAL EM RELAÇÃO AO ESTUPRO

O professor Bruno Gilaberte, (Gilaberte, 2014) nos traz uma visão do desenvolvimento do Direito Penal em relação ao conceito de “vulnerabilidade” condutas praticadas contra vulneráveis fazem parte do Capítulo II e referem-se aos crimes contra a dignidade sexual. Anteriormente à Lei 12.015/09, não se observava este conceito no ordenamento jurídico. O que tínhamos estava colocado na condição de “violência presumida” prevista no artigo 224 do Código Penal. A presunção ali apontada estava balizada na condição de: a vítima não ser maior de 14 (quatorze) anos, ser alienada ou débil mental e, talvez a maior questão de controvérsia em nosso entendimento, o agente conhecer tal circunstância. E finaliza o texto legal com a questão da incapacidade de reação por qualquer outro motivo, qual seja, não poder por qualquer outro motivo oferecer resistência. Neste diapasão se o ato sexual era praticado com alguma das características apontadas no referido artigo, sem que houvesse violência real ou grave ameaça, estaria configurada em tese, violência presumida, permitindo interpretação de prática de ato libidinoso tipificado nos artigos 213 e 214 do Código Penal.

O Legislador teve preocupação na proteção de certas categorias de pessoas ou vítimas. Já no Código imperial e posteriormente no republicano, tínhamos, balizamento estreito. No imperial a tutela penal era destinada a mulher com idade inferior a 17 anos, já no Código republicano a violência era objeto da tutela penal até os dezesseis anos incompletos. Somente na atual redação do Código Penal tivemos uma abrangência significativa na salvaguarda a essas pessoas (vítimas).

Em nosso ordenamento jurídico não é fixa a definição de vulnerabilidade, fica vinculada ou dependente da apreciação do tipo penal. No artigo 217 – A do Código Penal é vulnerável a vítima menor de 14 anos, que é portadora de enfermidade, deficiência mental que lhe impede de ter o discernimento necessário para a prática do ato. Tem-se ainda, na mesma linha aquelas que por

qualquer outro meio ficam impedidas de oferecer resistência. Entende-se aqui como pano de fundo a questão do chamado consentimento ou concordância.

Observa-se que como já falado, a definição de vulnerabilidade vincula-se ao tipo penal em análise. Assim, quando analisamos o vulnerável do artigo 218 Código Penal, (corrupção de menores), o vulnerável é o menor de 14 (quatorze) anos. Na leitura do artigo 218-B – favorecimento à prostituição ou exploração sexual, a idade passa a ser menor de 18 (dezoito) anos, tendo o Legislador adotado também o critério de enfermidade ou deficiência mental. Assim, a “vulnerabilidade” é mutante, a depender do artigo do Código Penal a qual melhor se vincule a análise do crime.

Em verdade a liberdade sexual é o que caracteriza o conceito de vulnerabilidade, uma vez que pressupõem uma capacidade de discernimento para a prática do ato, ou consciência para aceitá-la. Assim no artigo 217-A o bem jurídico ofendido é a dignidade sexual.

O estupro como crime já estava previsto nos mais antigos ordenamentos jurídicos, como o Código de Hamurabi, onde os crimes sexuais eram tratados no volume dedicado aos delitos contra a ordem família, após o crime de adultério. Lá havia menção de que: “Se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto, a mulher irá livre. Observa-se que a preocupação era com a questão da virgindade.

No Direito Romano, temos o surgimento do termo *stuprum*, que designa o ato sexual por meio de força ou violência. A literatura Romana clássica, não jurídica, está cheia de famosos casos de violência sexual.

Na sociedade Romana não eram incomuns os atos de violência sexual. Na obra *Metamorphoses* de Ovídio, há relato de 12 casos de violência sexual, merecendo destaque aqueles praticados contra jovens pelos deuses na ânsia de saciar seus desejos.

Lembramos o início de Roma e o lendário rapto das sabinas notadamente violência sexual, que acabou legitimado pelo contexto de guerra.

Há vários Códigos na história que de uma forma ou de outra acabam por normatizar a questão, porém, sempre de maneira a preservar a virtude

(virgindade), sendo este o bem jurídico defendido. Não se tratava de discutir a violência do ato, mas de garantir um bem de interesse da sociedade.

Nas Ordenações Filipinas, aplicadas no Brasil colônia o estupro era tratado como inconveniente ao qual poder-se-ia indenizar. Entretanto, se o estupro tivesse como vítima mulher casada, a condenação era o chamado capadura a macete.

No Código Penal de 1940, que introduz no nosso ordenamento o tratamento dos crimes contra a dignidade sexual, o faz de forma que bem reflete a sociedade daquele período. Traz um arcabouço de defesa da moral e bons costumes.

O Estado se restringia a definição do crime e sua pena, não havendo por parte do ente público qualquer ação de prevenção ou educação. A avaliação é nos termos do que a sociedade chamará de “mulher honesta”, normalmente aquela que é casada e ostenta a condição de “dona de casa”.

As garantias individuais e coletivas não faziam parte do tratamento dado pelo legislador na abordagem dos chamados crimes contra a “moral e os bons costumes.

2.1 Do modelo inquisitivo ao acusatório: O Estado e sua ausência.

O Doutor Antônio Baptista Gonçalves, Advogado, Presidente da Comissão de Criminologia e Vitimologia da OAB/SP, nos traz em seu livro – ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO em 30 anos da Constituição Federal, que há uma vitimologia não observada por nossos legisladores e uma verdadeira crise dos direitos fundamentais. Ainda que, com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe renovação significativa na orientação da sociedade, visando o aperfeiçoamento de mecanismos garantidores da paz social e sobretudo a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, não houve

uma orientação apropriada do papel do Estado, bem como sua real condição de garantidor de tal objetivo (paz social e dignidade da pessoa humana).

É no Estado Democrático de Direito que se espera a efetivação através de sua ação direta de uma série de direitos considerados como fundamentais e que, em princípio deveriam ser garantidos à população. Dessa forma, o Legislador eleito pelo povo teria o dever de zelar pelo respeito a Constituição Federal de 1988 e pela aplicação de seus preceitos na prática. Porém, não é o que se observa, contrariamente se vê uma dicotomia da previsão teórica e o que se estabelece na prática, Isto porque, em verdade o Estado brasileiro não efetiva os direitos fundamentais, muitos estabelecidos em Tratados Internacionais, onde o Brasil é signatário e, tampouco, busca dirimir os principais e rotineiros conflitos sociais quando discute-se direitos.

Na prática, os direitos fundamentais não são objeto de constante atenção do Estado, ficam as vítimas de qualquer vícios que precisão de proteção relegadas a uma constante busca por exercer seus direitos, onde quem mais precisa menos tem, havendo um absurdo de intolerância, abusos etc. que mostram que mesmo com a Constituição Soberana o acesso universal prometido, é somente promessa, ou seja, aqueles que do Estado precisam seja para proteção, para efetivar direitos ou para acesso à informação não são plenamente atendidos.

Veremos que o conceito de Estado nasce no século XVI tendo sido mencionada primeiramente por Nicolau Maquiavel. A compreensão do que vem a ser Estado nos leva à sua origem e evolução ao longo da história, chegando ao modelo atual que é alicerçado na ideia de liberdade e fraternidade, o chamado Estado Democrático de Direito.

Segundo o Professor Antônio Batista Gonçalves, o conceito de Estado é o de ente público com poder de coerção e pautado num sistema de organização jurídica. As concepções fundamentais de Estado são: 1. A organicista, segundo a qual o Estado é independente dos e anterior a eles; 2. A atomista ou contratualista, segundo a qual o Estado é criação dos indivíduos; 3. A formalista, segundo a qual o Estado é uma formação jurídica.

O Estado de Direito gera uma relação entre Estado e o Direito, onde ambos são suporte um para o outro, criando uma chamada interdependência.

É o direito que dá vida ao poder público que só é exercido pelo direito e para o direito, sendo imprescindível, uma vez que é um de seus elementos constitutivos.

A força coletiva da sociedade é o poder público que através de suas necessidades e anseios acaba por sugerir a aplicabilidade do direito sendo esta atribuição do Estado na busca da paz social e na pacificação dos conflitos. Não há qualquer outro poder na sociedade que se iguale, sendo este poder “supremo”, expressão do desejo da sociedade. É o órgão da soberania nacional. Porém, deve-se observar que o poder é protetor do direito e este o limita.

Conclui-se que o Estado e o Direito são essenciais como garantidores da harmonia e do bem-estar das relações da sociedade e, também na garantia dos direitos dos cidadãos, ainda que na prática nem sempre tal premissa seja observada. Pela força do Direito, os cidadãos cumprem coercitivamente as normas. Porém, ao Estado também se impõe o cumprimento de regras jurídicas. A garantia de que o Estado não infringirá direitos que deveria proteger está na obrigatoriedade do próprio Estado em se submeter aos ditames normativos. Desta forma é o Direito que regula e disciplina as relações. (Gonçalves, 2014)

Após a segunda grande guerra a dignidade da pessoa humana passou a ter importância e força. Com ênfase na defesa da liberdade, da dignidade do cidadão, dos direitos da criança e do adolescente, do Estado Democrático de Direito, seja através de Tratados aos quais muitos países aderiram ou de forma expressa nas suas constituições.

A intervenção estatal que a doutrina confirma, vem assegurar a plena aplicação e proteção dos direitos fundamentais de primeira geração na garantia da paz social e a harmonia nas relações sociais.

Cabe discutir se há igualdade de garantias na defesa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, quando o Estado garantidor, não adota medidas de proteção e salvaguardas no acesso à justiça, mas, principalmente a realização de um processo que busque a verdade real, sem necessariamente expor a vítima a uma condição revitimizante. Porém, o Estado

recebe pressão da sociedade para solução do conflito, principalmente nos crimes sexuais envolvendo crianças ou adolescentes. Porém o Estado precisa dar uma resposta rápida, mas, inúmeras vezes não há prova técnica, nem colhida de forma a excluir qualquer dúvida. Não há uma estrutura de atendimento para recepção, acompanhamento da vítima. Busca-se a verdade, o sim ou não. Também no caso do réu o que fica claro é que a janela que se abre é de exposição, gerando um pré-julgamento.

Há inúmeros casos em que o arbítrio do Estado se fez apontando o dedo acusador, onde deveria gerir o pêndulo da justiça, de forma a que não haja acusação sem uma base concreta, com uma investigação plena, inclusive com aprofundamento da história social dos envolvidos.

Nesta linha de raciocínio, conforme Mauricio Stegemann Dieter observamos como se processa nos Estados Unidos da América a acusação nos casos de estupro ou investigação quanto a sua prática. Os chamados, “presas fáceis”, onde há um trabalho elaborado de vigilância, e incapacitação dos predadores na tentativa de prevenção dos crimes sexuais.

Chamados de delinquentes sexuais (“*sex offenders*”) – onde em um trabalho dos mais expressivos no sistema de justiça criminal, buscando-se, especialmente a neutralização daqueles que vitimizam crianças e adolescentes, reunidos sob o signo de pedófilos (“*child molesters*”).

Construiu-se, em verdade, ao redor dos suspeitos por crimes sexuais contra vulneráveis uma rede prevencionista sem equivalente no mundo ocidental. Sendo o que permitiu defini-los como presas fáceis do sistema criminal. O Registro Nacional Compulsório que compila dados de todos aqueles que foram processados ou condenados por crimes sexuais colocando-os em uma lista pública e oficial, numa verdadeira perseguição da sexualidade desviante. Assim, identificando em tempo real quem são e onde estão os delinquentes sexuais.

No Brasil não alcançamos tal grau de controle, porém, a acusação de estupro, que atualmente apresenta rol ampliado na indicação de conduta atípica, tem tratamento e exposição cinematográfica, o que acaba por provocar o silêncio

da vítima ou a condenação antecipada do acusado. Seu linchamento público. (Dieter, 2013)

Ainda, segundo nos ensina Antônio Batista Gonçalves (Gonçalves, 2014, fls. 125), a ideia de direitos fundamentais é relativamente nova no Brasil, temos que fazer uma retrospectiva histórica para observarmos que tal princípio remonta à democratização, sendo certo que transcorreu pouco mais de trinta anos da promulgação da Constituição Soberana que traz em si alicerçada a ideia de dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais até então estranhos à nossa sociedade.

O Estado não pode ser ator único na missão de garantir e efetivar os direitos fundamentais, entretanto não se observa um mover da sociedade no sentido de fazer valer a Constituição e evitar que haja o surgimento de uma crise que deixa a margem tais direitos. Nossa sociedade é plural, contando com indivíduos de todas as classes sociais, econômicas e culturais, com sua diversidade espalhada na enormidade do país. Para a efetivação de condições mínimas para alcançarmos uma sociedade cidadã cabe ao Estado proporcionar meios, porém cabe a sociedade estar presente, fiscalizando, cobrando, não submetida aos movimentos retóricos das cores políticas.

As pessoas passaram a reivindicar o melhor para si, sem se importar com o coletivo. Hoje temos a vontade individual moldando o rosto da nova sociedade, mais egoísta, dispersa, que tem no consumo sua base, onde o ter, o possuir, é incentivado pelo mercado e pela mídia de forma incessante. Onde crianças são adultificadas e sexualizadas.

O resultado é um crescente na vitimologia, a autocolocação em risco. A sociedade passou a entender como normal tais condições. É comum conhecer alguém por aplicativo, comprar sem saber ao certo de onde, expor-se sem receios. Porém ao final, questiona-se as invasões de privacidade.

Caberia ao Estado desenvolver mecanismos de prevenção, educação e vigilância, uma vez que é seu dever fornecer conjunto de direitos fundamentais como: educação, saúde, lazer, equilíbrio do meio ambiente etc. Facilitar o acesso à justiça, ao devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório de forma

universal em uma fusão de Estado Democrático de Direito com o respeito ao ordenamento jurídico que o norteia e sistematiza.

Nessa linha, o Estado em claro conflito entre a legalidade de agir e a garantia de atender plenamente as normas do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, deixa de observar os controles rígidos de sua limitação.

Onde haverá por parte do Estado a efetiva aplicação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana?

Ainda conforme Antônio Batista Gonçalves, veremos que a dignidade da pessoa humana adquiriu importantes contornos e força no pós-guerra e no século seguinte a questão foi abordada pela maioria dos países que defendem a liberdade, a comunhão entre os povos e ao Estado Democrático de Direitos. Alguns o fizeram de forma expressa em suas constituições, enquanto outros aderiram a Tratados e outros elementos protetivos de direitos humanos.

A doutrina confirma a necessidade da intervenção estatal no sentido de assegurar a proteção dos direitos fundamentais aos membros da sociedade e, assim, garantir a paz social e harmonia das relações.

Cabe discutir nesse tocante, se há igualdade de garantias na defesa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, quando diante de situação em que o Estado, garantidor, precisa agir para permitir amplo acesso à justiça, apresenta mecanismos de atenção especial à vítima. Porém, recebe pressão da sociedade para solução do conflito, principalmente quando este, surge da denúncia de cometimento de crime onde a prova não é técnica, nem colhida de forma a excluir qualquer dúvida, forçando a uma necessária participação da vítima como elemento de prova.

Nesse momento, por mais que o Estado possa apresentar o quadro das garantias e dele extrair, que é assegurada a ampla defesa e o contraditório, que com tais garantias respeitará o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Fica claro que a janela que se abre é de exposição do acusado.

Há inúmeros casos nos Tribunais brasileiros em que o arbítrio do Estado se fez mais preponderante para apontar o dedo acusador, em casos de abuso sexual que recebe atenção midiática, porém, permitindo a continuidade da exploração sexual de crianças e adolescentes, tendo as reportagens dos casos

repercussão internacional, porém, sem ação efetiva do Estado na tentativa de mudança dos elementos que acabam por provocar e dar continuidade à este absurdo. Por outro lado, no que se refere a acusação de violência sexual, mesmo sem laudo, quando se refere a vulnerável, acaba por expor vítima e acusado, invertendo a lógica processual e permitindo que haja julgamento da vítima, quanto a sua participação ou provocação e do acusado como condenado, pré-julgado.

Em verdade, o sistema americano, se apresenta mais eficaz e presente, sendo modelo a ser observado, podendo ser adequado à nossas características culturais e territoriais. Os Chamados, “presas fáceis” de lá, são os nossos incomodadores, os nossos assediadores, os nossos viciados em buscas por imagens sensacionalistas, produtores e distribuidores de mensagens subliminares com conteúdo sexual, entre outros.

Repetimos que, na verdade em torno dos suspeitos ou condenados por crimes dessa natureza construiu-se uma rede prevencionista sem equivalente no mundo ocidental.

O Estado falha sistematicamente, suas ações não se traduzem e em garantia e tampouco em prevenção. Vejamos a questão do estupro, os números são alarmantes: um estupro a cada 11 minutos e um estupro coletivo a cada duas horas e meia. O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)³, aponta em pesquisa que, anualmente no Brasil, 527 (quinhentas e vinte e sete) mil novos casos de estupro são registrados, porém, apenas 10% (dez por cento) desses casos chegam a ser efetivamente apurados por falta de denúncia.

A grande maioria dos casos, 88,5% (oitenta e oito e meio por cento) mostra o estupro contra mulheres, mais de 50% (cinquenta por cento) menores de 13 anos, cerca de 46% (quarenta e seis por cento), não possuía sequer o ensino fundamental completo. 51% (cinquenta e um por cento) eram de cor preta e cerca de 12% (doze por cento) eram casados ou haviam sido. O mais estarrecedor é que 70% (setenta por cento) dos casos tem como vítimas crianças

³ <https://www.ipea.gov>

e adolescentes e a violência é praticada dentro do círculo familiar, geralmente pelo pai ou padrasto, num percentual de 24% (vinte e quatro por cento), amigos da família 32,2% (trinta e dois virgula dois por cento) e conhecidos das vítimas.

Assim, revela-se um Estado que peca em função de seu arbítrio, que, mesmo havendo elementos e sistemas de contenção, estes não são capazes de criar uma sintonia com a ideia de proteção universal, respeito a dignidade humana, plena aplicação dos direitos fundamentais, principalmente em relação a criança e adolescente em formação. Mas, também, não busca uma dimensão de segurança jurídica para o acusado. O sistema se mostra frágil e sujeito a interpretações que muitas vezes buscam atender aos anseios de grupos, alguns religiosos, outros políticos.

A Professora Cassandra Pereira França, (França, 2010) apresenta um quadro detalhado das várias manifestações nacionais e internacionais na busca da erradicação da exploração sexual de crianças e adolescentes, no livro *PERVERSÃO, As engrenagens da violência sexual infanto-juvenil*, temos vários registros da interação de Organizações não governamentais e entidades voltadas para a defesa da criança e do adolescente que num esforço comum se aliam a Organismos internacionais na tentativa de criar uma rede de segurança e orientação.

A mobilização e a demanda por políticas específicas de enfrentamento da violência começaram a abrir espaços na burocracia estatal até ganhar especificidade institucional. Em 1996, o Plano de Ação do Ministério da Justiça, pela Secretaria dos Direitos da Cidadania, implementou as diretrizes do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (CONANDA) para promoção e defesa dos direitos da criança, e atribuiu ao Departamento da Criança e do Adolescente (DCA) a responsabilidade pela execução, em âmbito nacional, da política de defesa de direitos humanos pela população infanto-juvenil. O item 12 das diretrizes (...) “apoiar campanhas, ações e programas de atenção a criança e adolescentes explorados sexualmente” (França, 2010, p. 81)

2.2 A estruturação do processo penal moderno a partir de princípios limitadores à atuação estatal

Mesmo o Estado impondo seu poder na condução do processo, sendo a força impulsionadora, ora atuando como Auto, ora como fiscal, em outras como Juiz. Partindo de nova visão de amplitude na participação da vítima no sistema, limitando à atuação Estatal, obrigando a uma efetividade no propósito de investigar, colher provas, analisá-las a luz de um conjunto que traga o mínimo de certeza ou na ausência destas, não permitir acusar um inocente.

No artigo publicado (Revista de Estudos Criminais 71 – outubro/dezembro 2018), o Dr. Sérgio Bruno Araújo Rebouças, nos mostra que:

As tendências contemporâneas apontam para uma crescente valorização do papel da vítima no processo penal, envolvendo as vertentes vitimológicas de informação, proteção, participação, reparação e assistência, (...), no Direito comparado e no processo penal internacional. Na ordem jurídica instituída pela Constituição de 1988, a ação penal subsidiária da pública está situada e dimensionada entre os direitos e as garantias individuais (art. 5º, LIX). Inserindo-se, assim, neste regime de fundamentalidade, o que oferece ruças consequências, ainda não examinadas no significado e alcance adequados. (Revista de Estudos Criminais 71 – outubro/dezembro 2018).

A participação do ofendido no processo penal de ação pública, reflete um ativismo que, aponta para um regime de proteção reforçada e que se destina, em verdade, a finalidade mais ampla que, associada ao tratamento das consequências do crime e a efetividade da recomposição de danos materiais e imateriais experimentados pela vítima.

Na Observação dos mecanismos constitucionais limitadores à atuação do Estado, percebemos que o legislador constituinte estabeleceu limites na busca

de evitar que houvesse arbitrariedades e abusos. Desta forma, a Constituição Federal traz princípios como: Legalidade; Intervenção mínima; o princípio da Fragmentariedade; o princípio da irretroatividade; o princípio da Adequação Social; o princípio da insignificância; o princípio da Ofensividade; o princípio da culpabilidade; o princípio da proporcionalidade; o princípio da humanidade.

A ideia de existência de freios e contrapesos que visam permitir um equilíbrio e uma dimensão em que a participação das partes será controlada por um sistema amplo de garantias, evitando que o arbítrio Estatal, ou que interesses diversos do processo possam influenciar e restringir a aplicação de Direitos e Garantias individuais consagrados na Constituição e em diversos Tratados Internacionais.

2.2.1 Devido processo legal, Juiz natural e presunção de inocência

A busca pela verdade real, que em princípio permite ao Juiz aplicação da justiça com o mínimo de exatidão, é característico do processo penal, porém, como alcançar esta verdade?

A Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de Sentença penal condenatória. Tal princípio estabelece uma presunção de inocência, ou não culpabilidade, até o esgotamento da análise dos elementos de prova e recursos nas várias esferas do Poder Judiciário.

O direito de não culpabilidade já se fazia presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

A presunção de inocência estabelece garantias para o acusado em face do poder punitivo do Estado, dando-lhe proteção e estabelecendo direção ao Juízo da sentença.

Considerando a presunção de inocência como direito fundamental, a regra processual é de que o ônus de provar o alegado ou a demonstração de culpabilidade seja da parte acusadora, não tendo o réu ou acusado que provar sua inocência, entretanto, no caso de denúncia de ato libidinoso, que no atual ordenamento se praticado com criança menor de 14 anos configura “estupro”, a prova que deverá levar ao convencimento do julgador, é a palavra da vítima, colhida, geralmente, sem uma avaliação ampla e criteriosa da relação social dos envolvidos, em muitos casos permeada por pressões políticas ou religiosas. Há inúmeros casos em que a realidade se mostrou bem diferente do que as alegações diziam. Um caso que ficou emblemático é registra bem o que essa pressão e açodamento podem causar é o conhecido como: “O Caso da Escola Base”, onde em março de 1994 em São Paulo, os donos de uma escola infantil e outras pessoas foram acusados de abuso sexual. Já na Delegacia sofreram assédio moral e abuso de autoridade, ainda que sem provas, porém com a presença da mídia sensacionalista e a conduta irresponsável da polícia, a credibilidade da escola desapareceu. A acusação se manteve até junho daquele ano, quando o delegado responsável inocentou os acusados e o inquérito foi arquivado. Porém, o dano já havia sido feito, e os acusados tiveram suas reputações e vidas destruídas.⁴

Não há que se criar impedimentos para que o Estado promova a devida investigação, colhendo provas e punindo nos casos de comprovação da prática delituosa, utilizando-se dos mecanismos previstos em Lei para tanto.

Mesmo não sendo obrigado a fazer prova de inocência, a Constituição prevê como direito fundamental ao acusado a ampla defesa e o contraditório, garantindo também o direito de participar do processo.

Na fase de Inquérito, não há que se falar em contraditório, sendo obrigatório na fase processual, desta forma, a ampla defesa se coloca como garantia do réu. Porém, nem sempre.

⁴ Acervo.oglobo.globo.com

Outro princípio Constitucional de garantia é do Juiz natural, sendo direito de todos aqueles que são processados em face de ação ou omissão definida como infração penal ou de qualquer natureza ser julgado por um Juiz natural, constituído e competente antes mesmo do cometimento da infração, seguindo regras legais rígidas.

O Juiz natural, dotado de capacidade, mas sobretudo de atributo de imparcialidade que se entrelaça na função jurisdicional não como obrigação do exercício diário, mas como essência do próprio ser humano, incapaz de se afastar do núcleo da direito, sendo a garantia da jurisdição, formando assim, uma marca da integridade do processo. Num tal grau de garantia, que não haveria jurisdição sem um juiz natural e imparcial, que não se deixe levar por pressões. Porém, nem sempre.

Mesmo que o Legislador criasse um conjunto de garantias para que o processo estivesse sempre sob o império da Lei, as mudanças ocorridas na sociedade, levam ao surgimento de novos padrões de comportamento, criando alterações, tão rápidas que a Lei fica ultrapassada e obsoleta.

Entretanto, os direitos fundamentais e as normas impositivas de um processo amparado em igualdade e equilíbrio para que haja delimitação do interesse do indivíduo sem chocar-se com os interesses do coletivo social. Há uma constante pendular entre o justo e o injusto, sendo, pois vital o respeito aos ditames estratificados na norma máxima.

Não há o pensar em direitos plenos, principalmente em relação a questão da violência presumida, onde observamos uma preocupação na celeridade do processo, a verificação das provas num turbilhão de pressões sociais e certezas, muitas trazidas pela mediação da questão.

Estamos nos acostumando a ver notícias que apontam celebridades e autoridades envolvidas nos mais sórdidos casos de pedofilia, abuso, exploração de crianças e adolescentes e que, em muitos casos ficam escondidos, encobertos, por força do nome dos réus. Enquanto o sem nome, tem uma difusão midiática de lançamento de blockbuster e a vítima, se famosa tem seu drama chorado pela sociedade, enquanto a vítima anônima tem a obrigação de testemunhar e relatar seu drama sem piedade.

2.2.2 A vítima como personagem oculto e ignorado no processo penal: a necessidade de requalificação da vítima a partir da vitimologia.

Quando analisamos detidamente as estatísticas de registros de crimes em sede policial, observamos que, em que pese o gigantismo dos números, esses, não refletem o total de atos delituosos praticados. Surge a figura da vítima oculta. São os casos de roubo não denunciados, violência doméstica, agressões, furtos, estupros...

Aqui mesmo nesse estudo, apontamos números que revelam a vítima oculta, o silêncio que estrangula vítima e liberta o acusado. Como falamos de Estupro, temos, segundo o IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada que anualmente no Brasil são registrados 527 mil casos de estupro, porém apenas 10% desses casos chegam a ser efetivamente apurados na polícia, por falta de denúncia.

Emetério Silva de Oliveira Neto em sua obra – Legislação Penal e Teoria da Vitimologia (Neto, 2018), nos traz farto material para formação de uma visão distinta quanto a presença da vítima, sua visibilidade, sua condição de denunciar, a possibilidade de ser ouvida e de efetividade da denúncia.

A vitimologia é uma teoria que traz em si pressupostos de existência, validade e aplicação, muitas vezes fomentando o desenvolvimento de realidades institucionais significativamente proveitosas ao direito penal que, ainda que com ela não se confundam, a tornam imprescindível.

O artigo 59 do Código Penal Brasileiro ao tratar da primeira fase de dosimetria da pena, determinava, expressamente, que o comportamento da vítima deve ser considerado pelo julgador. Assim, não há dúvidas de que traz uma visão clara da importância do comportamento da vítima para o crime, emanada da teoria em exame.

Abre-se um parêntese para identificar o silêncio da vítima como elemento incentivador para a prática delitiva. Talvez por temer o resultado de sua denúncia, por desacreditar na ação da polícia, na ausência do Estado como garante. De qualquer forma se oculta.

É inegável que, se levadas as últimas consequências, tal pensamento doutrinário imporá uma indesejável inversão de papéis, criminalizando a vítima e na vitimização do réu, haveria uma subversão clara do sentido da Lei e, por consequência, responsabilizações penais diversas a partir de indevidas justificativas para a prática de crimes.

Após a Segunda Grande Guerra, muito em função do que já se virá na guerra anterior e também pelo nível de horrores praticados que levou a morte de mais de (cinco) milhões de Judeus, provocou um avanço nas pesquisas e estudos na esfera da vitimologia, os estudos atuais concentram-se nos aspectos mais intimamente ligados à vítima, considerando como elemento primordial a análise de sua participação nos eventos, trazendo propostas de uma justiça restaurativa visando seus direitos, atacados em face dos delitos contra ela cometidos, com este olhar, numa perspectiva em que a vítima é retirada do ostracismo. Permite-se, nesta nova visão uma atenção aos efeitos do crime na vítima, sua extensão, não somente a culpabilidade do infrator e a punibilidade pelo delito.

Historicamente, no Brasil foram observadas algumas práticas eclesásticas que nos permitem concluir como sendo as primeiras noções de vitimologia, ainda que de véis punitivista, onde se materializavam na ação dos chamados visitadores. Sendo na maioria das vezes, os acusados de heresia ou acusados de crimes não cometidos as verdadeiras vítimas, sendo o silêncio destes a marca principal, sendo “vítima” o escolhido do momento, o que dava um sentido próprio ao termo, que não designava o ofendido, mas aquele que, de acordo com o entender do visitador, cometera crime.

Já, quando buscamos uma análise da mesma manifestação no plano internacional, deparamo-nos com a inquisição que no início do século XVIII fazia prisões em massa ao redor do mundo, com confisco de bens e propriedades em função da prática de crimes, não necessariamente através de um julgamento, o que levava a uma inevitável crise econômica e comercial provocada pela paralisação de fábricas e do comércio de exportação, o que acabava por provocar aumento significativo no número de vítimas.

Os estudos de forma sistematizada e científica por que passou a criminologia, maturou um entendimento em que se desloca de uma visão do crime pela ótica do criminoso, por que o comete, qual o seu perfil, como age, passando para uma visão, ainda incipiente da teoria da vitimologia, esta, mais voltada para a vítima como elemento do crime, qual sua participação, dando importância a vítima de forma quase total e em suas diversas formas, seja ela vítima de crime ou de quaisquer outras circunstâncias. A vítima não é mais aquela que busca a reparação ou como muitos defendiam aquela que tem por direito a vingança.

Ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 814.244/DF, o Supremo Tribunal Federal (STF), em momento raro, reconheceu que a vitimologia se caracteriza pela participação da vítima como elemento decisivo para a realização do crime, adotando entendimento que demonstra com eloquência o quanto a vitimologia é tratada de maneira reducionista, (...), ainda, que a aplicação da vitimologia aos crimes contra a dignidade sexual previsto no Título VI da Parte Especial do Código Penal brasileiro (CPB) é tratada de uma maneira específica e criteriosa, oportunidade em que são tecidos importantes comentários aos principais tipos penais e condutas que afligem esse invidável valor. (...), sempre que possível, supedâneos na jurisprudência, notadamente a dos Tribunais. (Neto, 2018, p.)

Não há na nossa Constituição Normas para amparo e restauração dos direitos da vítima na profusão em que se verifica para defesa dos direitos e garantias fundamentais do acusado. Há, sem dúvida uma maior preocupação em assegurar a garantia dos direitos humanos, estando o Estado obrigado a demandar uma serie de garantias que muitas vezes, está desobrigado em relação a vítima. É exemplar o fato de ser dever do Estado a garantia de segurança do preso.

É inegável que nossa legislação infraconstitucional, não dá às vítimas uma proteção mínima no aspecto jurídico penal. Somente com a reforma do

Código Penal de 1984, passou-se a conferir algum caráter protetor a elas. Ainda na vigência do Código Penal de 1940 (Lei 2.848/1940) a vítima não existia como parte relevante para o processo, sendo a figura do réu aquela que receberia a atenção. Cabe salientar que tal mudança em relação a atenção a vítima se dá na modificação trazida no artigo 59 do CP, entretanto, ainda que lembrada, não necessariamente a ideia foi em prol da vítima, mas, estabeleceu uma relação em que passou a considerar o binômio delinquente – vítima, dando alguma importância a esta.

Diante da visão da vítima pelo aspecto criminológico, observamos um avançar a condição de personagem, presente, ativo, participativo, porém, ainda é tênue, não lhe é conferido protagonismo. Já não podemos dizer da vítima oculta, porém, ainda vítima sem voz.

Os critérios de oitiva da vítima são recheados de preconceito e ranço machista em sede policial. Hoje, com a presença nas comunidades de Traficantes e Milicianos, a denúncia de violência sexual é ainda mais insegura. Ou a violência é praticada por elementos desses grupos, ou cientes da ocorrência determinam o julgamento do caso de forma sumária.

Mais uma vez, silêncio, conivente, silêncio necessário. O Estado ausente, a vítima oculta, o sub registro, a mentira conveniente. Não é possível crer em um sistema que mais oprime a vítima e julga de forma açodada, quando o caso tem maior repercussão, do que a protege, tampouco é adequada a ideia de julgamento midiático, onde a culpa já se faz presente antes mesmo de obtenção de provas, ou esclarecimentos .

E a vítima, aprisionada em dores e negligenciada a condição de responsável pelo que virá, guardiã da verdade ou de falsas memórias.

O principal objetivo, a punição, a responsabilização, será alcançado, porém, os dramas se repetirão e os processos seguirão, mas não haverá orientação, tratamento, cautelas.

3. CRIMES SEXUAIS: A CRIANÇA COMO VÍTIMA E OBJETO DE PROTEÇÃO FRENTE AO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Devemos atentar para uma questão que se alarga, qual seja, não falamos apenas na vulnerabilidade por força da incapacidade, vulnerabilidade relativa ou absoluta, temos que observar que há uma violência implícita, que atinge a questão de gênero. Sendo esta uma visão prevalente no atendimento às vítimas, sendo bastante significativo face ao número quase absoluto de vítimas do sexo feminino.

No livro VIOLÊNCIA DE GÊNERO – temas polêmicos e atuais. No Brasil, desde a Constituição de 1988, da Convenção dos Direitos da Criança (CDC) em 1990 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), também de 1990, passamos a entender toda criança como sujeitos de direitos que gozam de proteção integral em seu desenvolvimento. Apesar disso, a UNICEF publicou em 2015, um relatório, (...), no qual apresenta que 33% da população brasileira é formada por crianças, das quais 52% residem em domicílios pobres. Dentre as crianças pobres, 51% são pretas ou pardas, ou seja, negras. Segundo a pesquisa, 7% estavam fora da escola, enquanto, 8 milhões de crianças dos ensinos fundamental e médio tinham dois ou mais anos de atraso escolar, (...). (André Nicotilitt e Cristiane Brandão Augusto, 2018).

Diante deste texto, observa-se a ausência do Estado na preservação e garantia de direitos fundamentais da criança. O ECA determina prioridade no atendimento, uma mentira conveniente. Deveria haver uma defesa intransigente das melhores condições para o desenvolvimento saudável da criança, mentira. A proteção integral é cobertor curtíssimo, que não atende minimamente quer pelo aspecto social, quer pela segurança, ou ainda, pelo aspecto legal.

O art. 217 – A do Código Penal, aponta de forma clara a preocupação do Legislador na aplicação das garantias constitucionais à Criança. (art. 217 – A “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

A lei 12.015/2009 traz profundas alterações no Código Penal, revogando os crimes de Atentado Violento ao Pudor, fundindo-o ao de Estupro; substitui o conceito de Presunção de Violência (art. 224) pelo de Estupro de Vulnerável; modificou a redação do crime de Corrupção de Menores para os atos sexuais relativos a maiores de 14 e menores de 18, fixando a idade de consentimento no Brasil em 14 anos.

Mas, o principal aspecto da Lei 12015/09, talvez seja o de tornar os crimes sexuais contra menores em “Ação Pública Incondicionada”, de modo que cabe ao Ministério Público processar estes casos, mesmo contra a vontade da família da vítima.

Em vários casos observados nas Varas de Infância e Juventude, (pesquisa de campo), houve a tentativa, por parte da família de silenciar a ocorrência, não permitir a Ação Penal, ou dificultar a colheita de provas.

Houve casos que se apurou a convivência da mãe no Estupro, ou ainda a notícia de Estupro de vários membros da família extensa.

Busca-se assegurar a ampla defesa, como assegura nossa Constituição, mas, principalmente o pleno direito de comunicação em qualquer instância para alcançarmos uma realidade social mais justa e igualitária. Infelizmente, parcela significativamente vulnerável em nossa sociedade, representada pela população infantil, não recebe tal oportunidade, nem é atendida de forma a ter respeitado seu direito a tratamento especial. (silêncio do vulnerável)

Quanto a esta população, falando especificamente com relação ao abuso sexual, pesquisas do Ministério da Saúde apontam que os casos, em sua maioria, ocorrem dentro do grupo familiar, uma vez que cometidos pelos próprios pais, ou por aqueles que substituem esta função perante a criança.

Quando denunciado, o estupro de criança traz um grau de reprovabilidade tamanha a sociedade, entretanto, esta é silente, cala-se por medo, medo da desonra, medo das consequências da denúncia, silêncio conivente, medo da fome, silêncio covarde, acordo de silêncio, mentira conveniente.

Na ausência de laudo pericial conclusivo do estupro, ou sendo caso de ato libidinoso, o testemunho da vítima é a prova capaz de promover o convencimento do Juiz.

Neste diapasão, violenta-se a vítima, leva-se ao depoimento em sala especial, onde a comunicação com o Juiz e a sala ambientada acontece por meio do ponto eletrônico que está com membro da Equipe Técnica (Assistentes Sociais ou Psicólogos), o que permite ao Magistrado, ouvir e ver o que ocorre em tempo real, podendo intervir durante o depoimento, através da Equipe Técnica que formulará perguntas que facilitem o depoimento, permitindo assim, que as questões levantadas pelo Juiz sejam acessíveis à criança, podendo consolidar o convencimento do Magistrado, porém, será sempre o sim ou não.

Por melhor que seja a intenção e, baseada na mais severa atenção à condição especial (vulnerabilidade), da vítima, ela será forçosamente, levada a reviver a violência sofrida, (revitimização), ou, a repetir um mantra ensaiado no seu subconsciente.

Como Princípio fundamental do Direito Processual Brasileiro (Daltoé, 2007),” A verdade formal estaria dentro dos autos, a verdade real extrapolaria os autos, isto é, as perícias, o depoimento sem danos (DSD) e todos os dispositivos extra processo que compõem a prova e auxiliam na sentença do Magistrado”.

Assim, no decurso do tempo, exaure-se a memória dos fatos em detrimento da apuração da verdade real, por outro lado, a prova é necessária a uma decisão no campo jurídico, para condenar ou absolver o/a réu/ré, isto é, interessa ao Direito restituir a verdade para escapar das sentenças que ficam esvaziadas de conclusão por falta de provas materiais.

Mais uma vez vemos a obrigação de oferecer uma decisão a sociedade, de dar respostas exigidas na ação penal, formam um quadro que parece real na busca da verdade, porém, não de forma cautelosa e, principalmente sem levar a vítima a uma vivência de seu drama em novas dimensões e cores.

3.1 Do estupro com violência presumida ao estupro de vulnerável: a questão do consentimento e suas discussões

No Livro *Incesto e Alienação Parental*, (Coordenação de Dias, Maria Berenice), “Mesmo que ninguém queira acreditar, o incesto existe e é o segredo de família mais bem guardado. Ainda que seja um fato sub notificado, os números são assustadores. Basta atentar para que somente 10 a 15% dos episódios de abuso são denunciados”.

Ainda devemos acrescentar que, cerca de 20% das meninas são abusadas sexualmente este número é de 5 a 10% no caso de meninos, estes números mostram que o abuso sexual de crianças e adolescentes é prática extremamente significativa, merecedora de atenção das autoridades, sendo mesmo caso de saúde pública. Há teorias que apontam que a incidência menor em relação aos meninos é decorrente de um certo estigma da homossexualidade, o que vincula a denúncia a uma revelação, gerando um menor número de denúncias pelas vítimas, que se calam em virtude de sofrer duplo julgamento.

Como já dito aqui, na maioria dos casos denunciados o autor é membro da família ou alguém próximo. Chega a 90% das denúncias. Normalmente alguém que detém a confiança da vítima, sendo alguém em quem ela confia, ama e respeita, O pai biológico aparece como autor em 69,6% dos casos e em quase 30% é o padrasto, sendo também comunicado o abuso praticado por pai adotivo em cerca de 0,6 % das denúncias. Não se verificou a ocorrência de registros de abuso praticado por pais homossexuais.

Ainda mantendo a análise com foco no livro *Incesto e Alienação Parental – Realidade que a Justiça insiste em não ver*. (Dias, 2008). Observa-se que as formas de abuso dentro do ambiente familiar que é chamado de incesto, deixam sequelas na estrutura social, gerando um grau de reprovação e horror sem conta, uma vez que o crime é cometido quase que em sua totalidade pelo pai em face dos filhos, o que, invariavelmente irá deixar cicatrizes eternas nas vítimas e por

outro lado as mantem em total desamparo, pois o forçoso silêncio, o medo e o constrangimento a que são submetidas, a vergonha acabam impedindo o seu reconhecimento.

Aquele que faz uso de autoridade e confiança sobre a criança, que tem desta o respeito e até o amor, carinho e admiração acaba sendo o abusador que se utiliza destes elementos para influenciar e levar a criança a erro, forçando uma condição que ao final leva a criança a entender que foi quem provocou a situação do abuso ou ainda, sentir-se culpada.

De início o abusador aproxima-se num sistema de sedução incestuosa, aliciando, de forma sutil, conquistando espaços e confiança, gentilmente lhe conquista a confiança, abordando assuntos e demonstrando interesse por ela, demonstrando um carinho diferenciado, convencendo-a a compartilhar seus pensamentos mais íntimos aparentando inocência em suas atitudes, levando a uma crescente liberdade para com a vítima, que crê que não haverá consequências.

Nesse momento em que o abusador tem a total confiança e respeito da vítima, inicia de forma calculada uma iniciação a práticas, que não parecem à criança uma atividade sexual, onde ela não consegue observar por ignorância ou por força da sedução que está sendo vítima de atividade sexual abusiva. Sequer consegue entender o porquê de gostar das brincadeiras, dos toques mais ousados, que geralmente são acompanhadas de muito carinho, atenção e afeto por parte de uma pessoa por quem ela tem sentimento de amor e confiança e que demonstra atenção especial. Dizer não, se torna quase impossível já que como já dito, a criança não tem consciência de que, aqueles toques, brincadeiras e outras atividades não são carinhos e sim carícias, não são prova de confiança, mas sim sedução.

Geralmente, a pretexto de trazer orientação sexual, demonstrar cuidado com o que possa acontecer por ignorância ou por contato com más influências, introduzir atitudes mais sexualizadas e em certas situações provocar uma atitude de amadurecimento, fazendo a criança crer que já é uma mulher e provocar uma sexualização. Diante da confiança que possui, acaba induzindo que seja ele, o abusador a ensinar algumas coisas para as filhas. Acaba por iniciar carícias,

sempre de forma muito gentil e fazendo a vítima crer que pode confiar, pois com ele não haverá consequências, pois ele quer o melhor para a criança. Nesta linha a experiência, acaba por ser prazerosa, devemos aqui ressaltar que se trata de um ser em desenvolvimento, que pouco ou nada sabe sobre seus sentidos e sensações. Em seguida o abusador ao perceber ter conquistado espaços na intimidade da criança, começa a masturbá-la e incitá-la a tocar-se, sob a alegação de que é normal assim proceder para seu autoconhecimento, sendo parte de sua iniciação sexual. Diz que é normal e que está tendo preocupação com ela. Usa de artifícios para manter-se oculto, normalmente, presenteia a vítima, a elogia, a faz crer que já é uma mulher e a compara com outras meninas, concede-lhe privilégios. No fim a convence de que a relação que experimentam é de um amor diferente, que ninguém jamais entenderá, que se descoberto levará a condenação de ambos, assim sendo, é necessário a manutenção do segredo, que algo só deles. Acaba criando uma condição em que a ameaça de condenação e por conseguinte a perda daquele afeto e atenção especiais não permita manifestar-se a respeito, mantendo guardado o segredo.

Não raro, a estimulação sexual iniciada precocemente e com bastante frequência, acaba por provocar sensações de excitação que podem levar ao orgasmo, entretanto, não se trata de prazer, sendo uma excitação provocada por estimulação mecânica. Registra-se que, diante da confiança adquirida o abusador convence a vítima que foi ela quem quis os carinhos ou carícias, foi ela quem provocou o abuso, levando-a a experimentar um conjunto de sentimentos que a atordoam, fazendo-a sentir-se realmente culpada, passando por enorme vergonha e medo. Crê que foi traída por seu corpo e, também pelo abusador. Porém, é tarde, as consequências deste turbilhão de sentimentos são sequelas psicológicas perversas e dolorosas, que o denunciar só causa maior dor, levando em vários casos a depressão profunda.

A vítima diante de toda gama de situações a que se vê submetida, ainda que com medo, uma vez que o abusador acaba por chantageá-la dizendo que serão julgados, que poderá ser preso, que a mãe vai acusa-la de ter gerado tal situação, e jamais a perdoará, que sem ele presente à família irá passar por

necessidades. Acaba por levar a vítima a certeza de que é ela a culpada, foi ela quem o provocou por gostar de seus carinhos. (Dias, 2008)

Assim, o abuso se prolonga, se transforma numa prisão, num vício de permissão, ao qual a criança se encontra ligada, por temor, por afeto, por vergonha, por ignorância.

As relações abusivas não são de identificação fácil, sendo certo que na maioria dos casos surgem de gestos de afeto, carinho e confiança, que acabam por transformar-se em toques e carícias. Denunciar é quase impossível, uma vez que o conflito gerado na mente da vítima não permite que ela entenda que há uma condição de violência e que ela é vulnerável, ela não tem noção do que efetivamente está acontecendo, entende tudo como normal, porém, quando se dá conta da verdade, já se consumou o intento do abusador. Estamos falando de uma experiência traumática em que há uma carga extrema de medo, decepção e insegurança, já que a criança se vê sem proteção, ameaçada e sentindo-se culpada. A realidade a que agora observa como alguém que foi enganado e não pode reagir, gritar por socorro ou simplesmente falar a respeito com alguém, acaba ecoando como um mantra na sua mente. A vítima se vê numa posição passiva, e a revolta diante da surpresa pois só tem consciência de que foi vítima de um crime muito tempo depois de sua consumação.

Em que ponto uma relação familiar pode deixar de ser considerada afetiva para ser considerada sexual? O abuso dentro do meio familiar, as relações abusivas entre pai e filhos não pode ser considerada natural, mesmo com tantos exemplos na história, não podendo ser considerada uma relação de prazer, é em verdade uma deformidade, o que nos leva a crer tratar-se de questão de educação e saúde pública. Em verdade o abuso, apontam pesquisas, não se resume a episódios isolados, mas que se repetem ao longo do tempo, se repetem e só a denúncia ou a descoberta, seja na escola, seja em uma consulta médica, ou em atendimento psicológico é que cessam. Engana-se que pensa que os abusos cessarão com o desenvolvimento da criança ou sua maior percepção dos fatos. Não há limites para o abusador, a vítima está à mercê deste, diante de seu poder em relação a ela. Não há para onde fugir, não tem como se defender, sequer tem noção de que é vítima de agressão e de crime,

não tem a quem pedir socorro sem se expor, pensa ser culpada, teme que pensem que mente.

A violência seja de caráter físico ou psicológico é permanente, causando ansiedade, depressão e angústia, de forma que o falar a respeito do que vive, é dor tamanha, que a leva a esquivar-se de tudo que poderia revelar seu drama. É comum surgir o sentimento de culpa, associado a ideia de conivência e permissão. O abusador se favorece destes sentimentos, para fazer a vítima crer que foi ela quem o seduziu e levou-o aquela situação, afinal ele é homem. Também acaba entendendo que o tempo de denunciar passou, convence-se que é culpada ou pelo menos, aceitou viver tal relacionamento. Há ainda a questão de confiança, respeito e afeto que tem pelo abusador, lembremo-nos que se trata de alguém a quem ela quer bem. Seu pai, ou outro membro da família que ela reconhece como sendo importante para ela e para todos os demais, geralmente trata-se de um homem com boa reputação, um cidadão sem mancha, muitas vezes considerado um chefe de família exemplar.

Com o advento da Lei 12015/99, não se pode falar em presunção de violência, (art. 224 do CP), vigora o Estupro de Vulnerável.

Em texto publicado em 19/02/2019 no conjur.com.br, o Delegado de Polícia Civil do Rio de Janeiro, Dr. Ruchester Marreiros Barbosa, (2019) apresenta visão crítica das chamadas distinções equivocadas que mostram a cultura do estupro arraigada no Estado.

Foi noticiada recentemente a horripilante e grotesca declaração de um Promotor de Justiça, em audiência, criminalizando uma vítima de abuso sexual praticado pelo próprio pai. A fala causou comoção social, em especial, pela (re) vitimização pelo próprio MP, um dos órgãos da sociedade com função de proteção social aos vulneráveis. Por que será que ainda lidamos com esta cultura machista e de fomento à cultura do estupro em pleno século XXI? (Barbosa, Ruchester Marreiros, 2019)

Quando voltamos nossa atenção para o Código Penal de 1940, no que tange às normas que tratavam dos crimes contra a dignidade sexual a abordagem era de caráter machista e paternalista e extremamente moralista que

refletiam a sociedade da época e, sobretudo, uma ausência de princípios que só seriam vistos alguns anos à frente, após a segunda grande guerra. Assim, o legislador acabou por trazer no “Titulo VI – Dos crimes contra os costumes” e no Capítulo I – Dos crimes Contra a Liberdade Sexual”, sendo o bem jurídico tutelado, não a dignidade, ou a liberdade, mas sim “ o costume”, o senso moral impunha uma legislação que impusesse a criminalização da liberdade sexual, havia um peso significativo das questões religiosas, não havendo neste momento uma maior preocupação com a dignidade da pessoa humana, ou a vitimização da mulher. A questão do peso das manifestações da igreja e a visão social de costumes tradicionais, que já não eram compatíveis com os novos clamores de um mundo em guerra.

Fica claro que o Legislador sofreu influência de conceitos sociais baseados em moral e bons costumes. Para nosso ordenamento jurídico por muito tempo utilizou-se a expressão “mulher honesta”. E o que seria mulher honesta? A dona de casa, aquela que é casada diante da Santa Igreja, aquela que obedece às ordens do marido? A expressão "mulher honesta", já era empregado nas Ordenações Filipinas. No Brasil, no início da colonização portuguesa teve nas Ordenações Afonsinas seu primeiro ordenamento, vindo depois as Manuelinas, e, finalmente as Filipinas. No livro V, advindo de D. Afonso IV havia uma descrição dos delitos e cominação de penas onde podia-se encontrar as expressões: “mulher honesta” e “viúva honesta”.

Mulher honesta, se entenderá como aquela que mantém uma moral irrepreensível, principalmente sob o ponto de vista de uma moral sexual, é aquela que se coloca de forma adequada diante de um princípio de decência e de acordo com os preceitos da sociedade.

Não é honesta aquela que segundo a moral e os bons costumes se assemelha à “prostituta”, é a que é considerada fácil, que se envolve com vários parceiros, a que dá vazão a seus instintos, seja por interesse de qualquer natureza, ou apenas para saciar seus desejos.

A tradição da época impunha que a mulher molestada, deveria sair às ruas gritando para chamar a atenção para o fato. Caso assim não o fizesse, poder-se-ia entender como consentimento. Ainda que tal lhe causasse a desonra.

É chocante que diante de verdadeira violação ao princípio da legalidade, o texto penal no que tange aos tipos da matéria, tenha se mantido, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988. A manutenção veio recheada de ranço machista e baseada numa visão ultrapassada, onde, a defesa do bem jurídico não necessariamente, visava a dignidade da vítima, mas avaliar se a vítima era possuidora das qualificativas para enquadrar-se nesta condição, (Mulher Honesta). Diante de uma cultura profundamente machista e paternalista, em muito herdada das Ordenações do Reino, que em muito influenciaram nossa legislação. É tardia a Lei 12.015/2009, ainda carente de uma interpretação mais adequada, havendo ainda um peso do que a sociedade aponta como adequado a cada caso. Ainda vemos a avaliação da vítima, muitas vezes, baseado em preconceito, quer de gênero, raça, condição social, mesmo diante da justiça. Há Operadores do Direito que parecem saídos do passado, entoando verdadeiro mantra que nos parece fortemente preso à cultura do estupro.

Nossa legislação tentou melhorar o limite entre a proteção e resguardo da autonomia. Conseguiu? Qual seria a diferença entre o artigo 217 – A, parágrafo 1º e o seu caput? Neste diapasão, haveria correlação entre as diferentes teologias das expressões “menor de 18 (dezoito) anos” e ou “pessoa vulnerável”, empregadas no artigo 225, parágrafo único do Código Penal? Teria havido distinção, pelo legislador, entre as elementares, “vulnerável” e “pessoa vulnerável”, para a tipificação dos delitos acima mencionados e uma correlação necessária entre estes e uma ação penal pública incondicionada? Esta distinção nos mostrará se o legislador soube distinguir o bem a se proteger e o respeito à autonomia da vontade, sem esquecermos que a ação violenta também retira da vítima, ainda que maior de idade, a capacidade de resistência ao ato violento.

A elementar do tipo é a vulnerabilidade, podendo ser de natureza física, podendo ser reconhecida pelo uso de força, mesmo que empregada por algum objeto, a pressão do corpo do agressor sobre o corpo da vítima. De outra forma, algo que lhe retire a consciência, ou limite sua capacidade de agir, negar. Em todos os casos existirá uma circunstância de caráter vulnerante ou de vulnerabilidade, que, como dito, será a elementar do tipo, devendo ser observado que, em nosso ordenamento jurídico, tal circunstância já é bastante conhecida,

não se tratando de novidade, podendo ser aplicada como circunstância agravante, conforme se verifica no artigo 61,II,"c" do Código Penal.

A vulnerabilidade verificada como uma das elementares do artigo 217 – A, caput e parágrafo 1º do CP e a correspondente manifestação de vontade das pessoas enumeradas no artigo 225, parágrafo único do CP são distintas. Não se pode confundir a incapacidade de reação, pela ação do abusador, com a manifestação de vontade, que na verdade é erro.

Aqui daremos tratamento de circunstâncias vulneráveis como biológicas, uma vez que para tanto estabeleceremos o que a Lei determina (menor de 14 anos), uma vez que a vulnerabilidade, aparece como elementar específica diante da condição da vítima, idade, condição biológica e biopsicológicas, enquadrando pessoas vulneráveis. É inegável que sem uma análise das circunstâncias que o código prevê para a imputabilidade do autor, que acaba por ser bem mais racional, que àquela que se observa para analisar até onde vai a consciência da vítima, sua conduta, como critério da análise biopsicológica, que baseia no caso do autor, sua consciência do ato e sua dimensão, porém, em relação à vítima, busca definir um agente causador, e sua vinculação com a suposta consciência da vítima em relação aos atos por ela praticados, que, podem ou não influenciar o cometimento do crime.

É importante apontar que há grande número de doutrinadores que não conseguem distinguir entre pessoa vulnerável e vulnerável, da mesma forma que não distinguem vulnerabilidade temporária, (condição que não se estende pelo tempo, sendo normalmente provocada por força, limitação da consciência, entre outras) e a condição de vulnerabilidade permanente ou de natureza prolongada, aquela que podemos observar pela questão da idade, (menor de 14 anos) já definida no Código Penal. Há quem defenda a necessidade de especificar o que é vulnerável e pessoa vulnerável, da mesma forma vulnerabilidade temporária e permanente, discutindo-se mais a condição de ser ou não vulnerável do que a violência a que é submetida a vítima.

O STJ no Resp. 1480081/PI, tendo como relator o Ministro Rogério Schietti Cruz, acabou por definir que em se tratando de hipótese de menor de idade, considera-se pessoa vulnerável que não se confunde com vulnerável.

Não há previsão legal para alegar-se que a capacidade de discernir, (raciocínio) deva ser critério objetivo para definir a condição de pessoa vulnerável, trabalhar na linha estreita da obrigatoriedade de distinção entre das vulnerantes não é equivoco, entretanto basearmos um julgamento, com base numa observação temporal, dissociada de um aprofundamento da capacidade da vítima, sua realidade, as circunstâncias de sua vida. Não podemos comparar a realidade de uma vítima menor de 14 (quatorze anos), que vive no interior do Amazonas, com a de uma vítima residente na cidade de São Paulo. Há clara distinção de capacidades de entendimento, comportamento e padrões de educação que se refletem de maneira significativa na percepção da violência, influenciando na condição de vulnerabilidade pelo aspecto biológico ou biopsicológico. Assim, há que estabelecer-se critérios objetivos que apresentem justificativas jurídicas para os atos, sejam do autor, ou mesmo da vítima.

Desta forma, querer justificar a vulnerabilidade como elemento que deverá prolongar-se até que haja uma suposta capacidade de manifestação de vontade, que se distingue pela capacidade de representação, no caso específico de menores de 18 anos, estabelecendo-se que a vulnerabilidade temporária se relaciona com a capacidade de discernimento para entender que é vítima, entretanto, sem acesso ao sistema de controle penal. Aqui temos o que chamamos de grito contido, uma vez que não há sistema de controle, tampouco políticas de educação que permitam conhecer de uma realidade perversa que leva invariavelmente a condição de vítima silenciosa. Principalmente, se considerarmos a questão da prova das circunstâncias vulnerantes, levando a revitimização na busca de elementos probatórios, quer na fase de investigação, quer na colheita das provas através do depoimento da vítima, que, como já dito, muitas vezes, sequer tem consciência de sua condição. Há efeitos que o tratamento da questão apenas pelo aspecto da criminologia não considera, é fundamental que a questão da vulnerabilidade ultrapasse os limites estabelecidos no Código Penal, sendo uma circunstância a carecer de análise aprofundada da pessoa (vítima) como um todo, um ser social, não apenas sob as circunstâncias delimitadas na lei.

Há que respeitarmos as distinções existentes entre estas circunstâncias, uma vez que irão refletir forçosamente, em relação a teoria geral da prova, uma vez que o objeto da prova no estupro, (art. 213, caput e parágrafos do CP) não se confunde com o objeto no estupro de vulnerável (art. 217 – A, § 1º, CP), ainda que falemos do mesmo da questão “estupro”, porém, sejam as circunstâncias ou situações de vulnerabilidade da vítima, físicas ou biopsicológicas, deverão ser objeto de prova, sendo elemento essencial que na investigação criminal ou na instrução, não sendo, objeto de prova de vulnerabilidade no que tange ao aspecto biológico, (menores de 14 anos).

A questão de manifestação de vontade da vítima, que gera enorme controvérsia em face de uma análise baseada na ideia de consciência, levou o legislador a adotar uma regulamentação que trabalha com a circunstância vulnerante física ou biopsicológica, distinta, adotando uma política criminal no tocante à ação penal do artigo 225, caput e seu parágrafo único que, obviamente, é uma matéria processual e retirando a manifestação de vontade da vítima ou de seu representante ao prever como ação penal pública incondicionada nos casos em que a vítima for “menor de 18 anos ou pessoa vulnerável”. Esquecendo-se da elementar biopsicológica prevista no artigo 217 – A, § 1º do CP. O que tem gerado enorme confusão, uma vez que o legislador acabou confundindo o penal (bem jurídico tutelado) e o processo penal (ação e processo) em uma lei alteradora do texto, Lei 12.015/09.

Há controvérsia quanto a questão do consentimento da vítima, sua consciência do ato, seu induzimento à prática do ato, porém, o STJ apresentou entendimento que afasta a questão biopsicológica, enfrentando o tema de forma a determinar a idade, menor de 14 anos como referência.

Configura estupro de vulnerável o ato libidinoso praticado contra criança, o STJ acabou por reafirmar, através da 6ª Turma, ao restabelecer a condenação por estupro de vulnerável, na forma consumada, de um réu que passara seu órgão genital nas costas e nádegas de uma criança, tendo ela quatro anos de

idade na época. Consta que a irmã da vítima teria surpreendido o autor quando este praticava o ato libidinoso.

A 6ª Turma do STJ, baseando-se em entendimento já pacificado naquele Tribunal, de que qualquer ato libidinoso praticado com menor de 14 (quatorze anos) se caracteriza como estupro de vulnerável.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reduziu de 9 para 6 anos de reclusão em regime fechado o réu, sob o entendimento que o crime ocorrera na modalidade tentada, não tendo havido penetração vaginal ou anal.

Entretanto, o Ministério Público em seu recurso especial afirmou que a Lei 12015/09 não criara uma figura jurídica única, mas sim duas espécies de estupro, ou seja: constranger à conjunção carnal, e constranger à prática de outro ato diverso da conjunção carnal, ato libidinoso, uma vez que a alteração trazida no Código Penal reuniu os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

O MP ressalta que a prática de qualquer ato libidinoso envolvendo menor de 14 anos, se consuma como estupro de vulnerável, conforme o artigo 217-A do CP, não sendo necessário o sexo vaginal ou anal.

Nas palavras do relator, ministro Jorge Mussi, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acabou decidindo por reconhecer que o crime de estupro de vulnerável ocorreu na modalidade tentada, uma vez que o réu não consumou a penetração. Acabando por dividir as condutas do Código Penal entre as mais graves, como a penetração anal e vaginal e as menos graves, como carícias, toques nas nádegas e nos seios.

Porém, segundo o ministro, o entendimento do TJRJ estaria em desacordo com a jurisprudência do STJ sobre a questão, como já ficara estabelecido em recurso repetitivo julgado em agosto de 2015 na 3ª Seção, sob relatoria do ministro Rogerio Schietti Cruz, neste caso, ficou registrado que, para caracterização do crime previsto no artigo 217-A, caput, do Código Penal, estupro de vulnerável, basta somente que o autor pratique conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos.

Sendo este um dos precedentes a dar origem à sumula 593 do STJ, que foi publicada no 593, publicada no Diário da Justiça Eletrônico em novembro de

2107, segundo a qual “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”.

Por tais razões, a 6ª Turma acabou por reformar o acórdão do TJ-RJ condenando o réu pela prática de estupro, não na forma tentada, mas sim na forma consumada.

É inegável que a questão é controversa, porém, a definição quanto ao cometimento de crime de estupro de vulnerável demanda a colheita de prova substancial, a clara definição da condição de vulnerável. O ato libidinoso, agora estupro, tem pena que, independentemente da conclusão do processo já se executa, que é o etiquetamento do acusado, até prova em contrário, pesa a presunção de culpa, muito em razão da reprovabilidade que o fato carrega. Sendo, pois, de primordial importância a prova a mais real e definitiva quanto possível.

Cabe, entretanto, chamar a atenção para outro julgado do STF, que por sua natureza, causou controvérsia, pois acaba por desconsiderar tudo o que fora objeto de debate até agora.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) divulgou a absolvição de um homem acusado de estupro de três meninas de 12 anos. Segundo a relatora do caso, ministra Maria Thereza de Assis Moura, não se pode considerar crime o ato que não viola o bem jurídico tutelado, no caso, a liberdade sexual – porque as meninas se prostituíam na época dos supostos crimes. Com isso, o tribunal estabelece jurisprudência segundo a qual a presunção de violência contra menor de 14 anos em estupro é relativa. A decisão diz respeito ao artigo 224 do Código Penal (CP), revogado em 2009. O texto vigente à época do caso julgado dizia “presume-se a violência se a vítima não é maior de catorze anos.

Segundo o Tribunal de Justiça de São Paulo, a mãe de uma das meninas afirmou em Juízo que a filha deixava de frequentar as aulas para ficar na praça com as amigas e fazer programas com homens em troca de dinheiro.

Segundo Acórdão do TJSP: “à prova trazida aos autos demonstra, fartamente, que as vítimas, à época dos fatos, lamentavelmente, já estavam longe de serem inocentes, ingênuas, inconscientes e desinformadas a respeito do sexo. Embora imoral e reprovável a conduta praticada pelo réu, não restaram configurados os tipos penais pelos quais foi denunciado”.

“Não me parece juridicamente defensável continuar preconizando a ideia da presunção absoluta em fatos como os tais se a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado” disse a relatora.

3.2 Meios de prova vigente no processo penal brasileiro

Conceito de prova – Em linhas gerais, prova pode ser designada como tudo que possa contribuir para que o Juiz forme um convencimento, uma ideia concreta dos fatos, sua dinâmica, a motivação, o interesse, formando um conjunto de elementos que levados a apreciação do julgador poderá convencê-lo, formando o que se estabeleceu de convencimento motivado. A prova é parte imprescindível não só pelo aspecto de convencimento dos fatos, mas, sobretudo como garantia do direito de defesa.

O termo prova origina-se do latim – probatio – que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – probare – significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.

O direito à prova insere-se no campo das garantias que integram o devido processo legal, sendo “fator de visibilidade da argumentação jurídica” (Leal, 2010 p. 214).

Provar significa uma representação da realidade, uma demonstração racional através dos meios legalmente autorizados, não se admite a prova ilícita, ou conseguida da mesma forma. Tem caráter instrumental, sendo como já dito,

capazes de influenciar a convicção do magistrado, sendo elemento de averiguação dos fundamentos apresentados pelas partes, não sendo de forma alguma estabelecida qualquer hierarquia em relação as provas. Toda prova, tem valor equivalente, ainda que muitos digam que a confissão é a rainha das provas. Entretanto, nosso Ordenamento Jurídico é claro ao definir que ninguém está obrigado a fazer prova contra si.

A prova é destinada ao convencimento do juiz, porém, em essência é a caracterização da verdade, onde a busca é sempre a demonstração de uma verdade real.

Os meios de Prova Expressos no Código de Processo Penal são: O exame pericial (art. 158); O interrogatório do acusado (art. 185); A confissão (art. 197); as declarações do ofendido (art. 201); A prova testemunhal (art. 400); O reconhecimento de pessoas ou coisas (art. 226); A acareação (art. 231); A prova documental; As provas indiciárias – indícios (art. 239); A busca e apreensão (art. 240).

É particularmente importante diante de nossa temática, abordar a questão da oitiva do ofendido, (vítima). Ainda em sede policial, a autoridade deverá ouvir o ofendido adotando reservas, uma vez que há um envolvimento emocional e, dependendo da abordagem, interferir no deslinde dos fatos.

Aqui queremos apontar as enormes dificuldades no tocante a produção de provas em crimes sexuais contra crianças. A questão mais sensível é a pressa na apuração para que se tenha uma resposta para a sociedade. As possíveis consequências psicológicas para a vítima nem sempre são observadas.

Também cabe ressaltar o que já fora mencionado neste trabalho quanto as decisões baseadas exclusivamente em depoimentos, muitas vezes prestados sob condições totalmente inadequadas que, desrespeitam a condição especial da criança ou são tomadas de forma açodada, baseada em uma premissa de culpa.

Há farto material de condenações ou de decisões que levaram ao encarceramento e perda da dignidade por conta de fazer-se uso das declarações da vítima, vulnerável sem a necessária avaliação do quadro como um todo.

É inegável a premência de que se estabeleça um sistema de apuração que tenha elementos de prova que possam ir além do depoimento, possivelmente pautado em perícia psicológica, avaliação social e investigação criteriosa das possíveis contradições existentes na denúncia. Nossa experiência profissional de anos à frente de Cartório com competência em matéria de Infância e Juventude e Família, nos mostraram que muitas vezes a indução a um determinado pensamento é mais comum do que se imagina. Vários foram os casos em que após um acompanhamento mais detalhado dos relatos chegou-se à conclusão de haver uma pressão psicológica para apresentar relatos que poderiam levar a uma mudança nas regras de visitação e guarda de crianças.

3.2.1 O livre convencimento motivado

O livre convencimento motivado do juiz está pautado no art. 93, IX da Constituição de 1988, bem como pelo art. 155 do CPC.

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.

Surge neste aspecto uma questão de suma importância, nos casos em que há estupro de vulnerável, onde os laudos periciais não apontam ter havido conjunção carnal, onde a palavra da vítima é a única prova capaz de convencer o juiz do fato, como deverá ser a base de convencimento?

O livre convencimento necessariamente, deverá se pautar por um conjunto de informações capaz de corroborar as declarações da vítima. Neste aspecto, laudos de exame psicológico e social, além de elementos que apontem algum tipo de envolvimento ou ainda declarações de testemunhas que possam trazer elementos para dar robustez a denúncia.

Observamos que, na competência Infância e Juventude, é extremamente necessário o trabalho das equipes técnicas, onde são desenvolvidos relatórios minuciosos que permitem aos Magistrados uma visão o mais próximo possível das realidades vividas pelos núcleos familiares cujos processos demandam decisão, muitas vezes de caráter destitutivo do poder familiar, podendo, ser comparado a uma decisão que condena em processo criminal, porém, baseado em trabalho que, verdadeiramente, avalia a realidade com profundidade, buscando o mínimo de traumatização e revitimização das crianças envolvidas.

O tempo, também é um elemento negativo na colheita das informações, a memória dos fatos acaba se perdendo ou se misturando a outros fatos, ou fantasiados e misturados a outras experiências.

Os fatos geralmente traumáticos para a vítima acabam por não lhe permitir palavras suficientes para relatar a ocorrência, mas também, há a inserção de falsas memórias, a vitimização que se apresenta na obrigatoriedade de uma narrativa que geralmente deverá apontar um culpado, onde o principal é sim ou não.

As vítimas estão rompendo um círculo de silêncio e medo, mas também há casos que repetem um mantra ensaiado, uma memória criada um medo de decepcionar.

A literatura é farta e nos mostrar o quanto o ambiente familiar é fecundo para a gênese e/ou a manutenção dos segredos de todas as espécies possíveis e imagináveis. (...) Os silêncios ecoam segredos que continuam sendo velados tanto pelos sujeitos que sofreram traumatismos sexuais, quanto por suas famílias que, a todo custo, buscam manter sepultados os vestígios do passado. Se isso ocorre, é porque a dor da violação carece de representação, seja para aquele que a sofreu em seu próprio corpo, seja para aquele que, amando esse corpo, não suporta a dor. Pode também acontecer de essa vivência reabrir feridas experienciadas em tempos remotos, (...), ficaram à margem das tópicas psíquicas, inacessíveis aos desígnios dos processos de recalçamento. (França, 2017, p. 13)

3.2.2 A tensão entre presunção de inocência e presunção de violência

Neste trabalho já tratamos do tema na problematização da questão da vulnerabilidade pelo aspecto biológico e biopsicológico, enfrentamos a questão, inclusive, diante de julgados do STJ (Superior Tribunal de Justiça), em que estabelece norma interpretativa rígida quanto a vulnerabilidade absoluta em face de menor de 14 anos, observamos relativização do entendimento no tocante as prostitutas menores de 14 anos.

Aprofundaremos a questão para jogar luz sobre a ideia da presunção de inocência havida no caso das prostitutas e da presunção de violência no caso do ato libidinoso no processo julgado no TJRJ que foi objeto de decisão com entendimento divergente do STJ que acabou por criar jurisprudência.

O legislador atribuiu condição de vulnerável aos menores de quatorze anos, vulnerabilidade provisória, ou ao possuidor de enfermidade ou deficiência mental, vulnerabilidade definitiva, que não possui o discernimento necessário para a prática de ato sexual, ou ainda, aqueles que, não possam oferecer resistência, por causa alheia à sua vontade. Entretanto, verifica-se no artigo 218-B que, o legislador acaba por estabelecer condição de vulnerável para vítimas de outra faixa etária, os menores de dezoito anos, aqui, não se vislumbram quaisquer hipóteses para tanto. Em verdade, as situações são totalmente distintas, não há como comparar a condição do menor de 14 anos com a do menor de 18 anos.

Fica evidente que o legislador promoveu ampliação no conceito de vulnerabilidade, tendo sido bastante coerente quanto a condição do menor de 14 anos e acabou gerando incoerência em relação a condição do menor de 18 anos, (art. 218-B).

O conceito de vulnerabilidade acaba por ser adotado para enfoques diversos e condições distintas, o que nos leva a conclusão de que se pode adotar concepções variadas de vulnerabilidade. Podemos dizer que existe duas modalidades de vulnerabilidade, absoluta e relativa, sendo a primeira relativa ao

menor de 14 anos e a segunda aquela que se refere ao menor de 18 anos, sendo no caso de menores de 14 anos, configuradora de estupro de vulnerável previsto no art. 217 – A do Código Penal e em relação ao menor de 18 anos temos a vulnerabilidade relativa, aplicada conforme art. 218 – B do CP no tocante a questão de favorecimento a prostituição ou outra forma de exploração sexual.

Ao final o legislador criou circunstâncias que nos levam a fazer interpretação de cunho eminentemente analógico quando diante da expressão: (“...ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”). que, no entanto, deve obedecer aos atributos dos respectivos paradigmas.

Entendemos que tanto a vulnerabilidade é relativa, dependente de interpretação da condição de discernimento para a prática do ato, sua concordância, ou por outro lado, sua total incapacidade. De tal forma que a violência estará expressa na condição da vítima.

Existe, entretanto, um grave equívoco ao não estabelecer na lei, de forma clara, a vulnerabilidade provisória, também a violência que restringe a capacidade de discernimento da vítima.

No estupro das prostitutas menores de 14 anos, não há violência presumida, posto que, aquelas tinham discernimento, experiência e vontade para a prática do ato. Uma criança de quatro anos, não os tem com certeza, porém, o ato libidinoso não atingiu, em princípio, uma ofensa ao bem jurídico ao nível da questão anterior, porém a presunção de violência foi considerada ao nível máximo.

Assim, a prova principal, a palavra da vítima terá força probante, a inquirição será de acordo com os elementos que poderão levar ao convencimento do juiz, sendo a questão da vulnerabilidade tratada de acordo com a interpretação de ser absoluta ou relativa, deixando margem estreita para avaliação da realidade de cada caso.

3.2.3 A palavra da vítima nos crimes sexuais e seus problemas: Escuta e Inquirição.

Escuta é ouvir com atenção, entender. Escutar é algo que tem uma relação íntima com a realidade ao nosso redor, aprendemos a identificar através do som as mais diversas condições da natureza e de nós mesmos. Ouvimos o que falamos e através da escuta do outro, identificamo-nos. Entretanto, quando a escuta se refere a oitiva de uma testemunha, de uma vítima ou mesmo do réu, o ouvir tem outra dimensão. Quando ouvimos às partes num processo, estamos diante da busca de uma verdade real e clara, entretanto, é necessário um ouvir atento, cuidadoso, técnico, preparado, pois a verdade extraída nem sempre representa a verdade dos fatos, muitas vezes é a verdade do indivíduo, sua realidade, suas memórias e sentimentos. Quando escutamos alguém, uma única pessoa, ou várias pessoas, em ambientes abertos ou fechados, não nos limitamos a perceber o som, é necessário interpretar sua extensão, inflexão, maneirismos, emoção. Sempre será necessário estar ciente de parâmetros a serem observados. Devemos ter em mente a individualidade da manifestação, não podemos trabalhar com padrões e generalizações, é necessário estar atento a toda forma de expressão. Há casos que o silêncio é mais eloquente que o grito.

Não podemos estabelecer tempos, uma vez que a escuta tem caráter subjetivo, ainda que diante da manifestação de uma testemunha, o que se busca vai além da mensagem trazida pela palavra, é fundamental para atendimento da busca da verdade, é o sim ou o não, porém o ouvido atento, a capacidade de interpretar as pausas, esquecimentos, observação do indivíduo como um todo, observação de seus sentidos de forma a um ouvir amplo, direcionado, atento, sendo a oitiva da vítima ou do réu, da testemunha mais culta ou a mais simplória, feita de forma observativa. Desta forma é fundamental a presença de um profissional que tenha conhecimento e habilidade para o exercício da escuta, pois não pode ficar preso aos mecanismos binários do sim e do não, sob pena de não permitir elucidar os fatos. Não se trata, por óbvio, de manipular ou induzir, porém, de captar todo o conjunto de elementos que são caracterizados e

expostos quando da narrativa de um fato. Ainda mais, quando se trata de descrever um fato criminoso. Cada ser humano já traz consigo desde o nascimento, registros claros de como será ao longo de sua vida, muito se consegue através de uma observação do ser em seu habitat, sua história, suas convicções, seus traumas e certezas, havendo consistente influência de seu ambiente, suas relações, na construção de sua personalidade. Muitas vezes oculta para ouvidos e olhos pouco preparados, porém se revelam claramente diante de uma avaliação técnica. Entretanto, como já observamos, não há como produzir uma avaliação, oitiva, escuta, numa sessão de inquirição. É uma tentativa de conseguir a verdade em tiro único.

A inquirição segue, em regra, um roteiro, onde previamente se estabelece os quesitos, o inquiridor tem por demanda a extração da verdade. Note-se que a expressão extrair, traz a ideia de esforço, como quem perfura o chão em busca de ouro, ou pedras preciosas. O método de inquirir impõem perguntas específicas que remetem a respostas objetivas, não cabe interpretação.

Quando aqui falamos em vulnerabilidade, estupro, em muito enxergamos a necessidade de chamar atenção para o fato de que o “depoimento especial”, é uma ferramenta que constitui grande clamor, pois tende a ser elemento capaz de motivar afetos e desdém, sobre se é uma forma de cuidado e proteção ou se é uma forma de exposição e revitimização. Devemos levar em consideração também o fato de que diante da oitiva da criança vítima, necessariamente haverá uma interferência no núcleo familiar, seja de forma objetiva ou subjetiva. Lembremos que as estatísticas apontam que a maioria dos casos de abuso ocorrem em relação ao pai ou padrasto.

Ainda no que se refere à violência sexual de infantes, há algo que precisamos estranhar: os processos criminais neste campo restringem-se, majoritariamente à violência doméstica e familiar. Pouco se fala da rede de exploração sexual de crianças. Parece que o Estado tem mais interesse em punir famílias, notadamente pobres, que organizações que sustentam o prostituir da infância.

Neste contexto, a palavra da vítima na busca da verdade real, está recheada de questões que envolvem não só o fato por ela vivenciado, mas, sobretudo, seu envolvimento ao tempo e nas condições do ambiente.

A extração simples e direta de uma informação que na ausência de laudos periciais definitivos é prova, precisa estar calcado em um profundo e longo conviver, não apenas uma entrevista pautada e cercada de condições e formas.

Em verdade, há técnicas de abordagem que levariam ao conhecimento da verdade, sem necessariamente obrigar a vítima a reviver dores e decepções, porém o ouvir num ambiente de pressão não necessariamente é escutar. Oitiva e escuta podem parecer sinônimos, mas não são, como também não o são as memórias criadas sob medo ou amor.

4. DEPOIMENTO ESPECIAL COMO INSTRUMENTO DE COLHEITA DO DEPOIMENTO DA CRIANÇA-VÍTIMA

Do livro *Violência de Gênero – temas polêmicos e atuais* (Org. André Nicolitt e Cristiane Brandão Augusto, 2019). Trazemos à reflexão o texto - *Escuta e Inquirição – o limiar das práticas*. (Caio Cesar Wollmann Schaffer; Eríka Piedade da Silva Santos; Lindomar Expedito S. Darós)

O presente artigo busca apresentar reflexões sobre relações de poder e violência, notadamente sobre a violência que saberes técnicos podem produzir na imposição assimétrica de versões narrativas, sobrepujando maneiras subjetivas alternativas de interpretação dos acontecimentos. Se pensarmos, em consonância com Foucault, que o saber revela, em sua produção e composição, (...), podemos iniciar problematizando quais são os atravessamentos que evidenciam algumas formas de violência como passíveis da intervenção e interesse punitivo estatal, enquanto outras permanecem invisíveis ao estado. (Caio Cesar Wollmann Schaffer; Eríka Piedade da Silva Santos; Lindomar Expedito S. Darós - 2018)

Qual é o verdadeiro objetivo de revelação da verdade? Talvez, na definição do objeto esteja a própria verdade que se quer revelar ou revelada. Há claramente nos casos de estupro e violência de vulneráveis, o interesse de esclarecimento dos fatos de forma célere. O Estado precisa dar resposta adequada, a sociedade exige que haja uma ação dos órgãos públicos, assim, é o Estado quem dirá como se colherá a palavra da vítima, principalmente como já dito, quando é criança e vítima de violência doméstica. Entretanto, cabe ressaltar que, não se observa a mesma celeridade e atenção, essa urgência no deslinde dos fatos, quando estamos diante dos casos de crimes de homicídio, muitas vezes cometidos contra crianças e adolescentes em regiões pobres, as chamadas “Comunidades”, e sobretudo, em relação a população negra.

O saber é poder, a caneta é mais forte que a espada, a palavra ecoa, reverbera, sempre em tom mais elevado que o tinir do metal, porém, não basta o saber generalizado, conhecimento sem forma, sem campo. Não basta conhecer o tabuleiro de xadrez é necessário saber mover as peças.

Aqui já apontamos que o Estado falha sistematicamente quanto a questão de preservação da dignidade e segurança de vítimas e réus. Analisamos que o mais importante é a condenação, é elucidar os fatos o mais rápido quanto possível. Observa-se especificamente em relação a oitiva de criança vítima de violência sexual, a existência de uma com questões de gênero, da mesma forma como acontece quando se trata de mulheres vítimas de violência doméstica. Há semelhanças no tratamento dispensado pelo Estado. Uma crítica que se observa, principalmente entre profissionais que atuam diretamente neste nicho, é que na concepção de proteção que o Estado apresenta, acaba por não observar os limites entre a proteção e a autonomia.

Podemos pensar que o “depoimento especial”, ainda que haja ampla defesa pelos mais diversos segmentos, mesmo com base em reflexões éticas, teóricas e, ainda considerando seu efeitos e possíveis sequelas, muitas vezes o que mais se observa é o mesmo pensamento machista, levando a uma consideração se não estaríamos diante de uma questão de gênero?

Como já dito aqui, o sistema é machista (mulher honesta), é patriarcal, é baseado na premissa de moral e bons costumes, onde é natural a mulher ficar

esquecida, da mesma forma, por uma visão totalmente equivocada a criança, neste caso, ainda mais grave, pois nesta linha de pensar, a criança não é considerada como indivíduo completo, dentro de seu tempo e de acordo com suas necessidades, mas sim, um projeto de adulto.

Também como fartamente apontado aqui, a violência sexual, traz forte carga da dominação masculina, lembremos dos deuses gregos que vinham seduzir as ninfas para saciar seus desejos. As estatísticas apontam claramente que o gênero feminino é o mais atingido pela violência sexual, sendo por outro lado o gênero masculino é o que detém quase que a totalidade das estatísticas de autoria deste tipo de violência.

Devemos falar da revitimização que ocorre quando a criança é submetida a técnica de depoimento especial, notadamente, por questões de gênero.

A Doutora Silvia Ignez Silva Ramos em sua Tese de Doutora em Psicologia nos diz:

“Na Inquirição o que se busca é a verdade real, a verdade verdadeira”, na Escuta a verdade no campo psicológico é uma verdade subjetiva, da pessoa.

O silêncio, os medos, as omissões, as pausas, os sonhos, as contradições não se opõem à verdade, mas constituem a verdade do sujeito. As verdades da psicologia e do direito não são as mesmas... Se houve ou não abuso, para a psicologia, aquela verdade é subjetiva. O direito, por sua vez, quer restituir a verdade real. A conversa de 5 min, de 15 min para o acolhimento é muito pouca. (...) Por outro lado, a criança pode ser representada juridicamente, mas não para o psicólogo, que só vai escutá-la ao falar em seu próprio nome. (Silvia Ignez Silva Ramos 2018).

Neste trabalho já apresentamos reflexões sobre a questão do patriarcado, lembrando do estupro nas leis romanas, as lendas gregas relativas à dominação masculina, a questão psicológica da criança vítima e seu isolamento.

Partindo dessas premissas, podemos refletir que a tomada de depoimento de crianças vítimas, instituído pela Lei 13.341/2017, ignora a Resolução 113/2006 do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (CONANDA), que

dispõe sobre a constituição do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, ancorado no princípio da proteção integral preconizado pelo ECA. Questionamos o fato de que a Lei 13.341/2017, não teve uma tramitação normal, não tendo havido audiências públicas ou consulta aos órgãos e entidades que já atuavam neste segmento. O CONANDA, não teve representação junto ao Congresso para discutir a matéria, uma vez que é o órgão colegiado permanente de caráter deliberativo com composição paritária, previsto no artigo 88 da Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

A defesa da Lei, é que, diante de uma metodologia para inquirição de crianças vítimas ou testemunhas de violência sexual, seria menos revitimizante em relação as formas mais tradicionais em que haveria a manifestação diante do Juiz, porém para o mesmo fim, servir de prova judicial. Não considera os impactos e sequelas advindas da obrigação de reviver memórias difíceis para a vítima, talvez, até mais dolorosas que a violência sofrida. Apontamos aqui em títulos anteriores os sentimentos que envolvem a vítima, criança, que se sente culpada, presa, abandonada, desqualificada, inserida num universo para o qual não está preparada, adultilizada.

Neste contexto o depoimento especial, a oitiva da vítima, tão somente na busca de entregar a jurisdição penal, de estabelecer um culpado, o Estado em seu afã punitivista, não se observa a ampla atenção à criança, sua condição especial, sua vulnerabilidade.

Em verdade, há claro desrespeito ao princípio da proteção integral a criança, estabelecido em nossa Constituição. A criança vítima de violência sexual, seja de que natureza for, leva invariavelmente a vivência de sentimentos que devem ser respeitados quando de sua fala. A possibilidade de ver respeitados seus tempos, seu momento de silêncio, suas conjecturas e carências.

Obviamente, que o depoimento especial visa prioritariamente, elucidar os fatos, tem caráter de prova, entretanto, não é o que a Lei aponta, sendo em verdade uma ficção a ideia de dano mínimo, de cuidado especial.

Nos parece que o depoimento especial e a busca da verdade para o estabelecimento da punição, acaba parecendo um espetáculo midiático,

gravações, ponto eletrônico, vídeo conferência, perguntas feitas para serem repetidas pelo técnico, digamos, de uma maneira mais lúdica, menos traumática. É um processo que leva a criança a potencializar conteúdos traumáticos, vitimizando, repisando situações e dados que melhor que não visam o bem estar da vítima, não se busca tratá-la, cuidar, preservar. O Estado não tem mecanismo de controle, cuidado, acompanhamento. Desta forma, o depoimento especial, a Lei do dano mínimo, são cortinas para janelas abertas, nada protegem.

Não há garantia de sigilo, há uma exposição dos envolvidos, principalmente se considerarmos que a quase totalidade dos casos de violência sexual contra crianças ocorre no interior das famílias.

Como já dissemos aqui, uma situação de violência sexual, pode ocorrer sem que haja manifestação e ser um segredo bem guardado, muitas vezes, só descobertos por aspectos observados por quem tem treinamento e capacidade para perceber aspectos no desenvolvimento da criança/vítima, que mostram uma quebra no desenvolvimento normal, uma adultização, uma erotização, um romper com a ideia da menina e a boneca. A quebra deste segredo, deste pacto de silêncio, leva aquele que o revela a sofrer hostilidades e abandono, desta forma o depoimento acaba sendo ainda mais agressivo, posto que a vítima passa a ser o sujeito do processo, posto que sua fala é a prova necessária para elucidação dos fatos.

Não se pode esperar que a criança tenha ideia das dimensões e repercussões de seu depoimento, esperar que o fato de ser ouvida em sala especial, climatizada, na ingênua ideia de permitir um ambiente mais favorável é sem dúvida um enorme equívoco. Há câmeras, a vítima e informada de sua existência, o depoimento é filmado, o Juiz faz perguntas, o Promotor, os Advogados do acusado e, ainda que o técnico consiga trazer tais perguntas para uma condição mais amena e menos invasiva, as questões a serem esclarecidas precisão de uma resposta direta e objetiva, é sim ou não.

Curioso é, que o acusado estará acompanhado por seu Advogado ou Defensor, a vítima que presta o depoimento, fundamental para o processo, esta, não tem que a acompanhe. Estará só, tendo sobre seus ombros uma

responsabilidade gigantesca, porém, sem acompanhamento, continua vítima, agora do sistema.

Há alegações que apontam que as salas de depoimento especial surgem muito em função da incapacidade de Magistrados de lidar adequadamente com a criança vítima, não tendo preparo para uma abordagem adequada. Pergunta-se: Não são eles, Juízes, que fazem as perguntas encaminhadas ao técnico na sala, através do ponto eletrônico?

Não se pode mensurar a capacidade da vítima na elaboração de um discurso histórico, assim, os questionamentos sempre terão um viés da técnica de depoimento em sede de direito penal.

Profissionais acostumados na oitiva de crianças nos mais diversos casos, não somente em face de violência sexual, apontam questões interessantes quanto a formação de falsas memórias, a emoção que leva a interpretações equivocadas, imagens corrompidas. Desta forma certas perguntas, que tem caráter técnico para o processo penal, podem produzir a vítima a comunicar fatos que não ocorreram, muito em função da carga traumática que toda condução traz.

Outro aspecto que já foi abordado neste trabalho é a questão de denúncias falsas, feitas de forma intencional, seja por questões de alienação parental, seja em função de discussões sobre guarda, até mesmo em face de pensão alimentícia. A quantidade de falsas denúncias é significativo. Na nossa experiência profissional, nos deparamos com inúmeros casos de falsas denúncias, que só o tempo e o trabalho eficiente da equipe de psicólogos e assistentes sociais permitiu esclarecer, não sem traumas e destruição de dignidades.

O que se evidencia na Lei Federal 13.431/2017 é a extrema preocupação com a assepsia da prova, visando a obtenção da “verdade real dos fatos”, com o fito de melhorar a qualidade das condenações. A lógica de depoimento especial foca prioritariamente na punição, pela prisão, de autores de atos sexuais abusivos praticados contra crianças sob a justificativa de obediência ao supra princípio da proteção integral. De maneira oposta, entretanto, avaliamos que lei

se insere no processo de judicialização que temos vivido atualmente, no qual a prisão tem papel crucial na justificação moral do poder.

Há que se ter ainda um olhar atento para o suposto agressor sexual, pois alardeia-se, com orgulho o aumento de condenações. Isso nos convoca a pensar sobre o que, efetivamente, faz com que o julgador tenda a condenar um acusado quando confronta com uma narrativa gravada em áudio e vídeo, estando ele a presenciar uma cena de entrevista/inquirição “manejada” por profissionais considerados mais capazes de extrair a verdade de uma criança: seria o ato de violência em si que se está a julgar? Ou o julgamento dá-se em decorrência dos afetos mobilizados a partir de uma cena que, em tese, desvelaria um acontecimento anterior?

Enfatizamos a nossa motivação para este tema, é claro o desalinho existente entre a busca da “verdade real” e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o princípio da proteção integral a criança.

O Estado busca prioritariamente a o etiquetamento do acusado, não como acontece nos Estados Unidos da América, em relação aos chamados “sex offenders”, onde um banco de dados desses indivíduos está à disposição para prevenção, mas como acusado, não servindo a um sistema de atenção.

É claro que há uma quantidade enorme de denúncias falsa, porém, a simples menção ao ato criminoso é objeto de reprovabilidade extrema, sendo impossível retirar a mácula deixada. Lembramos o caso do casal de São Paulo, donos de creche em que após denúncia de suposto abuso ocorrido nas dependências de seu estabelecimento, foram previamente condenados, tiveram a creche depredada e sofreram toda sorte de agressões, após, apurada sua inocência, não puderam se recuperar e tampouco recuperaram sua paz.

4.1 O Surgimento do Depoimento Especial e O significado da Lei 13.431/2018: a busca pelo dano mínimo à criança

O primeiro projeto de lei referente ao depoimento especial de infantes fora proposto pela deputada Maria do Rosário Nunes. A proposta de texto legal era uma tentativa de legitimar e ampliar para todo o território nacional a prática iniciada pelo então Juiz titular da Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre, José Antônio Daltoé Cezar. Naquele projeto de lei constava de modo expresse que assistentes sociais e psicólogos seriam os profissionais a quem caberia levar a termo a entrevista-inquirição das crianças. Houve forte resistência dos conselhos de classe dos respectivos profissionais. Intensos debates, inclusive com a realização de audiência pública no Congresso Nacional, fizeram com que a deputada federal Laura Cardoso apresentasse um substitutivo ao projeto de lei original, o qual retirou a Psicologia e o Serviço Social como profissões a exercerem tal prática.

A lei que normatiza o depoimento especial, deixou de utilizar os termos assistente social e psicólogo, contido no projeto de lei original e passou a utilizar “profissionais especializados”. Compreendemos que esta alteração tenha estreita relação com as resistências dos Conselhos Profissionais de Psicologia e Serviço Social posto que o Conselho Federal de Psicologia e também o Conselho Federal de Serviço Social aprovaram resoluções que vedavam aos psicólogos e assistentes sociais o exercício da prática de inquirição, independentemente da nomeação que tivessem: depoimento sem dano ou depoimento especial.

As duas resoluções foram cassadas pela justiça Federal, através de ações judiciais movidas pelo Ministério Público Federal do Ceará, que se articulou com alguns Ministérios Públicos Estaduais, notadamente o Ministério Público do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul, expressando, deste modo uma concreta hierarquização de saberes e discursos pela ótica da judicialização.

A defesa da derrubada das resoluções dos conselhos profissionais em apertada síntese, referia ao direito de os trabalhadores decidirem fazer a inquirição nos moldes do depoimento especial, sob uma aludida proteção a autonomia técnica. Ou seja, os Ministérios Públicos Estaduais argumentaram que cabia a cada técnico decidir pela utilização da técnica de depoimento, sendo vedado aos conselhos decidirem sobre a atuação profissional de seus membros. Hoje, com a queda das resoluções consolidada, o argumento de liberdade de escolha/autonomia técnica vem sendo ignorado pelos Tribunais de Justiça do país, que passaram a obrigar estas profissões, por meio de normativas internas, a realizar o depoimento especial.

Para além do depoimento especial, a elaboração de laudos psicológicos e sociais, sem a participação da criança em audiência, diminui de forma significativa a responsabilidade a que a criança é colocada na posição de testemunha, protegendo-a do peso do depoimento. De fato, as provas periciais atenderiam de maneira muito mais efetiva à necessidade de proteção das crianças. Se a fala de infantes em situação de litígio, inclusive violência sexual, é usada como meio de produção de prova no depoimento especial, o que se evidencia como verdade é que deixamos de proteger a criança.

4.2 Os Procedimentos Técnicos Para Colheita do Depoimento Especial.

Depoimento Sem Dano surge como ideia em 2003, no Rio Grande do Sul, tendo o princípio da vídeo – conferência como base, e, buscando a produção científica para alicerçar o cuidado na forma de condução de uma entrevista que tem caráter de prova jurídica. Em 2012 a experiência é trazida para o Rio de Janeiro, por força de indicação do CNJ, passando a chamar-se Depoimento Especial.

Já em 2010, o CNJ – Conselho Nacional de Justiça recomenda aos Tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e

adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais. (Recomendação 33, de novembro de 2010, Ministro Cezar Peluso.

No ano de 2012, através do Ato Executivo nº 4297/2012, instituiu-se o Núcleo de Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes – NUDECA, no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro.

Em setembro de 2013, através do Ato Executivo Conjunto n.º 49/2013, instala-se, vinculada a Divisão de Apoio Técnico Interdisciplinar- DIATI, o NUDECA , devendo o DIATI elaborar minuta de revisão do protocolo de funcionamento das salas de depoimento especial, a ser observado pelos profissionais que atuarem no espaço e pelo Magistrado que solicitar tal serviço, respeitando-se à condição peculiar de desenvolvimento da criança e do adolescente.

Em abril de 2017 é promulgada a Lei 13.431, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência.

Em 10 de dezembro de 2018, através do Decreto n.º 9.603 regulamenta a Lei 13.431/2017, que, em sua seção II – Da escuta especializada, tendo no Art. 19. A escuta especializada é o procedimento realizado pelos órgãos da rede de proteção nos campos da educação, da saúde, da assistência social, da segurança pública e dos direitos humanos, com o objetivo de assegurar o acompanhamento da vítima ou da testemunha de violência, para a superação das consequências da violação sofrida, limitado ao estritamente necessário para o cumprimento da finalidade de proteção social e de provimento de cuidados. Na seção III – Do depoimento especial, no Art. 22. O depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária com a finalidade de produção de provas.

A proposta original seria criar uma adequação à escuta judicial para que as vítimas de violência sexual ou testemunhas, quando crianças, não necessitassem relatar os fatos repetidas vezes, na delegacia de polícia, no Ministério Público.

Com sala especialmente planejada para ser mais acolhedora, na presença de profissional especializado e com protocolos de conduta e acompanhamento adequados para oitiva de crianças.

Os procedimentos técnicos, preliminarmente, obedecem a um protocolo chamado de protocolo do D.E. No momento da recepção há onze aspectos que são avaliados na dinâmica do depoimento especial.

O depoimento só terá curso após avaliação das condições cognitivas da criança e do adolescente, caso contraindicado o depoimento, o entrevistador comunicará tal fato ao Juiz, antes do início da audiência.

Os protocolos são:

1. Planejamento; Preparação; Recepção; “Rapport” ou acolhimento inicial; Apresentação do protocolo; Recriação do contexto; Questionamento; Esclarecimento final; Fechamento; Finalização.

São ainda, critérios para realização do DE no TJERJ:

- 1 Idade da Vítima
- 2 Decurso do tempo entre a data do fato e a data da audiência
- 3 Eventuais oitivas anteriores sobre o mesmo fato
- 4 Indícios ou notícias de Alienação Parental
- 5 Verificação no banco de dados do NUDECA sobre oitivas anteriores no formato DE.

Em verdade todo este caminho do depoimento especial é mais um arranjo burocrático, que visa em síntese estabelecer um cronograma, um passo a passo, que não leva necessariamente a uma condição de cuidado ou atenção especial, afinal, não existe uma conduta previamente definida, apenas uma linha de procedimentos a serem respeitados.

4.3 As tensões na busca pela verdade processual: entre a revitimização da criança e a condenação de um inocente: um processo penal ainda em busca do equilíbrio.

O comportamento da vítima como elemento para ocorrência do crime contra si, é estudado na teoria da vitimologia, aqui já mencionado, a ponto de haver uma analogia com o “*iter criminis*”, caminho do crime, com o chamado “*iter victimae*”, sendo este o que é percorrido pela vítima para a ocorrência do crime. É inegável a dificuldade de imaginar a vítima como responsável, ou aquele que busca o crime contra si. Mas há elementos que sem sombra de dúvidas mostram este caminhar, esta auto colocação em risco, esta auto vulnerabilidade.

Edmundo Oliveira: “*iter victimae* é o para caminho, interno e externo, que segue um indivíduo para se converter em vítima, o conjunto de etapas que se operam cronologicamente no desenvolvimento de vitimização”. Esse iter foi dividido pelo autor em cinco fases, quais sejam: 1) intuição (*intuito*); 2) atos preparatórios (*conatus remotus*); 3) início da execução (*conatus proximus*); 4) execução (*executio*); e 5) consumação (*consumatio*) ou tentativa (*conatus proximus*). A intuição ocorre quando nasce na mente da vítima a ideia de ser prejudicada por um ofensor. Os atos preparatórios caracterizam o momento em que a vítima revela preocupação de tomar medidas preliminares para defender-se ou ajustar o seu comportamento. (Oliveira, 2018, P.).

Diante da ideia de vítima que participa ou se coloca em risco é alarmante, porém, estudos de vitimologia apontam ser mais comum do que o leitor possa imaginar. Cai por terra a ideia milenar de que a vítima é sempre inocente, cabendo a culpa sempre ao réu. Os estudos da vitimologia e sua dogmática concentram seu olhar na possível contribuição da vítima para que haja a ocorrência do delito, ou facilitando que ocorra, sendo certo, que caberá ao julgador, diante da contribuição da vítima, observar este fato no momento de estabelecer a pena. Não pode deixar de analisar o risco à que se submeteu a vítima voluntariamente, alterando a lógica da imputação.

Um paradoxo surge se levarmos em consideração que a vítima ao se colocar em risco, deixaria de ser merecedora de proteção, ou dela abre mão por força de seu comportamento. E o Estado, pode deixar de cumprir com a obrigação de garantidor da segurança e proteção? O início da execução, representa a oportunidade em que a vítima começa a operacionalização de sua defesa, aproveitando a chance que dispõe para exercitá-la. A execução é a resistência da vítima para evitar a todo custo que seja atingida pelo resultado pretendido por seu agressor. De último, a consumação ocorre mediante o advento do efeito perseguido pelo autor (com ou sem a adesão da vítima), e a tentativa quando a prática do fato demonstrar que o autor não alcançou seu propósito (*fins operantis*) em virtude de algum impedimento alheio à sua vontade, que pode ser a repulsa da vítima durante a sua execução. Portanto, não restam dúvidas de que a vítima, com seu comportamento, pode ou não contribuir decisivamente para a materialização de determinado delito contra a sua própria pessoa.

Ainda no tema da autocolocação em risco, conforme ensina o Professor Edmundo Oliveira, há uma conduta da vítima que induz através de ação, como aceitar um convite para ir a um bar, acompanhar a local particular, permitir certas intimidades, sendo estas ações positivas, entretanto outras tem sentido negativo, porém desprovidas de força de convicção para determinadas investidas, que se apresentam interessantes diante da possibilidade de auferir algum tipo de vantagem, como, promessa de emprego, a velha história de oportunidade de se tornar modelo, atriz.

A possibilidade de interpretações equivocadas se mostra bastante significativa, vivemos um momento em que a exposição nas redes sociais passou a ser uma febre. O culto ao corpo e sua exposição como forma de expressão e liberdade tem atingido principalmente a parcela mais jovem de nossa sociedade, porém, não só. Há notícias da invasão da privacidade de pessoas com bem mais idade que, levadas pela onda do momento, acabam vítimas.

Sites de relacionamento, sites eróticos, o convite aos usuários para percorrer os circuitos onde é promovida a exibição da intimidade de quem acabou se autocolocando em risco.

Presenciamos constantemente o espetáculo midiático da exposição de toda sorte de crimes, ostentação, flagelos e, nos acostumamos, é natural,

Desta forma, acabamos por inverter a ordem e criar a figura da vitimização do réu e da criminalização da vítima.

Hoje, busca-se uma linha de equilíbrio que permita a investigação da contribuição dos agentes para a consecução do crime, extraindo-se daí a fixação da pena, podendo diante do apurado, permitir atenuação ou isenção, sempre com base em uma avaliação das provas. Não basta investigar o acusado, é necessário conhecer e avaliar o comportamento da vítima.

Quando diante dos preceitos do art. 59 do Código Penal que determina obrigatoriamente, a análise do comportamento da vítima no estabelecimento da pena (dosimetria da pena), mais atenção ainda deverá ter o julgador quando diante dos casos de crimes contra a dignidade sexual. Não se trata de justificar, porém, o entendimento deve ser o mesmo se uma vítima tem um comportamento contido, enquanto outra tem um comportamento provocador.

Também é necessário falar da questão das “vítimas familiares”, que são as mulheres e crianças que sofrem, violência doméstica, geralmente praticada por homem. São “vulneráveis silenciosas” as mulheres, as minorias (deficientes, homossexuais e prostitutas), as crianças, os idosos, dentre outros.

Desta forma, é patente o quanto o Direito Penal deverá evoluir no tema, primeiro para garantir igualdade de condições às partes, vítimas ou réus, de outra sorte, garantir o direito constitucional da dignidade humana, atentando para o devido processo legal, observando caso a caso, numa ótica mais ampla, não só na busca do processo como meio de punição, mas, principalmente, na busca da verdade real, ou melhor, da verdade possível.

Chama a atenção o “Projeto Violeta”, de proteção máxima a mulheres vítimas de violência doméstica de autoria da Juíza Adriana Ramos de Mello, que

visa acelerar os procedimentos da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha).⁵ Infelizmente, não há qualquer projeto que se desenhe em paralelo para defesa e proteção da criança e adolescente vítima de violência sexual.

Não há sistema de sentinelas nas escolas para identificar mudanças no comportamento de crianças e adolescentes, não há orientação para que crianças e adolescentes tenham a mínima capacidade de observar que são vítimas.

A Dra. Cassandra Pereira França, apresenta uma síntese do que buscamos problematizar:

A problemática do abuso sexual infanto-juvenil tem sido amplamente discutida nos últimos anos pelas autoridades e pela mídia. A ocorrência do fenômeno não é atual, (...) devido ao aumento de denúncias. Um levantamento elaborado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH) referente ao Disque 100 (Central Nacional de Registros de abuso e exploração sexual infanto-juvenil), realizado em 2008, aponta um aumento de 30% nas denúncias em relação ao ano anterior. (...) Estamos, portanto, diante do desafio de preparar e fortalecer uma rede de atendimentos que dê suporte efetivo às crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual. (França, 2010, p. 67).

Ainda que haja uma discussão sobre o tema, as medidas são pouco efetivas se levarmos em consideração a continuidade do sub – registro dos casos de estupro de vulnerável.

A questão está longe de receber atenção adequada, chama-nos a atenção as várias notícias veiculadas diariamente nos mais diversos canais de comunicação apontando a exploração sexual de crianças e adolescentes, porém, não se observa um agir das autoridades para coibir tal prática. Os casos de abuso dentro do ambiente familiar são de difícil apuração, seja pelas dificuldades na denúncia, seja pela própria ignorância da vítima, seja ainda, pela ausência de um sistema de controle e acompanhamento visando a prevenção.

⁵ Projeto Violeta – amaerj.org.br (notícias).

5. CONCLUSÃO

Este trabalho permitiu trazer luz sobre um tema que, apesar de ser de grande importância para a sociedade e ser visto como hediondo, acaba por não ser amplamente discutido. Observamos que historicamente, a questão do estupro, do abuso de crianças e adolescentes é relativizado e até aceito com certa naturalidade.

Observamos várias manifestações que apontam os equívocos na elaboração das Leis que, ainda que buscassem atender uma demanda aguda, não observou ampla pesquisa de opinião, audiências públicas e principalmente a inserção das principais entidades de defesa dos direitos humanos e dos direitos da criança e do adolescente nas discussões temáticas.

Ainda que haja mudança no Código Penal, que representam avanço significativo no tocante aos crimes de cunho sexual, principalmente quanto ao estupro de vulneráveis, estas, acabam por inserir nova concepção mais explícita quanto a definição de estupro de vulnerável, porém, não há nenhum mecanismo que seja impulsionador de sistema de controle e proteção. Não se vislumbrou qualquer mecanismo voltado para uma política de educação, prevenção a violência, principalmente a sofrida por crianças e adolescentes no ambiente doméstico.

Observamos o quanto o Estado se ausenta de sua responsabilidade de, juntamente com a Sociedade criar mecanismos de proteção adequado, tal qual se verifica em Leis como a “Maria da Penha”, sistemas de proteção como o do “Projeto Violeta” de segurança e proteção máxima de mulheres vítimas de violência doméstica”.

Dizer que o Depoimento Especial atende aos desafios de colher da vítima de estupro, onde não há laudo de exame de corpo de delito, sendo esta, uma criança, é estarrecedor.

Apresentamos em apertada síntese de que forma se dá o convencimento do julgador, não há crítica ao trabalho do Magistrado, muito pelo contrário, avaliamos que se apresenta um desafio gigantesco. Porém, os elementos de

que dispõem, fazem parte do instrumental exigido pelo ordenamento jurídico e, deste não pode se afastar. Concluimos que a opção é: sim ou não.

Quando avançamos, mais e mais observamos que a busca é por uma verdade que atenderá a necessidade do Estado em dar uma resposta satisfatória a sociedade, mas, o mesmo Estado se ausenta de produzir segurança, de formalizar redes de proteção e educação.

Observamos o Legislador criar Lei que nomeia de “Lei do Dano Mínimo”, que em verdade careceu de amplo debate e, verdadeiramente não apresenta condições fáticas de aplicabilidade. Esperar que Delegacias de Polícia sejam dotadas de salas e profissionais especializados na coleta de informações ou denúncias de crianças vítimas de violência sexual é utópico, se considerarmos as reais condições de tais órgãos públicos.

Evidenciamos uma realidade em que a adultização de crianças é moda, a exposição em redes sociais e a erotização por tais canais se faz com a naturalidade de abrir a câmera do celular. A criança inserida nesta realidade e que recebe a cumplicidade das mídias avidas por absorver clientes para seus produtos.

Apontamos a inexistência de mecanismos de prevenção e de classificação dos ofensores, desta forma, confirmamos a ausência de políticas públicas de combate eficiente a pedofilia e ao abuso sexual no ambiente familiar.

Não vislumbramos a existência de programas de acompanhamento e orientação nas escolas públicas, o que poderia resultar em inserção de formas de enfrentamento do assédio sexual.

Observamos, que muito se tem discutido quanto à participação da vítima para o cometimento do delito, a auto – colocação em risco, a prática do exibicionismo e difusão da imagem de forma deliberada sem cautelas e para fins de estar “antenado”.

Após tais considerações, passamos a definir que, da pesquisa, considerando a questão da vítima vulnerável e a prova testemunhal obtida através de Depoimento Especial, chegamos a inequívoca conclusão de que o Depoimento Especial é revitimizante, bem distante do que o Estado tenta apontar como sendo a forma de causar “dano mínimo” na vítima. A melhor forma de se

obter, com o mínimo de dano, as informações necessárias à formação do livre convencimento do Magistrado é através de abordagem pericial, com tempo e atenção integral à vítima, com técnicas de aproximação e atenção integral e principalmente respeito a um ser em evidente conflito.

Conclui-se, da pesquisa em diversas sentenças, acórdãos e julgados haver um enorme desequilíbrio entre as partes de processos onde se busca a verdade real em crimes contra a liberdade sexual. A Lei 12015/09, acabou por dar a mesma definição para vulnerável ou vulnerabilidade nos moldes do CP de 1940, porém, criando uma controvérsia entre vulnerabilidade absoluta e vulnerabilidade relativa. Não observou a questão da chamada vulnerabilidade provisória.

Princípios constitucionais como dignidade da pessoa humana, proteção integral são esquecidos, principalmente para as populações marginalizadas.

Concluimos com preocupação que há urgente necessidade de que, os Poderes do Estado elaborem políticas públicas, voltadas para a criação de um sistema de garantias para a criança e o adolescente vítima. Criação de Norma específica, ancorada no ECA, com, entre outras medidas, criação de uma rede de proteção eficaz, com atendimento adequado para as vítimas de violência sexual (crianças e adolescentes).

O processo deve ter um tramite célere, porém, na ausência de laudos conclusivos, adotar maior cuidado, principalmente, para não transformar o julgamento em projeto midiático. Preservação das informações em sigilo e prestação de orientação adequada à vítima diante de cada caso.

É necessário estabelecer lei adequada para o tratamento dos casos de violência sexual contra crianças, estabelecer uma definição clara do que seja vulnerabilidade absoluta, relativa.

Estabelecer um enfrentamento real, em que o Estado, juntamente com a sociedade, através de campanhas de esclarecimento, prevenção e principalmente um sistema de garantias e acompanhamento das vítimas, indo muito além da persecução penal, mas na proteção e atendimento a uma questão que extrapola as salas dos Tribunais, sendo diante dos números, caso de saúde pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMAERJ – <https://www.amaerj.or.br/noticias>

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Distinções equivocadas mostram cultura do estupro arraigada no Estado. _ [https://www. Conjur.com.BR/2016 – set – 13/ academia – polícia.](https://www.Conjur.com.BR/2016-set-13/academia-policia)

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. *In*: PLANALTO. Legislação. Brasília, 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

Acesso em: 18 de fev. 2019 BRASIL, Lei n. 13.431/2017, de 04 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. *In*: PLANALTO. Legislação. Brasília, 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em 20 fev. 2019. BRASIL, Decreto 9.603, de 10 de dezembro de 2018, regulamenta a Lei 13.431, de 04 de abril de 2017. *In*: PLANALTO. Legislação. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_/Dec./2018/Dc.9.603.htm>. Acesso em 20 de fev. 2019.

CANELA, Kelly Cristina. *O Estupro no Direito Romano* — 1ª. Ed. Cultura Acadêmica – Editora, 197 p. Biblioteca online, PUC – Campus – Campinas – São Paulo.

CHARAM, Isaac. *O Estupro e o Assédio Sexual – como não ser a próxima vítima.* – Rio de Janeiro, 1997, 299 p.

DIAS, Maria Berenice, KRISTENSEN, Christian Haag; BRUNO, Denise Duarte; PAULO, Fernanda Rocha; BARBOSA, Gabriella Ferrarese; PIZÁ, Graça; TRINDADE, Jorge; CEZAR, José Antônio Daltoé; FERREIRA, Maria Helena Mariante; AZAMBUJA, Maria FURLAN, Roberto dos Santos. *Incesto e Alienação Parental – Realidade que a Justiça insiste em não ver.* — 1ª ed. — São Paulo: Editora RT – Revista dos tribunais, 2008. 207 p.

DIETER, Maurício Stegemann. Política Criminal Atuarial – Criminologia do Fim da História – 1ª Ed. – Rio de Janeiro, 2013, Ed. Revan. 312p.

FRANÇA, Cassandra Pereira. Perversão: As engrenagens da violência sexual infanto-juvenil – Rio de Janeiro, 2010, Ed. Imago. 188p.

FRANÇA, Cassandra Pereira. Ecos do silêncio: reverberação do traumatismo sexual – São Paulo, 2017, Ed. Edgar Blücher, 248p.

GILBERT, Bruno. Crimes Contra a Dignidade Sexual – Rio de Janeiro, 2014, Freitas Bastos Editora. 204 p.

GONÇALVES, Antônio Batista. Estado Democrático Brasileiro em 30 anos da Constituição Federal: a vitimologia e a crise dos direitos fundamentais. Belo Horizonte, 2019, Ed. Juruá.

IBGE – <https://www.ibge.gov>

IPEA – <https://www.ipea.gov>

JORNAL OPÇÃO – <https://www.jornalopcao.com.br>

NETO, Emetério Silva de Oliveira. Legislação Penal e Teoria da Vitimologia – 2ª Edição, Revista, Atualizada e Ampliada - Florianópolis, 2018, editora Tirantlo blanch, 113 p.

NICOLITT, André; AUGUSTO, Cristiane Brandão (ORGS). Violência de Gênero – temas polêmicos e atuais. SCHAFFER, Caio Cesar Wolmann; SANTOS, Érika Piedade da Silva; DARÓS, Lindomar Expedito S. – Rio de Janeiro, Ed. D`Placido, 2018

O Globo – acervo.oglobo.globo.com

OLIVEIRA, Edmundo. Vitimologia e Direito Penal: O crime precipitado pela vítima – 1ª Ed. – Curitiba, 2018, editora Juruá.

RAMOS, Silvia Ignez silva. *Depoimento Especial de Crianças: Multiversos em cena*, Tese de Mestrado – Universidade Federal do Rio de Janeiro, 222 p.

REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araujo. Artigo – Ativismo do Ofendido no Processo Penal Contemporâneo: Amplitude Participativa e Efetividade da Recomposição – Revista de Estudos Criminais 71 – outubro/dezembro 2018 – 17p.