



**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL – UNISC**  
**CURSO DE DIREITO**

LUIZ FERNANDO HARADA

**O VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO ORAL E A FORMA  
INQUISITIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Capão da Canoa  
2021

LUIZ FERNANDO HARADA

**O VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO ORAL E A FORMA  
INQUISITIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.**

Projeto de Trabalho de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como condição para aprovação na disciplina de Trabalho de Curso II.

Orientador: Professor Leandro França

CAPÃO DA CANOA

2021

***Dedico à minha esposa, amiga por toda vida e meu amor. À minha mãe que desejou conhecer a ciência do Direito. Foram elas que me mostraram o valor da honestidade e dos sentimentos nas decisões rotineiras da vida.***

## **AGRADECIMENTOS**

**Agradeço aos meus familiares pelo apoio, aos mestres professores que me orientaram neste curso e colegas companheiros da Graduação em Direito. Em especial, ao orientador Professor Dr. Leandro França, pela sabedoria transmitida e pelo encorajamento na realização deste trabalho.**

***Porque o testemunho de um tal acusador, se não for prestado voluntariamente, deve considerar-se corrompido pela natureza, e, portanto, não deve ser aceito;***  
**(HOBBS, 1651, p51)**

## RESUMO

O Código de Processo Penal detém, na sua estrutura, uma função relevante no Estado de Direito. Por um lado, é seu dever materializar a sanção condenatória contra um sujeito criminoso e, assim, subsumir a regra penal abstraída pelo juiz, por outro lado, a consequência de garantir os direitos do povo contra a imprudência processual e arbítrio estatal. A diferença entre o sistema processual penal inquisitiva realizada no tempo remoto em Roma e o atual sistema misto no Processo Penal Brasileiro em algum sentido é tênue. Um dos assuntos recaem nas produções de provas orais e a sua eficácia concernente o valor provatório nas demandas penais. O trabalho buscará apontar características inquisitórias na atual instrução do processo penal, as quais demonstram-se discricionárias para com a defesa do réu.

Palavras-Chave: processo penal, prova oral, sistema acusatório

Keywords- criminal procedure, oral evidence, accusatory system

*Abstract: The Code of Criminal Procedure has in its structure a relevant role in the rule of law. On the other hand, it is their duty to materialize the condemnatory sanction against a criminal subject and to subsume the penal rule abstracted by the judge seeing the consequence of guaranteeing the people's rights against procedural recklessness and state arbitration. The difference between the inquisitive criminal procedural system carried out in Rome in remote times and the current mixed system in the Brazilian Penal Process is in some sense tenuous. One of the issues falls on the production of oral evidence and its effectiveness regarding the probatory value in criminal demands. The work will point out inquisitive characteristics in the current instruction of the criminal process, which are shown to be discretionary in relation to the defendant's rights.*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>1 Contexto pré-processual e pós-processual.....</b>	<b>9</b>
1.1 Possível vício formal nos relatos.....	13
1.2 As garantias Estado de Direito e o devido processo penal.....	15
1.3 Exposição do Código Processual Penal Inquisitivo.....	17
<b>2 Das produções das Provas.....</b>	<b>24</b>
2.1 Das provas orais.....	29
2.2 Do relato do ofendido.....	33
2.3 Nos casos de crimes em que envolvem mulheres e crianças.....	34
<b>3 Manifestações dos Tribunais Superiores e Legislativos.....</b>	<b>39</b>
3.1 Manifestações dos Tribunais.....	44
3.2 Limites da persuasão racional.....	48
<b>4 Conclusão.....</b>	<b>54</b>
<b>5 BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>55</b>

## INTRODUÇÃO

A prova oral é um instrumento probatório indispensável no âmbito do processo penal para a reconstrução do fato histórico e para o convencimento do juiz. O testemunho tem caráter hipotético por serem palavras de uma pessoa interessada ou não, sendo árduo convencer um magistrado somente com elas, em regra deve ser somada com outras provas circunstanciais, ou pelo número significativo do mesmo tipo de relato formando um conjunto probatório, poderão adquirir a fé.

A inquisição no campo do processo penal perdurou até o início do século XIX, momento em que a Revolução Francesa ocorre pela influência dos movimentos iluministas e os movimentos filosóficos que repercutiam no processo penal, e assim, se inicia a lenta transição para o sistema misto, que se estende até o presente momento.

A Constituição Federativa de 1988 que tem como fundamento orbitar em torno do princípio de dignidade da pessoa humana e se aprofundou nas questões ligadas às garantias individuais, os fundamentos acerca da visão garantista do processo penal é o que norteia o dever ser do processo penal. A Carta Maior possui relevante importância para corrigir os dispositivos do código de processo penal inquisitório e detém uma função programática ao alcance do sistema acusatório.



## 1. Contexto pré-processual e pós- processual

A doutrina brasileira, majoritariamente, aponta que o sistema brasileiro contemporâneo é misto, pelo fato de que ele adota o sistema inquisitório na fase pré-processual e, após a denúncia, toma caráter do sistema acusatório e misto. Por outro lado, a realidade é que o próprio processo penal exercido possui efeitos destrutivos para a vida do acusado, uma vez iniciado no inquérito policial, pode-se classificar como uma pena adiantada para o indiciado.

historicamente, sempre existiram dois sistemas ou modelos processuais, quais sejam, o acusatório e o inquisitório. Também houve uma tentativa de fundir os dois sistemas, dando origem ao sistema misto. Nos dias de hoje, **não existem sistemas acusatórios ou inquisitórios “puros”**. Na verdade, ora o processo penal é predominantemente acusatório, ora apresenta características peculiares dos sistemas inquisitoriais. Quando o nosso Código de Processo Penal entrou em vigor no dia 10 de janeiro de 1942, prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era misto. **A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial. Porém, uma vez iniciado o processo, tínhamos uma fase acusatória.** Porém, com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das **funções de acusar, defender e julgar** (art. 129,1), estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório. (LIMA, 2017. p17)

Na fase de pré-processual, noticiada ou informada à autoridade a ocorrência de uma conduta criminosa por um informante não identificado, constitui-se denúncia anônima, segue-se uma investigação sigilosa pela qual o indiciado não é notificado, e, caso haja indícios suficientes, a autoridade competente instaura o inquérito policial e segue o rito processual. O mesmo poderia ocorrer contra um inocente de culpabilidade pelo anonimato, e contra este informante, causador de falsa denúncia, a legislação atual formou uma impunidade que contraria com o entendimento de Constituição Pátria pela qual é garantida a indenização por danos morais e materiais causados por outrem que, nesses casos, sequer será identificado o autor. A questão recai em como identificar os vícios das alegações feitas pelo denunciante de um crime para impedir que ocorra uso indevido das palavras mediante autoridades competentes.

Art.5º, IV, CF. é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (BRASIL, CF, 1988)

Art.5º, V, CF. é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (BRASIL, CF, 1988)

O bem jurídico tutelado do Art.5º, IV, CF é mais propenso à comunicação social, visando garantir a livre manifestação do pensamento e assegurar a liberdade de expressão concernente ao jornalismo. Em *lato sensu* abrange a “*noticia criminis*” que é uma informação que se dá à autoridade policial do conhecimento de um fato criminoso. A expressão “vedado o anonimato” do mesmo artigo significa por um lado “proibido” e, por outro, “deve ser identificado o autor”.

Os tribunais superiores sustentam que é indevida a abertura do inquérito policial embasado exclusivamente no anonimato pela razão do risco existente à seguridade social e sobre o sigilo do denunciante entende que a conduta só por si não enseja o requerimento de imediata quebra de sigilo e de interceptação telefônica. A denúncia é um elemento informativo que exige a verificação de uma ocorrência típica em algum lugar do passado que é uma informação que detém a autoria e a materialidade. No entanto, a capacidade probatória deve-se confirmar no processo e as alegações verbais feitas pelas partes têm por sua finalidade o convencimento do julgador. Na fase pré-processual são considerados de “elementos informativos” que indicam possível ocorrência de conduta típica e esses têm a sua função de convencer a autoridade policial de “suspeitar” da existência de tipicidade penal em alguma circunstância. Destarte o ofendido informa à autoridade competente sobre algum ato criminoso pretendendo registrar a queixa ou a denúncia, sendo este primeiro ato feito pelo mesmo. Cabe à autoridade a determinação da investigação prévia para a abertura de um inquérito, se houver a confirmação da materialidade delitiva ou a sua possibilidade, a mesma determinará a abertura a fim de colher os elementos informativos passíveis de constituir provas no processo.

Segundo Aury Lopes Jr. existe uma tendência costumeira acerca da admissibilidade da acusação predominante que constitui “Presunção de Veracidade” nos momentos do inquérito policial.

Considerável doutrina e jurisprudência acabaram por criar, a nosso juízo equivocadamente, uma **falsa presunção**: a de que os atos de investigação valem até prova em contrário. Essa **presunção de veracidade** gera efeitos contrários à própria natureza e razão de existir do IP, fulminando seu caráter instrumental e sumário. Também leva a

que sejam admitidos no processo atos praticados em um procedimento de natureza administrativa, secreto, não contraditório e sem exercício de defesa.[...] Não é atribuir valor probatório aos atos do IP, todo o contrário. Por servir de base para a ação penal, ele deverá acompanhá-la para permitir o juízo de pré-admissibilidade da acusação. (LOPES, 2020, p270)

Nos casos em que a vítima demonstra fraqueza física ou mental (ser mulher, incapacidade absoluta ou relativa), os relatos feitos nos IP poderão prevalecer até os momentos de sentença condenatória, se não for provado o contrário. Demonstra-se neste padrão uma forma unilateral, inquisitiva e pouco espaço para a defesa e exige-se provar o contrário. Permite-se inferir que o implemento da persuasão racional pode estar ocorrendo não somente para juízes, mas também para autoridades competentes nos casos que envolvem violências sexuais.

Logo, apenas a palavra da vítima jamais poderá justificar uma sentença condenatória. Mais do que ela, vale o resto do contexto probatório, e, **se não houver prova robusta para além da palavra da vítima, não poderá o réu ser condenado.** Contudo, a jurisprudência brasileira tem feito duas “perigosas” ressalvas: • crimes contra o patrimônio, cometidos com violência ou grave ameaça (roubo, extorsão etc.); • crimes sexuais e os praticados na ambiência doméstica (violência doméstica). Nesses casos, considerando que tais crimes são praticados – majoritariamente – às escondidas, na mais absoluta clandestinidade, pouco resta em termos de prova do que a palavra da vítima e, eventualmente, a apreensão dos objetos com o réu (no caso dos crimes patrimoniais), ou a identificação de material genético (nos crimes sexuais). Isso tem levado a uma valoração probatória distinta, atribuindo um valor maior e, às vezes, decisivo. O erro está na presunção a priori (no sentido kantiano, de antes da experiência) de veracidade desses depoimentos. **O endeusamento da palavra da vítima é um erro tão grande como seria a sua demonização.** (LOPES, 2020, P727)

O princípio da persuasão racional tem fundamento previsto no Art. 93, IX, da CF o qual regula a apreciação e a avaliação das provas existentes na demanda que é uma atividade racional do intelecto levando o magistrado a uma convicção “*secundum conscientiam*”. Portanto o livre convencimento motivado e a persuasão racional são legitimamente aceitos e precisos nos processos penais. Nos casos em que não existem provas determinantes, o julgador poderá utilizar tal instrumento a fim de reconstruir o fato histórico juntando elementos informativos circunstanciais para julgar a ocorrência ou não do fato criminoso, sempre respeitando a presunção de inocência. O CPP condiciona a absolvição do acusado quando coincide com alguma cláusula do Art. 386.

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

I – estar provada a inexistência do fato;

II – não haver prova da existência do fato;

III – não constituir o fato infração penal;

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

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

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

**VII – não existir prova suficiente para a condenação.**

(BRASIL, Lei Nº 11.690, 2008)

Desta feita, se não confirmar elementos informativos probantes nos autos ficará ao encargo do julgador, a condenação ou a absolvição, seguindo a sua convicção racional.

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. (BRASIL, Lei n. 11.690, 2008).

O Art.155 é um dispositivo garantista que deve ser obedecido rigorosamente na demanda penal não admitindo exceções, caso contrário o Direito Penal tornar-se-á uma ameaça estatal contra o povo, em vez de protegê-lo. Os elementos informativos podem ser documentais, materiais ou testemunhais desde que constituam os “indícios” de um fato histórico. Os termos do Art.156 do CPP, incumbem o ônus da prova a quem alega.

Art. 156. A prova da **alegação incumbirá a quem a fizer**, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (BRASIL, Lei n. 11.690, 2008).

Nos processos penais, a demonstração é destinada ao órgão acusador por força do princípio de presunção da inocência, salvo nos casos em que a defesa alega as divergências, esta terá de provar o contrário. Sobre o assunto entende Lopes Jr. que:

No Processo Penal não exige ‘distribuição de carga probatória’, senão **atribuição integral ao acusador**, pois operamos desde algo que os civilistas não conhecem e tampouco compreendem: presunção de inocência. (LOPES, 2015, P6)

Atualmente não se admite a hierarquia entre as provas, ao contrário do que ocorria na idade média onde prevaleciam provas orais. Se uma parte demonstra uma prova positiva e, se a outra traz a negativa, em tese, anularia a acusação por força do princípio de “*in dubio pro reo*”.

## 1.1 Possível vício formal nos relatos

Art. 5º, LXIII, da CF. o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de **permanecer calado**, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. (BRASIL, CF, 1988)

“Ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo” é o pensamento do princípio do “*nemo tenetur se detegere*” o qual é também confirmado no Art.14º, §3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no Art.8º, §2, “g”, §3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O direito ao silêncio e o direito de permanecer calado estão garantidos ao acusado como um meio de autodefesa passiva. Com efeito, neste princípio, o acusado não somente tem o direito do silêncio, mas é isentado do compromisso de dizer a verdade, pois não há o crime de perjúrio no CP. Em outras palavras, o falso depoimento do mesmo é tolerado desde que não atinja os terceiros inocentes, caso confirmada a ocorrência, então estará consumada a denúncia caluniosa (CP, Art. 339).

Art. 203.CPP. A testemunha fará, sob palavra de honra, a **promessa de dizer a verdade** do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade. (BRASIL, Lei nº 3.689, 1941)

APELAÇÃO DA DEFESA. ART. 172 DO CPM. PRELIMINARES: INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. NULIDADE PROCESSUAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 172 DO CPM. REJEIÇÃO. MÉRITO: ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO. DESPROVIMENTO DO APELO. [...] II - Preliminar de nulidade processual. A suposição de vício na fase do **Inquérito Policial em decorrência de intimação e das primeiras declarações na condição de testemunha, de quem veio a confessar o crime**, não se sustenta, uma vez que as declarações foram firmadas por livre deliberação, inexistindo qualquer vício de vontade, o que veio a ser ratificado em posterior inquirição como indiciada, bem assim no interrogatório em juízo. Preliminar rejeitada, por unanimidade. [...] 13/06/2017 Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): HC136.331 R/S, 2ª Turma STF, 13.6.2017.

A testemunha é qualquer pessoa capaz de depor sobre os fatos, oferecendo informações determinantes ao juiz e, antes de realizar a sua função, deve jurar perante o mesmo dizer a verdade em relação ao fato histórico, sob a pena de falso testemunho (Art. 342, CP). No entanto, o princípio do “*nemo tenetur se detegere*” é totalmente cabível a ela. Se as indagações no interrogatório atingem a seguridade da mesma e, como não se obriga a produzir

provas contra a si mesma, nesse caso ela não está compromissada de responder a verdade. Formalmente, tipificaria o falso testemunho, porém provavelmente seria isenta pela excludente de ilicitude, pois ela somente exerceu o pleno direito para se defender.

Art.201. CPP. **Sempre que possível**, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. (BRASIL, Lei n. 11.690, 2008)

O ofendido, conforme a estrutura do CPP, embora possua o dever de colaborar nas investigações, é classificado como um sujeito secundário ou terciário desinteressado e que ofereceu a fonte de informação criminal à autoridade. Logo ele não é idêntico à situação jurídica da testemunha e por isso não zela por compromisso legal de dizer a verdade, tampouco é capaz de consumir o crime de falso testemunho. O relato da vítima na fase de oitiva igualmente deve sofrer o contraditório da defesa, e o seu valor probatório é considerado relativo. Porém, nos crimes contra a dignidade sexual, os relatos da vítima têm valor probante quase absoluto.

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULAS 7 E 83/STJ. 1. **A ausência de laudo pericial conclusivo não afasta a caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante**, em particular nessa forma clandestina de delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios. [...]. Agravo regimental improvido. AgRg no AREsp 160.961/PI, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 06/08/2012.

A orientação jurisprudencial do STJ, nesses casos, praticamente isenta o ônus da prova pelo lado do órgão acusador. Consequentemente desloca o ônus da prova para o acusado, exigindo-se provar ao contrário para eximir-se da culpabilidade, e assim se enquadra em uma espécie de inversão de ônus da prova no ramo penal. Teoricamente situa-se na antinomia com o Art.156, CPP que diz "A prova da alegação incumbe a quem fizer" e com o princípio de "*in dubio pro reo*". Não sendo crítico, deduz-se que o STJ toma uma postura rigorosa mediante a barbárie que os homens realizam contra as mulheres, mesmo que violem as regras processuais penais. Em *lato sensu* pode-se inferir que o mesmo implementa o princípio de interesse público do que privado no seu entendimento,

entretanto deve-se lembrar que tal princípio admite o sacrifício da minoria perante o bem maior.

## 1.2 As garantias do Estado de Direito e o devido processo penal

O princípio de devido processo legal no campo penal realça-se nas garantias de acesso à justiça, Juiz Natural e Juiz Imparcial, igualdade processual, ampla defesa e contraditório e legalidade da execução penal. Podemos aduzir com base nessas lições que o conteúdo do devido processo legal é abrangente, envolvendo as garantias processuais fundamentais imprescindíveis no Estado de Direito. Importa a estipulação pelo legislador de procedimentos adequados à tutela do direito material e formal, com respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados e, ao mesmo tempo, o respeito a esses procedimentos pelos Poderes Executivo e judiciário, tema que será desenvolvido para o alcance do sistema acusatório.

“Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de **“estrita legalidade”** SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como **um sistema cognitivo ou de poder mínimo**, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É consequentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. Assim, o **Garantismo Penal é a segurança dos cidadãos** que, em um Estado democrático de direito, onde o poder obrigatoriamente deriva do ordenamento jurídico, principalmente da Constituição, atua como um mecanismo para minimizar o poder punitivo e garantir, ao máximo, a liberdade dos cidadãos. (FERRAJOLI, 2002, p684)

A nova Constituição promulgada tem fundamentos em: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e o pluralismo político. Os direitos humanos situam-se nos direitos fundamentais da Carta Maior e no seu preâmbulo que representam a consolidação de todos os direitos conquistados através de inúmeros sacrifícios. A CF de 1988 vigora sobre a vigência do Código de Processo Penal de 1941, trazendo com ela a ocorrência de incompatibilidade com alguns dispositivos da lei de processo penal que possui características antidemocráticas e inquisitórias. O Art. 5º, LVII, CF. traz o princípio que diz “ninguém será considerado culpado

até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e submete a justiça penal a realizar a exigência de igualdade efetiva e o devido processo legal que é a maior defesa do povo contra o Estado nos casos de ingerência processual e imprudência processual e, com isso, garante o processo justo, sempre atendendo a desigualdade material. Por outro lado, os direitos fundamentais têm suas principais características que são: invioláveis, indisponíveis, inalienáveis e irrenunciáveis e possuem a historicidade, universalidade e limitabilidade. As garantias fundamentais surgiram a partir do processo de transposição dos direitos humanos. Entretanto, a Carta Magna encontra-se com dificuldades em relação a aplicabilidade prática e a sua efetivação no ramo de direito processual penal.

A CF dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (Art.5º, LVI) e impõe as limitações sobre direito à prova e elementos probatórios que podem resultar na violação do direito material ou formal. Se um indivíduo for constrangido pela autoridade competente a confessar a prática de crime mediante tortura ou maus-tratos, então será violado o dispositivo do Art. 5º, III, CF e tem-se a prova ilícita. A Carta Maior visa proteger direitos fundamentais como inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (Art.5º, X), inviolabilidade do domicílio (Art.5º, XI), inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (Art.5º, XII), vedação ao emprego da tortura ou de tratamento desumano ou degradante (Art.5º, III), respeito à integridade física e moral do preso (Art.5º, XLIX), etc. O art. 5º, LVI, CF obriga o órgão acusador a desenvolver licitamente as atividades probatórias, ao mesmo tempo veda as utilizações das provas obtidas ilicitamente e ilegitimamente e ainda as provas obtidas decorrentes destes serão desentranhados do processo nos casos de identificação da ilegalidade.

Todo esses cuidados visam a uma proteção aos direitos individuais que poderão ser atingidos quando ocorre a utilização ilícita de diligências e dos meios probatórios. Nesse sentido com a limitabilidade se dá a legalidade penal. A carta maior, com clareza, fez a opção democrática pelo sistema acusatório no âmbito do processo penal e, ao mesmo tempo, incumbiu o judiciário na busca da “verdade real” pelo implemento legítimo do devido processo legal. Porém existe uma dificuldade de superação do equilíbrio entre garantismo e inquisitivismos, amparada pelas jurisprudências costumeiras e pelas presunções da



culpabilidade, e ainda existe o paradigma do sistema inquisitório em alguns momentos nas demandas penais.

### 1.3 Exposição do Código Processual Penal Inquisitivo

No século XX, no ano de 1941, foi promulgado o nosso atual Código de Processo Penal, o qual foi baseado na legislação processual penal italiana consagrada na década de 1930, momento em que passava por regime fascista. O Código de Processo Penal brasileiro foi elaborado em bases exaustivamente autoritárias, refletindo-se as características de um Estado liberal e das origens inquisitivas religiosas.

"garantista" todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente • Tratando-se de um modelo limite, dever-se-á, por outro lado, falar muito mais que de sistemas garantistas ou antigarantistas *tout court*, de graus de garantismo; e, ademais, distinguir sempre entre o modelo constitucional e o efetivo funcionamento do sistema. Diremos, por exemplo, que o grau de garantismo do **sistema penal italiano** é decididamente elevado caso se considerem os **seus princípios constitucionais, enquanto é posto em níveis baixíssimos**, caso se considere a sua prática efetiva. E mensuraremos a adequação de um sistema constitucional, sobretudo pelos mecanismos de invalidação e de reparações idôneos, de modo geral, a assegurar efetividade aos direitos normativamente proclamados: **uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel**, caso haja defeitos de técnicas coercitivas - ou seja, de garantias - que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo (FERRAJOLI, 2002, p684)

É possível identificar os resquícios inquisitoriais e autoritários em alguns dispositivos do código de processo penal vigente.

Art. 125. Caberá o **sequestro** dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido **transferidos a terceiro**. (BRASIL, Lei nº 3.689, 1941)

O STJ entende que para evitar que fossem frustrados os objetivos das medidas acautelatórias patrimoniais é possível ao juiz decretar medidas assecuratórias de bens que deverão ser deferidas independentemente de prévia oitiva dos envolvidos (*inaudita altera pars*). O contraditório e a ampla defesa do terceiro de boa-fé ficarão após o sequestro e, ainda, a impenhorabilidade de bens de família não será aplicada. Nesse caso, existe a possibilidade de afronta ao direito de propriedade que é garantido no Art.5º, XXII, CF e suscita a inversão

de ônus da prova, por outro lado cabe ao magistrado o exame de embargos de terceiro ou de mandado de segurança para cada caso concreto.

Art. 126. CPP. Para a decretação do sequestro, **bastará** a existência de **indícios veementes** da proveniência ilícita dos bens. (BRASIL, Lei nº 3.689, 1941)

Art. 127. CPP. **O juiz, de ofício**, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o sequestro, em qualquer fase do processo ou ainda **antes de oferecida a denúncia** ou queixa. (BRASIL, Lei nº 3.689, 1941)

Conclui-se que pela observância da existência de alguma figura criminal pode o juiz de ofício atuar mesmo antes da confirmação da culpabilidade do investigado. No entanto, a Lei n. 12.403/11 veda a atuação do juiz na fase investigatória para tomar as medidas cautelares por evidente violação ao sistema acusatório. Atualmente a instauração de inquérito policial não é bastante para a decretação do sequestro, mas é preciso a presença do *“fumus boni iuris”* (onde há fumaça, há fogo) e do *“periculum in mora”* (risco de decisão tardia) para tal decretação.

Art. 156. A prova da alegação **incumbirá a quem a fizer**, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (BRASIL, Lei n. 11.690, 2008)

Nos processos penais, entende-se que o ônus da prova é exclusivo da acusação em razão do princípio de *“in dubio pro reo”* diferindo do ramo civil. A distribuição de ônus da prova, a partir do critério do processo civil, cabe ao autor provar o fato constitutivo do seu direito (Art. 373,I, do CPC/2015). O Art. 156. diz: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer” o que é corrente e que poderá incumbir à defesa provar: 1) A existência do fato típico; 2) A autoria ou participação; 3) O nexo de causalidade; 4) O elemento subjetivo do agente, e assim, poderá ocorrer a inversão de ônus da prova em desfavor dos envolvidos.

**A inversão do ônus da prova** significaria, portanto, adotar a regra contrária: *“in dubio pro societate”* ou *“in dubio contra reum”*, nenhuma lei poderá, então, inverter o ônus da prova com relação à condenação penal, **sob pena de ser considerada inconstitucional**. entende-se cabível uma inversão do ônus da prova quanto aos efeitos secundários da condenação penal que tenham natureza de sanção civil visando à reparação do dano. (LIMA, 2017, p.528)

Art. 156, I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando

a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;(BRASIL, Lei n. 11.690, 2008).

Art. 156, II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de **diligências para dirimir dúvida** sobre ponto relevante. (BRASIL, Lei n. 11.690, 2008).

A iniciativa probatória e os poderes instrutórios do juiz podem ser identificados mesmo antes da ação penal (inciso I) e no curso do processo (inciso II). Esses incisos preveem a atuação investigatória do juiz de ofício, mesmo antes do início da ação penal, nos quais devem ser observados a inconformidade com o sistema acusatório “*actum trium personarum*” adotada pela Constituição Federal (Art. 129, inciso I) que consolida a separação das funções de acusar, defender e julgar. O juiz não deve estar impedido de atuar na fase investigatória, pois as atuações só podem ocorrer mediante prévia provocação das partes. Atualmente encontrou-se um remédio para tal antinomia pelo efeito do Art.3, A a F, (Lei de Juiz das garantias).

Art.3-A: **O processo penal terá estrutura acusatória**, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da **atuação probatória** do órgão de acusação. (BRASIL, Lei 13.964, 2019).

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo **controle da legalidade** da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente(...) (BRASIL, Lei 13.964, 2019).

O rol do Art.3, a) -f), do Código de Processo Penal posiciona a existência de dois juízes durante a persecução penal, um deles é o responsável durante a investigação policial, e o outro é o responsável pela instrução judicial e pela prolação de sentença. A ideia é exatamente exilar o juiz prolator da sentença dos atos investigatórios a fim de concretizar a imparcialidade do magistrado e as garantias dos direitos fundamentais. Antes dessa lei, quem fazia essas funções de garantias era a segunda instância, caso tivesse sido apelada a decisão de primeiro grau. Com a promulgação da mesma, formalmente isolou-se o juiz da sentença de investigações, porém é preciso confirmar o comportamento e a eficácia prática em cada caso concreto daqui por diante.

Art.157. § 1º São também inadmissíveis as **provas derivadas das ilícitas**, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma **fonte independente** das primeiras. (BRASIL, Lei 11.690, 2008).

A visão da teoria da fonte independente, consagrada no Art.157, §1º do CPP, traz o entendimento sobre provas livres desde que inexistam vínculos com o nexo de causal, e que estes não estejam contaminados pelo vício da ilicitude originária.

Art.157. § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, **será capaz de conduzir** ao fato objeto da prova. (BRASIL, Lei 11.690, 2008).

A CF de 1988 dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (Art.5º, LVI) e pôr as limitações sobre o direito à prova e aos elementos probatórios podem resultar na violação do direito material ou formal. Entretanto a teoria da fonte independente adotada pelos Art. 157 §1º e §2º traz as exceções viabilizando convalidar elementos informativos viciados em legítima prova, se a informação não contiver nexo de causalidade e se for independente. No exemplo supra, se o investigado relata um fato independente e sem o nexo de causalidade, teoricamente esta informação é válida, passível de se tornar uma prova lícita. Nessa hipótese, pode-se aplicar também a teoria da descoberta inevitável (exceção da fonte hipotética independente), mesmo sendo uma prova ilícita originária, se for confirmada que a descoberta foi inevitável pela autoridade competente, enfim, cabe ao juiz determinar.

A exceção da boa-fé (limitação da boa-fé) dispõe ser considerada válida atinente à prova obtida com violação dos princípios constitucionais, desde que tal conduta não tenha afetado a vontade de quem procedeu à investigação, mas sim de uma situação provocada por erro que ensejou a ignorância do agente. Se um policial não tiver a ciência de algum erro existente na fonte, pode-se validar as provas obtidas na operação, no entanto esse erro é passível de ser provocado intencionalmente. Atualmente, o STF vem adotando tacitamente a teoria do risco sobre a utilização das provas obtidas sem prévia autorização judicial nos processos concernentes aos meios eletrônicos de comunicação. Em tese, validam-se as gravações mesmo que atinjam o direito da intimidade ou da profissão, se as revelações forem livres e espontâneas de um delicto a outrem, que não tem o dever legal de contar o segredo, e, nesse momento, o sujeito assume o risco de que o assunto seja registrado.

A gravação ambiental meramente clandestina, realizada por um dos interlocutores, não se confunde com a interceptação, objeto cláusula constitucional de reserva de jurisdição. **É lícita a prova** consistente em gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, **sem conhecimento do outro**, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação. Precedentes. Agravo regimental desprovido. STF, AI 560.223 AgR/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 12/04/2011.

Considera-se o implemento desta tese no ambiente “*whats up*”, que tem caráter de conversa cotidiana onde nenhum dos interlocutores, antes de iniciar a conversa, se compromete em dizer a verdade e que pode conter mentiras nas gravações, o que poderá consistir no vício de origem. Conseqüentemente, a adoção desta tese pode ter o efeito de irradiação à comunidade que se encaminha cada vez mais para a sociedade monitorada, onde terá intervenção estatal intensa na intimidade de cada indivíduo. As utilizações das gravações do “*whats up*” devem ser observadas com cuidado especial para serem consideradas como provas, pois são meras discussões e indícios, a demais precisam ser comprovadas na sua autoria e materialidade no ato criminoso.

Art.209, O juiz quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, **além das indicadas pelas partes**. (BRASIL, Lei nº 3.689, 1941)

Art. 212. parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá **complementar a inquirição**. (BRASIL. Lei Nº 11.690. 2008)

Art.234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, **independentemente de requerimento** de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível. (BRASIL, Lei nº 3.689, 1941)

Observando os dispositivos, aparenta que o ônus da prova recaiu para o juiz, tomando para si a iniciativa probatória no processo. Em regra, o ônus de comprovar a veracidade ou a falsidade das afirmações recaem sobre as partes. Porém, no decorrer do processo, confere-se a possibilidade de deslocamento de tal função para o julgador, e ainda, além de poder intimar quem o quiser, este será interrogado primeiramente pelo próprio magistrado. O parágrafo único do Art.212 determina figura inquisitorial do atual processo penal, permitindo ao juiz complementar as perguntas feitas pelo órgão acusador a fim de condená-lo. O sistema acusatório entende que o juiz deve participar como um terceiro assistente, sem ser afetado pelas circunstâncias nem deve construir a própria ilação, mas apenas escolher uma tese apresentada pela acusação ou pela

defesa. Em verdade, uma simples indagação à testemunha formulada pelo juiz poderá ser um motivo da nulidade do processo, pois este é uma prova de que o mesmo construiu uma tese própria do passado. O teor do entendimento do STJ sobre o assunto:

"(...) segundo o entendimento majoritário desta Corte, não há qualquer vício a ser sanado nas hipóteses em que, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer à audiência e o Magistrado, condutor do processo, formula perguntas às testemunhas sobre os fatos constantes da denúncia, mormente nas hipóteses em que a defesa não se insurge no momento oportuno e que não há demonstração de efetivo prejuízo (art. 563 do CPP). As modificações introduzidas pela Lei n.º 11.690/08, ao art. 212 do Código de Processo Penal, não retiraram do juiz a possibilidade de formular perguntas às testemunhas, a fim de complementar a inquirição, na medida em que a própria legislação adjetiva lhe incumbe do dever de se aproximar o máximo possível da realidade dos fatos (**princípio da verdade real** e do impulso oficial), o que **afasta o argumento de violação ao sistema acusatório**. Eventual inobservância ao disposto no art. 212 do Código de Processo Penal gera nulidade meramente relativa, sendo necessário para seu reconhecimento a alegação no momento oportuno e a comprovação do efetivo prejuízo, o que não ocorreu, uma vez que, presente em audiência, o causídico não suscitou o vício no decorrer das oitavas, tampouco nas alegações finais, não logrando demonstrar qual o prejuízo causado ao réu. Recurso especial provido para excluir a nulidade reconhecida pelo Tribunal a quo e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos a fim de que se prossiga no julgamento do mérito do apelo". STJ, 6ª Turma, REsp 1.348.978/SC, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 17/12/2015, DJe 17/02/2016.

O primeiro deles: **princípio da verdade real**, informa que no processo penal deve haver uma busca da verdadeira realidade dos fatos. Diferentemente do que pode acontecer em outros ramos do Direito, nos quais o Estado se satisfaz com os fatos trazidos nos autos pelas partes, no processo penal (que regula o andamento processual do Direito penal, orientado pelo **princípio da intervenção mínima**, cuidando dos bens jurídicos mais importantes), o Estado não pode se satisfazer com a realidade formal dos fatos, mas deve buscar que o *ius puniendi* seja concretizado com a maior eficácia possível. (GOMES, 2011, p1)

O STJ orienta que, mediante realidade social, precisa ser conduzida pelo juiz a “busca de verdade real” legitimando o poder instrutório aos magistrados. Entretanto deve-se observar os limites de tal princípio que poderá ultrajar outros como de imparcialidade do juiz e de intervenção mínima do Estado.

Art.385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença **condenatória**, ainda que o Ministério público tenha **opinado pela absolvição**, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegado. (BRASIL, Lei nº 3.689, 1941)

(...) O fato de ter o Ministério Público pedido a **absolvição** do réu, na fase de alegações finais, não vincula o juiz. Princípio **do livre convencimento** do juiz, que não caracteriza constrangimento ilegal. Ordem denegada. STJ, 6ª Turma, HC 106.308/DF, Rel. Min. Celso

Limongi - Desembargador convocado do TJ/SP -, j. 03/09/2009, DJe 21/09/2009.

Pela interpretação literal do Art.385, ao juiz é possível condenar o réu mesmo que o Ministério Público tenha formulado o pedido de absolvição. Este dispositivo possivelmente viola o Art.5º, LV da CF que garante o direito de contraditório, contudo, pelo entendimento do STJ prevalece o princípio de livre convencimento do juiz mediante a manifestação do órgão acusador.

Portanto, viola o sistema acusatório constitucional e também o art. 3º-A do CPP a regra prevista no art. 385 do CPP, que prevê a possibilidade de o juiz condenar ainda que o Ministério Público peça a absolvição. Também representa uma clara violação do Princípio da Necessidade do Processo Penal, fazendo com que a punição **não esteja legitimada pela prévia e integral acusação**, ou, melhor ainda, pleno exercício da pretensão acusatória. Ademais, aponta PRADO345, há **violação da garantia do contraditório**, pois esse direito fundamental é imperativo para validade da sentença. Como o juiz **“não pode fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentos que não tenham sido objeto de contraditório**, é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição. O fundamento da nulidade é a violação do contraditório (artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República)” (LOPES, 2020, p1437)

Evidenciaram-se os dispositivos inquisitoriais vigentes e as orientações jurisprudenciais, os quais fazem perceber o atual direcionamento das cortes superiores que ampliam o poder do julgador pelo princípio de busca de “verdade real”, em algum sentido, em detrimento do modelo acusatório nos processos penais. Por outro ângulo, é possível compreender que os tribunais superiores refletem aspectos políticos, e que o atual contexto de alta criminalidade na sociedade obriga-os a adotarem caminhos inquisitivos propagando o implemento de “*jus puniendi*” a fim de remediar a situação. Nesse sentido, não devemos criticar unilateralmente as atuações das cortes superiores, mas devemos repensar sobre o nível moral da nossa cultura, tendo em vista a reflexibilidade ética e os valores que estamos transferindo para sociedade, e exige-se toda a mobilidade social a fim de diminuir a criminalidade, não somente pela atuação judiciária.

## 2. Das produções das provas

A cadeia de custódia da prova no ponto de vista garantista é um fator imprescindível para a integridade da mesma e da própria idoneidade do instrumento probatório, respeitando as garantias positivadas na Carta Maior e, com efeito, confirma a confiabilidade e a transparência da demanda penal até o final do processo. É preciso efetivar o deslocamento e veicular o sistema inquisitivo tal como no Art.156-I, do CPP, ainda vigente para o manejo do sistema acusatório Art.3, a. do CPP. O dispositivo tem o escopo de proteger o direito da defesa contra o império probatório do Ministério Público e por sua hegemonia processual, e, ao mesmo tempo, proteger da subjetividade do próprio magistrado.

O artigo 155 do CPP tem como preceito que o juiz formará sua convicção pelas provas produzidas mediante o contraditório judicial, não devendo fundamentar a decisão exclusivamente pelos elementos informativos da investigação. Esses cuidados tomados pelos legisladores são para exatamente evitar que ocorra uma situação que permita produções das provas sem que haja contraditório pela defesa, e, se ocorrer uma produção das mesmas em um processo, conseqüentemente a sentença será injusta e unilateral, porque a doutrina demonstra que a resistência e a contumácia do advogado contra o acusador é o que traz uma decisão mais aperfeiçoada e mais justa.

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. (BRASIL, Lei n. 11.690, 2008).

Em regra, o julgador não deverá condenar o réu cuja a culpabilidade não tenha sido completamente provada pela força do princípio do “In dubio pro reo”. As provas constituem atos praticados destinados a levar o juiz à convicção acerca da existência ou não de um fato histórico, da falsidade ou da veracidade de um elemento informativo, não admitindo ficções e presunções processuais. O processo penal garantista segundo Lopes Jr. requer as seguintes características:

Na atualidade – e a luz do sistema constitucional vigente – pode-se afirmar que a forma acusatória se caracteriza por:  
a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;



- b) **a iniciativa probatória deve ser das partes** (decorrência lógica da distinção entre as atividades);
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) **tratamento igualitário das partes** (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) **contraditório e possibilidade de resistência** (defesa);
- h) **ausência de uma tarifa probatória**, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição. (LOPES, 2020. P57-58)

A importância poderá recair nas transcrições dos elementos informativos para provas. A prova é um instrumento que permite a verificação de uma ocorrência típica em algum lugar do passado, o que é uma informação detentora da capacidade de confirmar as alegações verbais feitas pelas partes no processo e tem por sua finalidade o convencimento do julgador. Destaca-se que o julgador detém o dever de tomar uma postura inerte.

O processo, na visão do ideal, objetiva fazer a reconstrução histórica dos fatos ocorridos para que se possa extrair as respectivas consequências em face daquilo que ficar demonstrado. O convencimento do julgador é o anseio das partes que litigam em juízo, que procurarão fazê-lo por intermédio do manancial probatório carreado aos autos. Esta é a fase da instrução processual, onde se utilizam **os elementos disponíveis para descortinar a "verdade" do que se alega**, na busca de um provimento judicial favorável. A demonstração da verdade dos fatos é feita por intermédio da utilização probatória, e a prova **é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado**, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. Intrínseco no conceito está a sua finalidade, o objetivo, que é a obtenção do convencimento daquele que vai julgar, decidindo a sorte do réu, condenando ou absolvendo. (TÁVORA, 2017, p618)

Portanto para atingir o convencimento do magistrado requer-se a prova de “verdade do que se alega” nas instruções, e esta deve ser o sinônimo e idêntica ao fato histórico. Em outras palavras, requer-se a prova de verdade material por meio verbal que se converge em verdade judicial.

As provas no processo desempenham uma função muito bem definida, a saber: a reconstrução da realidade histórica, sobre a qual se pronunciará **a certeza quanto à verdade dos fatos**, para fins de formação da coisa julgada. E tratando-se da construção do que deverá ser expressão **da verdade judicial**, parece-nos perfeitamente possível a exigência de meios de prova específicos para a constatação de

determinados fatos. Falar-se-ia, então, na regra da especificidade da prova, cuja consequência, entretanto, não seria a existência de uma *hierarquia* de provas. É preciso estar atento ao fato de que toda restrição a determinados meios de prova deve estar atrelada (e, assim, ser justificada) à proteção de valores reconhecidos pelas e positivados na ordem jurídica. As restrições podem ocorrer tanto em relação ao meio da obtenção da prova, no ponto em que esse (meio) **implicaria a violação de direitos e garantias, quanto em referência ao grau de convencimento resultante do meio de prova utilizado.** (PACELLI, 2017, p181)

Se for produzida antes do processo, ou antes de sofrer o contraditório, será exigida a ampla defesa posterior (diferido ou postergado), para que receba a qualificação.

O nosso atual modelo, cujo perfil se consolidou somente a partir da vigência da ordem constitucional instaurada em 1988, aproxima-se muito mais de um sistema de feição acusatória que de prevalência inquisitorial. (...) O chamado **princípio da verdade real** rendeu (e ainda rende) inúmeros frutos aos aplicadores do Código de Processo Penal, geralmente sob o argumento da relevância dos interesses tratados no processo penal. **A gravidade das questões** penais seria suficiente para permitir uma **busca mais ampla e mais intensa da verdade**, ao contrário do que ocorreria, por exemplo, em relação ao processo civil. Não iremos muito longe. A busca da verdade real, durante muito tempo, **comandou a instalação de práticas probatórias as mais diversas, ainda que sem previsão legal, autorizadas** que estariam pela nobreza de seus propósitos: a verdade. (PACELLI, 2017, p177)

O princípio de mera legalidade, como uma regra de distribuição do poder penal que preceitua ao juiz estabelecer como sendo delito o que está reservado ao legislador predeterminar como tal : E **o princípio da estrita legalidade** como uma regra metajurídica de formação da linguagem penal que para tal fim prescreve ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas, para que seja possível a sua aplicação na linguagem judicial como predicados **“verdadeiros” dos fatos processualmente comprovados**”. (FERRAJOLI, 2002, p305.)

Salienta-se que, em tese, sem comprovar a autoria e a materialidade, inexistente crime e o fato histórico, pois somente com os elementos informativos não há como confirmar a culpabilidade, e o magistrado não deve fundamentar e confirmar a culpabilidade do acusado baseando-se exclusivamente no inquérito policial colhido na fase pré-processual.

Art. 156. A prova da **alegação incumbirá a quem a fizer**, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (BRASIL, Lei n. 11.690, 2008).

Sobre esse dispositivo discutem:

g) Juiz natural e imparcial II. A prova da alegação incumbe a quem alega? Claro que não! No Processo Penal não existe 'distribuição de carga probatória', **senão 'atribuição' integral ao acusador**, pois operamos desde algo que os civilistas não conhecem e tampouco compreendem: presunção de inocência.

h) Juiz natural e imparcial III: Julgar em dúvida razoável é um dilema, especialmente quando os adeptos da TGP resolvem 'distribuir' cargas probatórias e, em dúvida, resolvem 'ir atrás da prova'. Pronto, está criado o problema.

O ativismo judicial mata o Processo Penal. Juiz ator, que vai atrás da prova, desequilibra a balança, mata o contraditório e fulmina a imparcialidade. Sim, aqui a situação é bem complexa...Então o que fazer? Compreender que no processo penal muita gente queimou na fogueira (a TGP não conhece Eymerich e o *Directorum Inquisitorum*) para chegarmos no in dubio pro reo. Sem compreender esse complexo 'caldo cultural' e os valores em jogo, especialmente o **in dubio pro reo, como regra de julgamento**, e a presunção de inocência, como regra de tratamento, é impossível analisar a questão. (LOPES, 2015, p7)

Entretanto ainda existem divergências sobre a interpretação do Art.156, segundo o entendimento da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade, entre elas os excludentes de ilicitude e as inimputabilidades ficarão com o encargo da defesa, logicamente compreensível, e a acusação é incumbida da prova de fato, da materialidade e da sua autoria.

O princípio de busca da verdade real, além de objetivar o processo como meio para desvendar o fato histórico, atribui ao juiz o dever de buscar a realidade para condenar ou para absolver e, ao mesmo tempo, há risco de colocar o magistrado concomitantemente como julgador e como investigador, o que ultraja a função do mesmo.

O primeiro deles: **princípio da verdade real**, informa que no processo penal deve haver uma busca da verdadeira realidade dos fatos. Diferentemente do que pode acontecer em outros ramos do Direito, nos quais o Estado se satisfaz com os fatos trazidos nos autos pelas partes, no processo penal (que regula o andamento processual do Direito penal, orientado pelo **princípio da intervenção mínima**, cuidando dos bens jurídicos mais importantes), o Estado não pode se satisfazer com a realidade formal dos fatos, mas deve buscar que o *ius puniendi* seja concretizado com a maior eficácia possível. (GOMES, 2011, p1)

Pode-se observar que, quem é incumbido de investigar é o órgão competente respeitando as prerrogativas legais. Por essa razão existem debates doutrinários sobre a participação do julgador na fase de busca da prova que poderão ser considerados como atos que a complementam. Esta prerrogativa do magistrado pode atingir diretamente o núcleo do sistema acusatório "*actum trium personarum*" e conseqüentemente afetar o princípio da imparcialidade. Este fato

poderá reverberar a forma inquisitiva no processo penal o que deveria ser separado definitivamente da tarefa de julgar e da tarefa de investigar.

Enquanto o processo civil aceita uma certeza obtida pela simples ausência de impugnação dos fatos articulados na inicial (art. 341, CPC/2015), sem prejuízo da iniciativa probatória que se confere ao julgador, no **processo penal não se admite** tal modalidade de certeza (frequentemente chamada de **verdade formal**, porque decorrente de uma presunção legal), exigindo-se a materialização da prova. Então, ainda que não impugnados os fatos imputados ao réu, ou mesmo confessados, compete à acusação a produção de provas da existência do fato e da respectiva autoria, falando-se, por isso, em uma **verdade material**. E mais. Não só é inteiramente inadequado falar-se em verdade real, pois que esta diz respeito à realidade do já ocorrido, da realidade histórica, como pode revelar uma aproximação muito pouco recomendável com um passado que deixou marcas indeléveis no processo penal antigo, particularmente **no sistema inquisitório da Idade Média**, quando a excessiva preocupação com a sua realização (da verdade real) legitimou inúmeras técnicas de obtenção da confissão do acusado e de intimidação da defesa. (PACELLI, 2017, 177)

A regra da produção de prova é nítida, pois exige ser realizada sob demanda contraditória perante o juiz natural, e que, no momento, é preciso a participação efetiva da defesa técnica como forma de construção válida das provas.

O Art. 156, I, atribui ao juiz, notoriamente, o poder de ordenar de ofício, na fase pré-processual, antes de iniciar a ação penal, observando as necessidades, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes para a adequação e a diligência.

Art. 156, I- **ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal**, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (BRASIL, Lei 11690, 2008)

O dispositivo utiliza a palavra “ordenar” para produção de provas mediante uma situação urgente que expressa nitidamente a intensão do legislador de condenar alguém supostamente criminoso.

Em 2019, intervém a Lei de juiz das garantias (Brasil, Lei 13.964, 2019) com a intenção de suprir estes vícios estruturais existentes nos “pré-processos e pós-processos” do julgador separando-se determinadamente as tarefas de investigar e julgar. A Lei de juiz das garantias é expressamente referente à questão probatória.

Art.3-A. **O processo penal terá estrutura acusatória**, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da **atuação probatória** do órgão de acusação. (BRASIL, Lei 13.964, 2019)

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo **controle da legalidade** da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente(...) (BRASIL, Lei 13.964, 2019)

Portanto, o juiz das garantias (nomenclatura utilizada também, por exemplo, pelo CPP do Chile, mas igualmente consagrada ainda que com outro nome em Portugal, Paraguai, Uruguai, e tantos outros países) ou “ilgiudice per le indagini” dos italianos, não tem uma postura inquisitória, **não investiga e não produz prova de ofício**. Também conhecido como sistema “doble juez”, como define a doutrina chilena e uruguaia em representativa denominação, na medida em que estabelece a **necessidade de dois juízes diferentes**, ou seja, modelo “duplo juiz”, em que dois juízes distintos atuam no feito. O primeiro intervém – quando invocado – na fase pré-processual até o recebimento da denúncia, encaminhando os autos para outro juiz que irá instruir e julgar, sem estar contaminado, sem pré-julgamentos e com a máxima originalidade cognitiva. (LOPES, 2020, P187)

O Juiz das Garantias tem escopo à tutela dos direitos fundamentais mediante a uma demanda penal do início ao fim, garantindo a atuação de um juiz natural e imparcial no julgamento e para efetivar produções das provas legais e legítimas. Atualmente existem problemas para a efetiva implementação nas distribuições quando há somente um juiz na comarca, porém é uma solução para o modelo inquisitivo, principalmente na fase pré-processual, e assim é uma garantia da legalidade constitucional nessa fase.

## 2.1 Das provas orais

As provas orais foram utilizadas como principal instrumento probatório na demanda penal nos tempos da Inquisição, havendo hierarquia nas valorações das provas, e isto prevalecia para com as outras. Nos tempos de hoje, apesar de avanços tecnológicos, as provas orais são mais utilizadas no ramo penal para a condenação indiferentemente do pregresso. A atual complexibilidade do contexto social poderá trazer ao indivíduo distorções das realidades, das memórias falsas e até as manipulações orais ancoradas no interesse econômico e político. A falta de confiabilidade nas produções de provas orais instrutórias tange diretamente o devido processo penal acusatório e é prejudicial à

seguridade social. Segundo Lopes Jr. este é um assunto mais preocupante na atualidade processual.

Com as restrições técnicas que infelizmente a polícia judiciária brasileira – em regra – tem, a **prova testemunhal** acaba por ser o **principal meio de prova** do nosso processo criminal. Em que pese a **imensa fragilidade e pouca credibilidade** que tem (ou deveria ter), a prova testemunhal culmina por ser a base da imensa maioria das sentenças condenatórias ou absolutórias proferidas. (LOPES, 2020, p745)

As regulamentações das testemunhas estão condicionadas nos Art.202 a 225 do CPP. Em regra, toda e qualquer pessoa poderá ser testemunha, com as exceções arroladas no Art. 207 do CPP, tendo o dever de proferir a verdade e contribuir à administrativa do processo.

Testemunha é a pessoa desinteressada que declara em juízo o que sabe sobre os fatos, em face das percepções colhidas sensorialmente. Ganham relevo a visão e a audição, porém, **nada impede que a testemunha amealhe suas impressões** através do tato e do olfato. Quanto à natureza jurídica, é mais um meio de prova, que conta com a colaboração daqueles que, escolhidos pelo destino, acabam tendo conhecimento do acontecimento delitivo. (TÁVORA, 2017, p715)

As palavras da testemunha têm função de transcrever os fatos vistos do passado, que são uma memória de imagens, em palavras as quais passam pelo filtro da filosofia da consciência. Em razão disso, nas ocorrências em que existe apenas uma testemunha para apontar o sujeito, deve-se enfatizar que o valor probatório da mesma é relativo, e ainda realça-se que nada impede a mesma de amealhar suas impressões nos relatos.

Assim, em **não havendo outra prova do crime**, ou sendo o testemunho fundamental para integrar aquelas até então colhidas, os parentes do réu estarão obrigados a colaborar. Ainda assim, não prestarão compromisso de dizer a verdade, e caso mintam, não praticam falso testemunho. Já os parentes da vítima estão obrigados a depor sob compromisso, e caso faltem com a verdade, praticam crime. **Deve o magistrado ter especial cuidado na valoração de tais depoimentos, em razão do envolvimento emocional que é peculiar em tais situações.** (TÁVORA, 2017, p717)

As provas apresentadas no processo penal buscam demonstrar e identificar a verdade real, o que é o principal objetivo do processo, reconstruindo um fato histórico e através delas convencer o julgador, porém nos crimes transeuntes não existem vestígios materiais que podem levar à confirmação da autoria e da materialidade. Nos crimes em que há vestígios materiais a perícia

prevalece, caso contrário a palavra da testemunha terá relevância. Neste contexto no interrogatório, a palavra da testemunha poderá receber valorização em detrimento do princípio de inocência, embora este tenha o seu valor probante relativo, e conseqüentemente poderá o juiz atribuir a sentença condenatória ao réu com o implemento de persuasão racional.

Art. 213. O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, **salvo quando inseparável da narrativa** do fato. (BRASIL, Lei 3931, 1941)

Com acerto, CORDERO aponta que a objetividade do testemunho, exigida pela norma processual (art. 213 do CPP), **é ilusória para quem considera a interioridade neuropsíquica**, na medida em que o aparato sensorial elege os possíveis estímulos, que são codificados segundo os modelos relativos a **cada indivíduo, e as impressões integram uma experiência perceptiva**, cujos fantasmas variam muito no processo mnemônico (memória). E essa variação é ainda influenciada conforme a recordação seja espontânea ou solicitada, principalmente diante da complexidade fática que envolve o ato de testemunhar em juízo, fortissimamente marcado pelo ritual judiciário e sua simbologia. **As palavras que saem desse manipuladíssimo processo mental**, não raras vezes, estão em absoluta dissonância com o fato histórico (CORDERO Apud LOPES, 2020, p759)

Salienta-se que a crítica recai na forma que viabiliza uma condenação inadequada, baseando-se nas informações inseguras permitindo infirmar os direitos fundamentais do acusado. As provas são fundamentais para a reconstrução de um fato histórico, em regra, casos que geram dúvidas sobre as provas obtidas, e o réu será absolvido. O princípio “In dubio pro reo”, “presunção de inocência” e direito a contraditório são garantias positivados no Art.5º da Carta Maior, inclusive o “*Nemo tenetur se detegere*” que não obriga o réu, nem a testemunha, nem a vítima produzirem as provas contra si mesmo.

No processo penal, o problema criado quando da análise das falsas memórias nas testemunhas pode ser visto não apenas na hora da colheita do depoimento, como também em um momento anterior a este, muito pelo fato de que a Lei Penal detém uma ambição pela descoberta da verdade, por vezes sem medir as conseqüências e deixando com que **a palavra da testemunha seja tomada sem técnica ou método adequado** (GESU Apud MENUZZI, 2018, p77)

No cenário processual, inúmeros casos dependem da prova testemunhal e a sua apreciação depende do exame psicológico cognitivo com o intuito de diminuir o risco de falsa memória e do fator de tempo, assim sendo uma tentativa de evitar danos.

A entrevista cognitiva proporciona ao processo informações mais fidedignas sobre como o fato ocorreu e quem dele participou, entre

outras, diminuindo **os riscos de criação de falsas memórias ou indução das respostas**. Como todo procedimento, apresenta vantagens e inconvenientes. Entre as vantagens estão a aquisição de informações muito mais ricas, havendo minimização dos riscos de uma possível indução das respostas pelo entrevistador e, conseqüentemente, a produção de uma prova oral com maior qualidade. Dentre os inconvenientes, **destacam-se o custo temporal e a complexidade**, pois a aplicação da técnica, além de requerer um lapso temporal maior do que o comum necessita o treinamento dos entrevistadores (GESU Apud MENUZZI, 2018, p86)

Por outro lado, já se sabe que existem casos em que houve uma manipulação de indução ao delator pelo lado do órgão acusador impelindo-o de relatar fatores desfavoráveis ao réu.

Obviamente, deverá o juiz ter muita cautela na valoração desses depoimentos, na medida em que os **policiais estão naturalmente contaminados pela atuação** que tiveram na repressão e apuração do fato. Além dos prejulgamentos e da imensa carga de fatores psicológicos associados à atividade desenvolvida, é evidente que o envolvimento do policial com a investigação (e prisões) gera a **necessidade de justificar e legitimar os atos** (e eventuais abusos) praticados. Assim, não há uma restrição ou proibição de que o policial seja ouvido como testemunha, senão que deverá o juiz ter muita cautela no momento de valorar esse depoimento. A restrição não é em relação à possibilidade de depor, mas sim ao momento de (des)valorar esse depoimento. (LOPES, 2020, p749)

O valor de prova oral, sem considerar fatores vulneráveis, por vezes aceitas sem reparo aos princípios constitucionais, pode acabar em condenações injustas. Os fatores vulneráveis podem ser incerteza da memória em questão do tempo, falsa recordação, instigação pelo órgão acusador, contexto emocional do ocorrido, erros nas avaliações psicológicas e subjetivismo dos participantes processuais. Por essas razões não se deve relativizar princípio de inocência quando se tem uma só testemunha.

Quando o entrevistador está convicto da ocorrência de determinado acontecimento, molda sua entrevista, **a fim de obter respostas condizentes com suas convicções**. São, portanto, desprezadas as respostas incompatíveis com a hipótese inicial ou, então, as respostas são reinterpretadas **com o intuito de serem adaptadas a ela**. Importante destacar a total ausência de exploração de demais teses, ou seja, não são formulados questionamentos alternativos às alegações acusatórias. (GESU Apud MENUZZI, 2018, p81)

É necessário reconstruir o entendimento sobre provas orais, pois, sendo meras palavras, existem inúmeros fatores danosos em relação ao fato histórico o que pode levar o sistema acusatório a ter uma visão unilateral novamente. As palavras devem ser consideradas como elementos informativos a fim de



adquirirem provas materiais. Faz-se necessário viabilizar substituições pelas alternativas tecnológicas e digitais que aos poucos atingirão a sociedade.

## 2.2 Do relato do ofendido

A vítima é um sujeito passivo na ocorrência da infração penal sendo ela titular do bem jurídico, e ao mesmo tempo é uma fonte de elementos informativos desde a fase pré-processual.

No entanto não é considerada como testemunha, tendo o dever de colaborar na fase investigatória com o exame de corpo delito a fim de alcançar a autoria e a materialidade. A mesma não tem o dever de dizer a verdade, mas apenas suas versões que necessariamente exigem ser comprovadas nas instruções.

CPP-Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, **as provas que possa indicar**, tomando-se por termo as suas declarações. (Brasil, Lei n. 11.690, 2008)

§1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

§2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

§3º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico.

§4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.

§5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.

§6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o sigilo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação. (BRASIL, Lei n. 10.792, 2003)

Em virtude da sua participação não é computada no limite numérico das testemunhas, nem pode ser responsabilizada pelo falso testemunho, porém pode-se consumir o crime de denúncia caluniosa (Art. 339 do CP) na ocasião em que atinge os terceiros.

A polémica recai sem dúvida atinente à valoração do relato da vítima que, mesmo não sendo uma testemunha, as suas palavras ensejam a condenação do acusado.

Nem pode a vítima ser equiparada com a testemunha. **As posições jurídicas delas são diferentes.** Têm em comum a circunstância de saberem sobre o fato e prestarem declarações. Mas a testemunha não tem nenhuma relação jurídica com o acusado, nem interesse direto na solução do feito, enquanto **a vítima importa o resultado da causa.** O ofendido quer geralmente a punição do agente, seja pelo simples fato de ter sofrido o crime e **desejar vê-lo reparado com a condenação,** seja por outros motivos. (FERNANDES Apud SIQUEIRA, 2018, p177)

Acerca do valor probatório do relato do ofendido alerta Lopes Jr. que o ofendido é contaminado desde início no que se refere ao interesse ou à intenção negativa.

A palavra da vítima constitui uma prova bastante sensível, em que devem ser recusados os dois extremos: não se pode endeusar, mas também não se pode – a priori – demonizar e desprezar. É preciso muita atenção e cautela. Como **uma espécie de prova similar à prova testemunhal,** no sentido de que ambas dependem de **narrativa e memória,** é bastante sensível, **perigosa, manipulável e pouco confiável.** Esse grave paradoxo agudiza a crise de confiança existente em torno do processo penal e do próprio ritual judiciário. (LOPES, 2020, p731)

Portanto é inviável condenar alguém somente com o relato do ofendido sem que haja outras provas circunstâncias ou a existência de testemunhas.

### 2.3 Nos casos de crimes em que envolvem mulheres e crianças

Nos casos em que o crime é exercido contra mulheres e crianças no âmbito privado ou em local deserto, sem testemunhas e sem indícios para serem computados nos autos, tal como crime de ameaça, violência doméstica, crimes sexuais as palavras da vítima ocupam o único e exclusivo elemento informativo para promover a ação penal.

O Art. 227 do CF prescreve que:

Art. 227. **É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar** à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, **à dignidade,** ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, CF, 1988).

Portanto é o dever do Estado, da sociedade e de todos garantirem a segurança dos vulneráveis e, mediante um contexto de formação da impunidade e da alta criminalidade da mesma natureza na comunidade, o STJ, com ancora nos estudos jurisprudenciais, decide demonstrar o entendimento de que é primordial a defesa do Art. 227 do CF e conseqüentemente atribui o valor probante nas palavras das vítimas, equiparando-as com as das testemunhas.

A orientação vem modificando os comportamentos judiciais por um lado positivo e por outro negativo. O primeiro são as condenações dos acusados, dando ponto final na impunidade, e a remediação no contexto da alta criminalidade. O segundo é fato de que relativiza a presunção de inocência, dificultando a defesa e reverberando uma unilateralidade arbitral no sistema processual.

Sobre este assunto discute-se no ponto de vista jurídico:

**Ausência de compromisso dos depoentes** a que se refere o art. 206 do CPP e tipificação do crime de falso testemunho (CP, art. 342): não há consenso na doutrina quanto à possibilidade de a testemunha não compromissada a que se refere o art. 206 do CPP responder pelo crime de falso testemunho. Parte minoritária da doutrina entende que, como o juramento ou compromisso **não é pressuposto do crime**, é indiferente tratar-se de testemunha numerária ou mero informante. Outra corrente sustenta a impossibilidade de as **testemunhas não compromissadas (meros informantes)** praticarem falso testemunho, ante a inexistência do dever de dizer a verdade, em razão do vínculo que as prende a uma das partes e que as torna desmerecedoras da mesma credibilidade das demais, isto é, das testemunhas numerárias. (LIMA, 2017, p648)

No ponto de vista garantista, não existe tratamento preferencial para as mulheres ou para os homens. Precisa-se repensar e situar em relação ao valor probatório das palavras das vítimas supervalorizadas contra o réu, contra testemunhas e contra os demais elementos informativos.

Poderá ser um progresso e uma possível solução nessas situações jurídicas o implemento da Lei Nº 13.964, Art.3, a) – f) e a sua vigência no campo do processual penal, o que no momento encontra-se em discussão a ser realizado em plenário do STF.

[...] 2. A medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade tem escopo reduzido, sob pena de prejudicar a deliberação a ser realizada posteriormente pelo Plenário da corte. Conseqüentemente, salvo em hipóteses excepcionais, a medida cautelar deve ser reversível, não podendo produzir, ainda que despropositadamente, fato consumado **que crie dificuldades de ordem prática** para a implementação da futura decisão de mérito a ser adotada pelo Tribunal, qualquer que seja

o teor. [...]. ADI 6298 MC / DF. Penal (Alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial): (c1) Viola as cláusulas que exigem prévia. íntegra da decisão - Supremo Tribunal Federal. 22 de jan. de 2020.

Nos casos de violência doméstica e familiar "é um fenômeno dinâmico, caracterizado por uma linha temporal que inicia com a comunicação da agressão. Depois dessa comunicação, sucede-se, no decorrer do tempo, ou a minoração ou o agravamento do quadro. **Uma cisão rígida entre as fases de investigação e de instrução/julgamento** impediria que o juiz conhecesse toda a dinâmica do contexto de agressão. Portanto, pela sua natureza, os casos de violência doméstica e familiar exigem disciplina processual penal específica, que traduza um procedimento mais dinâmico, apto a promover o pronto e efetivo amparo e proteção da vítima de violência doméstica". Discordamos. O argumento da relevância do bem jurídico tutelado, da urgência de tutela, é perfeitamente válido, mas **não justifica o afastamento do juiz das garantias pelo simples fato** de que esse instituto não é causador de "demora" de per si. Quanto ao argumento de que a cisão das fases impediria que o juiz conhecesse toda a dinâmica da agressão é contraditório, pois é exatamente isso que se argumenta para existir o juiz das garantias. **Evitar a contaminação, os pré-julgamentos e a falta de originalidade cognitiva.** É isso que se quer evitar com o juiz das garantias e que aqui vem como argumento de legitimação da sua não aplicação. Ademais exatamente por lidar com fatos graves e que geram um envolvimento emocional mais intenso por parte do próprio juiz (afinal, é um ser-no-mundo), é que se deveria ter o sistema de duplo juiz. (LOPES, 2020, p221)

Se somente as palavras da vítima servirem para a condenação, o fenômeno enseja um enorme risco entre intercâmbio humano, mas as jurisprudências têm aceito as provas orais como determinantes, quando são coerentes e quando não há interesse em acusar o réu, porém deve-se identificar que as palavras da mesma como outras provas têm valor probante relativo e presunção da inocência é um princípio constitucional adquirido através de inúmeros sacrifícios. O implemento acarreta as ocorrências de uso indevido destas tais como a falsa denúncia, a falsa memória e até propaganda (lavagem cerebral em relação ao menor, nos casos de alienação parental).

No Processo Penal, em especial nos crimes contra a dignidade sexual, a problemática envolvendo as falsas memórias reside tanto na **produção da prova testemunhal**, quanto na busca pela "verdade", realizada por profissionais despreparados, antes mesmo de chegar ao Poder Judiciário. Olhando por este viés, a única prova que a justiça dispõe, portanto, é a memória, ou seja, as lembranças armazenadas pela testemunha e/ou vítima, colhidas através de seus depoimentos, sobre os fatos. As normas consagradas nos Códigos não levam em conta os efeitos distratores do testemunho, ou seja, relatividade do percebido, curva de esquecimento, pseudorecordações, sugestibilidade, etc, residindo aí, alguns dos pontos críticos sobre a prova testemunhal. (SIQUEIRA, 2018, p178-179)

Ocorre que, quando se confirmam que as palavras da vítima são coerentes e não contraditórias e também não há desvio de personalidade, podem levar o réu à condenação, sobrepondo-se à defesa. Não há imputação para a vítima prestar compromisso de dizer a verdade em juízo, ou melhor, somente juramento, mesmo assim haverá supervalorização probatória nos casos de violência sexual.

Errôneo **Rebaixamento de Standard Probatório** nos Crimes Sexuais. Deve-se considerar, inicialmente, que a vítima está contaminada pelo “caso penal”, pois dele fez parte. **Isso acarreta interesses (diretos) nos mais diversos sentidos**, tanto para beneficiar o acusado (por medo, por exemplo) como também para prejudicar um inocente (vingança, pelos mais diferentes motivos). Para além desse comprometimento material, em termos processuais, a vítima não presta compromisso de dizer a verdade (abrindo-se a porta para que minta impunemente). Assim, se no plano material está contaminada (pois faz parte do fato criminoso) e, no processual, não presta compromisso de dizer a verdade (também não pratica o delito de falso testemunho), **é natural que a palavra da vítima tenha menor valor probatório** e, principalmente, menor credibilidade, por seu profundo comprometimento com o fato. Logo, **apenas a palavra da vítima jamais poderá justificar uma sentença condenatória**. Mais do que ela, vale o resto do contexto probatório, e, se não houver prova robusta para além da palavra da vítima, não poderá o réu ser condenado. Contudo, a jurisprudência brasileira tem feito duas – perigosas – ressalvas. (LOPES, 2020, 727-728)

Destarte existe o risco de se produzir inocentes reclusos o que se enquadra no paradigma de processos inquisitivos. Em alguns casos, mesmo o laudo aprovando a inocência de estupro, o homem continua sendo preso pela falta de celeridade processual a qual é simbolizada no recurso de HC. A atual situação carcerária encontra-se idêntica às masmorras, em outras palavras, compartimento de violação massiva de garantias constitucionais.

“Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É consequentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. Assim, o **Garantismo Penal é a segurança dos cidadãos** que, em um Estado democrático de direito, onde o poder obrigatoriamente deriva do ordenamento jurídico, principalmente da Constituição, atua como um mecanismo para minimizar o poder punitivo e garantir, ao máximo, a liberdade dos cidadãos. (FERRAJOLI, 2002, p684)

O fato de flexibilizar princípios constitucionais atinge diretamente o desempenho dos processos penais principalmente nas produções de provas. O grau de certeza sobre a hipóteses narradas e a valoração racional das provas ficarão no encargo do livre convencimento motivado dos magistrados.

Em visão sinóptica foram mostradas as arduidades pelo lado da acusação para comprovar processualmente perante o juízo um ato delituoso. Essa contingência, por outro lado, permite dizer que é a legitimidade do processo penal.

### 3. Manifestações dos Tribunais Superiores e dos legislativos

Em 23 de agosto de 2019, houve debate na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa sobre a Sugestão Legislativa decorrente de Ideia Legislativa, a qual sugere “a classificação da falsa acusação de estupro como crime hediondo e inafiançável” para punir a má-fé da falsa comunicação da suposta vítima de estupro, e, conseqüentemente, foi enviada por meio do Portal e Cidadania do Senado Federal. Porém foi aprovada a rejeição da Sugestão Legislativa. A argumentação da relatora senadora Gleisi Hoffmann admite que 80% das denúncias sobre liberdade sexual são falsas, entende, entretanto, que a falsa acusação por si só não se caracteriza nos crimes hediondos em razão de que, na conduta do autor não contém violência material nem grave ameaça. Por outro lado, já está previsto no Código Penal, no seu Art.339, sobre denunciação caluniosa, cuja pena é de 2 a 8 anos e multa no regime de reclusão, que pode ser considerada uma pena grave. Assim foi vetado este projeto de lei sem ser discutida tão profundamente a consequência de dano irreparável aos direitos do denunciado por falsas acusações em que o indiciado é submetido a prisão preventiva por tempo indeterminado no caso da ocorrência.

O Superior Tribunal de Justiça em 2016 apresentou o entendimento de que o depoimento da vítima de estupro ou de assédio sexual tem grande valor como prova em ação judicial em razão de que o crime, em geral, é praticado na clandestinidade, sem a presença de testemunhas, decisão tomada baseada nos 114 acórdãos pelo colegiado de ministros do tribunal. A corte tem entendimento que:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULAS 7 E 83/STJ. 1. **A ausência de laudo pericial conclusivo não afasta a caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante**, em particular nessa forma clandestina de delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios. 2. O decisum exarado pelo Tribunal de origem bem assim os argumentos da insurgência em exame firmaram-se em matéria fático-probatória, logo, para se aferir a relevância do laudo referente ao corpo de delito ou contraditar o consistente depoimento da vítima, ter-se-ia de reexaminar o acervo de provas dos autos, o que é incabível em tema de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ. 3. A tese esposada pelo Tribunal local consolidou-se em reiterados julgados da Sexta Turma deste Tribunal - Súmula 83/STJ. 4. Na via especial, o Superior Tribunal de Justiça não é sucedâneo de instâncias ordinárias,

sobretudo quando envolvida, para a resolução da controvérsia (absolvição do agravante acerca da imputação de estupro, nos termos do art. 386 do CPP), a apreciação do acervo de provas dos autos, o que é incabível em tema de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ. 5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 6. Agravo regimental improvido. AgRg no AREsp 160.961/PI, STJ Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 06/08/2012.

O entendimento da corte superior teve efeitos de disciplinar e nortear autoridades competente nos casos de crime contra liberdade sexual e viabilizar de imediato a abertura de inquérito policial tão somente pelo depoimento da vítima de estupro, mesmo sem que haja investigação prévia, e valorizar os elementos informativos, que neste caso são apenas as palavras como uma prova material no processo criminal, praticamente sem dar o espaço para o contraditório e ampla defesa. Em outro ângulo, o valor probatório do depoimento da vítima é tão contundente nos processos penais que, em caso de não haver contraprova pela defesa, poderá o réu receber sentença condenatória em seu desfavor. Esse fenômeno que obriga a defesa a provar o contrário em favor de sua inocência formou um padrão de inversão de ônus da prova nos processos penais, cujo fenômeno ocorre, muitas vezes, no ramo de direito do consumidor, quando o juiz percebe os indícios de vulnerabilidade pelo lado do autor.

No ponto de vista crítico, o fenômeno supra afronta o princípio de “in dubio pró réu” e o princípio de “presunção da inocência” e assim traz o entendimento de “in dubio pró acusador” que, no caso em que ocorre a dúvida sobre a verdade real, permite ao magistrado atribuir a sentença condenatória ao réu, mesmo que gerando a dúvida razoável. Ou seja, incumbe a defesa a provar a inocência do acusado, enquanto que a Constituição Federativa do Brasil, nas garantias individuais, adota o princípio de inocência que é pertinente ao ramo de direito penal e compreende que o dever de provar a culpabilidade do réu é do órgão acusador. O fenômeno também poderá ensejar o aumento drástico das demandas e acúmulo processual significativo que impede a celeridade processual, como ocorre atualmente nos ramos do direito trabalhista que adota o princípio de “in dubio pró operário”.

O caso do Sr. André do Rap, acusado de tráfico internacional de entorpecente que estava preso preventivamente, demonstra-se a necessidade de superação da filosofia da consciência no campo do processual penal. O pós-



positivismo adotado pelo Estado vem superando a teoria positivista “na boca da lei” descrita por Montesquieu e que faz o uso e o gozo dos princípios hermenêuticos os quais atribuem os vícios aos magistrados para decidirem as diligências conforme a proporcionalidade de cada situação jurídica. Esse fato é um elemento preocupante do ponto de vista não somente no ramo processual, mas envolve todo o campo jurídico em que a situação indica a possibilidade de interferência subjetiva dos juízes em cada decisão, mesmo afrontando a divisão de poder.

A crise que atravessa a hermenêutica jurídica possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria do início do século XX. Veja-se que as várias tentativas de estabelecer regras ou cânones para o processo interpretativo a partir do predomínio da objetividade ou da subjetividade ou, até mesmo, de conjugar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto, não resistiram às teses da viragem ontológico-lingüística (especialmente com Heidegger e Gadamer), superadoras do esquema sujeito-objeto. Essa viragem – que, se registre, supera o “primeiro” *linguistic turn* de viés analítico (e neopositivista) – deve ser compreendida a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da desobjetificação provocada pelo círculo hermenêutico (*hermeneutische Zirkel*) e pela diferença ontológica (*ontologische Differenz*). (STRECK, 2010, p159).

No exemplo acima, um juiz decidiu a soltura do preso com o fundamento baseado pela incompatibilidade com o Art.316, parágrafo único do CPP, e o outro juiz suspendeu a liminar pela manutenção da segurança pública. Esta antinomia faz identificar o momento crítico do paradigma o qual ampliou o poder discricionário do juiz para tomar as decisões conforme os princípios hermenêuticos adotados por eles em cada contexto. No ambiente jurídico é frequente a ocorrência da revogação de uma decisão pelos desembargadores ou pelos órgãos superiores, pois fazem parte do sistema jurídico, o qual tem escopo sanar as decisões proferidas pelo juiz *a quo* se houver discrepâncias ou abusos chamados de “*extra petita*”, “*ultra petita*” e “*citra petita*”. No ponto de vista da filosofia da consciência, as razões das ocorrências atinentes as decisões inadequadas podem estar oriundas no autoritarismo do sujeito que passa a imprimir as suas vontades e impressões nos objetos.

O esquema sujeito-objeto está relacionado ao paradigma da filosofia da consciência. É esse “esquema” que sustenta o sujeito de qualquer relação cognitiva. É *improvável ou extremamente difícil que o jurista/pesquisador/operador possa vir a entender o imbróglio decorrente do debate* “*sistema inquisitivo-sistema acusatório*” *sem compreender esse “problema filosófico.”* A cultura estandarizada que permeia o direito, embora já tenhamos avançado nesse campo,

continua a olhar a filosofia de soslaio, como se esta fosse um mero adereço ou adorno da ciência jurídica. Daí a minha insistência em ancorar a presente discussão *na evolução dos paradigmas filosóficos e a superação da filosofia da consciência pelo giro linguístico-ontológico*. Quem melhor explicou essa problemática foi Heidegger, para quem, de Descartes à Husserl, o sujeito da subjetividade “imane” é o ponto comum que atravessa a metafísica moderna. Esse sujeito é o *Selbstsüchtiger* (“solipsista”, que quer dizer egoísta, que se basta, encapsulado). É ele que se “encarrega” de fazer a “inquirição”. E a verdade será a que ele, o “sujeito”, *estabelecerá a partir de sua consciência*. Essa consciência é a “consciência de si”. O “eu mesmo” é dado de modo imediato. É como se o sujeito (desse “esquema” S-O) possuísse “representações exatas” da realidade. O “inquiridor”, com o seu “estar certo” (ter a representação “exata”) *dispensa a pergunta pelo sentido*. Daí a pergunta: por que é tão difícil relacionar o que foi dito com as mazelas que decorrem do inquisitorialismo? Antes de mais nada, sugiro, para começar a discussão, que desconfiemos da frase “eu julgo conforme a minha consciência”. Não há democracia e igualdade no âmbito de qualquer inquirição. Trata-se de uma impossibilidade filosófica-paradigmática. (STRECK, 2009, p119)

As decisões arbitrárias, porém, podem ser ensejadas pelo respaldo do sistema judicial em si e/ou o paradigma do sujeito-objeto onde o julgador inverte a ordem do raciocínio lógico em “decidir primeiro e depois fundamentar” em vez de “primeiro fundamentar e depois decidir”. É notável que o modelo inquisitorial pode se vincular com a filosofia da consciência, uma das hipóteses pode ocorrer quando o julgador é atingido pelo contexto emocional da circunstância processual criminal que o faz sentir a necessidade de condenar alguém. No entanto, percebe-se que o fato de condenar alguém inocente é pior do que isentar o criminoso da sua culpabilidade. Pois, no primeiro caso, isenta de imediato o verdadeiro criminoso da persecução penal, e, no segundo, mesmo libertando o culpado, pelo menos fica registrado a ocorrência na sua ficha criminal como indícios de maus antecedentes.

Uma das possibilidades para remediar esta situação é a utilização do giro-linguístico para relacionar ambiente processual com a constitucionabilidade das decisões. A linguagem é a descrição do conhecimento, não é apenas transmissão de informação, é prática social utilizada por uma comunidade. (OBALDIA, 2019, p11)

Discutir o “sistema acusatório” é discutir paradigmas. Mais do que isso, é tratar de *rupturas paradigmáticas*. É preciso entender que o “sistema inquisitório” está ligado umbilicalmente ao paradigma da subjetividade, isto é, do esquema sujeito-objeto. No sistema inquisitório, o sujeito é “senhor dos sentidos”. Ele “assujeita” as “coisas” (se, se quiser, “as provas”, o “andar do processo”, etc.). Isso exsurge, como já referido, da produção da prova *ex officio* e da prevalência de princípios (*sic*) como o do “livre convencimento do juiz” e ou “livre apreciação da

prova". Daí a pergunta: por que, depois de uma intensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais, enfim, pela inclusão nos textos legais-constitucionais das conquistas civilizatórias, *continuamos a delegar ao juiz a apreciação discricionária* nos casos de regras (textos legais) que contenham vaguezas e ambiguidades e nas hipóteses dos assim denominados *hard cases*? Volta-se, sempre, ao lugar do começo: *o problema da democracia e da (necessária) limitação do poder*. Discricionariedades, arbitrariedades, inquisitorialidades, positivismo jurídico: tudo está entrelaçado. (STRECK, 2009, p119-120)

O jurista precisa saber que, sendo prática social, encerra por si mesma o conhecimento da própria comunidade o que, por vezes, a distancia da linguagem jurídica. Em tese, a linguagem utilizada nas decisões confere o sentido exato aos dispositivos que impedem o julgador interpretar e decidir como quiser sobre a situação. Porém, na prática, muitas vezes quem fez a função de vigilante é o próprio advogado com a luz do art.93 da CF.

Art. 93, IX, CF. todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentados todas as decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, CF, 1988)

O livre convencimento motivado ou princípio de persuasão racional permitem ao juiz a livre escolha e entendimento sobre a demanda, podendo acolher em todo ou parcialmente e assim tomar as decisões, contudo o julgador recebe contingenciamentos ao atribuir a sentença pelo dever de fundamentar tais convicções e pelo princípio de proporcionalidade. Uma saída para a superação da filosofia da consciência e do sistema inquisitorial é o implemento das regras constitucionais aos processos penais, de outro modo poderão ser proferidas as decisões arbitrárias ancoradas na consciência do intérprete, o que, em tese, não deveria ocorrer no Estado de Direito.

Realça o papel das partes a começar por aquele do juiz não só por compatibilizá-los com os ditames constitucionais, mas, sobretudo, em razão de permitir que **se caminhe na direção de uma maior democracia processual** (COUTINHO, 2009, p13).

O princípio de livre convencimento motivado e o princípio de busca da verdade real como prerrogativa do julgador podem provocar o vício subjetivo ancorado na filosofia da consciência e, por conseguinte, reverberar a forma

inquisitorial nos processos penais. Com a vigência da Lei 13.964/2019 (Juiz das garantias) houve um momento de inflexão à direção do sistema acusatório no ramo penal, a importância também é de responsabilidade política e social para o aumento da flexibilidade ética no mesmo ramo, e inexoravelmente os trabalhos dos advogados serão precisos para convergir o sistema processual penal acusatório.

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. (BRASIL. Lei Nº 12.015. 2009)

O artigo supra viabiliza a consumação formal das condutas sadias cotidianas interfamiliares por causa da abrangência da expressão “ato libidinoso”. O artigo acaba criando um Estado justiceiro, onde há necessidade de provar o contrário e dificulta a possibilidade da defesa em caso de acusação. O mesmo artigo tem caráter de tipicidade absoluta que não se discute sobre a vulnerabilidade do indiciado e assim criou um dispositivo excessivamente punitivo combinado com a orientação judiciária que afronta os princípios pilares da CF. Com o dispositivo supra somado e com a orientação do STJ praticamente não há espaço para a defesa argumentar. Atualmente, o STJ se manifestou decidindo em relação a esse dispositivo, fixando como “presunção de violência relativa” ao atribuir aos juízes e magistrados um espaço discriminatório sobre cada caso concreto, possibilitando decisões com mais precisão.

No próximo item confirmar-se-á o efeito da irradiação ou da interpretação extensiva da valoração da palavra da vítima em outros crimes, se for constatada a coerência e a firmeza de tais palavras durante percurso do pré-processual e pós-processual.

### **3.1 Manifestações dos tribunais**

O STJ vem modificando as decisões judiciais, não somente no que tange aos crimes contra a dignidade sexual previstos no CP, mas também nos crimes de violência quando o julgador percebe a fraqueza física e mental no que diz respeito à vítima.

**Ementa:** APELAÇÃO CRIME. **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**. AMEAÇA. PRELIMINAR DE NULIDADE. REJEITADA. **PALAVRA DA VÍTIMA**. **SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA**. MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA MENOS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA INTEGRALMENTE MANTIDA.

PRELIMINAR Como já bem referido pelo Ministério Público, em seu parecer, da simples leitura da exordial acusatória, resta claro que a infração penal atribuída ao réu está suficientemente descrita, contendo indicação de local, hora e data do fato ilícito, bem **como as circunstâncias fáticas relacionadas ao crime**. Nesse contexto, evidente que a peça acusatória em comento está de acordo com os requisitos exigidos no art. 41 do CPP. Por esse motivo, rejeitada a preliminar arguida. **MÉRITO A palavra da vítima foi consistente e coerente**, tanto na prestação dos elementos informativos em sede policial, quanto na produção da prova oral na fase judicial. Outrossim, nos crimes cometidos no âmbito doméstico, **a palavra da vítima assume singular importância na elucidação dos fatos**, carregando relevante *valor probante* para conferir segurança a eventual sentença condenatória. Outrossim, em que pese o argumento defensivo de insuficiência probatória, a tese defensiva se encontra isolada nos autos, sem qualquer elemento capaz de sustentá-la. APELO DESPROVIDO. (Apelação Criminal, Nº 70083892281, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em: 08-04-2021) Comarca de Origem: SAPUCAIA\_DO\_SUL.\_14/04/2021.

A decisão tomada pelo tribunal do RS, tangente ao crime de ameaça, viabiliza confirmar no núcleo probatório “a palavra da vítima” e subsidiariamente mais um elemento que supre a sua veracidade que está expressada na ementa como “as circunstâncias fáticas relacionadas ao crime”. No ponto de vista lógico, quando existem elementos circunstanciais que respaldam o relato da vítima será presumida a culpabilidade mesmo inexistindo provas determinantes. Pode-se identificar a equação sobre a presunção da culpabilidade que concretiza com o relato da vítima somado com mais um elemento informativo. No ponto de vista técnico, percebe-se que houve deslocamento em relação à situação jurídica da vítima para a equivalência da testemunha, lembrando que a mesma não detém a obrigação de dizer a verdade, mas apenas relatar a sua versão. Em outro exemplo:

**Ementa:** APELAÇÃO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. **LESÕES CORPORAIS. PALAVRA DA VÍTIMA.** SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. OFENDIDA QUE, DESDE A FASE POLICIAL, DE FORMA COERENTE, CONFIRMOU TER SIDO AGREDIDA E AMEAÇADA PELO EX-COMPANHEIRO E PELA TIA DELE. **PALAVRA DA VÍTIMA COESA** EM RELATAR OS FATOS, CONCATENADA COM O **LAUDO MÉDICO** QUE REGISTROU AS LESÕES, DANDO AZO À CONDENAÇÃO. PENA-BASE. INDEVIDA A FIXAÇÃO EM 04 MESES DE DETENÇÃO PORQUE AUSENTE VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO PARA O MÍNIMO LEGAL, QUAL SEJA, 03 MESES DE DETENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. VEDAÇÃO LEGAL. O CRIME FOI COMETIDO COM VIOLÊNCIA E EM AMBIENTE DOMÉSTICO. ARTIGO 17 DA LEI N.º 11.340/2006 E ARTIGO 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE SURSIS. RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO

MINISTERIAL PROVIDO.(Apelação Criminal, Nº 70084573922, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Andréia Nebenzahl de Oliveira, Julgado em: 08-04-2021) Data de Julgamento: 08-04-2021 Núm.:70084573922 Tipo de processo: Apelação Criminal Tribunal: Tribunal de Justiça do RS Classe CNJ: Apelação Relator: Andréia Nebenzahl de Oliveira Redator: Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal Comarca de Origem: PALMEIRA DAS MISSÕES Seção: CRIME Assunto CNJ: Decorrente de Violência Doméstica. 08-04-2021.

No exemplo do crime de lesões corporais confirma-se o esquema citado. Neste caso, “palavra da vítima coesa” somada a outro elemento “laudo médico” sendo estes suficientes para convencer o magistrado e, por consequência, relativiza o princípio de presunção de inocência para atribuir a sentença condenatória desfavorável ao réu.

**Ementa:** APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO TENTADO. CONDENAÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. Os elementos de convicção colhidos no curso da instrução demonstram a materialidade e a autoria do crime descrito na denúncia, impondo-se a confirmação da condenação do réu pela prática do crime de tentativa estupro. **PALAVRA DA VÍTIMA.** Nos crimes contra a dignidade *sexual*, a **palavra da vítima assume importante papel para a devida reconstituição processual do fato, não havendo prova** sobre eventual animosidade entre acusado e ofendida. DEFINIÇÃO JURÍDICA DA CONDUTA. Inexiste margem para o acolhimento do pedido defensivo de desclassificação do crime de estupro tentado para o de lesões corporais leves. Conduta do denunciado que se amolda à tentativa de estupro, não existindo espaço para a conclusão de que pretendia apenas agredir a *vítima*, sobretudo porque sua conduta se resumiu a manipular o corpo da *vítima* com evidente pretensão lasciva, mediante *violência* e grave ameaça. DOSIMETRIA. Redimensionada a pena privativa de liberdade para 04 anos e 08 meses de reclusão, mantidas as demais disposições sentenciais. APELO DEFENSIVO DESPROVIDO. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Criminal, Nº 70084516269, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria de Lourdes G. Braccini de Gonzalez, Julgado em: 17-11-2020) Data de Julgamento: 17-11-2020 Publicação: 01-12-2020.

O mesmo ocorre em várias circunstâncias similares. O tribunal parece ter adotado o critério de adequar uma orientação jurídica conforme a situação complexa da alta criminalidade de hoje, mesmo relativizando os princípios constitucionais.

Art.201. CPP. Sempre que é possível o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. (BRASIL, Lei n. 11.690, 2008).

Os questionamentos à vítima nos processos penais constituem os meios de prova assim previstos no seu artigo 201, mas que não se devem equiparar à

vítima com a testemunha, pois a vítima não possui o compromisso de relatar a verdade, visto que o ofendido é incapaz de consumir o Art.342 do CP. Acrescenta-se que o valor probatório das declarações prestadas pela vítima é relativo, mesmo quando há a prática de crimes contra a dignidade sexual, que, na maioria das vezes, não existem vestígios e nenhuma testemunha. Por isso os processos criminais que dependem apenas de prova testemunhal e do relato da vítima estão sujeitos a condenar um inocente.

**Ementa:** APELAÇÃO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. **LESÕES CORPORAIS E AMEAÇA. PALAVRA DA VÍTIMA.** SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. OFENDIDA QUE, DESDE A FASE POLICIAL, DE FORMA COERENTE, CONFIRMOU TER SIDO AGREDIDA E AMEAÇADA PELO E-COMPANHEIRO. **PALAVRA DA VÍTIMA COESA** EM RELATAR OS FATOS, CONCATENADA COM O **LAUDO MÉDICO** QUE REGISTROU AS LESÕES, DANDO AZO À CONDENAÇÃO. [...].  
(Apelação Criminal, Nº 70084497916, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Andréia Nebenzahl de Oliveira, Julgado em: 08-04-2021) Data de Julgamento: 08-04-2021: Órgão Julgador: \_Comarca\_de\_Origem:\_ENCANTADO.\_Seção:CRIME.AssuntoCNJ:\_Leve\_Decisão:\_Acordao. 08-04-2021.

Nos casos de crimes de lesões corporais e de ameaça, viabiliza-se a confirmação da tese de que, se a palavra da vítima é coerente e firme durante o pré-processo e pós-processo somada a mais um elemento informativo qualquer que seja, quando afirma a ocorrência do delito, é suficiente para relativizar o princípio de inocência. Com efeito, convence o magistrado e atribui a sentença condenatória contra o acusado, uma situação que pelo lado da defesa exsurge a necessidade de provar o contrário, enquadrando na hipótese de inversão de ônus da prova. Por outro ângulo, essa tese poderá conter risco de afronta ao princípio da necessidade da prova adotado pelo CPP, o qual realça que as alegações feitas pelas partes nas instruções não bastam para demonstrar a verdade de determinado acontecimento, mas é necessário que ambas façam prova de suas alegações. Em outras palavras, as provas devem ser discutidas nas instruções e não devem ser aceitas unilateralmente.

Art. 156. A prova da **alegação incumbirá a quem a fizer**, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (BRASIL, Lei n. 11.690, 2008)

O processo penal é um caminho **necessário para chegar-se, legitimamente**, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal). Assim, existe uma necessária simultaneidade

e coexistência entre repressão ao delito e respeito às garantias constitucionais, sendo essa a difícil missão do processo penal, como se verá ao longo da obra. Mas é importante destacar: **o princípio da necessidade está hoje relativizado** e caminha, cada vez mais, para uma mitigação da lógica do confronto e **a ampliação da lógica negocial**. (LOPES, 2020, p46)

De modo que se compreende “incumbirá a quem a fizer” do trecho do Art.156, as partes possuem maior dever probatório em respeito de comprovação do fato histórico que alegam, não somente o fato típico, mas também a sua ilicitude e reprovabilidade, sendo tipicidade em dupla esfera, objetivo e subjetivo. Aury Lopes Jr reforça que as palavras da vítima jamais podem substituir a base justificativa para uma decisão condenatória.

É preciso cautela e disposição para duvidar do que está sendo dito, para fomentar o desejo de investigar para além do que lhe é dado, evitando **o atalho sedutor de acreditar na palavra da vítima sem tensionar com o restante do contexto probatório**. A palavra coerente e harmônica da vítima, bem como a ausência de motivos que indicassem a existência de falsa imputação, cotejada com o restante do conjunto probatório (ainda que frágil), têm sido aceitas pelos tribunais brasileiros para legitimar uma sentença condenatória. Mas, principalmente nos crimes sexuais, o cuidado deve ser imenso. Como acabamos de explicar, de um lado não se pode desprezar a palavra da vítima (até porque seria uma odiosa discriminação), por outro não pode haver precipitação por parte do julgador, **ingênua premissa de veracidade, pois a história judiciária desse país está eivada de imensas injustiças nesse terreno** (LOPES, 2020, p 730)

### 3.2 Limites da persuasão racional

Assim, os doutrinadores compreendem sobre o valor probatório das alegações feitas pelos ofendidos. No entanto a análise da seguinte HC viabiliza a modificação do polo:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 214, C/C ART. 224, ALÍNEA A, NA FORMA DO ART. 71, DO CÓDIGO PENAL. LAUDO PERICIAL. DESNECESSIDADE. DELITO QUE NÃO DEIXOU VESTÍGIOS. OITIVA DA VÍTIMA E DE SUA GENITORA EM JUÍZO. DESNECESSIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. MAJORAÇÃO DA PENA. NÚMERO DE INFRAÇÕES. EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. EFEITO DEVOLUTIVO.

I - O exame de corpo de delito, em regra, é indispensável para a demonstração da materialidade nos casos de crimes que deixam vestígios, não se tratando, portanto, de *delicta facti transeuntis* (CPP, art. 158). Não obstante, conforme ressaltado na sentença condenatória, os crimes pelos quais foi o paciente acusado não deixaram vestígios físicos (Precedentes).

II - Ainda que o art. 201 do CPP tenha previsto que o ofendido será ouvido sempre que possível, a oitiva da vítima não é prova



imprescindível para a condenação. **O processo penal brasileiro se pauta pelo princípio do livre convencimento motivado, podendo o magistrado fazer livre apreciação da prova, desde que apresente de forma clara as suas razões de decidir** (Precedentes).

III - O aumento da pena pela continuidade delitiva se faz, basicamente, quanto ao art. 71, caput do Código Penal, por força do número de infrações praticadas. Qualquer outro critério, subjetivo, viola o texto legal enfocado. No caso concreto, para que restasse justificado o aumento de 1/2, deveria o julgador ter feito alusão ao número de infrações, o que não ocorreu na hipótese vertente (Precedentes do STF e do STJ).

IV - Contra a decisão condenatória confirmada, à unanimidade, em segundo grau de jurisdição, cabem, tão-somente, em princípio, recursos de natureza extraordinária? apelos especial e extraordinário? sem efeito suspensivo (art. 27, § 2º da Lei nº 8.038/90), razão pela qual se afigura legítima a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da respectiva condenação (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ/Súmula nº 267-STJ). Writ parcialmente concedido. HC 44.229/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2005, DJ 20/03/2006.

Em análise, o que foi de encontro ao princípio de presunção de inocência pode não ser meramente as alegações feitas pela vítima, mas do princípio de livre convencimento motivado do julgador. Pode-se inferir que a questão se concentre na limitabilidade de fundamentação acerca do tal princípio que em alguns momentos demonstra a sua ampla abrangência. O Art.155 do CPP Diz:

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. (BRASIL. Lei Nº 11.690. 2008)

Em definitivo, o **livre convencimento** é, na verdade, muito **mais limitado do que livre**. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo. Por isso, necessita de controle. Não se pode pactuar com o decisionismo de um juiz que julgue “conforme a sua consciência”, dizendo “qualquer coisa sobre qualquer coisa” (STRECK). Não se nega a subjetividade, por elementar, mas o juiz deve julgar conforme a prova e o sistema jurídico penal e processual penal, demarcando o espaço decisório pela conformidade constitucional. Voltaremos ao tema (e para lá remetemos o leitor) quando tratarmos das “Decisões Judiciais”. (LOPES, 2020, p610)

O sistema do jurídico processual penal adota livre convencimento motivado ou persuasão racional, e o julgador observa os limites do sistema e dá a sua própria valoração à prova, tendo o dever de fundamentar e justificar a formação de sua convicção.

A limitabilidade sobre a fundamentação da decisão condenatória, portanto, pode-se deduzir que encontra nos limites do sistema judiciário. Logo

deve-se o exame atinente de uma sentença condenatória embasada nas alegações da vítima, se o tal fundamento está dentro dos limites do sistema judiciário ou fora dele. Se uma sentença se encontra por fora dos limites, então o princípio de livre convencimento motivado do julgador pode estar suprindo o efeito do Art.156 do CPP a fim de produzir provas. Consequentemente, exige-se contingenciar os limites do sistema judiciário, os quais são incumbidos nos tribunais superiores, o STF e o STJ, além dos que estão positivados na Lei. Sobre o assunto foram estabelecidos os limites que tangem a valoração da palavra da vítima em 2011 que:

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AUSÊNCIA DE OITIVA DA VÍTIMA EM JUÍZO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO FUNDADA EM TODO ACERVO PROBATÓRIO E NÃO APENAS NO DEPOIMENTO DA VÍTIMA. ORDEM DENEGADA. 1. A sentença condenatória transcrita acima encontra-se **em consonância com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal**, que se consolidou no sentido de que, “nos crimes sexuais, **a palavra da vítima, em harmonia com os demais elementos** de certeza dos autos, reveste-se de **valor probante** e autoriza a conclusão quanto à autoria e às circunstâncias do crime”. Precedentes. 2. Os elementos do inquérito podem influir na formação do **livre convencimento do juiz** para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo. 3. Para se acolher a tese da impetração e divergir do entendimento assentado no julgado, seria necessário apurado reexame de fatos e provas, o que é inviável na via estreita do habeas corpus. Precedentes. 4. A ação de habeas corpus não pode ser utilizada como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes. 5. Writ denegado. HC 102473, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 12/04/2011, DJe-080 DIVULG 29-04-2011 EMENT VOL-02512-01 PP-00032. PUBLIC 02-05-2011.

Na mesma linha do entendimento em 2012:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULAS 7 E 83/STJ. 1. **A ausência de laudo pericial conclusivo não afasta a caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante**, em particular nessa forma clandestina de delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios. 2. O decisum exarado pelo Tribunal de origem bem assim os argumentos da insurgência em exame firmaram-se em matéria fático-probatória, logo, para se aferir a relevância do laudo referente ao corpo de delito ou contraditar o consistente depoimento da vítima, ter-se-ia de reexaminar o acervo de provas dos autos, o que é incabível em tema de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ. 3. A tese esposada pelo Tribunal local consolidou-se em reiterados julgados da Sexta Turma deste Tribunal - Súmula 83/STJ. 4. Na via especial, o Superior Tribunal de Justiça não é sucedâneo de instâncias ordinárias, sobretudo quando envolvida, para a resolução da controvérsia

(absolvição do agravante acerca da imputação de estupro, nos termos do art. 386 do CPP), a apreciação do acervo de provas dos autos, o que é incabível em tema de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ. 5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 6. Agravo regimental improvido. AgRg no AREsp 160.961/PI, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 06/08/2012.

Desta feita, os cortes superiores cumprem a sua função programática de nortear os limites do sistema judiciário constituindo as orientações jurisprudenciais. Resume-se que haverá valor probante às alegações da vítima quando é consistente e harmônico com os “demais elementos informativos juntados”. Com o tal entendimento, amplia-se o espaço da abrangência do princípio de livre convencimento motivado do magistrado. Nos casos em que não há “demais elementos informativos” coerentes, o tribunal tem decidido que:

EMENTA APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO. ABSOLVIÇÃO PLEITEADA. **PALAVRA DA VÍTIMA ISOLADA NOS AUTOS. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO PARA ALICERÇAR UMA DECISÃO CONDENATÓRIA.** APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REU. PROVIMENTO 1. **Embora a palavra da vítima, em especial nos crimes dessa natureza, possua relevante valor probante, deve ser corroborada por outros meios de prova, sob pena de restar isolada e fragilizada no contexto probatório.** 2. Uma sentença condenatória exige certeza acerca da materialidade do crime e da autoria do acusado, razão pela qual a existência de dúvida a respeito, por menor que seja, leva à possibilidade de inocentá-lo, sendo imperioso que a prolação de um decreto condenatório se dê com base em provas seguras, devendo a dúvida militar a favor do acusado, em obediência ao princípio do in dubio pro reu. 3. Recurso provido. DECISÃO:ACORDAM os Senhores Desembargadores da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Maranhão, por unanimidade e de acordo com o parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, em dar provimento ao recurso, para absolver o apelante. Votaram os Senhores Desembargadores José Bernardo Silva Rodrigues (Relator), José Luiz Oliveira de Almeida e Vicente de Paula Gomes de Castro. Presidência do Des. José Luiz Oliveira de Alm TJ-MA - APR: 00009527320188100137 MA 0283972019, Relator: JOSÉ BERNARDO SILVA RODRIGUES, Data de Julgamento: 06/02/2020, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 12/02/2020.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO QUALIFICADO E TENTATIVA DE ESTUPRO - AUTORIA NEGADA - **PALAVRA DAS VÍTIMAS CONTRADITÓRIAS E ISOLADAS DO CONTEXTO PROBATÓRIO - PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO - ABSOLVIÇÃO MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.** I - A existência de meros indícios devem ser corroborada por outras provas concretas da autoria delitiva para que se revista de legitimidade o édito condenatório, com a atribuição da carga probatória ao acusador. II - Tendo o réu negado a autoria delitiva e considerando que os relatos das vítimas são contraditórios e encontram-se isolados do contexto probatório, imperiosa a manutenção da **absolvição em decorrência do princípio da presunção de inocência** TJ-MG - APR:

10134120025058001 MG, Relator: Adilson Lamounier, Data de Julgamento:21/01/2020, DatadePublicação:27/01/2020.

Portanto se deduz que as alegações isoladas do ofendido por si só não estão sendo suficientes para os desembargadores fundamentarem a sentença condenatória, e assim se formou o entendimento jurisprudencial atual sobre o valor probatório das palavras da vítima. Entretanto os réus condenados pela primeira instância devem permanecer presos nos cárceres até que os tribunais os julguem, se não forem anuídos os HC. As cortes superiores tomaram postura de orientar a valorização dos relatos das vítimas a fim de diminuir o atual contexto de alta criminalidade, acervo de crimes sexuais e ofensas contra as mulheres. Porém será insuficiente para sanar esta situação somente pela manifestação dos judiciários, pois é um contexto que requer as mobilidades por toda a comunidade.

Recentemente ocorreu o caso do Neymar Jr que simbolizou o anseio desta situação jurídica. Caso o indiciado não fosse o nosso jogador e sim uma pessoa comum, provavelmente o mesmo receberia a denúncia pelo órgão acusador. Consequentemente, faria incurso no processo penal que destruiria toda a reputação social do mesmo.

O STF vem tendo cuidado e, ao mesmo tempo, restringindo claramente o implemento do Princípio de “*in dubio pro societate*” pelo qual, havendo indícios mínimos da autoria nos processos, viabiliza o prosseguimento à demanda penal com escopo de exemplificar à sociedade, mesmo gerando dúvidas sobre o réu, suposto autor do delito.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.067.392 CEARÁ  
RELATOR:MIN. GILMAR MENDESRECTE. (S):JOSÉ  
REGINALDODA SILVA CORDEIRORECTE. (S):CLEITON  
CAVALCANTEADV. (A/S):EDILSON MONTEIRODE ALBUQUERQUE  
NETORECDO. (A/S):MINISTÉRIO PÚBLICODO ESTADODO  
CEARÁPROC. (A/S) (ES):PROCURADOR-GERALDE JUSTIÇADO  
ESTADO DO CEARÁ Penal e Processual Penal. 2. Júri. 3. Pronúncia  
e standard probatório: a decisão de pronúncia requer uma  
preponderância de provas, produzidas em juízo, que sustentem a tese  
acusatória, nos termos do art. 414, CPP. 4.**Inadmissibilidade in dubio  
pro societate**: além de não possuir amparo normativo, tal preceito  
ocasiona equívocos e desfoca o critério sobre o standard probatório  
necessário para a pronúncia.5. **Valoração racional da prova**: embora  
inexistam critérios de valoração rigidamente definidos na lei, o juízo  
sobre fatos deve ser orientado por critérios de lógica e racionalidade,  
pois a valoração racional da prova é imposta pelo direito à prova (art.  
5º, LV, CF) e pelo dever de motivação das decisões judiciais (art. 93,  
IX, CF). 6. Critérios de valoração utilizados no caso concreto: em lugar  
de testemunhas presenciais que foram ouvidas em juízo, deu-se maior

valor a relato obtido **somente na fase preliminar** e a testemunha não presencial, que, **não submetidos ao contraditório em juízo**, não podem ser considerados elementos com força probatória suficiente para atestar a preponderância de provas incriminatórias.<sup>7</sup> Dúvida e impronúncia: diante de um estado de dúvida, em que há uma preponderância de provas no sentido da não participação dos acusados nas agressões e alguns elementos incriminatórios de menor força probatória, impõe-se a impronúncia dos imputados, o que não impede a reabertura do processo em caso de provas novas (art. 414, parágrafo único, CPP). Primazia da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF e art. 8.2, CADH).<sup>8</sup> Função da pronúncia: a primeira fase do procedimento do Júri consolida um filtro processual, que busca impedir o envio de **casos sem um lastro probatório mínimo da acusação**, de modo a se limitar o poder punitivo estatal em respeito aos direitos fundamentais.<sup>9</sup> Inexistência de violação à soberania dos veredictos: ainda que a Carta Magna preveja a existência do Tribunal do Júri e busque assegurar a efetividade de suas decisões, por exemplo ao limitar a sua possibilidade de alteração em recurso, a lógica do sistema bifásico é inerente à estruturação de um procedimento de júri compatível com o respeito aos direitos fundamentais e a um processo penal adequado às premissas do Estado democrático de Direito.<sup>10</sup> Negativa de seguimento ao Agravo em Recurso Extraordinário. Habeas corpus concedido de ofício para restabelecer a decisão de impronúncia proferida pelo juízo de primeiro grau, nos termos do voto do relator. [...], Ministro GILMAR MENDES Relator Documento assinado digitalmente. conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001. 26 de março de 2019.

Este é mais um limitador indispensável para a atribuição do livre convencimento no ramo penal impedindo o magistrado julgar a favor da sociedade nos casos que geram dúvidas.

“Como dito, no processo penal existe exercício condicionado e limitado de poder, sob pena de autoritarismo. E esse limite vem dado pela ‘forma’. Portanto, **flexibilizar a forma, é abrir a porta** para que os agentes estatais exerçam o poder sem limite, em franco detrimento dos espaços de liberdade. (LOPES, 2015, p6)

A persuasão racional é aceita legitimamente pela CF de 1988, contudo, ao mesmo tempo, deve ser contingenciada pelos princípios narrados para impedir a flexibilização da forma processual a qual é a garantia do Estado de Direito. Novamente enfatiza-se que a crítica recai acima da forma que viabiliza uma condenação inadequada, baseando-se nas informações inseguras, permitindo infirmar os direitos fundamentais do acusado. Aguarda-se com a expectativa a avaliação do ADI 6298 acerca da Lei Nº 13.964 pelo STF que, se caso consolidar a sua vigência, sem dúvida será um avanço significativo para o processo penal brasileiro.

#### 4. Conclusão

A prova oral é uma das mais utilizadas nos processos penais, destinada a produção de evidências, entretanto possui característica de ser mais frágil por deter fatores do tempo, podendo gerar o esquecimento ou falsas memórias e até depoimentos falsos.

Às vezes o ramo do direito penal pode estar sendo usado como um instrumento para a realização subjetiva individual que já experimentamos na idade média e na idade moderna, em verdade, sempre foi existente o uso indevido do poder de punir do Estado o *“jus puniendi”*. O maior risco poderá ser o uso das palavras indevidas ou falsas na fase do pré-processual, objetivando prejudicar o direito de outras pessoas, a fim de ser obtido benefício próprio, tal como: denúncia falsa, anonimato, compra de prova oral ou testemunhal, produção de boato, uso político, desentendimentos e vias de fato, falsa comunicação de violência doméstica, da importunação, alienação parental ou por motivo fútil. A síndrome do aumento estatístico desses atos ilícitos é nítida na comunidade atual que já poderia ser considerada como um fato social, o qual atinge a seguridade jurídica, seguridade social e a boa-fé ao poder judiciário que ameaça o Estado de Direito.

O principal problema da orientação sobre relatos da vítima baseado nos estudos jurisprudenciais atinge diretamente a estrutura acusatória do CPP ainda nos momentos em que se procura alcançá-la. Por outro lado, é incontestavelmente compreensível a efetiva do judiciário manifestando-se sobre delitos contra mulheres para diminuir as ocorrências. Contudo o preço que se pagou foram as relativizações dos princípios pilares do CPP que, enfim, poderão resultar em atingir convivência e intercâmbio entre cidadãos, infirmando a segurança jurídica e social.

Uma das saídas é mediar os efeitos dos princípios e construir uma estrutura formal prática como estratégia e, por conseguinte, devem os juízes tomarem as medidas adequadas em cada caso concreto. No momento, ainda existem diversos pontos para serem resolvidos em relação a aplicabilidade efetiva das garantias fundamentais à demanda penal.

## 6. BIBLIOGRAFIA

BIANCO, R. J. M.; Silveira, F. L. *PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA VERSUS PALAVRA DA VÍTIMA NOS DELITOS SEXUAIS, UMA RELATIVIZAÇÃO NECESSÁRIA SEGUNDO AS CORTES SUPERIORES?*, Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista-IPA, Porto Alegre, 776-2411-1-PB Justiça & Sociedade v. 4, n. 1, p. 509-549, 2019. Disponível em: < <https://www.metodista.br/direito/article/viewFile/PDF>>. Acesso em: 04 Abr 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out 1988.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei Nº 3.689, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 3 out 1941.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei Nº 2.848, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 Dez 1940.

BRASIL. Código de Processo Penal, Execução Penal. Decreto-Lei Nº 10.792, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1 Dez 2003.

BRASIL. Código Penal. Decreto- Lei Nº 12.015, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 Ago 2009.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto -Lei Nº 11.690, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 Jun. 2008.

BRASIL. Código Penal e Código de Processo Penal. Decreto -Lei Nº 13.964, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 Dez 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.067.392*, Relator: Ministro GILMAR MENDES, Brasília, DF, 26 de março de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código 974D-9275-2482-2E6A e senha F31C-9EE2-DE7F-BF53 ARE 1067392 / CE. Acesso em: 04/05/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE*, 6.298 (ADI 6298 MC), Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, DF, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/cms/anexo/ADI6298.PDF>>. Acesso em: 31/05/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE ... REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO*, AI 560223 SP, Relator. *Min. JOAQUIM BARBOSA*, Brasília, DF, 12 de abril de 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/agreg-no-a...>>. Acesso em: 01/06/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. NULIDADE. CONSTATAÇÃO. INOBSERVÂNCIA AO DIREITO AO*

*SILÊNCIO. NEMO TENETUR SE DETEGERE.*): HC136.331 R/S, 2ª Turma Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 13 de junho de 2017. Disponível em: <Inteiro Teor - Supremo Tribunal Federal <http://stf.jus.br> > processo > ver Processo Peca PDF>. Acesso em: 01/06/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS*, 102473 RJ, Relator: Ministro ELLEN GRACIE, Brasília, DF, 12 de abril de 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br> > habeas-corpus-hc-102473-rj>. Acesso em: 01/06/2021.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. *RECURSO ESPECIAL*, Nº 1.348.978 - SC (2012/0219075-0), Relator: Ministro: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Brasília, DF, 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <Superior Tribunal de Justiça – STJ <https://ww2.stj.jus.br> > cgi > revista > REJ.cgi > ITA PDF>. Acesso em: 01/06/2021.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. *AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL*. AgRg no AREsp 160.961/PI, DJe 06/08/2012 Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, Brasília, DF, 26 de junho de 2012, (STJ Depoimento de vítima de estupro e assédio..., 2016) Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 out 2020.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. *HABEAS CORPUS* Nº 106.308 - DF Relator: Min. Celso Limongi - Desembargador convocado do TJ/SP, Brasília, DF, 03 de setembro de 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br>>inteiro-teor-12166344>. Acesso em: 01 Jun 2021.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. *HABEAS CORPUS* Nº 44.229/RJ, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Brasília, DF, 13 de dezembro de 2005. Disponível em: <[REsp Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL https://stj.jusbrasil.com.br > jurisprudencia > decisao-m](https://stj.jusbrasil.com.br)>. Acesso em: 01 Jun 2021.

COUTINHO, José Miranda de. *Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*, Revista de informação legislativa, Brasília, v.46, nº 183, p. 103-115, jul./set. de 2009. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br> >ril\_v46\_n183 PDF>, 2009. Acesso em: 29 Mai 2021.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em: <<https://deusgarcia.files.wordpress.com> > 2017/03 > l...PDF>. Acesso em: 28 Mai 2021.

Gomes, Luiz Fábio. *Princípio da verdade real*. Artigo virtual, 2011. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br>/artigos/121915673/principio-de-verdade-real.>. Acesso em: 15 Mai 2021.

HOBBS, Thomas de Malmesbury. *Leviatã ou MATÉRIA, FORMA E PODER DE UM ESTADO ECLESIAÍSTICO E CIVIL*. Tradução de Tradução de João Paulo



Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, Paris, 1651. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br> LEVIATÃ ou - DHnet. PDF>. Acesso em: 21 out 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Comentado*. 2. ed. rev. e atual, Salvador, Juspodivm, 2017.

LOPES Jr, Aury. *Direito processual penal* 17<sup>a</sup>. ed. – São Paulo, Saraiva Educação, 2020.

LOPES Jr, Aury. *QUANDOCINDEREA TERÁ SUAS PRÓPRIAS ROUPAS? A NECESSÁRIA RECUSA À TEORIA GERAL DO PROCESSO*. 2015. Revista brasileira de Direito Processual Penal, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i11.13.PDF>>. Acesso em: 03 Mai 2021.

MENUZZI, J. Ma.; CENCI, A. *A (in)segurança da prova testemunhal no processo penal: falsas memórias*, Revista Jurídica – Direito e Cidadania na Sociedade Contemporânea p. 76 – 87, 2018. Disponível em: <[http:// revista.fw.uri.br](http://revista.fw.uri.br) PDF>. Acesso em: 21 out 2020.

OBALDIA, B. A.; GASPARETTO, H. L. *O giro linguístico como elemento de uma nova constituição de sentido na jurisdição processual: a superação da filosofia da consciência pela linguagem enquanto condição de possibilidade da relação entre sujeito e objeto*, Santa Maria/RS UFSM, Santa Maria, 2019. Disponível em: <[http:// www.ufsm.br](http://www.ufsm.br) PDF>. Acesso em 21 out 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo, Atlas, 2017.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *APELAÇÃO CRIMINAL* APR: 10134120025058001 MG. Relator: Adilson Lamounier, TJ\_MG, 21/01/2020. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 14/04/2021.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *APELAÇÃO CRIMINAL* APR: 00009527320188100137 MA 0283972019. Relator: JOSÉ BERNARDO SILVA RODRIGUES, TJ-MA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, 06 de fevereiro de 2020. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa)>. Acesso em: 14/04/2021.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *APELAÇÃO CRIMINAL VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÕES CORPORAIS E AMEAÇA*. Nº 70084497916, Relator: Andréia Nebenzahl de Oliveira, Órgão Julgador: Primeira Câmara Encantado, 08 de abril de 2021. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa)>. Acesso em: 14/04/2021.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO TENTADO*. Nº 70084516269, Quinta Câmara Criminal, Relator: Maria de Lourdes G. Braccini de Gonzalez, Comarca de

Origem: [GARIBALDI, 17 de novembro de 2020](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa). Disponível em: [\\_<https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa>](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 14/04/2021.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *APELAÇÃO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÕES CORPORAIS*. Nº 70084573922, Primeira Câmara Criminal, Relator: Andréia Nebenzahl de Oliveira, Comarca de Origem: PALMEIRA DAS MISSÕES, 08 de abril de 2021. Disponível em: [\\_<https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa>](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 14/04/2021.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *APELAÇÃO CRIME. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AMEAÇA*. Nº 70083892281, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Comarca de Origem: SAPUCAIA DO SUL, 08 de abril de 2021. Disponível em: [\\_<https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa>](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 14/04/2021.

SCHNEIDER, Gabriela. *O problema do inquisitorialismo no processo penal e a (in) efetividade da constituição federal de 1988*, / 10º jornada da pesquisa e 9º jornada de curso de extensão do curso de direito, 2019. Disponível em: [\\_<http://metodistacentenario.com.br PDF>](http://metodistacentenario.com.br). Acesso em: 21 out 2020.

SIQUEIRA, D. P.; AMARAL, M. do. *FALSAS MEMÓRIAS E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS*. Revista Argumentum – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 19, N. 1, p. 171-191, SP, 2018. Disponível em: [\\_<http://ojs.unimar.br > article > download PDF>](http://ojs.unimar.br). Acesso em: 29 Mai 2021.

STJ, Notícias, Depoimento de vítimas de estupro e assédio sexual tem grande valor como prova, 25 de janeiro de 2016. Disponível em: [\\_<https://www.stj.jus.br/sites/portaip/Paginas/Comunicacao/Noticias\\_antigas/2016/2016\\_01\\_25\\_10\\_19\\_Depoimento\\_devitimas\\_de\\_estupro\\_e\\_assedio\\_sexual\\_tem\\_grande\\_valor\\_como\\_prova.aspx>](https://www.stj.jus.br/sites/portaip/Paginas/Comunicacao/Noticias_antigas/2016/2016_01_25_10_19_Depoimento_devitimas_de_estupro_e_assedio_sexual_tem_grande_valor_como_prova.aspx). Acesso em: 01/06/2021.

STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positiva?*. Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010, 2010. Disponível em: [\\_<http://www.univali.br/periodicos PDF>](http://www.univali.br/periodicos). Acesso em: 21 out 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Novo Código de Processo Penal: o problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório)*. Brasília a. 46 n. 183 julho. /set. p. 117-139, Revista de Informação Legislativa, 2009. Disponível em: [\\_<https://www12.senado.leg.br> ril\\_v46\\_n183\\_p117-139. PDF>](https://www12.senado.leg.br). Acesso em: 29 Mai 2021.

Távora, N.; Alencar, R. R. *Curso de direito processual penal*. 12. ed. Ver, Salvador, Ed. JusPodivm, 2017.

