

**VII ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO III**

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

DANI RUDNICKI

LUCIANO FILIZOLA DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Dani Rudnicki; Luciano Filizola da Silva; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-995-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

Apresentação

TRABALHOS APRESENTADOS NO GT 55 DO VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI - DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

APRESENTAÇÃO

Com muita alegria, realizamos mais uma edição do Encontro Virtual do CONPEDI, com o Grupo de Trabalho sobre DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO. Estando em sua sétima edição, o evento virtual, assim como os congressos presenciais do CONPEDI se consolidam como o mais importante espaço de encontro dos pesquisadores da área do Direito. Achemos salutar a continuidade dos encontros virtuais, à par com eventos presenciais. Além de promover uma oportunidade de interação com estudiosos do direito penal e processual penal, o encontro virtual facilita a participação de professores, pesquisadores e profissionais do Direito. A qualidade CONPEDI continua no seu mesmo grau de exigência para os dois formatos, tanto em relação aos painéis como em relação aos trabalhos apresentados, conforme se pode ver nos artigos apresentados, a seguir.

Daniel Nascimento Duarte, em seu trabalho intitulado “O INSTITUTO DA IMPRONÚNCIA NO CONTEXTO AFIRMATIVO DA PLENITUDE DE DEFESA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: PARA ALÉM DE UM CONHECIDO” DIAGNÓSTICO, analisa a decisão de impronúncia durante os processos de crimes dolosos contra a vida e sua compatibilidade com o texto constitucional, tendo em vista a ampla defesa e as liberdades individuais, no entanto propondo não sua exclusão, mas mecanismos que a viabilizem de forma harmônica com um processo penal garantista, posto que no atual cenário a impronúncia apenas auxilia para um estado de insegurança ao estabelecer que diante de dúvida o magistrado poderá dar fim ao processo, mas sem absolver o acusado, uma vez que o mesmo poderá ser novamente denunciado pelo mesmo fato caso surjam novas evidências, sacrificando o princípio da presunção de inocência e gerando um “estado de pendência” que irá perdurar enquanto não ocorrer a prescrição do suposto ilícito, razão pela qual o autor propõe um prazo menor que o prescricional para que a acusação traga novos elementos probatórios, sob pena de extinção de punibilidade do acusado.

Ronaldo José Dos Santos , Alexander Rodrigues de Castro e Letícia Carla Baptista Rosa Jordão, na pesquisa “A CONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DAS

ENTORPECENTES PARA CONSUMO PESSOAL: UMA ANÁLISE DA OBJETIVIDADE JURÍDICA DA LEI DE DROGAS EM RELAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE DO USUÁRIO”, diante do atual debate sobre a constitucionalidade do porte de droga para consumo pessoal previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, procuram defender que embora haja a necessidade de se resguardar os direitos à intimidade e privacidade, bem como a própria autonomia do indivíduo, tendo em vista a nocividade social inerente às drogas ilícitas, a criminalização de seu porte para uso se justifica conforme uma política de prevenção.

Gustavo Mamede Sant'anna Xará , Hellen Borges Silva e Maria Clara Neves Soriano, no trabalho “AÇÕES NEUTRAS QUANTO POSSIBILIDADE OU FAVORECIMENTO DE REALIZAÇÕES DE FATOS ILÍCITOS: TEORIA DOS PAPÉIS E DA PROIBIÇÃO DO REGRESSO DE GÜNTHER JAKOBS”, dissertam de forma bastante esclarecedora sobre institutos relacionados aos critérios de imputação objetiva desenvolvidos pela doutrina alemã quanto à não imputação do resultado ao agente nos casos de ações socialmente neutras e proibições de regresso quando o risco gerado não é juridicamente proibido, solucionando certos casos concretos que pela doutrina tradicional finalista (incluindo a que vem sendo adotada no Brasil) não se resolveriam. Os autores se referem à hipóteses em que o agente acaba contribuindo com determinado crime de maneira consciente, mas sem extrapolar o que se define como normal em sua atividade de rotina, afastando assim uma responsabilização criminal pelo concurso de agentes.

Jonathas Pereira dos Santos e Bartira Macedo Miranda apresentam uma pesquisa intitulada “A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO: O QUE SE ENTENDE POR FUNDADAS RAZÕES PARA A BUSCA DOMICILIAR? DISSENSÕES ENTRE STJ E STF”. Aqui os autores trazem um pertinente estudo sobre a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio e os limites necessários para as suas exceções, notadamente quanto às investidas policiais quando, diante de fundadas razões da ocorrência de um flagrante delito no interior da residência, é autorizada sua entrada forçada, embora a lei não defina o que seriam essas fundadas razões, gerando uma grande divergência na jurisprudência dos Tribunais Superiores, se haveria necessidade de conhecimento prévio sobre o delito praticado na residência ou se basta o fato criminoso em si, o qual só vem a ser conhecido após a entrada ilícita no domicílio.

O artigo “PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E SUA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL PENAL”, da autoria de Raphael Quagliato Bellinati , Franciele Lippel Laubenstein e Carlos Antônio Sari Júnior, aborda a importante temática pertinente a principiologia. Trata-se de abordagem dogmática que busca identificar sua alocação dentro

do direito penal e constitucional, revelando princípio de interpretação de condutas e garantias do sistema.

O trabalho de Bráulio da Silva Fernandes e Nicole Emanuelle Carvalho Martins, “ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO BEM JURÍDICO PATRIMÔNIO E SUA FORÇA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO”, revela como o princípio da insignificância se relaciona com a legislação criminal brasileira. Considerando nosso DP patrimonialista e a desigualdade perante o sistema capitalista no caso concreto, pensa sobre a possibilidade de, partir da lei 13.964/2019, ser aplicado por analogia.

Nena Mendes Castro Buceles e Isa Debora Pinto Lopes apresentaram o artigo “RESPONSABILIDADE PENAL DAS EMPRESAS E DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO EM CASOS DE ACIDENTE DE TRABALHO” segundo uma perspectiva dos crimes culposos e omissivos quanto à responsabilidade criminal dos técnicos de segurança do trabalho e dos membros da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes e Assédio (CIPA).

O artigo “CRIME DE INFANTICÍDIO: ANÁLISE HISTÓRICA, IMPORTÂNCIA NO DIREITO E NARRATIVA NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI” de Cibele Faustino de Sousa e Cristiane Eusébio Barreira apresenta análise das decisões dos Tribunais do Júri no Ceará., bem como reportagens publicadas em jornais do Ceará.

“O SISTEMA ACUSATÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E SUA (IN) COMPATIBILIDADE COM O ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL”, apresentado por Willibald Quintanilha Bibas Netto, Murilo Darwich Castro de Souza e Giovanna Gabrielly Gomes Pinheiro, discute o do artigo 3-A do Código de Processo Penal Brasileiro, instituído pela Lei nº 13.964/19, e conclui pela necessidade de manifestação pelo Supremo Tribunal Federal.

Na sequência das apresentações, Daniel Vitor Silva Queiroz e Dierick Bernini Marques Costa expuseram o trabalho intitulado “SONEGAÇÃO FISCAL E LAVAGEM DE DINHEIRO: ANÁLISE DA SÚMULA VINCULANTE N.º 24” abordando questões conceituais e tecendo análises a partir de casos concretos e da construção do entendimento sumulado pelo STF.

No contexto da necessária afirmação do devido processo legal, Ezequiel de Sousa Sanches Oliveira apresentou o artigo “ENSAÍSTICA SOBRE AS NULIDADES NO PROCESSO PENAL” situando o debate entre o apego às formas e a instrumentalização do processo penal constitucional.

Por fim, Bruno Leonardo Valverde da Silva Pinto expôs o artigo intitulado “UMA ANÁLISE DA VALORAÇÃO PROBATÓRIA DA PALAVRA DA VÍTIMA”, trazendo em perspectiva interdisciplinar os debates da vitimologia, a necessária cultura de direitos e a preservação da pessoa.

Como coordenadores, honra-nos reunir essa variedade de textos e colaborar na condução de um evento marcado pelo proveitoso diálogo acadêmico e multiplicidade de visões. Espera-se que a presente publicação possa contribuir para o aprofundamento das temáticas abordadas e seus valores agregados, bem como para o engajamento junto ao Direito voltado a pensar problemas e a propor soluções. Estamos satisfeitos com a qualidade das exposições!

Nossos cumprimentos ao CONPEDI pela organização do evento e pela publicação desta obra coletiva. Boa leitura!

Prof. Dr. Dani Rudnicki (Universidade La Salle)

Prof. Dr. Luciano Filizola da Silva (UNIGRANRIO e UCB)

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus (Uema, Ceuma e Universidade de Salamanca)

UMA ANÁLISE DA VALORAÇÃO PROBATÓRIA DA PALAVRA DA VÍTIMA

AN ANALYSIS OF THE EVIDENTIARY VALUE OF THE VICTIM'S WORDS

Bruno Leonardo Valverde da Silva Pinto
Fábia Ribeiro Carvalho De Carvalho

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo analisar a valoração probatória da palavra da vítima como elemento único no crime de estupro à luz do princípio da imparcialidade do julgador no Processo Penal brasileiro de maneira a encontrar possíveis saídas para a não perpetuação de condenações injustas e, com isso, o incremento da violência e da população carcerária. Para o desenvolvimento do trabalho, adotou-se como metodologia o estudo bibliográfico. O raciocínio dedutivo foi eficaz para o desenvolvimento e organização das ideias e a investigação do tema. O material utilizado foi do tipo jurídico descritivo. A abordagem optou-se por uma análise teórica ancorada nos seguintes procedimentos: Pesquisa Bibliográfica a partir da revisão de literatura sobre a temática abrangendo livros, palestras, sites e legislações. Conclui-se que há uma necessidade premente de criação de balizadores para as decisões judiciais acerca da culpabilidade dos acusados pela prática do crime de estupro em que só há como prova a palavra da vítima, utilizando, para tanto, mecanismos que possam diminuir as incertezas no que se refere ao material probatório, como a formação de standards primariamente auferíveis.

Palavras-chave: Valoração probatória, Estupro, Palavra da vítima, Imparcialidade do julgador, Processo penal

Abstract/Resumen/Résumé

The present work aims to analyze the probative valuation of the victim's word as a unique element in the crime of rape in the light of the principle of impartiality of the judge in the Brazilian Criminal Procedure in order to find possible solutions for the non-perpetuation of unjust convictions and, with that, the increase in violence and the prison population. For the development of the work, the bibliographic study was adopted as a methodology. Deductive reasoning was effective for the development and organization of ideas and the investigation of the theme. The material used was of the descriptive legal type. The approach was chosen for a theoretical analysis anchored in the following procedures: Bibliographic Research from the literature review on the subject covering books, lectures, websites and legislation. It is concluded that there is an urgent need to create benchmarks for judicial decisions about the guilt of those accused of committing the crime of rape in which there is only the victim's word as evidence, using, for that purpose, mechanisms that can reduce uncertainties in the which refers to evidentiary material, such as the formation of primarily audible standards.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Evidential assessment, Rape, Word of the victim, Impartiality of the judge, Criminal procedure

INTRODUÇÃO

Se pudesse ser traduzido em poucas palavras o que seria o Direito Penal e qual a sua função no plano jurídico, pode-se dizer que firma-se como o ramo do Direito responsável por tutelar os bens jurídicos mais relevantes, de forma a servir sempre como *ultima ratio*, ou seja, como o último instrumento a ser utilizado pelo Estado quando outros já não são mais suficientemente eficazes na solução dos dissídios existentes na sociedade, selecionando determinadas condutas como criminosas e impondo-lhes, com isso, uma resposta penosa a aqueles que as praticam.

O caminhar histórico representou um avanço importante, haja visto que aos poucos foram sendo deixadas para trás as chamadas vinganças privadas, que eram praticadas nos primórdios das primeiras civilizações, para aquilo que convencionou-se como pena, sendo as primeiras destas as capitais e depois as de privação da liberdade.

Nesse contexto, o Estado passou a exercer exclusivamente o poder de punir, protegendo não somente a sociedade, mas também o próprio sujeito que viesse a praticar aquelas condutas tidas como delituosas pelo ordenamento jurídico, na medida em que obstou que este seja alvo de punições indevidas e em excesso, estabelecendo limites e formas através de leis que regem a resposta estatal.

Como bem aduz Paulo Queiroz:

Cabe conceituar assim, e preliminarmente, o direito penal como o conjunto das normas jurídicas que, materializando o poder punitivo do Estado, define as infrações penais (crimes e contravenções) e comina as sanções correspondentes (penas, medidas de segurança ou outra consequência legal), estabelecendo ainda os princípios e garantias em face do exercício deste poder, ao tempo em que cria os pressupostos de punibilidade (Queiroz, 2008, Pág. 05).

Conclui-se, desta forma, que o Direito Penal *per se* não possui o condão de auto aplicação das penas por ele concebidas, senão por meio de uma série de procedimentos estabelecidos por lei, que concatenados estruturalmente formam o processo. Neste caso, será o chamado Processo Penal.

Afirma Aury Lopes Jr. que:

Existe uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena. Assim, fica estabelecido o caráter instrumental do processo penal como relação ao Direito Penal e à pena, pois o processo penal é o caminho necessário para a pena (Lopes Jr., 2013, Pág. 76).

Nesta mesma linha é cognoscível que se o Estado é o legítimo detentor do poder de punir e o Processo Penal é o meio pelo qual poderá este ser exercido, por outro lado, este mesmo Processo Penal surge como um verdadeiro delimitador deste poder, já que passou, por meio de regras previamente fixadas, a predeterminar a forma como cada engrenagem dentro dessa dinâmica de concatenados procedimentos deve funcionar, ou seja, atuando como garantidor de direitos a todos os indivíduos ao traçar as fronteiras do poder estatal.

É importante que se diga, entretanto, que toda essa concepção de Direito Penal e de Processo Penal não nasceu repentinamente em um curto espaço de tempo, mas foi sendo paulatinamente construída através dos mais variados acontecimentos históricos que marcaram o mundo, podendo ser destacados os Movimentos Iluministas, a Revolução Francesa, o Movimento de Independência dos Estados Unidos, as duas Grandes Guerras Mundiais e a Revolução Industrial, que foram responsáveis não só pelo rompimento da estrutura social, como também pelo surgimento de direitos e obrigações existentes entre os indivíduos e o Estado.

Sendo reconhecida a relevância da grande maioria destes e sobrelevados a categoria de direitos tidos como fundamentais a todos os seres humanos, alicerçando, posteriormente, as várias Constituições que foram surgindo no transcurso da história e dando os contornos das democracias modernas ao balizar as ações do Estado, o Direito Penal e o Processo Penal se consubstanciaram como o termômetro mais eficiente dos níveis democráticos por estes alcançados.

Alude Goldschmidt que:

os princípios da política processual de uma nação nada mais são do que segmentos de sua política estatal em geral. Pode-se dizer que a estrutura do processo penal de uma nação nada mais é do que o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição. A partir dessa experiência, a ciência processual desenvolveu uma série de princípios opostos que constituem o processo (Goldschmidt, 2000, Pág. 6).

O Processo Penal é, portanto, o instrumento mais indicativo do grau civilizatório e de democracia de uma nação, sendo os sistemas processuais penais formadores da base de todo o conjunto lógico normativo de aplicabilidade e de funcionalidade dos institutos que o compõem.

1. As faces de um Processo Penal: a escolha brasileira pelo sistema acusatório

Para entender as bases que organizam o funcionamento do Processo Penal implementado por determinado Estado é crucial a análise sistemática kantiana¹ dos seus institutos, partindo da função exercida por cada ator processual, passando pela gestão probatória, chegando às dinâmicas e aplicabilidades dos instrumentos jurídicos.

Conforme sustenta Coutinho:

Ora, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória, a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador. Com efeito, pode se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao inquisidor (Coutinho, 2000, Pág. 03).

Desta forma, a maneira pela qual se pode identificar o Sistema Processual adotado por cada Estado reside não só na divisão entre quem acusa e quem irá resistir a esta pretensão acusatória, mas, fundamentalmente, em saber com quem ficará a gestão da prova.

Isso porque no Sistema Inquisitivo a prova no Processo Penal é gerida não pelas partes e sim pelo julgador, que imbuído do objetivo de encontrar aquilo que acredita ser uma verdade única e real para o que ocorrera em determinado caso penal, passa a conduzir todos os atos praticados.

Por essa razão que tão bem afirma Cordero que:

A solidão em que trabalham os inquisidores, nunca expostos a interrogatórios, fora das grandes dialéticas, pode ser aquela alegria do trabalho policial, mas desenvolve quadros mentais paranoicos. Chamemos-lhes “primazia da hipótese sobre os fatos”: o investigador segue uma, às vezes de olhos fechado; nada a garante mais fundamentada do que as alternativas possíveis, nem esta profissão estimula o cuidado autocrítico; como todas as cartas do jogo estão em sua mão e foi ele quem começou, ele apostou na “sua” hipótese (Cordero, 1986, Pág. 51).

Fato é que é no Sistema Inquisitivo que surge a figura do juiz inquisidor, aquele que ignora a noção de que é impossível se chegar a uma verdade sobre os fatos de forma estritamente semelhante ao que ocorrerá no caso apurado através do Processo Penal, e, por essa razão, age de ofício indo em busca das provas que possam confirmar a tese que parece ser a mais plausível a sua preconcepção punitiva, não havendo para tanto nenhuma limitação ao exercício dos seus poderes.

Cauciona Khaled Jr. que:

¹ Immanuel Kant, em sua obra *Crítica da Razão Pura*, passou a buscar a verdade em estruturas complexas através de conjuntos (*sýstema*) de elementos observados a partir de uma ideia única.

Não há mecanismo capaz de eliminar os inúmeros impedimentos à obtenção de uma verdade correspondente ao real, que efetivamente possibilite essa ideia de que o historicamente verificável possa ser obtido sem qualquer espécie de deformação. Trata-se de uma concepção superada de cientificidade para as próprias ciências naturais que originaram: é uma negação explícita da complexidade, combinada com uma crença infundada na capacidade da técnica para extrair a essência do real. A ideia de verdade correspondente ao real não corresponde ao desafio que representa a obtenção de conhecimento sobre o passado e é manifestamente inadequada para expressar a dinâmica característica do processo. Inclusive pode ser dito que a grosseira simplificação que resulta dessa percepção impede que concepções mais condizentes com a concretude das coisas venham a prosperar (Khaled Jr., 2013, Pág. 173).

Ao contrário de tudo isso, no Sistema Acusatório a gestão das provas precisa indispensavelmente ficar nas mãos das partes, ocupando o julgador tão e somente a posição de um terceiro imparcial que forma a sua convicção a partir dos elementos que foram constituídos no processo, impondo ao acusador a incumbência da comprovação da sua tese acusatória.

Afirma Prado que:

A construção teórica do princípio acusatório há de consumir-se mediante oposição ao princípio inquisitivo. São antagônicas as funções que os sujeitos exercem nos dois modelos de processo. É desse antagonismo, portanto, que as diferenças devem ser extraídas. Assim, se na estrutura inquisitória o juiz “acusa”, na acusatória a existência de parte autônoma, encarregada da tarefa de acusar, funciona para deslocar o juiz para o centro do processo, cuidando de preservar a nota de imparcialidade que deve marcar a sua atuação (Prado, 2005, Págs. 173 e 174).

Sendo assim, as principais diferenças que podem ser apontadas entre os Sistemas Inquisitivo (ou Inquisitório) e Acusatório centram-se basicamente: I) na existência ou não de divisão de funções entre o órgão que acusa e o que julga; II) no distanciamento do julgador quanto a gestão da prova; III) no tratamento igualitário entre as partes; IV) na publicidade e oralidade dos procedimentos; V) no respeito ao contraditório e a ampla defesa; VI) na ausência tarifária das provas; VII) na formação de uma coisa julgada ao final do processo; VIII) na possibilidade de revisão das decisões por um órgão de uma instância superior.

Há ainda uma terceira categoria de sistema que é defendida por alguns juristas como Sistema Misto e que para muitos, por existir uma divisão em uma fase processual preliminar de investigação de caráter inquisitório e uma fase que a sucede e que é processual acusatória, apontam ter sido adotado aqui no Brasil. Ou seja, por apresentar características tanto do Sistema Inquisitivo como também do Sistema Acusatório, teria o Brasil aderido ao Sistema Misto.

Uma incongruência enorme frente aos aspectos comportamentais completamente distintos e a essência de cada um destes dois já referidos Sistemas, algo que parte da Doutrina entende ser uma classificação falaciosa, pois, por mais que não exista um sistema puro, é

impossível que as suas formas se mesclêm e que isso, conseqüentemente, venha a funcionar com uma regular harmonia, posto que sempre haverá uma sobreposição do sistema mais autoritário frente ao democrático.

1.1. Uma releitura constitucional do Processo Penal brasileiro

Com o advento das constituições modernas, ocupando não só posição primordial na organização e funcionamento do Estado, mas também sendo a fonte primária de proteção dos direitos fundamentais, fundando uma concepção pretendida de democracia, o Processo Penal passou por profundas transformações, sendo a delimitação do poder punitivo estatal a marca da maioria dessas mudanças, abandonando um padrão predominantemente inquisitorial para uma conjuntura acusatória.

A Constituição Federal de 1988 trouxe para a realidade brasileira uma série de direitos e garantias fundamentais asseguradas por sua força normativa, assim como passou a delinear todo o Processo Penal, que, diante desse novo cenário, foi forçado a passar por uma releitura e a mudar completamente a dinâmica dos seus procedimentos, do papel de cada um dos seus atores e das questões relacionadas a gestão probatória.

Depois de uma série de reformas, o Código de Processo Penal brasileiro foi sendo pouco a pouco transmutado na medida em que a própria Constituição foi incorporando novos mandamentos legais que contemplavam o avanço na esfera dos Direitos Humanos com a sua internalização advindas de tratados e convenções internacionais nas quais o Brasil se tornou signatário, como o que ocorreu através da Emenda Constitucional nº 45 em que foram incorporados com o status de normas supralegais.

No que se refere ao Sistema Processual eleito pela Constituição Federal de 1988 não resta dúvidas o perfilhamento ao Sistema Acusatório, bastando uma breve análise dos princípios esboçados como: da inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, artigo 5º, XXXV), do devido processo legal (CF, artigo 5º, LIV), do pleno acesso à Justiça (CF, artigo 5º, LXXXIV), do juiz e do promotor natural (CF, artigo 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário e equidistante das partes (CF, artigo 5º, caput e I), da ampla defesa (artigo 5º, LV, LVI, LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (artigo 93, IX) e da presunção da inocência (CF, artigo 5º, LVII).

Da análise do Código de Processo Penal vigente, entretanto, é possível detectar que, na contramão do Sistema Processual Acusatório eleito pela Constituição Federal, há um claro favorecimento às aspirações e comportamentos autoritários que são inerentes a essência do

Sistema Inquisitivo. Afinal, trata-se de um Código que tem sua origem no Código *Rocco* fascista italiano lajeado por uma mentalidade absolutamente inquisitiva.

Por tudo isso, não são raros os pontos de incongruência encontrados no Processo Penal brasileiro em que vão se transformando em um rota para uma série de arbitrariedades praticadas em detrimento de direitos e garantias fundamentais que gozam de proteção constitucional e que são alijadas pelo aumento ilegal do alcance do poder punitivo estatal.

Contudo, o cenário passa a ser ainda mais devastador já que na realidade brasileira as classes sociais menos favorecidas são sempre os alvos preferenciais do Direito Penal, como se pode perceber através dos indicies anualmente divulgados pelos órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário a respeito da população carcerária, que dão ao Brasil hoje o posto de terceira maior do mundo, atrás apenas de Estados Unidos e China.

1.2. A necessidade de reforma do Processo Penal Brasileiro: rompendo com a mentalidade inquisitória ainda existente

O Código de Processo Penal (CPP) brasileiro é datado de 03 de Outubro de 1941, quando o então Presidente da República, Getúlio Dorneles Vargas, em plena constância do Estado Novo, período histórico reconhecidamente ditatorial, encomendou através do seu Ministro da Justiça na época, Francisco Campos, que trouxe a cópia do código fascista italiano, razão pela qual tem toda a sua essência impregnada por uma mentalidade autoritária.

Isso já pode ser visto logo em um dos trechos da sua Exposição de Motivos quando aduz que:

II – De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido

individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.

Mesmo com todas as reformas que este Código tenha experimentado nas últimas décadas para se aproximar de uma leitura à luz da atual Constituição Federal, não se pode até hoje afirmar que isso o permitiu romper com as suas facetas mais inquisitórias, sendo necessária uma reafirmação dos princípios constitucionais.

De uma simples análise é possível perceber a nítida existência das mais variadas características inquisitórias ainda presentes em muitos dos institutos presentes no Código, como, por exemplo, na autorização para o juiz agir de ofício na requisição de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP), na determinação da produção de provas (art. 156 do CPP), na inquirição de testemunhas (art. 209 do CPP), na decretação da prisão preventiva (art. 311 do CPP) e na possibilidade de condenar o réu, mesmo diante de um pedido de absolvição por parte da acusação (art. 385 do CPP).

Neste diapasão, ensina Giacomolli que:

O Código de Processo Penal, concebido na década de 1940, tem perfil essencialmente inquisitorial, marcadamente no que tange à prova e na atuação do magistrado. Alguns meios de prova e certos meios de busca da prova foram regulamentados e algumas leis esparsas regulam outros meios de busca de elementos probatórios, tais como as interceptações de comunicações, de dados informáticos e telemáticos, captação e interceptação ambiental, infiltração de agentes, por exemplo. A ausência de um regramento claro de toda a sistemática probatória, mormente dos meios de prova e dos limites impostas à sua admissibilidade, é um fenômeno típico do modelo inquisitorial de processo ou de um paradigma com forte tendência inquisitorial. Por outro lado, no modelo acusatório de processo, a prova recebe uma objetiva e completa regulamentação. Não é o que se observa do Código de Processo Penal brasileiro da década de quarenta; tampouco isso se pode inferir das leis que, de forma assimétrica, preveem alguns meios diferenciados para colher a prova. A falta de uma consistente regulamentação advém do perfil inquisitorial que sustenta o nosso Código de Processo penal e toda a legislação engendrada posteriormente (Giacomolli, 2015, Pág. 143).

Desde que entrou em vigência, entretanto, várias foram as tentativas de reformas efetivas que foram sendo propostas durante todo o período: I) Comissão Tornaghi (1961); II) Anteprojeto Frederico Marques (1967); III) Projeto de reforma de 1983; IV) Projeto Sávio de Figueiredo (1992); V) Comissão Grinover (1999); VI) Projeto 156 do Senado da República.

Nos anos de 2008 e 2011 uma série de mudanças foram promovidas no Código de Processo Penal através das Leis nº 11.719/08, nº 11.689/08, nº 11.690/08 e nº 12.403/11, alterando vários dispositivos relativos à temporalidade para a prática dos atos processuais, às provas, às regras do Tribunal do Júri, à prisão processual, à fiança e à liberdade provisória, bem como outras medidas cautelares. No entanto, apesar dessas mudanças terem sido extremamente

significativas, não tiveram o condão de romper com a mentalidade inquisitória que permeia o Processo Penal brasileiro até então, haja vista os poderes instrutórios que ainda persistem em serem represados na figura do julgador.

Em 23 de Janeiro de 2020 entrou em vigência, após ser aprovada no Congresso Nacional e sancionada pela Presidência da República, a Lei nº 13.964/19, uma alteração legislativa conhecida pela denominação de Pacote Anticrime, que, após um período de efervescência política, trouxe novas mudanças não só ao Código de Processo Penal, mas também ao Código Penal, à Lei de Execuções Penais e para as demais Legislações Penais Extravagantes.

No Processo Penal, várias foram as alterações provocadas com a constância dessa nova realidade normativa, como, por exemplo, com a criação do Juiz das Garantias, o Acordo de Não Persecução Penal, a Cadeia de Custódia, a imposição para o Juiz não poder agir de ofício no curso da investigação e a obrigação da Prisão Preventiva ser analisada a cada 90 (noventa) dias.

Muitos foram os avanços no que se refere a uma legislação processual penal mais democrática, mas, por outro lado, essa mesma Lei nº 13.964/19 aprofundou ainda mais as influências inquisitoriais em diversos aspectos, como por exemplo, ao vedar a concessão de liberdade provisória em sede de audiência de custódia aos acusados de integrar organização criminosa, através da nova redação dada no art. 310, §2º do CPP.

Paralelo a concepção dessa nova lei, tramita no Congresso Nacional desde o ano de 2010 o Projeto de Lei nº 8.045 de 21 de Dezembro de 2010 que visa a reforma do Código de Processo Penal e que muito antes já trazia a previsão de vários institutos trazidos pela Lei nº 13.964/19, mas que, ao contrário desta famigerada modificação legislativa já perpetrada, se adequa muito mais ao modelo Acusatório ao romper com as amarras de um Código de origem declaradamente fascista, fazendo uma verdadeira releitura constitucionalizada de todo o Processo Penal, ainda que já tenham sido feitas muitas deformações no texto originário.

Todavia, como mais uma vez acertadamente é destacado por Coutinho (2023) “pode-se ter um novo CPP, constitucionalmente fundado e democraticamente construído, mas ele será somente linguagem se a mentalidade não mudar”. É premente que antes de se pensar a respeito de um novo Código Processual Penal que haja uma verdadeira transformação na mentalidade inquisitória que permeia todo o Sistema de Justiça Criminal no Brasil.

Constata-se com tudo isso que o Processo Penal brasileiro permanece muito distante de efetivar a base acusatória pretendida pela Constituição Federal, tendo nas suas inadequações autoritárias o reflexo de uma mentalidade que foi talhada por um histórico escravagista, classicista e desigual que forjou a memória nacional e, por conseguinte, o funcionamento das instituições públicas, dos órgãos e poderes estatais.

2. O Princípio da Imparcialidade do Julgador no Processo Penal Brasileiro

A opção do sistema acusatório feita pela Constituição Federal de 1988 se evidencia não só pelo espírito democrático que já é de sua essência, mas se materializa através dos princípios que a rege, como da inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, artigo 5º, XXXV), do devido processo legal (CF, artigo 5º, LIV), do pleno acesso à Justiça (CF, artigo 5º, LXXXIV), do juiz e do promotor natural (CF, artigo 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário e equidistante das partes (CF, artigo 5º, caput e I), da ampla defesa (artigo 5º, LV, LVI, LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (artigo 93, IX) e da presunção da inocência (CF, artigo 5º, LVII).

Segundo Robert Alexy:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas (Alexy, 2008, Pág. 87).

Dentre os princípios mais basilares para a definição do Sistema Processual adotado por cada Estado, o Princípio da Imparcialidade do Julgador se mostra como fundamental para identificar se há um alinhamento correto com o Sistema Acusatório ou com o Sistema Inquisitivo.

Como já mencionado, a primeira forma de saber com qual dos dois Sistemas Processuais determinado Estado está seguindo é através da forma como o julgador conduz a gestão da prova, agindo de forma a garantir um distanciamento fundamental do conteúdo probatório que lastreará uma determinada acusação.

A escolha por um modelo acusatório em que o juiz precisa adotar uma conduta de total imparcialidade reflete diretamente na eficiência da garantia de um resultado processual que consiga refletir uma maior aproximação com o que realmente ocorreu em um caso concreto, pois se o processo é o único meio para reconstrução dos fatos pretéritos que gerarão efeitos no futuro, somente através de um afastamento do julgador do material probatório no momento presente que assegurará que a decisão exarada foi a mais condizente com o que estava sendo apurado.

No Sistema Inquisitório era muito comum a figura do julgador que ao se deparar com a apresentação de um caso penal agia de ofício em busca dos elementos de prova que pudessem

racionalizar a sua preconcepção acerca da realidade fática, sendo, na maioria das vezes, a condenação do acusado uma consequência inescapável. Contando, para isso, com uma série de instrumentos comuns ao pensamento autoritário como a utilização da tortura, da prova tarifada, da não publicização dos atos processuais, entre tantos outros.

Com todo o transcorrer histórico em que direitos e garantias fundamentais foram sendo reconhecidos e a dignidade da pessoa humana foi sendo trazida ao centro das transformações sociais, o juiz inquisidor passou a se notabilizar como incompatível com essa nova realidade, passando o modelo acusatório a transmutar o papel exercido pelo julgador para o local de total imparcialidade em que ao acusado recebe o irrepreensível status de presumidamente inocente e para a acusação o dever de demonstrar através de elementos comprobatórios a sua tese acusatória.

Aduz mais uma vez Giacomolli:

Em face da necessária aderência das normas às Cartas Constitucionais e da normatividade doméstica à normatividade constitucional, não encontra mais suporte o sistema inquisitorial, o qual está superado historicamente. Há um sistema processual normatizado, de acordo com a constitucionalidade de cada país, respeitada a convencionalidade ou, quando não reformado, com exigência irrenunciável à aderência constitucional. Portanto, os sistemas processuais criminais contemporâneos são sistemas constitucionais (também poderiam ser denominados democráticos, humanitários ou constitucionais-convencionais) (Giacomolli, 2016, Pág. 96).

A imparcialidade do julgador, portanto, passou a ser, antes de tudo, um ponto fundamental não só para nortear a escolha pelo sistema processual com um grau de cientificidade eficientemente aprovável, mas para estabelecer qual o grau de civilidade e democracia que está sendo proclamado por determinado Estado, sendo imprescindível a análise dos mais variados instrumentos processuais.

2.1. A garantia da imparcialidade do Julgador

A garantia da imparcialidade do julgador foi introduzida na Constituição Federal de 1988 através do princípio do juiz natural presentes no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, partindo de uma compreensão democrática de que somente por meio de um juízo ou tribunal previamente estabelecido é que se poderá processar e julgar as acusações da prática, alinhando-se com o que preceitua a Convenção Americana de Direitos Humanos, que, no seu artigo 8º, aduz que “todo indivíduo tem o direito de ser ouvido por um "juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente pela lei".

Pensar em um Sistema Processual verdadeiramente acusatório é, sobretudo, pensar na função exercida pelo juiz dentro do processo e na necessidade de distanciamento da gestão probatória, dando às partes o local de protagonismo e em especial a acusação a obrigação de comprovação da sua tese e ao acusado o direito de contrasta-la ou de refuta-la integralmente, atendo-se, desta forma, a um espaço de completo desconhecimento prévio, ou seja, de um “não saber” no que se refere algum tipo de compreensão prévia antecipada a toda essa dinamicidade.

Segundo bem fixa Casara:

Imparcialidade é sinônimo de alheabilidade; ou seja, o julgador deve estar equidistante dos interesses veiculados pelas partes e não pode retirar proveito do processo. Juiz imparcial é aquele que não tem interesse, próprio ou de pessoa que lhe seja próxima, no julgamento. Trata-se de um dos pilares da estrutura da função jurisdicional (Casara, 2015, Pág. 144).

Há uma independência que deve ser garantida ao juiz no Processo Penal de matriz acusatória para que atue de forma contramajoritária, ou seja, ainda que em dissonância com o interesse de uma maioria momentânea, mas que não significa uma desobrigação aos ditames da Constituição e das demais leis vigentes, devendo deixar claro a motivação de suas decisões, sendo inconcebível ainda que no exercício da sua função de julgar o caso penal possa cumulativamente investigar se determinada acusação deve ou não prosperar. Algo que infelizmente até então encontra guarida no atual Código Processual em diversos dispositivos como nos artigos 127, 156, 209, 242 e 385, demonstrando o grau de comprometimento autoritário presente na nossa legislação.

É inescusável que se busque, no entanto, medidas de redução de danos para que o juiz não se curve as sedutoras armadilhas autoritárias de ir além dos limites legais que são inerentes a sua função dentro de um Processo Penal acusatório.

2.2. A relação entre a imparcialidade do juiz e a presunção de inocência do acusado

A imparcialidade do juiz no Processo Penal encontra balizas expressas em outros princípios acusatórios que delimitaram o alcance do poder estatal, sendo a presunção de inocência o mais salutar destes.

Quanto a importância da presunção de inocência, destaca Badaró que:

Não seria exagero considera-la pressuposto de todas as outras garantias do processo penal. Trata-se de garantia que marca a posição do acusado como sujeito de direito no processo penal. Não mais uma fonte detentora de toda a verdade a ser extraída, para não dizer extorquida, mediante tortura, para obter a confissão ex ore rei. O

acusado, presumido inocente, é um sujeito de direito, a quem se assegura a ampla defesa, com o direito de produzir provas aptas a demonstrar sua versão defensiva. De outro lado, lhe é assegurado, de outro, o direito ao silêncio, eliminando qualquer dever de colaborar com a descoberta da verdade. A prova da imputação cabe à acusação e integralmente à acusação (Badaró, 2019, Pág. 25).

Além de expresso no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o princípio da presunção de inocência é verificado também no art.8º, nº 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, estabelecendo que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Certo é que se a função do juiz no Processo Penal que se diz democrático não admite que lhe seja dada a gestão da prova e também lhe é exigido que não só cumpra com o dever de respeito a presunção de inocência do acusado enquanto imposição legal, mas que garanta a este tratamento de não culpabilidade quanto ao fato imputado.

Segundo Moraes

A presunção de inocência, como “norma de tratamento”, tem relevância pois por ela se garante que, até o término do devido processo penal, a esfera de direitos dos indivíduos não sofrerá com eventuais atos estatais violadores. Porém, isso será tanto mais efetivo e garantido se o julgador, a cada instante que seja chamado a decidir (p. ex., admissibilidade da acusação, determinação de medida coativa de qualquer espécie, julgamento de mérito) demonstre em sua motivação que, baseado em um mínimo probatório lícito e necessário ao nível cognitivo daquela decisão, não teve dúvida ao proferi-la (Moraes, 2010, Pág. 426).

Evidente, por conseguinte, que o trabalho do julgador dentro de um Processo Penal acusatório está pautado a um irrestrito respeito a presunção de inocência do acusado, do qual se originam outros dois importantes princípios; o *in dubio pro reo* ou do *favor rei*, que nas palavras de Duclerc:

No que respeita à disciplina jurídica da prova, decorre do princípio a atribuição do ônus da prova integralmente à acusação. Quem é verdadeiramente inocente não precisa provar aquilo que já é verdadeiro. E daí deriva, ademais, o chamado princípio do *in dubio pro reo*, ou princípio do *favor rei*, conforme o qual, no conflito entre provas umas sinalizando em favor da tese acusatória, outras surgindo em seu desfavor, deve o juiz considerá-la como não provada (Duclerc, 2016, Pág. 53).

Sendo assim, cabe ao juiz imparcial e que respeita os princípios que conduzem as regras processuais penais ater-se tão e somente ao conteúdo probatório produzido no curso do processo pelas partes, com o imperativo de que caberá ao órgão acusador a tarefa de comprovação da sua tese acusatória, e, havendo dúvidas quanto a culpabilidade do acusado, deliberar pela sua

absolvição, sempre apresentando de forma fundamentada na sua decisão os motivos que os levaram a sua conclusão para o caso penal.

3. A valoração probatória no Processo Penal Brasileiro e o livre convencimento motivado do Juiz no crime de estupro

Ciente de que o Processo Penal é o meio pelo qual se pode reconstruir um fato criminoso dando ao fim e ao cabo uma versão aproximada para o que pode ter ocorrido na realidade fática, é inescusável a discussão do caso concreto sem que se examine o conteúdo probatório, que visto pela ótica acusatória, só poderá ganhar relevo após o escrutínio da ampla defesa e do contraditório, sendo o ônus de sua produção dado àquele que acusa.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu através do artigo 93, inciso IX, que todas decisões tomadas no âmbito do Poder Judiciário devem ser devidamente fundamentadas, fixando uma obrigação para o Estado e uma proteção para os jurisdicionados.

Coube a Doutrina, entretanto, sedimentar que ao julgador é dada a liberdade de formação do seu convencimento a respeito do caso concreto, desde que isso seja feito de forma que fiquem claras em suas decisões as razões que levaram a formar determinado entendimento, o que convencionou-se a chamar de livre convencimento motivado.

Como explica Binder:

O Sistema de livre valoração da prova deixa liberada para o raciocínio do juiz a elaboração das conexões entre hipótese e a informação. Existem duas maneiras de estabelecer um sistema de livre valoração da prova: os chamados sistemas de íntima convicção (em alguns casos também chamados de “livre convicção”), nos quais não é permitido ao juiz que demonstre o modo ou o caminho através do qual constituiu sua convicção e o explique – porque estes sistemas de íntima convicção não requerem a fundamentação da sentença – e o sistema de crítica saudável racional ou crítica racional, onde se pede ao juiz que justifique sua decisão. A diferença entre um e outro não reside no fato de um ser racional e o outro emocional, mas, simplesmente, que no primeiro não é exigida a fundamentação da sentença e, no segundo, é necessária a exteriorização das razões do juiz; por isso, muitas vezes é firmado que o sistema de crítica saudável racional é um sistema intermediário entre a prova legal e a íntima convicção. O primeiro sugere a ideia de controle (manifestada na exigência de fundamentação); o segundo, a ideia de liberdade, manifestada na ausência de regras de fixação da prova, sendo submetido somente aos princípios lógicos de um raciocínio comum. Sem dúvida nenhuma, o sistema de crítica racional ou da crítica saudável é o que oferece maiores garantias e se adapta melhor aos postulados de uma justiça democrática (Binder, 2003, Págs. 204 e 205).

Há, no entanto, um problema a ser enfrentando quando se observa que as decisões judiciais, em seu turno, passaram a ser palco para um subjetivismo invariavelmente descolado

da realidade fático probatória dos casos penais e das respostas que se espera por meio do direito, algo que Streck alerta com bastante propriedade:

Quero dizer que a decisão – no caso, a decisão jurídica – não pode ser entendida com um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução do caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher. Antes disso, há um contexto originário que impõe uma diferença quando nos colocamos diante destes dois fenômenos. A escolha, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso, comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade e, quiçá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade. Portanto, quando um jurista diz que “o juiz possui poder discricionário” para resolver os “casos difíceis” o que quer afirmar é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor lhe convier...! Ora, a decisão se dá, não partir de uma escolha, mas, sim a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito (ressalte-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequado – do direito). (Streck, 2010, Pág. 98)

O parâmetro trazido através do livre convencimento motivado encontrou nas lacunas convenientemente deixadas por um Código de Processo Penal de origem autoritária um esteio perfeito para que o julgador atue à margem do que preceitua a Constituição Federal e rompa, não raras as vezes, com o seu compromisso de imparcialidade, como pode se verificar nos casos dos crimes sexuais, especificamente no crime de estupro.

3.1. A valoração probatória da palavra da vítima como elemento único no crime de estupro e o Princípio da Imparcialidade do Julgador no Processo Penal Brasileiro

A controvérsia surgida acerca do valor probatório da palavra da vítima como único elemento nos casos em que se apura a prática do crime de estupro (art. 213 do CP) encontra terreno fértil na discricionariedade das decisões judiciais prolatadas ao bel prazer do julgador, que, sob pretexto de uma liberdade que lhe foi conferida para decidir, inclina-se a tese acusatória e condena sem o cotejo de demais provas que tenha força para romper com o estado de inocência do acusado.

Embora haja um entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça de que a palavra da vítima são de real valor probatório desde que coerentes com as demais provas trazidas para o processo, espia-se que nas decisões judiciais advindas de juízos primário de

jurisdição um total descompasso com o que preconiza a instância maior, bastando tão e somente a palavra da vítima para que haja uma sumária condenação.

Tudo isso por si só já seria trágico para pretensa construção de um Processo Penal verdadeiramente democrático, mas só representa uma pequena fração das arbitrariedades que envolvem as ações penais dos casos estupro. Não sendo nada incomum o acusado por este tipo penal ver-se desde o primeiro momento alijado do mínimo de tratamento digno da sua presunção de inocência.

O indivíduo que encontra-se no centro da acusação por crime dessa natureza já encara desde a fase de investigação, passando por todo o processo e chegando a sentença (na maioria das vezes condenatória), toda uma série de estigmatizações e violações, uma clara representação daquilo que Günther Jakobs aduziu ser o Direito Penal do Inimigo, bem explicado por Santos:

Jakobs adota a definição de crime celebrizada por Hegel – o crime como negação de validade da norma -, atualizada para redefinir a pena criminal, em duas direções:

a) para o cidadão a pena preservaria o significado simbólico de (re) afirmação da validade da norma, como sanção contra fatos passados:

b) para o inimigo a pena teria o significado físico de custódia de segurança preventiva, como medida para evitar o perigo de fatos futuros. (Santos, 2021, Pág. 333)

Nos casos em que se imputa a prática do crime de estupro baseado apenas na palavra da vítima a relação estabelecida pelo o olhar do julgador desde o primeiro instante com o acusado é de uma abjeta coisificação, enquanto é dada total veracidade a versão acusatória narrada. Desconsiderando, inclusive, não só a ausência de outros elementos probatórios, mas também a possibilidade da acusação ser inverídica pelas mais variadas razões, uma delas a falta de meios seguros para que se possa aferir a manutenção da cadeia de custódia da prova, por exemplo.

Ciente de que o sistema acusatório, ao qual a Constituição Federal elegeu, não admite a figura de um juiz que aja com imparcialidade e em desacordo com a presunção de inocência do acusado, como já demonstrado, nota-se que nos casos de estupro em que só há a palavra da vítima como prova, é inconcebível que ainda se eternizem as sentenças condenatórias exaradas cotidianamente pelo Poder Judiciário brasileiro, sendo urgente uma mudança nesse paradigma processual e na mentalidade inquisitória que ainda o permeia.

É indubitável que há também uma necessidade de implementação de mecanismos legais de controle da produção probatória para suporte da acusação, sendo o estabelecimento na legislação a exigência de standards mínimos a saída mais afiançável e compatível com o Sistema Acusatório.

4. Considerações Finais

Em que pese a Constituição Federal de 1988 ter feito a opção pelo Sistema Processual Acusatório, em que é exigido a figura de um juiz imparcial, o respeito ao estado de inocência do acusado e, com isso, entrega a acusação o ônus de comprovação das suas alegações, o Processo Penal brasileiro mostra-se longe desse ideal democrático. O que fica mais evidente quando se trata dos casos de estupro em que só há palavra da vítima como elemento probatório.

Mesmo havendo entendimento já consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça de que só a palavra da vítima não serve para sustentar uma condenação penal, o dia a dia dos Tribunais espalhados país afora preferem se insubordinar quanto a essa posição e permanecem encarcerando maciçamente pessoas que são acusadas de terem cometido um crime dessa natureza.

Com o prévio estabelecimento de standard de provas e uma mudança na mentalidade autoritária ainda presentes no Processo Penal brasileiro, dentre várias outras medidas, já seriam, no entanto, suficientes para reduzir os riscos de condenações injustas que acometem o Sistema de Justiça Criminal.

Referências

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BINDER, Alberto M. Introdução ao Direito Processual Penal. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.
- CASARA, Rubens R. R. Mitologia Processual Penal – São Paulo: Saraiva, 2015.
- CORDERO, Franco. Guida Alla Procedura Penale. Torino: UTET, 1986.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro. In: Separata ITEC, ano 1, nº 4 – jan/fev/mar 2000.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Novo Código de Processo Penal pede nova mentalidade. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 06 de abril de 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-abr-06/revisao-codigo-processo-penal-demanda-sistema-acusatorio>>. Acesso em: 21 de junho de 2023.
- DUCLERC, Elmir. Introdução aos fundamentos do direito processual penal -1. ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reforma. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>

GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e Pacto de São José da Costa Rica – 3. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016

GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Editorial B de f, 2000.

KHALED JR., Salah H. A Busca da Verdade no Processo Penal: Para Além da Ambição Inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal – 10ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2013

MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

QUEIROZ, Paulo. Direito Penal - Parte Geral - 4ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição [livro eletrônico] – 1. ed. – Tirant Lo Blanch, 2021.

STRECK, Luiz Lenio. O que é isto – decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.