

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Jessian Lee Paz da Silva

STANDARDS DE PROVAS NOS CRIMES SEXUAIS

Porto Alegre

2023

JESSIAN LEE PAZ DA SILVA

STANDARDS DE PROVAS NOS CRIMES SEXUAIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Orlando Faccini Neto.

Porto Alegre

2023

CIP - Catalogação na
Publicação

Paz da Silva, Jessian Lee
Standards de Provas nos Crimes Sexuais / Jessian
Lee Paz da Silva. -- 2023.
50 f.
Orientador: Orlando Faccini Neto.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2023.

1. Standards de prova. 2. Sistemas penais. 3.
Presunção de inocência. 4. Crimes sexuais. I. Faccini
Neto, Orlando, orient. II. Título.

JESSIAN LEE PAZ DA SILVA

STANDARDS DE PROVAS NOS CRIMES SEXUAIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Orlando Faccini Neto.

Aprovada em 17 de abril de 2023

BANCA EXAMINADORA

Prof

Prof

Prof

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é a consolidação de sete anos de aprendizado, de vitórias e derrotas, e apesar de todas as dificuldades, uma pandemia que marcou o final do meu curso, não desanimamos, permanecemos até este momento, de mostrar a dignidade de ser um aluno desta prestigiada instituição, que tem formado inúmeros ilustres operadores do direito, e da própria história dele no Brasil.

Agradeço primeiramente a Deus, pois sou convicto em fé de que há um único criador e redentor dos homens bons, Jesus Cristo o Filho de Deus, que me sustentou até este momento.

Minha amada esposa Daniela que sempre esteve ao meu lado e me apoiou em todo o tempo durante a graduação, que me acompanhou nas manhãs frias de inverno em cafés da manhã antes de ir para a faculdade, e me acolheu em noites de cansaço resultado do trabalho com os estudos.

Aos meus filhos Anne Lee e Ethan Lee, que sempre me incentivavam sem perceberem, dizendo “meu pai é advogado”, com brincadeiras que me faziam esquecer os momentos difíceis e me faziam lembrar o motivo de todo aquele esforço, que não era somente por mim, mas por eles também, e isso me fortalecia a cada dia, animando a chama do meu sonho diariamente.

À minha mãe Janete Paz, que num momento de dúvida me aconselhou “nossa família precisa de um advogado”, quando eu já estava um tanto quanto desanimado com a graduação, desestimulado já com dois cursos começados e nenhum completado, essas palavras me fizeram decidir por um novo curso, uma nova graduação, e no meio desse caminho achar uma nova paixão, o direito.

Ao meu pai, Adames Paz, que meu deu suporte incondicional, financeiro muitas vezes, para que eu pudesse conciliar os estudos, família e trabalho. Mesmo eu já tendo alçado voo do ninho, essa figura de segurança e firmeza sempre esteve presente, me lembrando que muito mais ele tinha se esforçado para me proporcionar a educação que tive, chegando até a um dos cursos mais respeitados, de uma das melhores universidades do país.

Enfim, ao meu irmão pelas risadas e momentos de descontração e apoio mútuo brincando de competir quem iria se formar primeiro, depois de tantos anos buscando encontrar cada um o seu caminho.

Aos irmãos e amigos de minha igreja, ansiosos juntamente comigo pela minha conquista, o dia da colação de grau, de levantar o canudo e dizer “sou bacharel em direito”, e um futuro advogado.

Aos professores que tive ao longo da graduação, as lembranças construídas, os amigos feitos, ao meu orientador, que até o último minuto me orientou na conclusão deste trabalho.

A todos, meus mais profundos agradecimentos.

Não te mandei eu? Esforça-te, e tem bom ânimo; não temas, nem te espantes; porque o Senhor teu Deus é contigo, por onde quer que andares.

Josué 1:9

RESUMO

Em meio a constante evolução do direito, como ferramenta de convívio social e enfrentamento de desafios que se apresentam na evolução da história humana, um avanço significativo na aplicação do direito, através do direito penal e do processo penal, toma forma na figura dos modelos de constatação, ou *Standards* Probatórios. É bem provável que mesmo durante a graduação não tenhamos nos deparado com o conceito de *Standards* de prova, vez que se trata de conceito estranho ao nosso direito tradicional derivado do que conhecemos como *Civil Law*, tendo a matéria sido desenvolvida dentro do direito da *Common Law*. Apesar de a matéria se debruçar sobre a prova ela está intrinsicamente ligada a conceitos muito amplos, como a sua compatibilidade com certos sistemas penais e incompatibilidade com outros; a aplicação de teorias que se alinham com a necessidade da aplicação dos modelos de constatação. Por isso, juntamente com a orientação de meu orientador, nos dedicaremos a analisar os *Standards* Probatórios aplicados aos crimes sexuais, analisando em que medida são aplicados, levando em consideração a teoria do *beyond a reasonable doubt* ou (BARD), e a confrontação com nosso atual sistema penal, considerado misto, mas que na realidade tende fortemente a um sistema inquisitorial.

Palavra-chave: Crimes sexuais, modelos de constatação, *Standards* probatórios, sistema inquisitorial, sistema acusatório, presunção de inocência, prova além da dúvida razoável, risco, prova testemunhal, falsas memórias.

ABSTRACT

In the midst of the constant evolution of law, as a tool for social interaction and facing challenges that arise in the evolution of human history, a significant advance in the application of law, through criminal law and criminal procedure, takes shape in the figure of models of finding, or Evidence Standards. It is very likely that even during graduation we have not come across the concept of Standards of Evidence, since it is a concept that is foreign to our traditional law derived from what we know as Civil Law, having the matter been developed within Common Law. Although the matter focuses on the evidence, it is intrinsically linked to very broad concepts, such as its compatibility with certain penal systems and incompatibility with others; the application of theories that are aligned with the need to apply verification models. Therefore, together with the guidance of my advisor, we will dedicate ourselves to analyzing the Evidence Standards applied to sexual crimes, analyzing to what extent they are applied, taking into account the theory of beyond a reasonable doubt, and the confrontation with our current penal system, considered mixed, but which in reality tends strongly towards an inquisitorial system.

Keywords: Sexual crimes, evidence models, Evidence standards, inquisitorial system, adversarial system, presumption of innocence, proof beyond reasonable doubt, risk, testimonial evidence, false reports.

RESUMEN

En medio de la constante evolución del derecho, como herramienta de interacción social y frente a los desafíos que se presentan en el devenir de la historia humana, un avance significativo en la aplicación del derecho, a través del derecho penal y procesal penal, se concreta en la figura del modelos de hallazgo, o Estándares de Evidencia. Es muy probable que aún durante la graduación no nos hayamos topado con el concepto de Estándares de Prueba, ya que es un concepto ajeno a nuestro derecho tradicional derivado de lo que conocemos como Derecho Civil, habiéndose desarrollado la materia dentro del derecho anglosajón. Si bien el asunto se centra en la prueba, ésta está intrínsecamente ligada a conceptos muy amplios, como su compatibilidad con determinados sistemas penales e incompatibilidad con otros; la aplicación de teorías que estén alineadas con la necesidad de aplicar modelos de verificación. Por ello, junto a la guía de mi asesora, nos dedicaremos a analizar los Estándares de Prueba aplicados a los delitos sexuales, analizando en qué medida se aplican, teniendo en cuenta la teoría del más allá de una duda razonable o (BARD), y la confrontación. con nuestro actual sistema penal, considerado mixto, pero que en realidad tiende fuertemente hacia un sistema inquisitivo.

Palabras clave: Delitos sexuales, modelos probatorios, Normas probatorias, sistema inquisitivo, sistema acusatorio, presunción de inocencia, prueba más allá de toda duda razonable, riesgo, evidencia testimonial, falsos recuerdos.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1. Representação dos *Standards* de prova. Quanto mais flexível o *standard*, maior o número de casos, e onde mais rígido o *standard*, menor o número de casos que atendem ao nível da prova.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Pesquisa em termos percentuais dos motivos pelos quais 1281 condenados foram libertados por erros de condenação, ou seja, condenações injustas.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BARD – Beyond a Reasonable Doubt

CCE – Clear and Conving Evidence

CPP – Código de Processo Penal

EUA – Estados Unidos da América

PoE – Preponderance of the Evidence

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 SURGIMENTO HISTÓRICO DOS <i>STANDARDS</i> DE PROVA	18
3 <i>STANDARDS</i> DE PROVA DO MODELO NORTE-AMERICANO.....	19
3.1 Preponderância das provas	19
3.2 Prova clara e convincente.....	20
3.3 Prova além da dúvida razoável.....	20
3.4 Causa provável e suspeita razoável	22
4 OS SISTEMAS PROCESSUAIS CLÁSSICOS.....	24
4.1 Sistema inquisitorial	25
4.2 Sistema acusatório	26
5 SOBRE ERROS E RISCOS.....	29
6 A CERTEZA E A DÚVIDA COMO ESTADOS MENTAIS E VETORES AXIOLÓGICOS DO JULGADOR SOBRE OS FATOS.....	30
7 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O <i>IN DUBIO PRO REO</i>	33
7.1 Presunção de inocência como norma de tratamento	34
7.2 Presunção de inocência como norma probatória	35
7.3 Presunção de inocência como norma de julgamento	35
8 PROVA E SUA VALORAÇÃO RACIONAL.....	37
9 VALORAÇÃO DA PROVA NOS CRIMES SEXUAIS (ANÁLISE JURISPRUDENCIAL) X <i>STANDARDS</i> <i>PROBATÓRIOS</i>	40
10 A PROVA TESTEMUNHAL	44
11 CONDENAÇÃO DE INOCENTES, UM PROBLEMA A SER ENFRENTADO	47
12 CONCLUSÕES	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	51

1 INTRODUÇÃO

Podemos acompanhar através da mídia tradicional, redes sociais, e todo tipo de meios de comunicação que a violência cresce a cada dia. Com os crimes sexuais não é diferente, e com uma característica vil, qual seja, em ampla escala são praticados dentro do convívio familiar ou da intimidade das pessoas, especialmente quando se trata de vulneráveis, tornando-se nevrálgica a opinião pública, com o repúdio massivo a estas práticas e com um clamor incessante por justiça e contra a impunidade. Ainda, alimentado por movimentos que buscam a defesa dos direitos das mulheres, que são as principais vítimas desses crimes.

Entretanto, por mais comoção e revolta que possa gerar esse tipo de crime, ainda assim ele precisa passar pelo crivo do devido processo legal, garantindo princípios e garantias constitucionais, da jurisdição, da presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa e do livre convencimento motivado para a apreciação probatória, e é exatamente no exame da prova que os *Standards* probatórios têm sua maior valia, dirimindo erros e buscando a não condenação de inocentes.

Pois como reparar o erro de uma pessoa que perdeu cinco ou dez anos de sua vida em uma prisão injusta? Não há como reparar esse erro, não há como devolver esses anos de vida, o tempo em família e com os amigos, o *label* social que essa pessoa terá que enfrentar, para além de toda a vergonha que enfrentou sendo inocente e tendo sido condenado e tratado como criminoso. Isso afronta por demais a dignidade da pessoa humana.

A busca por decisões justas e com a menor taxa possível de erros é uma questão de direitos humanos. Vai de encontro a limitar o poder punitivo do Estado, frente a disparidade entre as partes, por isso a necessidade de tantas garantias, que não são dispositivos para isentar culpados, mas mecanismos para proteger inocentes. Nas palavras de William Blackstone “é melhor dez pessoas culpadas escaparem do que um inocente sofrer”¹.

A tabela abaixo foi produzida pela “*Legal Aid Society*”, que organizou junto com o “*Center on Wrongful Convictions*”, um estudo sobre condenações injustas desde 2012. Desde então, levantou 1.304 casos de libertação de inocentes, dos

¹ “It is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer.” Commentaries on the Laws of England (1765–1769), Liv. IV, Cap. 24.

quais 1.281 libertações, que ocorreram de 1989 a 2012, foram estudadas mais detalhadamente.

Com os dados obtidos, a instituição produziu o quadro abaixo, que mostra o tipo de crime que o réu não cometeu e os fatores que concorreram, muitas vezes de forma concomitante, para a condenação – com base em cálculos percentuais:

Tabela 1: Pesquisa em termos percentuais dos motivos pelos quais 1281 condenados foram libertados por erros de condenação, ou seja, condenações injustas

	Identificação errada por testemunha	Falso testemunho ou falsa acusação	Confissão falsa	Prova forense falsa ou enganosa	Má conduta de autoridades
Homicídio (597)	26%	65%	20%	23%	58%
Estupro (224)	75%	32%	7%	34%	19%
Abuso sexual de crianças (154)	18%	81%	7%	24%	47%
Roubo (77)	82%	21%	1%	5%	27%
Outros crimes violentos (92)	47%	48%	8%	13%	43%
Crimes não violentos (117)	9%	54%	2%	6%	56%
Todos os casos (1.281)	38%	56%	12%	22%	46%

Fonte: Conjur²

² Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-16/estudo-mostra-porque-tantos-inocentes-sao-condenados-prisao-eua>

Essa pesquisa realizada nos EUA, país que tem um dos critérios mais fortes com relação a condenação do indivíduo, aponta que esses números são apenas a ponta do *iceberg*, podendo ser muito maior o caso de condenação de inocentes, excetuando-se os casos de má fé no trato probatório por parte dos agentes de investigação criminal, muito disso se dá no exame dos *standards* e na validade das provas e sua valoração.

Se isso ocorre nessa escala no direito estadunidense que já tem uma tradição histórica de critério altos de condenação, como será nossa situação brasileira com relação a esses números?

Nossa proposta na presente monografia é abordar e buscar a racionalidade das decisões em detrimento da discricionariedade e o decisionismo, trabalhando o processo penal brasileiro do modo que ele foi concebido através da reforma inserida pela lei nº 13.964 de 2019 que traz o seguinte: “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” (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)³.

Ou seja, temos por lei um sistema acusatório, que traz consigo signo e significado, um conceito próprio no trato do processo penal, que é completamente desconexo do CPP de 1941, e que apesar das inúmeras reformas ainda não abandonou por completo sua estrutura inquisitorial.

As questões que levantaremos no presente trabalho são simples, mas creio que essenciais, com base nas bibliografias que foram escolhidas para lastrear e conduzir o desenvolvimento dessa investigação científica. Procuraremos abordar qual o nível de convencimento tem sido aplicado aos crimes sexuais para se derrubar o princípio da presunção de inocência e condenar um indivíduo. Juntamente a isso trabalharemos abordagens sobre teorias de risco e erros, que são como rédeas, onde a flexibilização dos paradigmas para a condenação acarretará um maior número de condenação de inocentes, e onde quanto mais apertados os parâmetros maiores as absolvições de culpados; o ponto a ponderar o impacto social disso, o que gera mais dano, condenar mais inocentes ou absolver mais culpados.

³ BRASIL. Código de Processo Penal – Incluído pela lei nº 13.964 de 2019. Art. 3ª-A

Ainda nessa senda tentaremos verificar a compatibilidade dos *standards* de prova com o atual sistema penal e o manuseio da prova e a figura do juiz apenas como destinatário da prova, em um processo dialético de provas, contraditório e racionalidade, um processo sem o intuito inócuo de uma busca da verdade, algo que o mero jogo recognoscitivo é incapaz de conceber.

Ainda procuraremos analisar a questão da prova, de sua valoração, os meios racionais que se envolvem nesse processo de instrução probatória, e como ele é desenvolvido nos crimes sexuais. E seguindo essa mesma linha também abordaremos, por fim, a questão da prova testemunhal, seu grau de confiabilidade, em que medida e quais critérios devem ser adotados para que essa prova se torne meio de convencimento do juiz a ponto de ser capaz de derrubar a presunção de inocência do acusado.

Não deixando de abordar também o problema das falsas memórias dentro da prova testemunhal, como evitar incorrer em erros quando baseia-se exclusivamente na prova testemunhal.

E para começar essa batalha argumentativa e científica, vamos conhecer um pouco dos *Standards* probatórios do modelo que estamos mais familiarizados, importados do direito penal americano, como também tentar entender um pouco de sua raiz histórica que remonta a Inglaterra do século XVI.

2 SURGIMENTO HISTÓRICO DOS *STANDARDS* DE PROVA

Apesar de sua maior força enquanto doutrina, os *Standards* de prova, ou modelos de constatação advirem do direito norte americano, devemos lembrar que esse direito foi importado da Inglaterra através de colonização, e esse modelo conhecido hoje como modelo da *Common Law* remonta o seu início com a publicação da Carta Magna em 1215, juntamente com o fim dos ordálios e a implementação do sistema de *Jury Trail*, onde os jurados, cidadãos da comunidade, da vila, que tinham conhecimento dos fatos trazidos a juízo eram os jurados, mas essa sistemática não pode se sustentar por muito tempo, devido ao crescimento populacional e da mobilidade, cada vez mais e mais os jurados não tinham mais acesso aos fatos, se não através dos depoimentos das testemunhas, Saphiro trata esse tempo da seguinte maneira:

*“À medida que a sociedade se tornou mais complexa e a mobilidade aumentou, os júris cíveis e criminais se tornaram menos familiarizados com os fatos e cada vez mais passaram a confiar nos depoimentos das testemunhas (...) para chegar a conclusões e tomar decisões”.*⁴

Foi então ao longo dos séculos XVI, XVII e XVIII que os juízes foram incumbidos de orientar aos jurados sobre as testemunhas e a validade dos depoimentos, sendo o embrião dos *Standards* que hoje conhecemos.

Interessante destacar que o *Standard* de prova que mais nos interessa para o presente trabalho é o “*Beyond a reasonable doubt*” (BARD), um *Standard* concebido com o intuito não de dificultar a condenação, mas de proteger os jurados. A sociedade da época era fortemente imbuída pelo cristianismo, e seus ensinamentos eram dogmas sociais, havia muita relutância, portanto, em julgar alguém culpado, pois os ensinamentos dos evangelhos traziam o peso da reciprocidade quanto ao juízo: “Não julgueis, para que não sejais julgados”⁵, o BARD era uma segurança aos jurados, de que suas almas não seriam levadas ao inferno se condenassem alguém não havendo a dúvida razoável da culpa.

⁴ SAPHIRO, op. Cit., 1991, p.6. No original: “As society became more complex and mobility increase, both civil and criminal juries became less familiar with de facts and increasingly came to rely on the testimony of witnesses (...) in order to reach conclusions e make descisions.

⁵ BÍBLIA. Evangelho de Mateus cap. 7, vers. 1

3 STANDARDS DE PROVA DO MODELO NORTE-AMERICANO

Vencida uma breve síntese do surgimento histórico dos *Standards* probatórios, passemos a analisá-los à luz do direito penal estadunidense. Há na doutrina norte-americana pelo menos cinco diferentes *standards*, e apresentaremos de forma sucinta todos, para de que forma comparativa possamos entender a extensão do critério do BARD, que é *standard* utilizado no direito penal americano para a condenação de um acusado, são eles:

- a) preponderância das provas (*preponderance of the evidence – PoE*);
- b) prova clara e convincente (*clear and conving evidence – CCE*);
- c) prova além da dúvida razoável (*beyond a resonable doubt – BARD*);
- d) causa provável (*probable cause*);
- e) suspeita razoável (*resonable suspicion*).

3.1 Preponderância das provas

Este *standard* é utilizado nos casos cíveis americanos, baseados em disputas patrimoniais, sua característica principal é uma dinâmica de valoração de provas distribuídas em equilíbrio, sendo assim busca-se a prova mais contundente que aponte em direção a queixa ou a negação dela, por isso o equilíbrio que ela proporciona, bastando que uma das teses tenha provas mais evidentes ela saíra vitoriosa. Em termos numéricos para uma melhor identificação desse *standard* trabalha-se com uma probabilidade de mais de 50% de que algo aconteceu ou não.

Podemos perceber a diferença entre os *standards* analisando um caso prático, no caso *People vs. O.J. Simpson*, na esfera penal que utiliza o BARD como *standard* ele foi absolvido, entretanto na esfera cível, em termos de reparação de danos, movido pelas famílias dos dois jovens mortos, O.J. Simpson foi considerado culpado e condenado a indenizar as famílias das vítimas em milhares de dólares, isso porque na esfera patrimonial e de reparação de danos o *standard* utilizado foi o da preponderância das provas, que é menos exigente que o BARD.

3.2 Prova clara e convincente

Este *standard* coloca-se entre o PoE e o BARD pois exige um nível de convicção mais alto, um alto nível de que aquele fato ocorreu (*Much more likely than not, Highly probable*), fala de uma hipótese altamente provável, em termos numéricos esse *standard* se coloca em algo como 75% de convicção, o tipo de ação onde o PoE é utilizado são aquelas de alta complexidade, como destituição de poder familiar ou quando a disparidade entre as partes, no caso do Estado estar litigando contra um indivíduo, caso de improbidade administrativa, por essas características de complexidade e lados com nível de forças não equivalentes dentro do contraditório que o PoE é necessário, para mitigar erros.

3.3 Prova além da dúvida razoável

Eis um conceito chave que precisamos nos aprofundar nesse momento, simplesmente dizer que o BARD é o *standard* com o maior nível de exigência, que dentro da doutrina americana em parâmetros numéricos ele fica na casa dos 94% a 99% de certeza da culpa do acusado, não nos é suficiente para expressá-lo, justamente porque ele se liga ao nosso direito no ponto crucial da presunção de inocência, vez que formado o convencimento por parte do júri além da dúvida razoável, quebra-se a presunção de inocência do réu, que ele mantinha até aquele momento, e então ele se torna culpado, é nisso que ele se conecta com nosso direito, pois nós também dispomos da presunção de inocência como uma garantia constitucional “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁶.

Flavio da Silva Andrade, parafraseando Gardner e Anderson define o BARD da seguinte forma:

Gardner e Anderson esclarecem que esse *standard* de prova é o utilizado pelos jurados e pelos juízes (*fact finders*), nos processos criminais, para declarar um réu culpado ou inocente da acusação. De acordo com esse critério de suficiência probatória, todos os elementos essenciais do crime imputado devem ser provados pela parte acusadora para além da dúvida razoável a fim de que o acusado possa

⁶ Art. 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

ser condenado ou punido pelo delito cometido. Se a prova produzida pela acusação não tiver força para superar as dúvidas razoáveis suscitadas pela defesa, o réu deve ser absolvido.⁷

Dito isso fica mais fácil perceber que uma enorme escalada deve ser feita em questão probatória, para que se condene alguém com base no BARD, exatamente pelo nível de convicção que ele exige, em contrapartida nosso diploma processual penal traz o princípio do livre convencimento:

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.⁸

Tirando a negativa de não fundamentar a decisão em elementos meramente informativos, em nada aponta para critérios mais elevados e complexos de valoração da prova, para que a decisão não seja contaminada pelo estado emocional do Juiz, ou que ele incorra no erro de se julgar apto a esclarecer a verdade, pois ela dentro do processo não existe.

Portanto são nesses critérios para a derrubada da presunção de inocência que nos debruçaremos a partir de agora, analisando nossa estrutura penal e como ela recebe esses institutos, e se eles em alguma medida têm sido aplicados aos crimes sexuais e em que medida.

Mas para tanto precisaremos identificar com mais precisão o nosso próprio sistema, pois deveria ser um sistema acusatório, mas na verdade se distancia dele em muitos aspectos, indo em direção ao sistema inquisitorial. E falar sobre os sistemas é falar sobre o que é mais crucial em um processo, o manuseio das provas, a quem ela é dirigida e quem a produz, sua valoração e os critérios para que elas ensejem a condenação de um indivíduo.

⁷ ANDRADE, Flávio da Silva, *Standards de prova no processo penal*, 2022, p.154

⁸ BRASIL. Código de processo penal, art. 155 (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

3.4 Causa provável e suspeita razoável

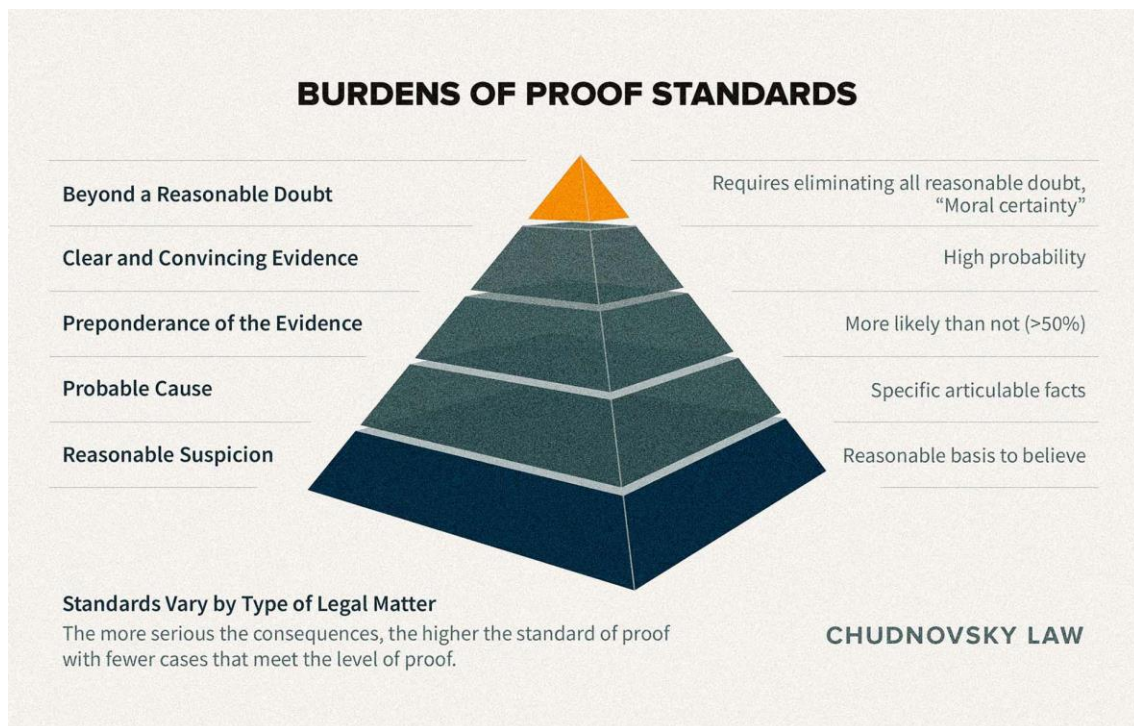
Esses dois últimos *standards* foram colocados nessa posição, pois diferentemente do PoE, CCE e do BARD, não são *standards* com poder de decisão processual, são *standards* que agem na instrução do processo.

O *Probable Cause*, como sugere o nome, causa provável, é o *standard* que é direcionado ao *Grand Jury*, colegiado que no direito norte-americano tem a responsabilidade de decidir sobre a abertura de ação penal ou não contra alguém, nessa linha é que se aplica esse *standard*, que também pode ser exercido por um magistrado, na forma de conceder mandado de busca, apreensão ou prisões cautelares, por isso é noção de *standard* que age na fase instrutória dos processos americanos.

Por fim temos a suspeita razoável (*reasonable suspicion*), que atua no julgamento que um policial tem de fazer para abordagens e revistas em locais públicos, essas ações na esfera investigativa são justificadas pelo *reasonable suspicion*, que então se apresenta como um *standard* pré-processual, pois é guia das ações dos agentes fiscalizadores da lei e da ordem.

A figura a seguir mostra a representação dos *standards* de provas americanos pelo seu critério de exigência.

Figura 1: Representação dos *Standards* de prova



Fonte: CHUDNOVSKI, Tsion⁹.

⁹ CHUDNOVSKY, Tsion. Conference: Criminal Defense Lawyer Strategies. Março 2019. DOI:[10.13140/RG.2.2.29682.35524](https://doi.org/10.13140/RG.2.2.29682.35524). Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331454377_Legal_Burdens_of_Proo_Presentation
Tradução livre: "os *standards* variam de acordo com o tipo de questão legal, quanto mais graves as consequências, maior o padrão de prova, com menos casos que atendem ao nível de prova."

4 OS SISTEMAS PROCESSUAIS CLÁSSICOS

Conhecemos historicamente muitos momentos distintos do processo penal, desse sistema de acusação e defesa, buscando algum tipo de punição ou reparação por algo que foi feito no mundo real, e que se tornam fatos a serem reconstituídos dentro do processo penal, a maneira como estruturado esse processo é que distingue os sistemas.

Excluindo os ordálios, que é o método mais irracional já concebido de se verificar a culpa de um indivíduo, que eram submetidos a um teste “divino”, passando pelo fogo ou pela água, se a pessoa saísse viva era considerada inocente, se morresse é porque era culpada, há ainda outros dois sistemas que foram concebidos dentro de um âmbito racional e civilizacional, o sistema inquisitorial e o sistema acusatório. Cronologicamente o sistema acusatório veio primeiro, pois foi desenvolvido no âmbito processo romano, mais precisamente da Alta República, enquanto o sistema inquisitorial foi desenvolvido na Idade Média, no período da inquisição, como o próprio nome diz.

Não nos ateremos neste trabalho em toda a discussão histórica dos dois sistemas, pois não cabe nessa pesquisa, mas vamos diferenciá-los.

De forma bastante objetiva Cristina Di Gesu distingue os sistemas da seguinte forma:

Em se tratando de sistemas e, diante da impossibilidade da existência de um sistema puro,¹ é preciso identificar o princípio informador de cada um para classificá-lo como inquisitivo ou acusatório, adiantando que, além da separação entre as atividades de acusar e de julgar, a gestão da prova é uma das características diferenciadoras mais salientes.¹⁰

Se analisarmos de forma mais aprofundada ainda serão apontados mais elementos que compõe essas diferenças e até mesmo a concepção de um sistema vinculado ao estado democrático de direito, contendo os elementos do contraditório, da ampla defesa e da imparcialidade do julgador, ou seja, dentro

¹⁰ DI GESU, Cristina. Prova penal e falsas memórias, posição 356-365

de um estado democrático de direito o sistema não poderia ser inquisitorial, nem misto, apenas acusatório e sustentando esses elementos.

Nas palavras de Lopes Jr.:

O sistema processual penal democrático impõe a máxima eficácia das garantias constitucionais e está calcado no “amor ao contraditório”. É aquele que, partindo da constituição, cria condições de possibilidade para a máxima eficácia do sistema de garantias fundamentais, estando fundado no contraditório efetivo, para assegurar o tratamento igualitário entre as partes, permitir a ampla defesa, afastar o juiz ator e o ativismo judicial para garantir a imparcialidade”.¹¹

Conseqüentemente temos como pontos cruciais de diferenciação entre os sistemas o papel do juiz dentro do processo e o manuseio da prova e a sua valoração. Destarte, analisaremos cada um dos sistemas com um pouco mais de clareza.

4.1 Sistema inquisitorial

No tocante as barbáries, que o sistema inquisitorial foi envolto durante o período que se estabeleceu, desde a formulação do *Manual do Inquisidor* de 1376, escrito por Nicolau Eymerich, posteriormente revisado e ampliado por Francisco De La Peña em 1578, e ainda outros escritos, foram tempos de um domínio intelectual restrito ao clero, e de verdades dogmáticas gerenciadas e difundidas por poucos, com uma alta centralização do poder, a fé, o pecado e a verdade eram os temas centrais da persecução dos inquisidores, os atos contra a fé cristã e seus dogmas eram os crimes da época.

Por consequência disso, o inquisidor agregava nele a figura de acusador e julgador, aquele que era destinatário da prova e também a produzia. De forma bastante sintética no sistema inquisitorial o juiz não é um ator passivo que recebe a prova, ele não está buscando uma hipótese a ser levantada que condiz com as provas trazidas a ele por um órgão acusador; se os crimes são quebras dos dogmas vigentes, o inquisidor tem consigo a verdade, sendo assim, ele apenas levantará as provas que comprovem aquilo que ele já está convencido, e dentro

¹¹ LOPES JR, Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. Boletim Informativo Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal – IBRASPP – Ano 03, nº 05, ano 2013, p.35

desse escopo probatório, a tortura para a confissão do acusado era plenamente aceitável, já que a confissão era a prova de maior valor, dentro de um sistema tarifado.

Não há o que se falar também em contraditório, quando se tem a ilusão de que você tem a verdade, ou já a conhece, isso era desnecessário, não havia garantias ao acusado, uma vez estabelecida a verdade a ser perseguida, todos os meios de provas eram válidos para se chegar a esse fim.

E apesar da total incompatibilidade desse modelo de processo com a dinâmica de garantias do estado democrático de direito, ainda hoje, neste presente século temos resquícios desse sistema, principalmente onde temos governos autoritários, pois ele se casa muito bem com aquilo que é antidemocrático.

Após essa breve apreciação do modelo inquisitorial, passemos a abordagem do modelo que deveríamos seguir, o modelo acusatório.

4.2 Sistema acusatório

Como já mencionado anteriormente o sistema acusatório vigorou dentro do processo romano da Alta República, em um momento que não havia distinções entre ações civis e ações penais, a grande maioria dos delitos eram tratados de forma privada. Era um processo de partes, a acusação era feita por uma pessoa distinta do juiz, havia a publicidade de todo o procedimento, oralidade, paridade absoluta entre os direitos do acusador e do imputado, e a produção da prova era a cargo das partes, juntamente com a liberdade pessoal do acusado, essas eram as características desse processo naquele momento histórico. Com o advento do Estado Absolutista houve o surgimento do sistema inquisitório e com a Revolução Francesa o abandono do mesmo e a volta gradativa do sistema acusatório, e cada vez mais o estado democrático tem se incumbido de colocar em vigência o sistema acusatório em sua plenitude, em consonância com a democraticidade.

Nessa senda podemos então definir, de forma simples, o sistema acusatório da seguinte maneira: como um processo dialético com a distinção clara entre aqueles que ocupam o papel de acusar, julgar e defender, sendo o julgador um terceiro imparcial; pelo tratamento igualitário das partes, a

publicidade do procedimento, o contraditório e a ampla defesa; abandonando a prática inquisitória das provas tarifadas, abraçando um sistema livre convencimento motivado.

Ainda, sustenta a correlação entre a acusação e a sentença, o duplo grau de jurisdição, a possibilidade de recursos, pela vedação da *reformatio in pejus* direta e indireta, sendo a liberdade a regra e a prisão a exceção, bem como pela coisa julgada.

Tendo todas essas diferenças em mente entre os sistemas, o que mais conversa conosco no presente trabalho é a gestão da prova, vez que se a prova estiver a cargo julgador (juiz inquisidor), estamos diante do sistema inquisitivo, mas se a gestão da prova estiver a cargo do órgão acusador, o juiz permanece inerte, em posição alheia, mesmo que isso tenha prejuízos ao processo, como a não produção de provas que talvez ele (o julgador) julgue importante. Esse é o preço a ser pago dentro do modelo acusatório, mesmo tendo uma prova incompleta o juiz deve julgar com base naquilo que foi trazido aos autos, mesmo que dentro do *in dubio pro reo* ele tenha que optar por uma decisão absolutória.

E é exatamente essa inercia do julgador que muitas vezes é derrubada dentro do processo penal brasileiro, classificado como misto pela doutrina, e essa atuação no processo e gerenciamento de provas que coloca o sistema brasileiro dentro do inquisitório, como já vimos torna-se então incompatível com o estado democrático de direito, pois a produção de provas tende a favorecer a acusação, pois deve ela provar as teses levantadas em peça acusatória, resguardado ao réu, o direito de não produção de provas, e até ao silêncio, sabendo que também isso lhe pode ser prejudicial, mas o órgão acusador é obrigado a gerar a correlação entre as provas e teses levantadas.

Temos ainda disposto em nossa legislação vários dispositivos que permitem essa intervenção do julgador na gestão da prova, alguns deles são:

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

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

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.¹²

Ainda a redação do art. 209 do mesmo diploma legal possibilita ao juiz, de ofício, a oitiva de testemunhas outras, além das indicadas pelas partes, bem como das testemunhas referidas (conforme a redação do §1º).¹³

¹² BRASIL. Código de Processo Penal DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Art.156, I, II.

¹³ BRASIL, op.cit, Art. 209, § 1º.

5 SOBRE ERROS E RISCOS

Dentro da doutrina dos *standards* de prova do direito da *common law* temos uma máxima conhecida como “fórmula de Blackstone” (celebre jurista inglês do século XVIII), salientando que é melhor que dez pessoas culpadas escapem do que uma pessoa inocente sofra com a condenação. Nessa senda que o *in dubio pro reo*, e a presunção de inocência atuam, nessa premissa de justiça. Por isso, como foi citado em capítulo anterior, a convicção numérica para condenação através do BARD fica nos 95% para cima, pois o desejo de que se faça justiça sem que inocentes sofram, segundo Blackstone seria de 1 para 10, por isso esse nível de exigência, uma leitura simplista da minha parte, mas pode ser entendido dessa forma.

Agora, colocando isso em tela, se mais condenações erradas tem um dano x, mas mais absolvições erradas tem um dano social 2x, claro que não podemos dizer isso de forma tão leviana, se a impunidade é pior em termos sociais do que mais condenações mesmo que sejam injustas, esses parâmetros tendem a se diminuir. Talvez no direito da *common law* não, já que lá não se conceberia o direito penal sem o BARD, questão cultural particular.

Entretanto não há disposto esses critérios de forma sistematizada em nosso direito, e esse balanço é feito pelo magistrado, já que ele tem autonomia, pelo livre convencimento, mas o que ficou claro através dessa pesquisa é exatamente o quão importante é para uma nação que se diz democrática é a garantia dos direitos constitucionais dentro de um processo penal, que lida com um bem jurídico da mais alta valia, a liberdade, tão importante quanto a vida.

6 A CERTEZA E A DÚVIDA COMO ESTADOS MENTAIS E VETORES AXIOLÓGICOS DO JULGADOR SOBRE OS FATOS

Nesse momento, antes de passarmos a analisar outros conceitos relevantes sobre os *standards* de prova, sobre a valoração da prova em si, tanto uma abordagem genérica como voltada aos crimes sexuais, importante se faz atentarmos sobre um vetor que norteia a tomada de decisão do julgador, quando ele está debruçado sobre os fatos e o escopo probatório, a dúvida e certeza.

Pelo viés psicológico a certeza e a dúvida figuram como estados internos introspectivos e reflexivos do ser humano, onde a certeza é um sentimento subjetivo de confiança de que algo ou fato aconteceram. Já a dúvida é o sentimento de falta de confiança sobre alguém, ou algum fato. Conhecer algo, e reconhecê-lo como certo são características da certeza, enquanto desconhecê-lo ou não o ter como verificado ou ocorrido são características da dúvida, pela óptica da psicologia.

Para exemplificar que a dúvida e a certeza se baseiam no conhecimento empírico, em ser capaz de perceber ao seu redor e assim tomar suas decisões, que não pode se confundir com a fé, onde o princípio é acreditar sem comprovação, para exemplificar isso proponho a seguinte parábola:

Contam que um alpinista, desesperado por conquistar uma altíssima montanha, iniciou sua escalada depois de anos de preparação. Como queria a glória só para ele, resolveu subir sem companheiros.

Durante a subida foi ficando tarde e mais tarde, e ele não havia se preparado para acampar, sendo que decidiu seguir subindo... e por fim ficou escuro.

A noite era muito densa naquele ponto da montanha, e não se podia ver absolutamente nada. Tudo era negro, visibilidade zero, a lua e as estrelas estavam encobertas pelas nuvens.

Ao subir por um caminho estreito, a apenas poucos metros do topo, escorregou e precipitou-se pelos ares, caindo a uma velocidade vertiginosa. O alpinista via apenas velozes manchas escuras passando por ele e sentia a terrível sensação de estar sendo sugado pela gravidade. Continuava caindo...

E em seus angustiantes momentos, passaram por sua mente alguns episódios felizes e outros tristes de sua vida.

Pensava na proximidade da morte, sem solução... De repente, sentiu um fortíssimo solavanco, causado pelo esticar da corda na qual estava amarrado e presa nas estacas cravadas na montanha.

Nesse momento de silêncio e solidão, suspenso no ar, não havia nada que pudesse fazer e gritou com todas as suas forças: Meu Deus, Me Ajuda!

De repente, uma voz grave e profunda vinda dos céus lhe respondeu:

– Que queres que eu te faça?

– Salva-me, meu DEUS!!!
– Realmente crês que eu posso salvá-lo?
– Com toda certeza Senhor!!!
– Então corta a corda na qual estás amarrado...
Houve um momento de silêncio; então o homem agarrou-se ainda mais fortemente à corda...
Conta a equipe de resgate, que no outro dia encontraram o alpinista morto, congelado pelo frio, com as mãos agarradas fortemente à corda... A Apenas dois metros do solo... ”¹⁴

Essa parábola tem a intenção de ensinar uma lição de fé, mas podemos tranquilamente usá-la para ilustrar como a dúvida e a certeza agem em nosso psicológico, nos dão direção e nos ajudam na tomada de decisões, mesmo que essas decisões estejam erradas, isso apenas quer dizer que não tínhamos o conhecimento do todo. O que fez aquele alpinista não cortar a corda foi exatamente o seu apego a dúvida, ele não sabia o que tinha abaixo dele, não sabia o resultado de sua ação de cortar a corda, por conta disso ele se agarrou a ela, pois era sua única certeza de sobrevivência naquele momento, mesmo que o resultado tenha sido sua morte. Portanto não há que se confundir a certeza com a fé, pois esta não pede provas de nada, como a dúvida e a certeza, que são reflexos exatamente do nosso estado de falta de provas para determinar a veracidade sobre algo.

Na esfera jurídica a certeza e a dúvida atuam na esteira da confirmação da verdade, em uma convicção dada ao julgador em favor de confirmar ou não determinado enunciado fático. E pelo modo como é concebida essa noção de verdade sendo ela processual, pois não se pode reproduzir os fatos como ocorreram, ou seja, a convicção do juiz não pode ser por completamente livre de dúvidas e ainda assim ensejar uma condenação, mas também não pode ser a dúvida absoluta de tal forma que se afaste o enunciado como completa mentira, ainda assim, ser a dúvida razoável a ponto de ter força suficiente para declarar um indivíduo inocente.

É nesse jogo dialético de forças entre a dúvida e a certeza que o juiz debruça seus fundamentos para decidir o que vai afetar a prova e a sua valoração. Sobre o tema, Flávio Andrade da Silva conclui da seguinte forma:

À vista dessas considerações, conclui-se que não há certezas absolutas, mas visões ou compreensões ancoradas em proposições a respeito das quais a dúvida foi logicamente excluída. A certeza não

¹⁴ Autor desconhecido.

pode ser considerada a partir de uma perspectiva subjetiva ou isolada, pois pode estar distante da verdade e mudar conforme o ponto de vista de cada um. Ela deve ser vista sob o viés objetivo, desvinculada do sentimento pessoal e alicerçada em evidências e razões plausíveis, com força bastante para convencer os participantes de um intercurso linguístico, num determinado sistema ou contexto, em que as proposições provadas, tomadas num todo, se conciliem. Se assim não for, estar-se-á diante da dúvida. Cada sistema precisa apontar, da maneira mais objetiva possível, o grau de certeza ou dúvida que deve nortear as decisões.¹⁵

Assim, esse é um tema que afeta diretamente a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, pois é a convicção, a certeza ou dúvida com relação a uma prova, ou conjunto de provas que derrubam a presunção de inocência.

¹⁵ ANDRADE, Flavio da Silva, *Standards de prova no processo penal* cit. P. 83.

7 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O *IN DUBIO PRO REO*

A partir daqui os conceitos dos *standards* probatórios e do livre convencimento motivado começam a convergir, pois ambos têm a mesma função, qual seja, derrubar a presunção de inocência do acusado. Não sendo possível com o lastro probatório construído nos autos, resta apenas o *in dubio pro reo*. Claro que quando falamos sobre a dúvida, da mesma maneira que a convicção para condenar tem de ser além da dúvida razoável, a dúvida não pode ser irracional, imaginada, tem de ser com intensidade suficiente para abalar a convicção do julgador com relação as acusações levantadas contra o réu.

Nessa senda, Flávio da Silva Andrade explica esse fenômeno de encontro entre o BARD e o *in dubio pro reo* do direito brasileiro da seguinte maneira:

É evidente que os profissionais do direito que militam na área criminal têm noção da lógica contida no axioma *in dubio pro reo*, indicador de quando se deve absolver o réu. Porém, o *standard* anglo-americano traduz o verso da moeda, apontando quando é possível condenar, indicando o patamar da suficiência da prova capaz de amparar uma condenação criminal. E esse modelo de constatação fática, adotado nos países da *Common Law* e por cortes internacionais, como visto no capítulo anterior, ultimamente vem sendo utilizado por juízes brasileiros, o que tornou necessário seu estudo para se conhecer sua gênese, evolução, acepções, virtudes e seus pontos criticáveis, a fim de se avaliar sua compatibilidade com os princípios reitores do processo penal brasileiro.¹⁶

Ainda devemos analisar a presunção de inocência com muito mais afinco, pois além de uma garantia constitucional, é o que protege o acusado até a prolação da sentença transitada em julgado, garantindo que sua imagem não seja estigmatizada perante a sociedade.

Rafael Zottis aponta ainda que a presunção de inocência dever ser encarada como verdadeira norma, e possui três dimensões diferentes para a sua plena incorporação como princípio, dimensões essas que passaremos a analisar a partir de agora.

¹⁶ ANDRADE, Flavio da Silva, *Standards* de prova no processo penal cit. P. 257-258.

7.1 Presunção de inocência como norma de tratamento

A presunção de inocência como norma de tratamento fala diretamente do dever legal do Estado garantir ao acusado que preserve o seu estado de inocência até a prolação de uma sentença transitada em julgado, garantindo inclusive que esse estado se mantenha até mesmo em sede de fase recursal a órgão superior.

Além de garantir o seu estado, é o tratamento do mesmo como inocente, tanto durante a fase de instrução investigativa, quanto da fase de colheita de provas, pois como já foi mencionado, tratar o acusado já como culpado até que comprove sua inocência não atende a demanda do sistema acusatório, nem mesmo aos ditames do estado democrático de direito.

Esse tratamento é de suma importância pois é ele que garante que o acusado não será cerceado de seu direito de liberdade de forma leviana, pois a liberdade é a regra, e o dispositivo que resguarda essa regra é a presunção de inocência, e a regra da liberdade só pode ser quebrada uma vez que se quebre a presunção de inocência, isso deve ser colocado em suma importância para que se limite a vulgarização das prisões, como uma resposta aos clamores da sociedade.

Ainda, Lopes Jr., dentro desse prisma divide a presunção de inocência como norma em duas dimensões, interna e externa; a interna fala dos limites aos abusos durante a condução do processo, e a concentração exclusiva do ônus probatório com a acusação. Já na dimensão externa basicamente seria a busca de limitar a estigmatização do acusado, protegendo-o da opinião pública e da mídia, que em grande medida influencia em medidas de prisões cautelares, que estão previstas nos artigos 311 a 316 do CPP, e não tem o intuito de ser uma antecipação da pena do acusado.

Portanto a presunção de inocência como norma de tratamento tem íntima relação com a proteção do acusado perante o aparato estatal do seu estado de inocência até o final do processo em todas as suas fases e instâncias.

7.2 Presunção de inocência como norma probatória

A presunção de inocência como norma probatória trata-se em três níveis diferentes:

(a) quem deve provar; basicamente é distribuir a carga probatória, e não podemos falar em carga, pois em que pese o processo penal não suporta distribuição de carga, parece redundante, mas é necessário frisar e destacar sempre que a presunção de inocência garante ao acusado um estado de inocência durante o processo, que a ele não lhe incumbe provar nada. Além de uma estratégia muitas vezes adotada pela defesa, o silêncio e inercia, a atuação passiva do acusado, durante as fases do processo lhe é uma prerrogativa, pois se sua inocência é presumida, em nada ele é obrigado a colaborar com a investigação;

(b) os tipos de provas admitidos, podemos evocar antes de tudo o texto constitucional do art. 5º, “*LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”; isso já nos dá uma direção com relação a admissibilidade das provas, ou seja, a prova deve ser lícita, trazida aos autos pelo órgão acusador, produzida e analisada dentro das fases instrutórias do processo, a prova ilícita torna-se vazia e contamina o processo pela sua ilegalidade;

(c) os fatos que devem ser provados. Faz-se necessário que em hipótese nenhuma se inverta o ônus da prova, pela presunção de inocência o estado do acusado é de inocente, portanto ele não tem o dever de rebater a acusação ou contrarrazoar com ela, é um direito, mas sobre a acusação pesa a carga de produzir prova acima da dúvida razoável.

No manejo probatório esses são os princípios, veremos por último então a presunção de inocência como regra de julgamento.

7.3 Presunção de inocência como norma de julgamento

Não é necessário fazer exposições mais alargadas com relação a presunção de inocência como norma de julgamento, visto a tudo que já foi exposto. De forma bastante sucinta e didática vamos analisar apenas os pontos

vitais; uma vez que o julgador, depois de analisado e valorado todo o escopo probatório, não conseguir rechaçar toda e qualquer dúvida razoável em relação a culpa do réu, ele, o julgador deve aplicar a presunção de inocência como norma e deferir sentença favorável ao imputado, qual seja, absolutória.

Entretanto, caso o julgador entenda que cabe uma sentença condenatória ao caso concreto, após a apreciação de toda a prova, deve ele, para fazer derruir a presunção de inocência:

- a) explicar as evidências nas quais as alegações de culpa se baseiam;
- b) verificar se as perícias foram realizadas com respeito a todas as garantias constitucionais;
- c) se foi observada a oralidade atinente ao processo penal, com o devido exercício da ampla defesa e do contraditório pelo imputado;
- d) realizar uma avaliação racional, individual e conjuntamente, das evidências, expressando como as razões foram apontadas.

Feito isso então o juiz pode romper o estado de presunção de inocência do acusado e lhe imputar uma pena condenatória.

8 PROVA E SUA VALORAÇÃO RACIONAL

Prova, em sua epistemologia deriva do latim *proba*, de *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de). É em outras palavras a demonstração da existência, ou da veracidade daquilo que se alega como fundamento para o direito pretendido. A prova se destina aos fatos, cada pretensão, tese ou enunciado arguido pelas partes, será imerso nas provas para que um saia vencedor, apontado como o mais provável de ser verdadeiro. Com base nas provas, Gomes Filho define da seguinte maneira: “o tema da prova é dos mais importantes da ciência do processo, na medida em que a correta certificação em que se assentam as pretensões das partes é pressuposto fundamental para a prolação da decisão justa”¹⁷. Ainda, a prova no processo criminal se reveste de maior importância, pois é ela que tem poder de vencer a presunção de inocência do acusado.

No que diz respeito a prova como um direito do acusado, para que o tire debaixo da proteção da presunção de inocência, a prova ainda pode ser instrumento, ou seja, meios legais pelos quais ingressam a prova no processo, documentos, objetos, testemunhos (no inglês evidence). A prova também pode ser atividade, refere-se à produção probatória, toda prova **lícita**, admissível no processo é trazida para dentro dele através da atividade probatória, oitivas de testemunhas, leitura e apresentação de documentos, enfim. Por fim ainda temos a prova como resultado (proof), ou seja, o produto de toda atividade probatória, e é esse resultado que forma, ou ajuda a formar o convencimento ou não dos enunciados fáticos trazidos pelas partes.

Temos ainda classificação com relação a fonte, que pode ser pessoal, que parte da manifestação humana, depoimentos, confissões, conclusões periciais, ou podem ser reais, que fala de algo externo ao ser humano, um objeto como uma arma de fogo, ou um documento *latu sensu*. Ainda sobre a classificação das provas, uma que nos interessa bastante é quanto ao seu efeito, ela pode ser plena ou incompleta, plena porque tem o poder de convencer por completo o

¹⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexo no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zenoite de (orgs). Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 205, p. 303.

julgador, levá-lo a um estado de certeza, já a incompleta é tratada como mera probabilidade.

Quanto às fases da prova no processo temos:

- a) **proposição**, o momento da indicação das provas a serem produzidas;
- b) **admissão**, momento de o juiz analisar a licitude das provas;
- c) **produção**, é o momento de introdução da prova no contraditório; e por fim;
- d) **valoração**, é o momento que o juiz, de forma racional, pesa as provas e atribui valor a elas, analisando assim a aceitação ou refutação dos enunciados fáticos.

Temos então o momento mais crucial para um processo, seja em que esfera, a apreciação e valoração da prova, pois é através de atividade cognitiva e racional que o julgador vai tirar seu convencimento, orientar sua decisão em favor de um ou outro enunciado fático, em favor da condenação ou da absolvição, caso ainda haja dúvida razoável. É dever do julgador de analisar racionalmente as provas em seu conjunto, e para exemplificarmos, vamos nos ater a prova testemunhal, que é a que nos interessa no presente trabalho, que se explica nos itens a seguir.

Quando da apreciação da prova testemunhal deve-se verificar se a testemunha agiu com espontaneidade, se pareceu segura durante o depoimento, se transmitiu sinceridade, e o seu nível cultural. Temos proposta por Nieva Fenoll¹⁸ 4 (quatro) circunstâncias para serem observadas para a valoração das declarações das testemunhas:

- (a) a coerência das declarações, que “consiste na ausência de contradições no relato do declarante (...)”;
- (b) a contextualização do relato, retratada “na capacidade do declarante de recordar as características do lugar onde ocorreram os fatos ou de alguns outros eventos que ocorreram no mesmo momento”;
- (c) a existência de corroborações dos dados oferecidos na declaração, ponto geralmente mais seguro para confirmar ou refutar a veracidade do que foi declarado;

¹⁸ FENOLL, Jordi Nieva, *La valoración de la prueba en el proceso penal*. Cidade do México: Editorial MaGister, 2017, p.18-19.

(d) e presença ou ausência de “comentários oportunistas”, que se trata de “declarações desnecessárias que tentam fornecer uma falsa credibilidade, dando a declaração maior segurança retórica”.¹⁹

É evidente que todo e qualquer critério estabelecido não pode ser tido como absoluto, deve-se sempre levar em consideração o caso concreto.

Temos então todos os elementos apresentados, os *standards* probatórios, noções dos sistemas penais, juntamente com a diferença, mesmo que insipiente dos modelos de julgamento da *Common Law* e da *Civil Law*, noções sobre prova e sua valoração racional. A partir da agora nos aventuraremos dentro da jurisprudência com relação a matéria dos crimes sexuais, com base em acórdãos do TJ/RS das turmas criminais 5 a 8 como referência.

Buscaremos, portanto, encontrar um caminho para os *standards* de prova dentro do direito brasileiro, especificamente nos crimes sexuais, com ênfase na questão da prova testemunhal, sendo ela declarada por vulneráveis e não vulneráveis.

¹⁹ FENOLL, Jordi Nieva, *La valoración de la prueba en el proceso penal*. Cidade do México: Editorial MaGister, 2017, p.18-19. **No original:** “consiste em la ausencia de contradicciones em el relato del declarante (...)”; “em el capacidade del declarante recordar las características del lugar onde ocurrieron los hechos, o bien, algunos otros sucesos que acaecieron al mismo tempo”; “declaraciones innecesarias que intentan aportar una falsa credibilidade imprimiendo una mayor seguridad retórica a la declaración”.

9 VALORAÇÃO DA PROVA NOS CRIMES SEXUAIS (ANÁLISE JURISPRUDENCIAL) X STANDARDS PROBATÓRIOS

Nesse momento cabe-nos fazer uma reflexão, como base em tudo que já foi apresentado da viabilidade da aplicação do BARD ao direito penal brasileiro. Para esse trabalho em específico, a compatibilidade do BARD aos crimes sexuais na ótica do direito penal brasileiro.

Já vimos que a presunção de inocência se alinha com o BARD no direito penal anglo-saxão, sendo um reflexo do outro, o que em certa medida se aproxima do *in dubio pro reo* do nosso direito, nesse sentido Flávio da Silva Andrade explica de seguinte maneira:

Aliás, não se pode negar que o standard anglo-saxão também se coaduna com o aludido axioma *in dubio pro reo*, uma vez que reafirma a noção de que a existência de dúvida deve acarretar a absolvição do réu. Para Rui Patrício, “o princípio *In dubio pro reo* encontra a sua equivalência, no sistema anglo-americano, na imposição de que a condenação do arguido surja *beyond a reasonable doubt*”. Porém, o padrão estadunidense deixa ainda mais claro que não é qualquer dúvida que enseja o desfecho absolutório, mas a dúvida razoável, isto é, a dúvida fundada na razão, a dúvida consistente, capaz de infirmar as provas apresentadas pela acusação.²⁰

A partir desse entendimento, desse entrelaçamento das doutrinas distintas entre si, mas que nesse ponto convergem de maneira muito clara, começo a abordar alguns julgados e jurisprudência já consolidada nos nossos tribunais com relação ao trato dos crimes sexuais.

Analisando diversos julgados, uma linha jurisprudencial foi unânime no que tange aos crimes sexuais, isso independentemente se a vítima é vulnerável ou não, o que segue descrito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ART. 215-A DO CP OU PARA A CONTRAVENÇÃO DO ART. 61 DO DECRETO-LEI N. 3.688/1941. IMPOSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
1. O delito de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, conforme já consolidado por esta Corte Nacional. [...] 4. Nos delitos

²⁰ ANDRADE, Flavio da Silva, *Standards de prova no processo penal* cit. P. 259

sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas que instruem o feito, situação que ocorreu nos autos. [...] (AgRg no AREsp 1646070/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020). (Grifado pelo autor).

Isto posto, a linha aplicada às decisões hoje valora o testemunho da vítima no mais alto grau, sendo capaz de derrubar a presunção de inocência do réu ensejando sua condenação, desde que cumpridos os critérios de consonância com as demais provas que instruem o feito, ou seja, sendo verossímil a versão da vítima, sem contradições lógicas, e que se alinhe com as outras provas elencadas na instrução do processo, dar-se-á o réu por culpado. Destaco aqui o trecho de um julgado:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA PLENAMENTE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. Dos substratos probatórios amealhados ao longo da instrução, é possível extrair a existência material do crime de estupro de vulnerável e a respectiva autoria, que recai de forma segura sobre o recorrente. Conduta delituosa imputada ao agente que não necessariamente deixa rastros materiais, de modo que, em se tratando de ilícitos sexuais, a palavra da vítima se reveste de vital importância, sendo, muitas vezes, a única prova a determinar a condenação do acusado, sobretudo porque tais infrações são normalmente cometidas longe dos olhos de testemunhas, como no caso concreto. Declarações prestadas de modo coerente pela ofendida tanto na fase policial como em pretório, corroboradas pelo restante dos elementos existentes nos autos, que dão conta da ocorrência do abuso, ausente qualquer indício de inculpação graciosa. Condenação mantida e possibilidade absolutória rechaçada. [...]. (Apelação Criminal, Nº 70082340910, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em: 27-11-2019). (Grifado pelo autor).

E essa tem sido a jurisprudência que vem sendo reiteradamente aplicada em nossos tribunais, e apesar de parecer que não há a aplicação de qualquer *Standard* ao estilo do direito anglo-saxão, um olhar mais analítico faz-se perceber a presença do BARD, de maneira inversa, como uma inversão de ônus, não pesando sobre a acusação, mas sobre a defesa. Nesse sentido há uma

quebra do sistema acusatório, que prima pela jurisdição, o contraditório, a ampla defesa, e o livre convencimento do magistrado, mas tudo isso amparado pela presunção de inocência, pois se esse axioma lógico se desloca em direção da acusação, gerando uma presunção de culpa, já não estamos na democraticidade, estamos em um sistema inquisitorial.

Abordaremos mais adiante a falibilidade da prova testemunhal, dentro de um estudo mnemônico, buscando dirimir a exacerbada confiança na prova testemunhal e o risco que isso acarreta com relação às injustas condenações. A seguir um trecho de um julgado que exemplifica bem essa tendência jurisprudencial dentro de nossos tribunais:

As testemunhas arroladas pela defesa, especialmente os familiares do réu (filhos, noras, sogros, esposa), e também da vítima, claramente tentam beneficiar e livrar o réu da acusação. No entanto, causa uma certa estranheza o fato de todos eles afirmarem, de forma categórica, e sem qualquer dúvida, que o réu nunca ficou sozinho com a vítima, que em todos os domingos se reuniam para fazer churrasco, que no dia do aniversário de uma testemunha a menina jamais saiu do local, etc. Veja-se, que são muitos detalhes do cotidiano, os quais normalmente se passam despercebidos, para afirmarem de forma tão veemente e categórica, após longo período de tempo, sem qualquer sombra de dúvida. Ora, os crimes sexuais são cometidos sem testemunhas, e quando ocorrem na esfera familiar, são em situações que normalmente passariam despercebidas pela maioria das pessoas. **Assim, por mais que as testemunhas de defesa tenham se esforçado para tentar absolver o réu, não foram capazes de afastar a credibilidade do relato da vítima, ou colocar em dúvida sua versão.** Por fim, alegar que a vítima possuía palavrado e conhecimento sexual impróprio para a idade, somente corrobora o crime descrito na denúncia, demonstrando que foi submetida a violência sexual ainda na infância.

Feitas essas considerações, a condenação nos lindes do art. 217-A, caput, do CP, por diversas vezes, vai integralmente mantida. (...). (Grifos do autor)²¹

Encarando a realidade como ela se mostra através de decisões e acórdãos, que formam uma linha jurisprudencial, quanto ao trato e valoração da prova nos crimes sexuais, precisamos, portanto, a partir de agora nos aprofundarmos na questão da prova testemunhal, sua validade para o

²¹ Julgamento da apelação-crime nº 70084403872, em sessão virtual de 15 de outubro a 19 de outubro de 2020.

convencimento do julgador e a confiabilidade dessa prova como meio para condenar e derrubar a presunção de inocência.

10 A PROVA TESTEMUNHAL

É indiscutível que a prova testemunhal é lastro para a instrução probatória de muitos feitos, principalmente em nossa justiça estadual, mas é preciso apontar a fragilidade desse meio probatório, tanto à luz do seu manuseio dentro do processo, quanto através do estudo das falsas memórias (patologia).

O manejo probatório encontra-se na legislação processual brasileira no seu Título VII, que trata sobre a prova, e no capítulo VI encontramos a regulação da prova testemunhal.

Dentro dos aspectos desse tipo de prova é necessário salientar que a testemunha exerce uma função retrospectiva, sendo o seu depoimento instruído de forma verbal e de sua memória, não podendo ler seu testemunho, podendo apenas consular alguma anotação pontual (art. 204, parágrafo único do Código de Processo Penal), além disso considera-se esse um ato totalmente objetivo, ou seja, de acordo com o art. 213 do CPP, é vedado a testemunha dar as suas impressões pessoais durante o testemunho, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.

A partir dessa leitura inicial, o primeiro ponto que devemos tratar é exatamente o contido no art. 213 do CPP, pois como se poderá afirmar ou garantir que um depoimento está isento de pontos de vista, interesses ou paixões, calor que é preciso evitar os excessos, depoimentos intermináveis, que nada interessam ao feito, para que a testemunha se atenha aos fatos, mas tratá-la com objetividade pura é um equívoco.

É no mínimo ingênuo de nossa parte simplificar dessa maneira o processo mnemônico, que variam por completo de pessoa para pessoa, os estímulos que o cérebro reage, que podem variar versões, mas que não necessariamente não estejam falando sobre o mesmo ocorrido, apenas apontam para esse labirinto cognoscitivo, semântico, que enraíza em inúmeras direções, colocando assim um ponto de desconfiança das testemunhas.

Não há como imaginar que o depoimento testemunhal está reproduzindo imagens nítidas e claras, juntamente com som claro de todos os eventos que estão sendo narrados, como em um filme, pois é disso que fala a objetividade do relato da testemunha. E dentro desse espectro de desconfiança que é razoável

a tal objetividade do depoimento, isso apenas faz surgir um alerta a falibilidade do testemunho.

E nessa senda, se é o testemunho falho, ou duvidoso, como valorar o peso do mesmo como provam, em que grau ele influencia a decisão do juiz, Crisina Di Gesu coloca da seguinte forma:

A credibilidade da prova testemunhal dependerá do contexto probatório e de quanto persuadiu o julgador, pois, desde o abandono da tarifa probatória, nenhuma prova tem valor específico. Através da motivação da decisão ter-se-á um controle se de fato o depoimento contribui ou não para o veredicto.²²

O segundo ponto a ser abordado sobre a prova testemunhal trata novamente do tema dos sistemas processuais, até a modificação trazida pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008.

O que tínhamos era um sistema de perguntas que eram elaboradas pelas partes, solicitadas ao juiz que as fizesse à testemunha, dando espaço ao juiz interpretar o que a parte queria dizer com a pergunta, interferir e modificar a pergunta, sendo ele naquele momento gestor da prova, que como vimos é característica do sistema inquisitorial. Após a introdução da Lei nº 11.690 de 2008, o nosso sistema de inquirição testemunhal se aproximou muito do *Cross Examination* do direito norte-americano, onde as partes, acusação e defesa perguntam diretamente a testemunha, conforme segue o artigo:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

O juiz apenas preside o ato, ressalvada alguma complementação, ainda dando espaço para alguma interferência.

Importante ressaltar a necessidade que os papéis de cada parte continuem sendo mantidos em seus lugares. Para que o jogo do contraditório, da dialética, possa continuar e assim surgir as provas necessária ao

²² CRISTINA, Di Gesu, prova penal e falsas memórias, cit. Cap. I, posição 1830.

convencimento do julgador, a acusação deve estar com a carga processual de quebrar a presunção de inocência do acusado.

Ao acusado nada lhe cabe pois a presunção de inocência lhe resguarda até o trânsito em julgado do processo, por garantia constitucional, e até o silêncio lhe é facultado, mesmo que isso possa lhe ser prejudicial, mas ele não precisa provar sua inocência, se ele assim o disser, a presunção de inocência lhe resguarda. Lembremos que essa não tem sido a regra nos crimes sexuais, conforme já referido no item 7 deste trabalho. Ao juiz cabe a presidência da instrução, observando e zelando pelas regras do devido processo legal, a fim de reduzir os danos e erros. No cerne desse trabalho, os *standards* para condenação para que haja menos condenações injustas, mas em termos de crimes sexuais parece que andamos na contramão.

11 CONDENAÇÃO DE INOCENTES, UM PROBLEMA A SER ENFRENTADO

À vista de tudo que já foi exposto, vimos que toda a estrutura em torno do processo penal, da força estatal para punir aquilo que socialmente foi convencionado como crime e a condenação dos indivíduos à penas de restrição de liberdade ou até mesmo para além disso, até a morte, foi construído de forma histórica, lastreada em movimentos, revoluções, ou simplesmente o amadurecimento da sociedade como um todo, do avanço cultural e o abandono de práticas que podemos considerar irracionais.

Momentos como o “*Bill of Rights*” em 1689 na Inglaterra, 100 anos depois a Revolução Francesa, fomentada pelo iluminismo e no mesmo século, nos EUA, a Declaração de Independência das Treze Colônias Americanas, são exemplos de movimentos que tiveram um impacto muito grande na retomada dos direitos civis.

Evidentemente nada se compara ao pós segunda guerra mundial, que foi um marco na declaração dos direitos humanos depois dos horrores de duas grandes guerras que se seguiram no século XX, e a medida que a percepção do indivíduo, e sua percepção frente ao Estado, que lhe dita as regras de convívio social, e as sanções em relação à quebra das mesmas, necessário se faz cada vez mais olhar para todo o sistema criado para a retaliação dos atos lesivos à sociedade e moralmente reprováveis, e meticulosamente revisá-los para que naquilo que ele se propõe a ser uma defesa do convívio social, e não um poder inquisitorial de justiça, pois todos são iguais perante a lei e ninguém poderá ser tido por culpado sem que antes haja sentença condenatória transitada em julgado em todas as instâncias. É uma garantia constitucional de que a inocência tem primazia à persecução.

Encontramos através desse estudo que o direito penal, e mais precisamente o direito processual penal são os filtros estabelecidos para que não se condenem inocentes, pois o poder estatal de punir é por demais violento, e sem as devidas garantias, a liberdade e a dignidade da pessoa humana ficam em cheque, àquilo que durante anos e em contraponto aos horrores vivenciados foi conquistado.

Dito isso precisamos enfrentar que erros ocorrem, em uma área sensível demais, que qualquer erro, por menor que seja, leva a consequências

desastrosas para o indivíduo e para a sociedade. Em pesquisa feita pelo *Innocence Project* (2019), apontada por Henrique Alvarenga da Silva, estima-se que existam mais de 20.000 pessoas condenadas erroneamente nos Estados Unidos, e esses números podem ser maiores. Inicialmente apresentamos uma tabela com números de 1281 condenados que foram absolvidos pois suas condenações foram equivocadas, frente a novas provas, e principalmente a introdução do uso do DNA nas investigações forenses.

Dentro desse universo de condenação de inocentes temos vidas destruídas, temos criminosos soltos e ainda cometendo crimes, pois outra pessoa está pagando em seu lugar, um ônus erário suportado pelo Estado, em prisões, e revisões penais, abalos psíquicos e emocionais por parte daqueles que injustamente foram condenados.

E foi apenas colocando a luz do *Logos*, através do debate cognitivo sobre o assunto, que a mim se tornou perceptível a importância do presente estudo, pois se em algum momento tiver em minhas mãos, por força de concurso público, e investido da magistratura, tiver que lidar sobre essas questões saberei, que quanto maiores os padrões e critérios para instruir um processo penal em todas as suas fases probatórias, menores serão as chances de incorrer em erros, e por algum equívoco colocar um inocente em situação de privação da liberdade.

Esse assunto se reveste de muita importância quando lidamos com os crimes sexuais, pois é inequívoco que há condenações erradas e mal instruídas nessa área do direito penal, especialmente por se tratar de um tema sensível e que sensibiliza o julgador, o colocando em uma posição defensiva com relação a inocência do acusado.

Para tanto é indispensável, se não a incorporação desses critérios, como o BARD ao direito brasileiro, deve-se pelo menos buscar estudá-los a fundo para que no futuro sirvam como referência para uma possível sistematização deles, os incorporando à legislação brasileira.

12 CONCLUSÕES

É notório que há um longo caminho ainda a ser percorrido, muita pesquisa a ser feita, e trabalhos a serem publicados até que se possa falar em uma sistematização de todos esses critérios que foram levantadas suas hipóteses no presente trabalho. Temos muito espaço em nossa doutrina para melhoramentos que nos apontem para um processo democrático e garantidor de direitos fundamentais, lembrando que apesar de não termos expressamente o princípio do BARD em nosso ordenamento, somos signatários do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, por meio do Decreto nº 4388/02 que em seu art. 66, item 3, recomenda que: “para proferir sentença condenatória, tribunal deve ser convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável”, o que por enquanto nos permite usar esse dispositivo como uma legislação complementar e auxiliar, até que se sistematize de forma mais clara e objetiva a questão dos *standards* de prova no direito penal e processual penal brasileiro.

Talvez resida na própria discricionariedade que há no livre convencimento que se pode trabalhar de forma mais racional, com axiomas mais lógicos, no devido manuseio da prova de forma imparcial e racional, dando a ela credibilidade e importância que lhe é devida, pois é na análise da prova que reside o convencimento, apresentando assim de forma mais consistente e plena o sistema acusatório de processo.

Juntamente a isso, a devida compreensão da garantia constitucional da presunção de inocência, em todas as suas dimensões, e o abandono de toda e qualquer tentativa de falácias, como a busca da verdade real. Talvez seja necessário, como basicamente tudo no Brasil, um campeão em legislar, que se sistematizem os *standards* de prova para que sejam com mais clareza utilizados, como verdadeiras balizas racionais para todo o ato instrutório, não somente da prolação da sentença.

Para além disso devemos ter espaço para a plena implementação de um sistema acusatório, o que ensejará o cumprimento de diversos institutos que nos levaram mais próximos ao um devido processo penal sob a égide do estado democrático de direito, um processo que não rompa os limites de atuação de cada agente, papéis claros e invioláveis de quem acusa, de quem defende e de

quem julga. Um processo capaz de gerir a prova de forma racional e lógica, sem espaço para decisionismos e discricionaridade.

E dentro dos crimes sexuais é necessário criar e apontar parâmetros para além da prova testemunhal capazes de dirimir toda dúvida razoável, provas técnicas e claras, levando em consideração a fragilidade da prova testemunhal como já foi abordado no presente trabalho.

Portanto, ainda há espaço claro para esse trabalho, visto que a atual estrutura está basicamente calcada na prova testemunhal, e a medida do risco com a tendência a um afrouxamento dos critérios de valoração.

Poderia ainda se falar sobre o questionamento da prova testemunhal e da questão das falsas memórias, mas ainda os tribunais não têm sido receptivos a esses conceitos, visto que é o mesmo campo do saber da psiquiatria e da psicologia que fazem a avaliação de abalos emocionais, corroborando os depoimentos das vítimas, seria no mínimo conflituoso tentar abordar tema tão profundo nesse trabalho singelo que me propus a perscrutar.

Portanto, temos um caminho sendo construído e sendo debatido em diversas áreas do saber, conhecimentos de outros ramos sendo incorporados e utilizados para completar a deficiência do direito em si para estruturar-se de forma a atender à todas as garantias que hoje permeiam a sociedade, pois não é e nunca foi uma questão puramente de direito, são desenvolvimentos tecnológicos, sociais, históricos, filosóficos, que em certa medida e rápida maneira precisam ser incorporados Às normas de convivência refletidas no direito; o que nesse momento da disputa do poder punitivo do Estado x o indivíduo e sua liberdade; aponta para a aplicação de *standards* no direito pátrio, com profunda reflexão, e um direito comparado de dedicada pesquisa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Flávio da Silva, *Standards de Prova no Processo Penal* / Flávio da Silva Andrade – 2. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

BÍBLIA, Evangelho de Mateus, cap. 7, versículo 1.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 24 de março de 2023.

BRASIL. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 25 de março de 2023.

CHUDNOVSKY, Tsion. Conference: Criminal Defense Lawyer Strategies. Março 2019. DOI:[10.13140/RG.2.2.29682.35524](https://doi.org/10.13140/RG.2.2.29682.35524). Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331454377_Legal_Burdens_of_Proo_Presentation

DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias / Cristina Di Gesu. – 2. Ed. ampl. e rev. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. E-book, disponível na plataforma Kindle.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL – IBRASPP. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. *Ano 03, nº 05, ano 2013*.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Vol. 1. 2º e 3º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2008

LUCIO, Rafael Zottis, *Standards de Prova e dúvida razoável no processo penal* / Rafael Zottis Lucio – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022

MELO, João Ozório de. Estudo mostra porque inocentes são condenados à prisão. Conjur, 16 de fevereiro de 2014. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2014-fev-16/estudo-mostra-porque-tantos-inocentes-sao-condenados-prisao-eua>

PARÁBOLA do Alpinista. Infonet. Disponível em:

<https://infonet.com.br/blogs/parabola-sobreconfiancaopalpinista/#:~:text=O%20alpinista%20via%20apenas%20velozes,proximidade%20da%20morte%2C%20sem%20solu%C3%A7%C3%A3o%E2%80%A6>

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Jurisprudência, Apelação Crime, Oitava Câmara Criminal. Nº 70085017655 (Nº CNJ: 0015318-81.2021.8.21.7000) - Comarca De Porto Alegre.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Jurisprudência, Recurso Especial - Segunda Vice-Presidência Nº 70085716363 (Nº Cnj: 0021125-48.2022.8.21.7000), Comarca De Teutônia

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Jurisprudência, Apelação Crime Quinta Câmara Criminal Nº 70081217838 (Nº Cnj: 0093692-82.2019.8.21.7000) Comarca De Rosário Do Sul

SAPHIRO, Barbara J. *Beyond resonable doubt and probable cause: historical perspectives on the anglo-american law of evidence*. Berkeley, University of California Press, 1991.

SILVA, Henrique Alvarenga da. *Condenação de inocentes: o problema do reconhecimento de pessoas e as falsas memórias no direito criminal.* / Henrique Alvarenga da Silva, Gian Miller Brandão. / Curitiba: Juruá, 2020.

WILLIAM Blackstone. Wikiquote. Disponível em:

[https://pt.wikiquote.org/wiki/William_Blackstone#:~:text=%2D%20Voltaire%20es creveu%20algo%20semelhante%20em,do%20que%20condenar%20um%20inocente%22.](https://pt.wikiquote.org/wiki/William_Blackstone#:~:text=%2D%20Voltaire%20es%20creveu%20algo%20semelhante%20em,do%20que%20condenar%20um%20inocente%22.)