



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

GABRIELA MATTOS LANZA DA SILVA

**O PROBLEMA DA PROVA NO CRIME DE ESTUPRO DE
VULNERÁVEL**

Salvador
2017

GABRIELA MATTOS LANZA DA SILVA

**O PROBLEMA DA PROVA NO CRIME DE ESTUPRO DE
VULNERÁVEL**

Monografia apresentada ao curso de pós-
graduação em Ciências Criminais da
Faculdade Baiana de Direito.

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

GABRIELA MATTOS LANZA DA SILVA

O PROBLEMA DA PROVA NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de pós-graduado
especialista em Ciências Criminais, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte
banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2017

A Meus pais, Mauricio e Amenaide, por
todo apoio e incentivo.

AGRADECIMENTOS

A minha família, em especial para meus pais, Mauricio e Amenaide; minha irmã, Camila e minha avó, Nirley, por todos os ensinamentos e toda a motivação durante essa fase de aprendizagem.

Agradeço também a todo corpo docente do curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade Baiana de Direito por todo conhecimento passado de forma tão competente.

“Mais vale arriscar-me a salvar um culpado do que a condenar um inocente”

Voltaire

RESUMO

O presente trabalho apresenta uma análise sobre a questão da prova no estupro de vulnerável, dando foco as mudanças causadas pela Lei 12.015/09, principalmente na criação do instituto do vulnerável. Análise das mudanças positivas e negativas trazidas com a criação do vulnerável e a proteção a dignidade sexual dos mesmos. Mostrará também a análise da nova previsão com os princípios constitucionais relativos ao processo penal. O trabalho também mostrará uma análise sobre os crimes de estupro e estupro de vulnerável visando uma maior compreensão acerca do tema. Por fim, será analisado o procedimento de produção de provas no crime de estupro de vulnerável e os problemas trazidos pela condenação baseada unicamente na palavra da vítima. Será apresentada a necessidade de laudo psicológico como solução para os casos dos crimes que não deixam vestígios.

Palavras-chave: Lei 12.015/09; estupro; estupro de vulnerável; presunção absoluta de violência; laudo pericial; exame de corpo de delito; laudo psicológico.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CF	Constituição Federal da República de 1988
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
HC	Habeas Corpus
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PRINCÍPIOS DE PROCESSO PENAL RELATIVOS À PROVA	13
2.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	13
2.2 PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO	14
2.3 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS	15
2.4 PRINCÍPIO DA GARANTIA CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO	16
2.5 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	17
2.6 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO	18
2.7 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA	19
2.8 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	19
2.8.1 Adequação	20
2.8.2 Necessidade	21
2.8.3 Proporcionalidade <i>stricto sensu</i>	21
3 A PROVA NO PROCESSO PENAL	23
3.1 CONCEITO DE PROVA NO PROCESSO PENAL	23
3.2 SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA	24
3.2.1 Sistema da Prova Tarifada	24
3.2.2 Sistema do Livre Convencimento e do Livre Convencimento Motivado	24
3.3 MEIOS DE PROVA	25
3.4 PROVAS EM ESPÉCIE	26
3.4.1 Exames Periciais	26
3.4.1.1 Exame de Corpo de Delito	26
3.4.2 Necessidade de Laudo	27
3.5 DEPOIMENTO DA VÍTIMA	28
3.5.1 Valor Probatório do Depoimento da Vítima	28
4 CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	30
4.1 ESTUPRO	30
4.1.1 Conceito	31
4.1.2 Bem Jurídico Protegido	32
4.1.3 Sujeito Ativo e Sujeito Passivo	32
4.1.4 Consumação	33

4.1.5 Ação Penal e Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal	34
4.2 O ART. 224 E A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA	35
5 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL	37
5.1 REVOGAÇÃO DO ART. 224 E A VULNERABILIDADE TRAZIDA PELO ART. 217-A	38
5.2 SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO	40
5.3 BEM JURÍDICO TUTELADO	41
5.4 LEI 12.015/09 E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	41
5.5 DA HEDIONDEZ DO ESTUPRO FÍCTO	43
6 O PROBLEMA DA PROVA NOS CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	45
6.1 A PROVA NOS CRIMES QUE DEIXAM VESTÍGIOS	45
6.1.1 Prova Pericial: Laudo de Constatação da Conjunção Carnal	46
6.1.2 Prova Pericial Indireta	48
6.2 AVERIGUAÇÃO QUANDO NÃO HÁ VESTÍGIOS	48
6.2.1 Ressalvas Importantes Acerca da Prova Estritamente Testemunhal	49
6.2.2 Problema da Prova Baseada Unicamente na Palavra da Vítima no Crime de Estupro de Vulnerável	52
6.2.2 Falsas Memórias	54
6.3 MITIGAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E RISCO DE RETORNO À PROVA TARIFADA	56
6.4 NECESSIDADE DE LAUDO PSICOLÓGICO COMO SOLUÇÃO PARA CRIMES SEXUAIS QUE NÃO DEIXAM VESTÍGIOS E OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIIS	56
7 JURISPRUDÊNCIA	60
7.1 ANÁLISE DECISÃO TJ-TO	63
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	68
9 REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema “O problema da Prova no Crime de Estupro de Vulnerável” e terá como base crítica a liberdade e a dignidade sexual das pessoas. A pesquisa tem foco nas mudanças trazidas pela Lei 12.015/09 que trouxe diversas mudanças para o ordenamento jurídico brasileiro, sendo a criação do instituto do vulnerável a mais importante delas.

O tema foi escolhido em razão das mudanças negativas trazidas pela edição da Lei 12.015/09, uma vez que a mesma possibilitou a condenação de sujeitos baseadas apenas em uma ficção jurídica, como é o caso da presunção de violência no crime de estupro de vulnerável.

Essa presunção é contrária aos princípios constitucionais que regem o processo penal, tal qual ao princípio do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, da vedação das provas ilícitas, da garantia contra autoincriminação, da presunção de inocência de todos os sujeitos até que seja transitada em julgado a sentença penal condenatória e do princípio da proporcionalidade.

Após a análise dos princípios constitucionais relativos ao processo penal no capítulo dois deste trabalho, buscar-se-á explanar sobre a prova do processo penal, explanando seu conceito e definindo os meios de prova.

Ainda no terceiro capítulo, procurar-se-á demonstrar a importância da prova pericial para os crimes que deixam vestígios, principalmente para o crime de estupro de vulnerável.

No quarto capítulo buscar-se-á demonstrar o conceito de estupro, bem como qual o bem juridicamente protegido por ele. Pretender-se-á, também neste capítulo, demonstrar a discussão acerca do art. 224 do Código Penal no que tange a presunção de violência, se está é absoluta ou relativa nos crimes de estupro. Também pretender-se-á esclarecer sobre a súmula 608 do Supremo Tribunal Federal em relação a ação penal nos crimes de estupro.

Já no quinto capítulo, buscar-se-á apresentar o conceito do crime de estupro de vulnerável. Intentar-se-á demonstrar a ofensa ao princípio da proporcionalidade com

a mudança trazida pela Lei 12.015/09. Buscar-se-á também mostrar a desproporcionalidade das penas nos crimes de estupro e estupro de vulnerável.

Ainda no quinto capítulo, intentar-se-á esclarecer sobre a hediondez do estupro do crime de estupro de vulnerável, através da mudança no art. 1º, incisos V e VI da Lei 8.071/90 (Leis dos Crimes Hediondos) proporcionada pela Lei 12.015/09.

No sexto capítulo, buscar-se-á demonstrar o problema da prova no crime de estupro de vulnerável, principalmente nos casos em que o crime não deixa vestígio. Procurar-se-á demonstrar os riscos de uma condenação pelo crime do art. 217-A do Código Penal baseado exclusivamente na palavra da vítima.

Também no sexto capítulo, buscar-se-á apresentar o problema das falsas memórias e como elas podem ser prejudiciais ao processo penal, principalmente em relação ao crime de estupro de vulnerável.

Encerrar-se-á o presente trabalho buscando demonstrar a necessidade de laudo psicológico para a comprovação ou não do crime de estupro de vulnerável. Procurar-se-á demonstrar também a ofensa aos princípios constitucionais de uma condenação baseada exclusivamente do depoimento da vítima.

2 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS EM RELAÇÃO À PROVA NO PROCESSO PENAL

O Direito é dividido em vários ramos que estudam e definem leis sobre diferentes matérias relacionadas a ele.

A Constituição Federal é a lei maior do ordenamento jurídico brasileiro e nela estão presentes os princípios constitucionais que devem reger os demais âmbitos do direito.

Ainda que não taxativos, os princípios constitucionais trazidos pela CF devem ser o norte da aplicação e interpretação do direito em todos os outros ramos.

Justamente por sua natureza, o Direito Penal e o Direito Processual Penal devem seguir com rigor e cautela os princípios constitucionais, buscando a máxima efetividade dos direitos fundamentais e evitando os possíveis excessos na aplicação da lei.

2.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O art. 5º, inciso LIV, da CF dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Esse devido processo legal a que se refere a Constituição brasileira é aquele processo que está na lei e deve atender à todas as garantias ficando, assim, conforme os preceitos constitucionais.

Este princípio é fundado na doutrina estrangeira e é uma tradução do “due process of law”. Sendo assim, o processo deve estar de acordo com o Direito como um todo e não somente com a lei.

A palavra liberdade presente no art. 5º foi utilizada de forma ampla, sendo que pode ser considerada como qualquer liberdade: seja liberdade de locomoção ou qualquer outro tipo de liberdade presente no ordenamento jurídico, uma vez que se a lei não restringe o termo e nem faz nenhum tipo de distinção, o mesmo deve ser interpretado amplamente.

Desse modo, o devido processo legal está dividido em duas perspectivas: uma formal e a outra procedimental, traduzindo a necessidade de um processo baseado nos ditames legais sem qualquer supressão de ato no procedimento essencial.

No processo penal, esse princípio se traduz em um procedimento regular, realizado por autoridades competentes e com provas válidas. Nas palavras de José Herval Sampaio Júnior, “vê-se que esse princípio assume dentro do processo penal uma importância transcendental e que delinea todo o seu agir, limitando inclusive a atividade do legislador”.

Assim, ninguém pode ser privado de sua liberdade de forma diferente ao que está estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Esse princípio é de extrema importância, pois assegura a possibilidade de revisão das decisões judiciais. Na explicação de Nestor Távora, essa revisão é possível

(...) através do sistema recursal, onde as decisões do juízo a quo podem ser reapreciadas pelos tribunais. É uma decorrência da própria estrutura do Judiciário, vazada na Carta Magna que, em vários dispositivos, atribui competência recursal aos diversos tribunais do país.

Sendo assim, o princípio do duplo grau de jurisdição funda-se em duas premissas: a primeira é que seja possível recorrer do conteúdo integral da sentença e que esse reexame seja realizado por órgão diferente daquele que proferiu a decisão a que se está recorrendo.

Na antiga Constituição de 1824, o duplo grau estava expressamente previsto no texto constitucional. O reexame seria realizado por órgão que se equipara, atualmente, ao Tribunal de Justiça. Nesta Constituição não estava previsto a existência do que chamamos hoje de tribunais superiores.

Ainda assim, a garantia ao duplo grau não era absoluta, uma vez que a Constituição previa somente a existência do Tribunal de forma que o legislador poderia limitar o direito de recorrer.

Apesar de não ser expresso na atual CF, esse princípio foi recepcionado pela mesma através do art. 8º, inciso II, alínea h do Pacto de São José da Costa Rica, que dispõe sobre o direito de recorrer das decisões judiciais.

Ressalte-se que este princípio não foi expresso na Constituição atual em razão da existência do princípio da segurança jurídica. Como afirmou Gilmar Mendes, “Não se reconhece direito de uma contestação continuada e permanente, sob pena de se colocar em xeque um valor da própria ordem constitucional, o da segurança jurídica, que conta com especial proteção (coisa julgada)”.

Ainda assim, a Suprema Corte Brasileira considerou o princípio do duplo grau de jurisdição como um corolário do princípio do devido processo legal.

Ressalte-se que ainda que não aplicável a todos os casos, o princípio do duplo grau de jurisdição está garantido em hipóteses expressamente definidas pela CF, como, por exemplo, a outorga do recurso ordinário e da apelação (arts. 102, 104 e 108 da referida lei).

Esse princípio garante a ampla defesa e contraditório no processo penal, conforme determina a Lei Maior.

2.3 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS

A vedação das provas ilícitas tornou-se uma garantia processual com o art. 5º da Constituição Federal de 1988.

As provas vedadas pelo ordenamento jurídico podem ser classificadas em ilícitas e ilegítimas, além de também as provas irregulares.

As provas ilícitas seriam as provas obtidas através de violação de preceito material, seja porque determinada norma proíbe aquela conduta ou porque permite, mas com a presença de determinados requisitos para a sua realização, a exemplo da interceptação telefônica que necessita de autorização prévia do juiz.

Por outro lado, as provas ilegítimas seriam aquelas violadoras de preceitos processuais presentes no Código Penal, como por exemplo, a utilização de um laudo pericial que não foi elaborado por um perito com capacidade técnica nos moldes do art. 159 do CPP.

No que tange as provas irregulares, essas podem ser definidas como aquelas que são permitidas por lei, mas não realizadas de forma incorreta. Ou seja, apresentam alguma incongruência com as formalidades legais exigidas.

Com a Constituição Federal de 1988 ficou proibida também a utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Dessa forma, não são aceitas escutas telefônicas sem autorização judicial e gravações de conversas particulares com micro gravadores, por exemplo.

Nesse mesmo sentido, ficaram proibidas também as provas ilícitas por derivação, conforme art. 157 do Código de Processo Penal

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

(...)

As provas ilícitas por derivação a que se refere o art. acima são aquelas, nas palavras de Fernando Capez, “quando, embora recolhida legalmente, a autoridade, para descobri-la, fez emprego de meios ilícitos”.

Essa concepção segue a regra da “teoria dos frutos da árvore envenenada”, que afirma que as provas derivadas de uma prova ilícita também carregam consigo a ilicitude. Sendo assim, se existir uma prova ilícita, todas as outras provas que derivarem dela também estão maculadas e não poderão ser utilizadas no processo.

A vedação à prova ilícita no processo penal garante o respeito à Lei Maior, assegurando os direitos humanos e resguardando os direitos do réu.

2.4 PRINCÍPIO DA INEXIGIBILIDADE DE AUTOINCRIMINAÇÃO

O princípio da inexigibilidade de autoincriminação ou autodefesa, garante que ninguém será obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Esse princípio se relaciona com os princípios da presunção de inocência e do direito ao silêncio, limitando o poder do Estado em razão de uma desigualdade processual.

Segundo Nestor Távora

(...) o nemo tenetur se degetere envolve os direitos imputados de: (1) silêncio ou permanecer calado; (2) não ser compelido a confessar o cometimento da infração penal; (3) inexigibilidade de dizer a verdade; (4) não adotar conduta ativa que possa causar-lhe incriminação; (5) não produzir prova incriminadora invasiva ou que imponham penetração em seu organismo (as constatações não invasivas são admitidas a exemplo do exame de saliva deixada em copo para verificação de DNA).

Nos últimos anos o este princípio ganhou grande repercussão com a chamada “Lei Seca” que alterou a redação do Código de Trânsito Brasileiro e passou a prever como crime a condução de veículo sob influência de álcool ou substância psicoativa.

Ocorre que para a comprovação da ingestão de bebida alcóolica era necessário que o indivíduo realizasse o “teste do bafômetro”, o que caracterizava uma autoincriminação.

Sendo assim, a redação do artigo foi mais uma vez alterada retirando a necessidade de exame através do etilômetro, sendo admitidas outras provas, a exemplo da prova testemunhal.

2.5 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA

Esse princípio foi expressamente colocado no ordenamento jurídico através da CF/88, estabelecendo em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Segundo Nestor Távora, existem duas regras que derivam do princípio da presunção de inocência

(...) a regra probatória ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado – e não este de provar sua inocência – e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade.

O princípio da presunção de inocência deve ser tratado como um direito fundamental, uma vez que amplia as garantias processuais, fazendo com que o Estado cumpra sua função de investigar e punir os criminosos sem retirar as garantias individuais dos acusados.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, determina em seu art. 9 “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Esse princípio deve ser interpretado de uma forma ampla, uma vez que se for interpretado de uma forma literal, resultaria na impossibilidade de instauração de qualquer tipo de inquérito ou processo, conforme afirmou Tourinho Filho. Isto porque, se presume-se que todos são inocentes, qualquer inquérito ou processo estaria violando essa garantia fundamental. Além disso, também não seria possível a prisão antes da condenação, uma vez que a mesma seria considerada uma pena antecipada.

Recentemente, em setembro do ano passado, o STF passou a admitir o início do cumprimento da pena de prisão do réu após ser condenado na segunda instância. Dessa forma, muda o entendimento de que o réu poderia continuar livre até que se esgotassem todas as possibilidades de recurso.

Ocorre que essa decisão, claramente, fere o princípio da presunção de inocência, tendo em vista que este determina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença, ou seja, até que acabem todos os recursos judiciais.

2.6 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Sobre o princípio do contraditório, dispõe do art. 5º, LV, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O princípio do contraditório garante as partes a possibilidade de influir no processo e na decisão do magistrado e está diretamente relacionado com o princípio da ampla defesa.

Na lição de Nestor Távora

Numa visão macroscópica, o contraditório vai abranger a garantia de influir em processo com repercussão na esfera jurídica do agente, independente do polo da relação processual em que se encontre. Como afirma Elio Fezzalari, a “própria essência do contraditório exige que dele participem ao menos dois sujeitos, um “interessado” e um “contra interessado”, sobre um dos quais o ato final é destinado a desenvolver efeitos favoráveis, e, sobre o outro, efeitos prejudiciais”. O agente, autor ou réu, será admitido a influenciar o conteúdo da decisão judicial, o que abrange o direito de produzir prova, o direito de alegar, de se manifestar, de ser cientificado, dentre outros.

Dessa forma, passa-se a considerar o princípio do contraditório como um princípio que garante a paridade de armas na busca de uma igualdade processual; as partes devem ter a garantia de se posicionarem no processo de forma igualitária. Essa igualdade também diz respeito ao direito de ter se ciência quando qualquer das partes pratica algum ato e também em relação às provas, para que sejam obtidas por meios idênticos e todas as partes possam refuta-las de maneira igual.

O contraditório está baseado na ideia de um conflito organizado com um procedimento com possibilidades igualitárias para as partes, podendo, assim, ser considerado um método de comprovação da verdade através de um confronto igualitário entre as provas.

Apesar disso, há alguns casos em que haverá uma mitigação do princípio do contraditório, a exemplo da concessão de uma medida cautelar e do inquérito policial. Ainda assim, nesses casos, o defensor do investigado terá amplo acesso aos documentos e procedimentos, uma vez que a defesa do investigado tem que ser garantida.

Esse princípio garante a igualdade processual entre as partes, assegurando ao acusado o direito de intervir e influenciar nas decisões de seu processo nas diretrizes da Carta Magna brasileira.

2.7 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

O princípio da ampla defesa tem como destinatário o acusado. A defesa pode ser técnica ou a autodefesa. A defesa técnica é sempre obrigatória, ao contrário da autodefesa, que vai depender da vontade do acusado, que pode permanecer em silêncio, se assim desejar.

A CF/88 afirma que deve ser assegurada a ampla defesa, “lançando-se mão dos meios e recursos disponíveis e a ela inerentes”, conforme disposto no seu art. 5º, LV.

A súmula nº 523 do STF afirma que a falta de defesa técnica no Processo Penal resulta na nulidade absoluta do processo, mas o mesmo só será anulado se restar comprovado o prejuízo do réu. No mesmo sentido, afirma a súmula nº 708 “é nulo o julgamento da apelação se, após manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro”.

Ressalte-se que a necessidade de nomeação de defensor para oferecimento de defesa, conforme previsto no CPP, é em homenagem ao princípio da ampla defesa, uma vez que o réu não pode prosseguir no processo sem que tenha uma defesa em paridade de armas com a acusação.

Importa salientar também que, diferentemente da plenitude de defesa, garantida pelo Tribunal do Júri, a ampla defesa está restrita somente aos argumentos jurídicos, não podendo utilizar-se de argumentos de natureza sentimental ou social.

2.8 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Robert Alexy considera o princípio da proporcionalidade como um mandado de otimização de todos os direitos fundamentais. É um dos princípios mais importantes

do Direito Penal, uma vez nesta matéria parte-se da premissa da proporcionalidade da intervenção jurídica, passando pela adequação e necessidade.

O princípio da proporcionalidade impõe uma constante busca pelo equilíbrio entre os interesses conflitantes: um meio entre os interesses públicos e privados, na busca pelo limite do poder do Estado (uma vez que esse princípio tem a função de limitar os interesses individuais em nome dos interesses da coletividade).

Sendo assim, pode-se afirmar que o papel do princípio da proporcionalidade é de limitar o Direito Penal abusivo através do que dispõe o texto constitucional. Neste sentido, em se tratando de matéria penal, o princípio da proporcionalidade não cria leis incriminadoras por si só; ele é uma norma valorativa que tem o papel de criar normas penais válidas e atenuar o rigor das leis existentes.

No mesmo sentido, Paulo Queiroz afirma que “além da proibição do excesso, o princípio da proporcionalidade compreende a proibição de insuficiência da intervenção jurídico-penal”, ou seja, o princípio da proporcionalidade evita mais do que a pena excessiva, ele busca também uma resposta penal muito além do seu efetivo merecimentos, uma vez que “a desproporção tanto pode dar-se para mais quanto para menos”.

Fábio Roque salienta que para aferir a proporcionalidade é necessário agir de acordo com o “critério trifásico”, sendo assim, deve-se atentar para “adequação (ou idoneidade), necessidade (exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito da medida”.

Importa salientar que existe uma ordem lógica por trás dos elementos acima citados, de forma que, em algumas situações, deverão ser analisados todos os elementos na ordem lógica em que foram apresentados.

2.8.1 Adequação

Nas lições de Fábio Roque, “a idéia que orienta a observância destas regras de aferição da proporcionalidade é a relação entre meios empregados e fins almejados, tem-se que a melhor forma de se definir estas regras é valorando esta relação meio – fim”. Ou seja, um meio só poderá ser considerado adequado quando atingir o resultado pretendido.

A adequação está pautada na necessidade de a medida adotada pelo ordenamento deve estar fundamentada na finalidade do Direito Penal – prevenção de comportamentos possivelmente lesivos.

Apesar disso, não se pode afirmar que a adequação se limita apenas a análise de eficiência do meio, uma vez que resta um alto grau de subjetividade nessa avaliação.

Como solução desse problema, Fábio Roque apresenta a análise de três pontos para escolha do meio mais adequado: a intensidade (o quanto – mais ou menos- a medida atinge o fim pretendido), o qualitativo (a comparação entre os meios-fim – um poderá ser mais, menos ou igual ao outro) e o probabilístico (grau de acerto que o meio garante na busca pelo objetivo final).

2.8.2 Necessidade

Considerando a ideia de necessidade, o recurso a ser utilizado deve ser o menos gravoso possível para realização do resultado pretendido. Nesse sentido, só serão utilizadas as medidas que tenham sido consideradas adequadas.

A necessidade, dessa forma, invoca a ideia de intervenção penal como ultima ratio; deve-se buscar o meio que menos limite os direitos fundamentais.

2.8.3 Proporcionalidade stricto sensu

A proporcionalidade stricto sensu parte do pressuposto de uma “comparação entre os meios empregados e os fins colimados, de molde a que os meios sejam os menos danosos possíveis”, como afirmou Fábio Roque.

A valoração comparativa deverá ser feita entre dois direitos fundamentais que estejam em conflito, através de uma análise da intensidade da intervenção punitiva do Estado.

Sendo assim, pode-se afirmar que a pena deve variar de acordo com o crime que foi cometido.

Nesse mesmo sentido, apresenta-se o caráter tríplice do subprincípio da proporcionalidade stricto sensu: o primeiro aspecto é a proporcionalidade abstrata

em relação à previsão das penas; o segundo é a proporcionalidade concreta, em relação ao julgamento da ação penal e o último é a proporcionalidade executória, no que tange a individualização da pena durante a execução penal.

Segundo Robert Alexy, a eficácia da proporcionalidade em sentido estrito será apresentada na prática, ou seja, quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colida com outro princípio. Nesse caso, será necessária uma ponderação para saber qual princípio deverá ser aplicado, isto porque a necessidade decorre da natureza de mandado de otimização em relação as possibilidades fáticas.

3 A PROVA NO PROCESSO PENAL

A prova no processo penal tem a finalidade de atingir a verdade jurídica dos fatos. O lastro probatório do processo é responsável por basear e guiar o convencimento do magistrado que irá julgar o caso.

3.1 CONCEITO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

A prova pode ser considerada como tudo aquilo que contribui para a reconstituição dos fatos e o convencimento do juiz.

A fase de investigação do processo busca formar o lastro probatório que embasará a condenação ou absolvição de um sujeito pela prática de um delito.

Eugênio Tourinho Filho ensina que:

O objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. [...] É o juiz quem vai dizer se o acusado é culpado ou inocente, e para tanto ele precisa saber o que realmente aconteceu, quando e como aconteceu. Assim, a finalidade das provas é mostrar para o Julgador o que realmente ocorreu, para que ele faça um juízo de valor e procure restaurar, na medida do possível, a verdade real.

Guilherme Souza Nucci entende que o termo “prova” possui três sentidos. O primeiro dele é o ato de provar, pelo qual o processo se verifica a exatidão do fato que foi alegado no processo; o segundo é o meio, que está relacionado com qual instrumento será utilizado para provar o fato alegado e o terceiro é o resultado da ação probatória.

Eugênio Pacelli afirma que o objetivo da prova é a reconstrução dos fatos que estão sendo investigados no processo penal. Essa reconstrução deve buscar “a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e tempo”. Dessa forma, a tarefa de buscar a verdade dos fatos pode ser considerada uma das mais difíceis.

Ressalta ainda o referido autor que essa verdade que se busca através das provas no processo penal é sempre uma verdade processual, uma vez que não só foi produzida no curso do processo, mas também por ser uma verdade natureza tão somente jurídica.

A prova será destinada ao juiz, que formará seu convencimento de acordo com aquilo que foi apresentado como prova no processo.

Sendo assim, a prova possui o condão de demonstrar a veracidade dos fatos alegados no processo de forma que seja feita a melhor justiça.

3.2 SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA

Os sistemas de valoração da prova são espécies do gênero teoria geral da prova, já citada anteriormente. A prova é o mecanismo pelo qual se busca a verdade dentro de um processo, tornando-se essa a prova judicial.

PACCELI (2010) define a prova judiciária:

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, *tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo*. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.

O convencimento do juiz em relação aos fatos que estão expostos no processo está diretamente ligado a forma como ele valora as provas. A carga comprobatória dos fatos está na forma como as provas são valoradas pelo juiz.

3.2.1 Sistema da Prova Tarifada

No sistema da prova tarifada cada prova possuía um valor que era definido pela lei, independente da divergência de casos cada prova já possuía o seu valor estabelecido cabendo apenas ao juiz realizar fórmulas matemáticas para obter o resultado da condenação ou absolvição.

Esse sistema surgiu na Idade Média como uma forma de conter o poder dos juízes do sistema inquisitorial.

Nesse sistema, a confissão era a prova mais importante e de maior valor, uma vez que não importava a existência de lastro probatório em sentido contrário; se o sujeito confessasse o crime, ele seria condenado.

Dessa forma, pode-se afirmar que nesse sistema a prova era hierarquizada, levando à condenação o indivíduo que fizesse a confissão, independentemente de todas as outras provas apresentadas.

3.2.2 Sistema do Livre Convencimento e do Livre Convencimento Motivado

O sistema do livre convencimento confere ao juiz uma plena liberdade para julgar conforme sua vontade, pois não há nenhuma obrigatoriedade em motivar a decisão,

podendo o juiz, inclusive, valer-se de elementos que não foram apresentados no processo.

Esse sistema pode ser visto no Brasil no Tribunal do Júri, onde o conselho de sentença é soberano e não precisa motivar a sua decisão, conforme art. 472 do Código de Processo Penal.

Buscando conter os possíveis abusos e o poder conferido ao magistrado, o processo penal brasileiro atualmente é regido pelo sistema do livre convencimento motivado.

Sobre as características desse sistema ressalta MELHEM e ROSAS:

a) as provas devem estar no processo, e somente sobre elas recai a avaliação; b) não exclui a fixação legal prévia dos meios de prova idôneos e o seu ritual, c) a qualificação da prova é livre para o julgador, com duas limitações: sua racionalidade deve submeter-se à crítica probatória científica e à equidade, e sua decisão deve ser fundamentada. Esta obrigação de fundamentar a decisão constitui uma garantia para obter que o julgador fale segundo o alegado e provado, e para que possam confrontar-se os dados probatórios com sua avaliação racional e crítica.

Com esse sistema os princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo* passaram a ser observados e seguidos. Ou pelo menos deveriam ser.

3.3 MEIOS DE PROVA

Os meios de prova podem ser definidos como os recursos capazes de perceber a verdade e formar o conhecimento. Como definiu TÁVORA (2013), “é tudo aquilo que pode ser utilizado, direta ou indiretamente, para demonstrar o que se alega no processo”.

O processo penal busca a verdade dos fatos e, para isso, o juiz e as partes possuem liberdade para comprovarem suas teses através dos meios de prova disponíveis.

O Código de Processo Penal não taxa todos os meios de prova que podem ser utilizados, de forma que, desde que lícitos, a investigação pode ocorrer da forma mais ampla possível buscando a verdade real dos fatos.

Ressalte-se que a produção de provas deve estar de acordo com a lei, uma vez que diferente disso estará violando o devido processo legal, acarretando uma nulidade processual.

Sobre as provas, esclarece MIGUEL (2016):

Quando tais fatos não deixam vestígios materiais e se desvanecem no mesmo instante em que ocorrem, ou logo após, a sua comprovação em juízo só pode ser feita pela prova testemunhal. E o relato de testemunhas

pode, por diversas razões que não cabe comentar no momento, não corresponder fielmente à realidade. Mas, se resultam alguns vestígios duradouros dos fatos ocorridos, com a possibilidade de serem detectados pelos nossos sentidos, o seu exame e registro podem e devem ser feitos. E por pessoas tecnicamente capacitadas para fazê-lo. O exame destes elementos materiais, quando feitos por técnico qualificado para atender solicitação de autoridade competente, é chamado de perícia. Conseqüentemente, o indivíduo que o realiza deve ser chamado de perito.

Os artigos 158 a 250 do Código de Processo Penal definem os diversos meios de provas que podem ser utilizados no processo penal, ainda que não taxativo. Em se tratando de estupro de vulnerável, a prova mais importante é a prova pericial.

3.4 PROVAS EM ESPÉCIE

Como afirmado anteriormente, a prova no Processo Penal tem a finalidade de buscar a verdade dos fatos relatados no processo e formar o convencimento do magistrado.

Nos casos dos crimes sexuais, tema deste trabalho, a prova pericial e a prova testemunhal são as mais importantes.

3.4.1 Exames Periciais

O exame pericial é aquele realizado por profissional que possui “conhecimentos técnicos, científicos ou domínio específico em determinada área do conhecimento”, como afirmou TÁVORA (2013).

A prova pericial possui grande valor no processo penal, uma vez que a legislação penal submete os peritos ao cumprimento de suas regras.

As perícias são realizadas por perito oficial, devendo, necessariamente, integrar os quadros de funcionário do Estado. É fundamental também que este profissional possua diploma universitário.

A atividade do perito não fica adstrita a nomeação por parte da autoridade policial ou judiciária e também não estará compromissada pela autoridade, uma vez que o mesmo já prestou compromisso ao ser empossado no cargo.

A realização da perícia resultará na elaboração do laudo pericial, que deverá constar tudo o que foi observado pelos peritos, inclusive os aspectos técnicos do caso.

No laudo, o perito deverá responder a todos os questionamentos realizados pelo juiz, afim deixar claro a sua posição e conclusão sobre o caso de acordo com os resultados da sua perícia.

Ressalte-se, por fim, que nos crimes que deixam vestígios é obrigatória a realização da perícia, não podendo ser negado o referido exame. As demais perícias, se não forem úteis para o esclarecimento dos fatos poderão ser indeferidas pela autoridade.

3.4.1.1 Exame de Corpo de Delito

Na definição de Nestor Távora, “corpo de delito é o conjunto de vestígios materiais deixados pela infração penal, seus elementos sensíveis, a própria materialidade, em suma, aquilo que pode ser examinado através dos sentidos”. Dessa forma, o exame de corpo de delito é a perícia que tem o corpo de delito como objeto.

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

O exame de corpo de delito direto é aquele em que os vestígios estão à disposição do perito para serem analisados. O próprio corpo de delito pode ser analisado pelos peritos.

Por outro lado, o exame de corpo de delito indireto é aquele que não estão presentes mais os elementos do corpo de delito, seja em razão do tempo que se demorou para realizar, por exemplo, de forma que o perito necessitará utilizar-se de meios acessórios para a comprovação do delito, como fotos ou prontuários médicos. Em relação ao exame de corpo de delito indireto há uma discussão acerca da necessidade de laudo pericial.

TÁVORA (2013) ressalta que tem prevalecido o entendimento que o exame indireto dispensaria qualquer rigor formal, de forma que não seria necessário a elaboração de laudo pericial nos casos de prova testemunhal, por exemplo.

O autor ressalta o posicionamento de Espínola Filho (2013, p. 419):

Nem há qualquer formalidade para constituição desse corpo de delito indireto; não se lavra termo algum; inquirindo a testemunha, o juiz perguntará sobre a materialidade do fato, como sobre as demais circunstâncias, e a palavra de uma única testemunha bastará para firmar o convencimento do julgador, de acordo com o princípio da livre apreciação.

Sendo assim, o autor defende uma possibilidade conciliadora na qual o exame indireto poderá contar com a participação dos peritos ou então poderá resumir-se a uma apreciação do juiz sobre outras provas, a exemplo da prova testemunhal.

3.4.2 Necessidade de Laudo

Como já afirmado anteriormente, se a infração deixar vestígios, será necessária a realização do exame de corpo de delito, seja ele direto ou indireto, podendo, na impossibilidade de realização do mesmo, ser utilizada a prova testemunhal.

A não realização da perícia acarreta a nulidade absoluta do processo. Na visão de TÁVORA (2013) este posicionamento não é adequado, uma vez que se o

magistrado notar que não há laudo pericial no curso do processo, este poderia determinar *ex officio* a realização do exame e, não sendo possível realizar tal exame, deveria proceder com a absolvição do réu e não reconhecer a nulidade do processo.

3.5 DEPOIMENTO DA VÍTIMA

A vítima ou ofendido é aquele que teve seu direito lesado pela prática da infração penal. É o sujeito passivo do crime.

Importa salientar aqui que a vítima não pode ser considerada testemunha. Isto porque, primeiramente, o Código de Processo Penal colocou a vítima em um capítulo diferente da testemunha. Em segundo lugar, a vítima, diferentemente da testemunha, não presta compromisso em dizer a verdade durante o seu depoimento. Outra razão para que a vítima não seja considerada testemunha está ligada ao fato de que a vítima, como destacou NUCCI (2015), é perguntado sobre quem é o autor do fato ou quem ele presume que seja o autor, diferente da testemunha que presta um relato objetivo de quem sabe dos fatos e de sua autoria. Ademais, a vítima não é incluída no rol de testemunhas do processo.

3.5.1 Valor Probatório do Depoimento da Vítima

NUCCI (2015) que este é um ponto bastante controverso. Ressalta o Autor que a declaração do ofendido e o interrogatório do réu são meios de prova, porém, “não se pode dar o mesmo valor à palavra da vítima, que se costuma conferir ao depoimento de uma testemunha, esta, presumidamente, imparcial”.

Cumprido destacar que a vítima foi quem sofreu os efeitos da prática de uma infração penal e teve, de alguma forma, algum bem ou interesse violado. Sendo assim, é possível que a vítima fique perturbada e coberta de emoções na hora de prestar suas declarações, o que a pode levar a mentir por medo ou até mesmo por confusão psíquica em razão do que lhe aconteceu.

Guilherme Souza Nucci ressalta

Outro aspecto a ser considerado é que exposições pormenorizadas do fato criminoso nem sempre são fruto da verdade, uma vez que o ofendido tem a capacidade de inventar muitas circunstâncias, até, como já se frisou, para atenuar sua responsabilidade na ocorrência do delito. O sujeito agressivo, que vive provocando terceiros, em outro exemplo, ao ser fisicamente atacado, poderá constituir na sua mente um universo de escusas, para a sua atitude inicial, que o leva a omitir tal afronta, criando, em seu lugar, outros dados inexistentes.

Na mesma linha, outro ponto importante é o fato de que nos casos em que a violência é cometida por pessoa da família ou pessoa querida pela vítima, a exemplo de mulheres que são agredidas por seu companheiro, a vítima tende a amenizar o

fatos e circunstâncias, em razão do sentimento e da relação de proximidade que mantém com o autor do fato.

Tais situações reforçam a necessidade de o magistrado analisar com extrema cautela o depoimento das vítimas no processo penal, de forma que não se pode valorar a palavra do ofendido, pois o mesmo deve ser tratado da mesma forma que o réu.

A palavra da vítima não deve ser analisada isoladamente no processo penal. A palavra da vítima deve estar de acordo com as demais provas apresentadas no processo, principalmente com a prova testemunhal.

4 CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

A Lei 12.015/09 alterou o nome do título VI do Código Penal, substituindo a expressão “Crimes Contra os Costumes” para “Crimes Contra a Dignidade Sexual”, dando, assim, uma maior atenção a dignidade da pessoa humana como preceitua a Constituição Federal.

Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que dignidade é:

“a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

Rogério Greco (2015) afirma que a nomenclatura de um título do Código Penal é de extrema importância, uma vez que ela influencia o intérprete. Ou seja, no caso em tela, passa-se a analisar com mais cautela o bem jurídico que inspirou o título: a liberdade individual.

Sobre a liberdade individual, Cezar Roberto Bittencourt (2015) afirma que é o bem mais desrespeitado nos crimes, a exemplo dos crimes contra o patrimônio de contra a dignidade sexual.

Dentro da liberdade individual está a liberdade sexual, que pode ser entendida como “aquela parte da liberdade referida ao exercício da própria sexualidade e, de certo modo, a disposição do próprio corpo, aparece como um bem jurídico merecedor de uma proteção penal específica, não sendo suficiente para abranger toda sua dimensão a proteção genérica concedida à liberdade geral”, como afirmou Bittencourt (2015, p. 42).

Por estas razões acima expostas, faz-se necessário um conjunto de regras para disciplinarem a liberdade sexual, com intuito de evitar abusos no uso desse direito.

4.1 ESTUPRO

A Lei 12.015/09 unificou os crimes de estupro e atentado violento ao pudor no art. 213 do Código Penal. Com a unificação dos delitos, o crime de estupro passou a ser considerado crime hediondo nas bases na Lei 8.072/90, ou seja, o réu condenado por estupro deverá cumprir pena em regime inicialmente fechado, não há a

possibilidade de liberdade provisória através do pagamento de fiança, aumento de prazo para o livramento condicional e progressão de regime e etc.

A junção dos delitos também trouxe como consequência o fato de que agora, no crime de estupro, não importa se o sujeito passivo é homem ou mulher; havendo o constrangimento previsto no art. 213 será configurado o crime de estupro.

4.1.1 Conceito

Define o Código Penal em seu art. 213 o crime de estupro:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos

De acordo com a redação do art. acima, conclui-se que o núcleo do tipo penal é o verbo *constranger* que aqui pode ser interpretado como “forçar, obrigar, subjugar a vítima ao ato sexual” (GRECO, 2015, p. 466). Afirma ainda o referido autor que trata-se de modalidade especial do crime de constrangimento ilegal “praticado com o fim de fazer com que o agente tenha sucesso no congresso carnal ou na prática de outros atos libidinosos”.

No crime referido acima, há a necessidade do emprego de violência ou grave ameaça para que o delito esteja configurado. A violência não necessariamente será física para que esteja caracterizado o crime de estupro, pode ser uma violência ou ameaça psicológica. A ameaça pode ser dirigida não só à vítima como também à alguém de sua família.

Atualmente, não se exige mais que a vítima seja mulher para que esteja caracterizado o crime de estupro; a lei 12.015/09 que alterou o art. 213 do CP passou a considerar como sujeito passivo do crime de estupro o indivíduo do sexo masculino ou do sexo feminino.

Ainda sobre a caracterização do crime de estupro, Rogério Greco afirma:

“O constrangimento empregado pelo agente, portanto, pode ser dirigido a duas finalidades diversas. Na primeira delas, o agente obriga a própria vítima a praticar um ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Sua conduta, portanto, é *ativa*, podendo atuar sobre seu próprio corpo, com atos de masturbação, por exemplo; no corpo do agente que a constrange, praticando, *v.g.*, sexo oral; ou, ainda, em terceira pessoa, sendo assistida pelo agente. O segundo comportamento é *passivo*. Nesse caso, a vítima permite que com ela seja praticado o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, seja pelo próprio agente que a constrange, seja por um terceiro, a mando daquele”.

A junção dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor no art. 213 do CP teve também como consequência o fato de que ficou impossível o reconhecimento do concurso material de crimes (quando mediante mais de uma ação ou omissão, o agente pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não). Sendo assim, na hipótese de o agente praticar conjunção carnal com a vítima e atos libidinosos que não fossem preparatórios para a conjunção carnal, eram aplicáveis as penas de prisão de ambos os delitos.

4.1.2 Bem Jurídico Protegido

Com a mudança realizada pela Lei 12.015/09, pode-se afirmar que os bens juridicamente protegidos pelo art. 213 do CP são a liberdade e a dignidade sexual sem restrição de gênero. Dessa forma, pode-se afirmar que a lei tutela o direito de cada um de dispor do próprio corpo nas questões sexuais.

César Roberto Bittencourt afirma que, na verdade, o bem jurídico protegido nos crimes contra a dignidade sexual continua sendo a liberdade individual, mais precisamente nas questões voltadas a intimidade e a privacidade, assumindo uma dimensão superior quando se trata da liberdade sexual, uma vez trata da inviolabilidade carnal.

A dignidade sexual que passou a ser protegida com a mudança do art. 213 do CP está ligada ao conceito de dignidade da pessoa humana. Essa ligação da dignidade ao termo sexual busca proteger a respeitabilidade da pessoa, garantindo liberdade de escolha e evitando qualquer tipo de violência quando se trata de questões sexuais.

4.1.3 Sujeito Ativo e Sujeito Passivo

Após a Lei 12.015/09, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo ou sujeito passivo no crime de estupro, de forma que o delito do estupro deixou de ser crime próprio e passou a ser crime comum.

Sobre o tema, ensina Guilherme Nucci:

“É importante ressaltar que a cópula pênis-vagina, caracterizadora da conjunção carnal, demanda apenas a existência de homem e mulher, mas pouco interessa que é o sujeito ativo e o passivo. A mulher que, mediante ameaça, obrigue o homem a com ela ter conjunção carnal comete crime de estupro. O fato de ela ser o sujeito ativo não eliminou o fato, vale dizer, a concreta existência de uma conjunção carnal (cópula pênis-vagina)”.

Importa salientar também que o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa independente de seu caráter ou honestidade. Ou seja, um indivíduo que se prostitui também pode ser vítima do crime de estupro.

Nesse mesmo sentido, o cônjuge também pode ser sujeito ativo do delito previsto no art. 213 do CP, uma vez que o marido ou a esposa não pode ser tratado como objeto sexual, sendo obrigado a manter relação sexual contra a sua vontade. NUCCI (2015, p. 967) afirma que “ os direitos à incolumidade física e à liberdade sexual estão muito acima do simples desejo sexual que um cônjuge possa ter em relação ao outro, pois, acima da sua condição de conjugal, prevalece a condição de ser humano, possuidor, por natural consequência, do direito à vida e a liberdade (...)”.

Dessa forma, com as mudanças trazidas pela Lei 12.015/09 que passou a considerar homens e mulheres como sujeitos ativos e passivos do crime de estupro, o referido delito passou a ser crime comum, o que simplificou a questão.

4.1.4 Consumação

Em se tratando da primeira parte do art. 213, ou seja, quando a finalidade do estupro for obter conjunção carnal com a vítima, o crime estará consumado com a efetiva penetração – total ou parcial - do pênis na vagina, sem necessidade de ejaculação.

Já na segunda parte do art. 213, quando a finalidade for a prática de ato libidinoso, o crime considera-se consumado quando o agente, mediante violência ou grave ameaça, pratica com a vítima qualquer ato libidinoso diferente da conjunção carnal.

Segundo Rogério Greco, o novo texto trazido pela Lei 12.015/09 não deixou dúvidas sobre a consumação do crime de estupro, de forma que qualquer ato libidinoso, mesmo que preparatório, consuma o crime.

Sendo assim, fica difícil, e as vezes até impossível, que a tentativa seja configurada.

4.1.5 Ação Penal e Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal

Antes da mudança trazida pela Lei 12.015/09, a ação penal no crime de estupro era privada, conforme o antigo art. 225 do CP ou, em alguns casos, era pública seguindo a determinação da Súmula 608 do STF.

O legislador optou por implantar o sistema de ação penal privada nos crimes sexuais com intuito de proteger a honra da vítima, que tinha a possibilidade de não sofrer o constrangimento de passar pelas fases inquisitorial e processual se não prestasse a queixa.

Dessa forma, em regra, a ação penal era privada se dando mediante queixa e haviam três exceções nas quais a ação penal seria pública. A primeira delas estava presente no parágrafo 1º, inciso I do art. 225 do CP, que dizia que a ação penal seria condicionada à representação “se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família”; a segunda exceção era a do parágrafo 1º, inciso II do mesmo artigo, que afirmava que a ação penal seria incondicionada “se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador”; e, por último, a exceção trazida pela súmula 608 do STF que diz que ação penal é pública incondicionada “no crime de estupro praticado mediante violência real”.

Com a Lei 12.015/09, a questão da proteção à intimidade da vítima foi sanada com a introdução do art. 234-B e a determinação de que os processos que apuram crimes sexuais deverão ocorrer em segredo de justiça.

Atualmente, determina o novo art. 225 do CP:

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

A nova redação do artigo causou divergência na doutrina, pois uma parte dela passou a acreditar que o artigo retirou a eficácia da Súmula 608 do STF. Já outra parte da doutrina, a exemplo de Rogério Greco, afirma que a súmula continua sendo aplicável e, portanto, nos casos em “que o delito de estupro for cometido com emprego de violência real, a ação penal será de iniciativa pública incondicionada,

fazendo, assim, letra morta parte das disposições contidas no art. 225 do Código Penal, somente exigindo a representação do(a) ofendido(a) nas hipóteses em que o crime for cometido com emprego de grave ameaça” (GRECO, 2015. P. 481).

4.2 O ART. 224 E A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

As presunções absolutas no Direito Penal não são consideradas meio de prova, uma vez que não tem por finalidade formar convicção no julgador; essas presunções atuam apenas por força de lei, restando ao juiz apenas acolher as deduções feitas pelo legislador. Já as presunções relativas, são aceitas pelo julgador como verdade, até que seja apresentada prova em contrário, inclusive cabendo a inversão do ônus da prova.

Neste sentido, importa salientar que a elaboração da Lei 12.015/09 se deu em um momento de enorme divergência entre doutrina e jurisprudência a respeito da presunção de violência presente no art. 224 do Código Penal.

Os Tribunais, principalmente os superiores, entendiam que os jovens já tinham a mesma proteção que os jovens da época de 1940 (ano da edição do Código), ou seja, também eram precoces para o discernimento e conhecimento das questões sexuais. Sendo assim, tendo em vista que a sociedade achava seus jovens “maduros”, a presunção era considerada relativa: deveria ser observada no caso concreto e afastada quando necessário.

Porém, para que, de fato, a presunção relativa fosse verificada, seria necessária uma avaliação psicológica da vítima para que fossem analisadas suas condições comportamentais para saber se seria possível confundi-la com uma pessoa de maior idade e assim, não seria presumida a violência.

Em sentido oposto, a outra parte da doutrina defendia a natureza absoluta da presunção baseado na política criminal de proteção contra exploração sexual dos jovens. Para essa parte da doutrina, a lei foi clara ao estabelecer padrões rígidos de proteção às crianças. Esse é o entendimento de Rogério Greco que afirma que a idade é o dado mais objetivo, uma vez que as crianças e os menores que as crianças e os menores de 14 anos não tem sua personalidade definida e nem opiniões consagradas.

Entretanto, Guilherme de Souza Nucci problematiza a questão da presunção absoluta ao afirmar que no Direito Penal o réu sempre será considerado inocente até a sentença condenatória seja prolatada. Sendo assim, afirma que é difícil aceitar qualquer tipo de presunção contrária ao interesse do réu.

Atualmente, com a criação do estupro de vulnerável, não há mais no Código Penal qualquer menção à presunção de violência.

Dessa forma, pode-se afirmar que o Código Penal optou pela presunção absoluta de violência, já que a configuração da mesma é irrelevante para a adequação típica da figura penal. Porém, há uma incongruência lógica na própria exposição de motivos do referido Código:

Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, o seja, sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lasciva de outrem.

A própria exposição de motivos é baseada na diminuição da idade e na realidade social de que crianças de 14 anos já não apresentam essa inocência absoluta. Sendo assim, não há possibilidade de a presunção ser relativa.

5 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A Lei 12.015/09 trouxe outra modificação importante para o Código Penal Brasileiro: a criação do art. 217-A trazendo a figura típica do estupro de vulnerável.

O art. 224 do CP, que tratava sobre a presunção de violência, foi revogado dando lugar a nova figura típica do art. 217-A, isto porque o artigo revogado abrangia as situações em que a vítima não possuía nenhum consentimento válido para prática de qualquer ato sexual.

Com essa mudança, sumiu a presunção de violência, que violava o estado de inocência do réu, e surgiu a figura do vulnerável.

Guilherme Nucci ressalta que:

“são consideradas pessoas vulneráveis (despidas de proteção, passível de sofrer lesão), no campo sexual, os menores de 14 anos, os enfermos e deficientes mentais, quando não tiverem necessário discernimento para prática do ato, bem como para aqueles que, por qualquer causa, não possam oferecer resistência à prática sexual. Independentemente de se falar em violência, considera a lei inevitável, logo, proibida, a relação sexual mantida com tais vítimas, hoje enumeradas no art. 217- A do Código Penal”.

Apesar da criação desta nova figura típica, o crime de estupro de vulnerável possui muitas semelhanças com o crime de estupro tipificado no art. 213 do CP, principalmente em relação ao bem jurídico tutelado, a consumação, o dolo e a culpa, sendo necessária apenas a análise de algumas peculiaridades da nova figura típica.

Mesmo com tantas semelhanças, Rogério Greco ressalta que, além da liberdade e da dignidade sexual, protegidas no crime de estupro, o novo instituto traz também a proteção ao desenvolvimento sexual do vulnerável, uma vez que o mesmo afirma que “o estupro de vulnerável atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também seu desenvolvimento sexual”.

O art. 217-A considera como vulnerável a vítima que for menor de 14 anos ou aquela que possui alguma enfermidade ou deficiência mental ou também aquela que, por qualquer outra razão, não possa oferecer resistência. Neste sentido, demonstra-se que o fim de presunção de inocência deu lugar ao instituto da vulnerabilidade, porém trouxe outra presunção a cerva da relatividade ou não da vulnerabilidade.

5.1 REVOGAÇÃO DO ART. 224 E A VULNERABILIDADE TRAZIDA PELO ART. 217-A

Antes da Lei 12.015/09 existia a discussão acerca da relativização da presunção de violência - art. 224 do CP – nos casos de estupro de menores de 14 anos.

A doutrina e a jurisprudência não possuíam acordo em relação à questão. A doutrina majoritária entendia ser relativa a presunção de violência, já a jurisprudência majoritária, inclusive os Tribunais Superiores, defendiam o caráter absoluto da presunção.

Cássia Vieira ressalta que apesar de a doutrina majoritária admitir a possibilidade de relativização da presunção de inocência, existia uma divergência sobre o fundamento da mesma.

A autora ressalta que autores como Damásio de Jesus e Luiz Régis Prado, defendiam a relativização em razão da experiência sexual do menor de 14 anos, enquanto que outros sustentavam a relativização com base na capacidade de discernimento do jovem, a exemplo de César Roberto Bittencourt.

Além disso, Luís Flávio Gomes defende a inconstitucionalidade da relativização com base na necessidade da adoção de critérios já estabelecidos pelo ECA.

VIEIRA afirma também que os defensores do caráter absoluto da presunção, a exemplo de Paulo José da Costa Júnior e Bento de Faria, o faziam sob o fundamento de que a experiência sexual e o discernimento eram irrelevantes quando se tratava da prática de atos sexuais.

A alteração legislativa trazida pela Lei 12.015/09, buscava resolver essa divergência e, nessa tentativa, foi revogado o art. 224 do CP – o qual estava contida a presunção de violência – e foi criado o art. 217-A com a figura do vulnerável, na tentativa de confirmar o caráter absoluto dessa vulnerabilidade.

Ocorre que a alteração legislativa não foi suficiente para encerrar a discussão, que, a partir da Lei 12.015/09 passou a ser acerca da relativização da vulnerabilidade.

O art. 217-A define como vulnerável os menores de 14 anos, os enfermos ou doentes mentais e aqueles, que, por alguma razão, não possam oferecer resistência às investidas sexuais de outrem.

Guilherme Souza Nucci alerta para o fato de que não é apenas porque houve uma mudança terminológica na lei que se pode considerar a vulnerabilidade absoluta, isto porque a alteração da forma típica não descriminalizou a conduta e, sendo assim, não houve uma alteração da realidade fática.

César Roberto Bittencourt ressalta que, com esse novo dispositivo, não mais se questiona se há ou não uma vulnerabilidade: a vulnerabilidade existe, “mas não se sabe seu grau, intensidade ou extensão”.

Afirmar que a vulnerabilidade é absoluta nos casos de prática sexual com menores de 14 anos ou enfermos e deficientes mentais é perigoso. Neste caso, faz-se necessário analisar cada caso concretamente.

Não é incomum o relacionamento, inclusive com prática sexual, de adolescentes menores de idade. Se em um namoro no qual ambos os jovens se relacionam de forma igual e com consentimento de ambos, principalmente na questão sexual, o menino completa 18 anos e sua namorada possui menos de 14 anos, seria um caso de presunção absoluta e, portanto, estupro de vulnerável? Não há, nesse caso, como afirmar a existência de uma vulnerabilidade absoluta.

Sobre a questão, Paulo Queiroz afirma:

Finalmente, a iniciação sexual na adolescência não é necessariamente nociva, motivo pelo qual a presumida nocividade constitui, em verdade, um preconceito moral. Assim, ao menos em relação a adolescentes (maiores de doze anos), é razoável admitir-se prova em sentido contrário à previsão legal de vulnerabilidade, de modo a afastar a imputação de crime sempre que se provar que, em razão de maturidade (precoce), o indivíduo de fato não sofreu absolutamente constrangimento ilegal algum, inclusive porque lhe era perfeitamente possível resistir, sem mais, ao ato.

Guilherme de Souza Nucci compartilha do mesmo pensamento acima e afirma que, em se tratando de adolescente, ou seja, pessoa maior de 12 anos de idade – como determina o ECA – ou enfermo mental – a depender da sua enfermidade - a conduta tipificada no art. 217-A pode ser atípica ou até desclassificada, se o adolescente ou enfermo mental tiver plena capacidade de entendimento da relação sexual, sem ocorrer violência ou grave ameaça e não tiver havido qualquer tipo de pagamento.

Porém, o autor afirma ainda não ser possível a relativização da vulnerabilidade nos casos do art. 217-A quando se trata de criança, ou seja, pessoa menor de 12 anos – conforme critério do ECA, uma vez que a prática de atos sexuais com crianças compromete o desenvolvimento sexual da criança.

Está questão polêmica com relação a idade e a vulnerabilidade poderia ter sido sanada com a Lei 12.015/09, porém, como ressaltou NUCCI (2015) o legislador perdeu a chance de equiparar o Código Penal ao Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que o ECA estabelece a presunção absoluta de vulnerabilidade às crianças, ou seja, aos indivíduos menores de 12 anos de idade. Ou seja, tal distinção aumenta ainda mais o debate acerca da vulnerabilidade nos crimes contra dignidade sexual.

Outro ponto controverso que também aumenta essa discussão é que o Código Penal apresenta duas espécies distintas de vulnerabilidade: menor de 14 anos (art. 217-A) e menor de 18 anos (art. 218). Portanto, o próprio legislador não apresentou uma unanimidade nem coerência ao estabelecer duas idades diferentes no que se refere à vulnerabilidade.

Sobre a tentativa de solução da questão, Ana Gabriela Oliveira propõe:

(...) passaríamos a verificar naquela situação concreta a vulnerabilidade da vítima é relativa ou absoluta. Este último passo pode conciliar a presunção de vulnerabilidade absoluta com vulnerabilidade relativa ou, ainda, admite presunção de vulnerabilidade relativa e ser a vítima dotada de plena vulnerabilidade.

O tema é incontroverso e polêmico, porém, é preciso analisar com cautela a questão da idade. Muito mais importante que a idade é necessária a análise da capacidade de compreensão de cada jovem em cada caso concreto.

5.2 SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

O sujeito ativo no delito tipificado no art. 217-A pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, inclusive contra pessoas do mesmo sexo.

O sujeito passivo pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, que possua a condição de vulnerável, caracterizada pela idade (menor de 14 anos) e/ou por deficiência ou enfermidade mental ou ainda por qualquer outra causa que impossibilite a vítima de oferecer resistência.

Em relação ao sujeito passivo no parágrafo 1º do art. 217-A, César Roberto Bittencourt entende que não há necessidade de incluir esse sujeito no referido delito, uma vez que a “incapacidade de oferecer resistência caracterizaria exatamente a violência sexual do estupro”.

Importa salientar que aqui não se trata de “qualquer outra causa”, mas sim de causa que se assemelhe com deficiência ou enfermidade mental, a exemplo da embriaguez alcóolica, sendo assim, essa causa deve ser algo que reduza ou inviabilize a capacidade de discernimento da vítima, impossibilitando-a de oferecer resistência.

5.3 BEM JURÍDICO TUTELADO

O bem jurídico protegido no art. 217-A do CP é a dignidade sexual do vulnerável.

César Roberto Bittencourt ressalta que não se pode falar em liberdade sexual como bem jurídico protegido pelo estupro de vulnerável, uma vez que entende-se que não há “plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza a vulnerabilidade”.

Rogério Greco afirma que podemos considerar o desenvolvimento sexual também como um bem jurídico tutelado no crime de estupro de vulnerável, pois, uma vez que o crime atinge a dignidade sexual do vulnerável, também atinge seu desenvolvimento sexual que ainda está em formação.

5.4 LEI 12.015/09 E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A Lei 12.015/09 revogou o art. 214 (atentado violento ao pudor) e integrou o seu tipo ao art. 213 (estupro). Com a mudança legislativa foi criado o instituto do vulnerável e o tipo penal do art. 217-A – o estupro de vulnerável.

A criação deste tipo revela uma ofensa ao princípio da proporcionalidade, uma vez que o tipo penal não fala em ausência de consentimento da vítima.

Estabelece o art. 217 – A:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1o Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2o (VETADO)

§ 3o Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos

§ 4o Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Ao tipificar apenas “ter conjunção ou praticar ato sexual”, qualquer ato sexual passa a ser considerado estupro de vulnerável.

A questão da desproporcionalidade fica evidenciada na cominação das penas. A pena prevista no art. 217-A é de 8 a 15 anos de reclusão (ainda que o ato sexual seja consentido) e o estupro, tipificado no art. 213, prevê pena de 6 a 10 anos de reclusão (mesmo quando se tratar de estupro violento).

César Roberto Bittencourt chama atenção para a questão:

Certamente, quando o legislador estabelece o estupro de vulnerável, sem tipificar o “constrangimento carnal”, mas tão somente a prática sexual com menor de quatorze anos ou deficiente ou enfermo mental, considerou como sujeito passivo alguém absolutamente vulnerável, ou seja, portador de vulnerabilidade máxima, extrema, superlativa. A suavidade da conduta tipificada – ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso – contrastante com a pena cominada – oito a quinze anos de reclusão – indiscutivelmente destina-se à “violência sexual” contra vítima altamente vulnerável. E é natural que assim seja! Mas a realidade prática pode não apresentar toda essa gravidade, ainda que se revele intolerável e, por isso mesmo, também grave e merecedora de proteção penal.

O autor segue demonstrando o problema do princípio da proporcionalidade também em relação ao conceito do termo “ato libidinoso”. Para ele, o termo engloba a “conjunção carnal”.

O grande problema na utilização do conceito de ato libidinoso como qualquer ato destinado a satisfazer a lascívia de alguém é, dessa forma, estaria equiparando o sexo anal com o beijo lascivo, por exemplo, o que é extremamente desproporcional.

Com efeito, não se pode negar que um agressor, que beija demoradamente uma criança e lhe acaricia as partes íntimas está cometendo um ato libidinoso passível de punição.

Sobre isso, afirma BITTENCOURT (2015)

Com efeito, beijo lascivo, os tradicionais “amassos”, toques nas regiões pudendas, “apalpadões” sempre integram os chamados “atos libidinosos diversos da conjunção carnal”. No entanto, a partir da Lei dos Crimes Hediondos, com pena mínima de seis anos de reclusão, falta-lhes a danosidade proporcional, que até se pode encontrar no sexo anal ou oral violento.

Ainda que grande parte considere que alguns atos libidinosos, de fato, configurem delito sexual, uma vez que trata-se de situação que choca a moral e a sociedade, não é justo que se dê o mesmo tratamento de hediondez e pena tão severa como o crime de estupro. Nesse caso, por exemplo, poderia ser configurado o crime de constrangimento ilegal.

A desproporcionalidade nesses casos é flagrante e não se pode deixar que a comoção e pressão social influenciem o legislador à ponto de contrariar os princípios constitucionais.

5.5 DA HEDIONDEZ DO ESTUPRO FÍCTO

A Lei 12.015/09 mudou a redação dos incisos V e VI do art. 1º da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). Antes da reforma legislativa, a lei considerava como hediondo os crimes do antigo art. 213 do CP (estupro), antigo art. 214 do CP (atentado violento ao pudor) e suas combinações com o art. 223 do CP.

Nesse sentido, havia uma divergência doutrinária no que tangia a hediondez dos crimes sexuais quando se tratava da violência presumida, uma vez que o mesmo estava presente apenas no Código Penal e não na Lei de Crimes Hediondos.

Uma parte da doutrina, a exemplo de Fernando Capez, defendia que tanto o estupro ficto quanto o atentado violento ao pudor ficto, eram delitos hediondos, pois a lei não apresentava qualquer distinção entre as formas de violência.

Já a outra parte da doutrina, a exemplo de BITTENCOURT (2015), possuía uma interpretação mais restritiva. Para o referido autor, a Lei de Crimes Hediondos enumerava pura e simplesmente as formas simples e qualificadas dos delitos, de forma que não seria possível falar em hediondez nos crimes de violência ficta.

Essa dúvida também pairou sob os Tribunais Brasileiros. O entendimento dominante era de que qualquer forma de estupro ou atentado violento ao pudor era delito hediondo.

Atualmente, com a mudança legislativa proporcionada pela Lei 12.015/09, a redação dos incisos V e VI do art. 1º da Lei de 8.072/90 foi alterada e considera-se como hediondos os crimes de estupro e estupro de vulnerável.

Sobra a não distinção da forma “simples” e “ficta” do crime de estupro, a jurisprudência atual é consolidada:

PROCESSUAL PENAL HABEAS-CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INEXISTÊNCIA DE LESÃO CORPORAL GRAVE OU MORTE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. ART. 2º, § 1º, LEI 8.072/90. CONSTITUCIONALIDADE. NÃO REVOGAÇÃO PELA LEI 9.455/97. AUMENTO DO ART. 9º DA LEI 8072/90. IMPOSSIBILIDADE. - **A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nas suas formas qualificadas ou simples, ou seja, mesmo que deles não**

resulte lesão corporal grave ou morte, e ainda que praticados mediante violência presumida, são considerados hediondos, devendo as suas respectivas penas serem cumpridas em regime integralmente fechado, por aplicação do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. - E na linha do pensamento predominante no Supremo Tribunal Federal, afirmou, majoritariamente, o entendimento de que a Lei nº 9.455/97, que admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, não revogou o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que prevê o regime fechado integral para os chamados crimes hediondos. - É firme o posicionamento desta Corte, em consonância com a jurisprudência do STF, no sentido da compatibilidade da norma do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 com a Constituição Federal. Na hipótese de crime contra os costumes praticado contra não maior de 14 anos, com violência presumida, não incide a causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90, pois o fundamento dessa causa é a violência contra criança, e esta, em sua modalidade ficta, já constitui elemento constitutivo do tipo, sendo inadmissível um bis in idem. - Precedentes do STJ. - Habeas-corpus concedido em parte. (STJ - HC: 25321 SP 2002/0148431-6, Relator: Ministro VICENTE LEAL, Data de Julgamento: 11/03/2003, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 07.04.2003 p. 340) **grifei**

Dessa forma, resta clara a hediondez do estupro ficto, uma vez que não há mais distinção entre a forma “simples” e “ficta”, sendo ambas abarcadas pela mesma previsão legal do estupro de vulnerável.

6 O PROBLEMA DA PROVA NOS CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A prova judiciária tem como objetivo a reconstrução dos fatos investigados no processo, na tentativa de se chegar ao mais próximo com a realidade. Pode-se dizer, assim, que a prova busca a reconstituição da verdade.

Para comprovar os crimes sexuais, a lei determina que deverá ser realizado exame de corpo delito, caso a infração deixe vestígio.

Porém, como afirma Thaísa Mangnani, a partir do momento em que não é necessário a existência da conjunção carnal, a realização do exame de corpo delito torna-se difícil em razão da ausência de hematomas. Além disso, até nos casos em que é possível a realização do referido exame, o dilema perante a prova continuará, já que, muitas vezes, o laudo não é capaz de provar se a relação sexual foi consentida ou não.

No mesmo sentido, a prova testemunhal (substitutiva na ausência da prova pericial), também é fraca, pois, na maioria das vezes, o crime ocorre de forma reservada e em local oculto.

A condenação pelo crime de estupro de vulnerável baseada tão somente na prova testemunhal é aceita pela jurisprudência brasileira, desde que ela esteja alinhada com outros elementos e indícios do processo.

Entretanto, como afirmou Aphonso Garbin, ao condenar alguém pelo crime de estupro de vulnerável baseado apenas na palavra da vítima, assume-se um enorme risco, uma vez que os menores de catorze anos são facilmente influenciáveis, principalmente as crianças. Por muitas vezes, essas vítimas não querem desagradar o juiz e/ou promotor ou que vos acompanha (geralmente os pais), “pois depositam neles uma expectativa que ela quer preencher, e tampouco tem coragem de desmentir o que disseram, pois temem represálias, não sabendo quais as consequências de tal atitude”.

6.1 A PROVA NOS CRIMES QUE DEIXAM VESTÍGIOS

A lei determina a realização da perícia como prova imprescindível nos crimes que deixam vestígios. Apesar do delito de estupro de vulnerável não ser de fácil identificação, uma vez que geralmente ocorre de forma oculta, em ambientes reservados e com ausência de testemunhas, além de não mais ser necessária a

conjunção carnal para que reste configurado, a lei determina a realização de perícia através do exame de corpo de delito.

A perícia pode ser definida, segundo Guilherme Miguel, como um exame detalhado a ser realizado por profissional que possui conhecimentos técnicos e específicos, em razão de determinação de autoridade policial ou judicial.

Nas palavras de CAPEZ (2015), a perícia trata-se “de um juízo de valoração científico, artístico, contábil, avaliatório ou técnico, exercido por um especialista”.

Apesar da nomenclatura “crimes que deixam vestígios” e “crimes que não deixam vestígios”, todos eles, em regra, deixam vestígios, porém uns de forma permanente e outros não.

O art. 564, III, b do Código de Processo Penal Brasileiro, prevê a nulidade insanável nas hipóteses em que, havendo vestígios, não for realizado o exame de corpo de delito, confirmando, assim, a importância atribuída ao referido exame pelo CPP.

Ocorre que, na maioria dos casos, o fato criminoso demora de chegar ao conhecimento da autoridade policial, em razão do tipo de delito que causa enorme vergonha e constrangimento na vítima, o que prejudica o resultado do exame de corpo de delito, que deve ser feito imediatamente quando o fato chega à autoridade policial, uma vez que a demora na realização do exame prejudica as evidências de forma que as mesmas podem até desaparecer.

6.1.1 Prova Pericial: Laudo de Constatação da Conjunção Carnal

Como já afirmado anteriormente, a prova pericial possui uma enorme importância nos crimes contra a dignidade sexual, uma vez que trata-se de uma situação delicada e complexa. Sendo assim, a prova pericial, realizada através do exame de corpo de delito.

O exame deverá ser realizado por perito qualificado que, ao final, deverá redigir laudo de constatação com linguagem simples e clara. O perito não deverá fazer menção nenhuma a qualquer tipo penal, uma vez que essa função é da autoridade policial, porém, o exame deverá ser realizado de forma que fique clara o que está sendo apurado.

Nesse sentido, deverá haver uma descrição detalhada das lesões encontradas ou qualquer outra peculiaridade encontrada, de forma que não é suficiente apenas a

constatação do fato ocorrido; deve haver também observações sobre todos os elementos e alteração que levaram o perito a atestar a ocorrência ou não da conjunção carnal.

O protocolo para realização da perícia se dá através de uma série de quesitos que se fazem presentes para auxiliar na elucidação dos fatos e na realização do exame. São cinco os quesitos presentes:

- 1) Se há vestígios do ato libidinoso (com especificação em caso positivo);
- 2) Se há vestígios de violência, e, no caso afirmativo, qual o meio empregado;
- 3) Se da violência resultou para a vítima incapacidade para ocupações habituais por mais de 30 dias, ou perigo de vida, ou debilidade permanente do membro, sentido ou função, ou aceleração de parto, ou incapacidade permanente para o trabalho, ou enfermidade incurável, ou perda ou inutilização de membro, sentido ou função, ou deformidade permanente e/ou aborto (em caso positivo, especificar);
- 4) Se a vítima é alienada ou débil mental;
- 5) Se houver outro meio que tenha impedido ou dificultado a livre manifestação de vontade da vítima (em caso positivo, especificar).

No exame da vítima, há outros aspectos importantes a serem observados, como o histórico da agressão contado pela própria vítima, os exames objetivos para identificação das lesões relativas à violência e os exames subjetivos, avaliando as condições psíquicas da vítima.

Quando se trata de crianças, há também outros aspectos que devem ser analisados, dentre eles, a mudança de comportamento, principalmente dando respostas ensaiadas para negar a ocorrência do fato ou, ainda, uso de expressões e insinuações ligadas à prática do ato sexual.

Sendo assim, resta claro que o processo de apuração do crime de estupro, principalmente do estupro de vulnerável, é complexo e amplo, devendo ser realizado por profissionais qualificados para chegarem o mais próximo possível da verdade, de forma que fica evidenciada a arrogância do legislador penal ao reputar-se capaz de identificar os casos nos quais é capaz abdicar-se do exame pericial e presumir a existência de violência.

6.1.2 Prova Pericial Indireta

A classificação da prova testemunhal como prova pericial indireta é comum, uma vez que o art. 167 do CPP determina que a oitiva de testemunhas substituirá o exame de corpo de delito quando este não for possível de ser realizado. No mesmo sentido está o art. 564, III, b do CPP que prevê a nulidade referente ao disposto no art. 167 do mesmo diploma legal.

Ainda assim é importante ressaltar que, apesar de o legislador penal ter exigido expressamente a realização do exame de corpo de delito, a condenação do indivíduo não deixa de ser realizada na ausência do exame. Para os crimes que não deixam vestígios, ou seja, crimes em que o exame de corpo de delito não tem eficácia, a lei prevê outras formas de prova, a exemplo da prova testemunhal, excluindo apenas a confissão do acusado como meio probatório.

Dessa forma, classifica-se a prova testemunhal como prova pericial indireta, ainda que em discordância com a doutrina médico-legal. Para eles, a prova pericial é aquela que só pode ser realizada por perito especializado. Sendo assim, a prova testemunhal apenas poderia ser considerada prova pericial se fosse analisada por um perito especializado, o que não ocorre.

Entretanto, apesar da divergência de entendimentos em relação à classificação da prova testemunhal, a mesma é admitida no processo penal brasileiro e tem como função suprir a ausência do exame de corpo de delito.

6.2 AVERIGUAÇÃO QUANDO NÃO HÁ VESTÍGIOS

Em regra, a averiguação do crime de estupro se dá nos moldes do art. 158 do CPP, o qual prevê que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

Ocorre que, em alguns casos, a infração não deixa vestígios, de forma que se torna impossível a realização do exame de corpo de delito, seja porque os vestígios desapareceram com o tempo ou seja porque o crime não foi cometido com violência e, assim, inexistem marcas, como exemplificou GRECO (2015).

Nos casos em que não é possível a realização da perícia (exame de corpo de delito, nos crimes aqui discutidos), a lei determina que poderão ser utilizadas provas

periciais indiretas e, como última hipótese, subsistirá a prova testemunhal em razão da ausência da prova testemunhal.

Essa prova oral pode ser o testemunho da própria vítima ou de terceira pessoa que presenciou a ocorrência do delito e, justamente por isso que essa prova deve ser analisada com extremo cuidado pelo intérprete do direito.

6.2.1 Ressalvas Importantes Acerca da Prova Estritamente Testemunhal

A constitucionalidade da prova testemunhal não pode ser negada, porém, há ressalvas importantes a serem analisadas nesse quesito.

A prova testemunhal se dá através da declaração verdadeira de um terceiro desinteressado, perante o juiz, que, através de suas percepções, é capaz de atestar sobre um fato no qual esteve presente.

O Código de Processo Penal, em seu art. 167, estabelece que “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”. No mesmo sentido, conforme o art. 201, parágrafo 1º, em razão de a vítima não estar obrigada a submeter-se ao exame pericial e não sendo possível a condução coercitiva da mesma, nesses casos também será admitida a supressão por meio da prova testemunhal.

Aqui, importa ressaltar o fato de que, na maioria das vezes, o crime ocorre em locais privados e, sendo assim, as únicas testemunhas são a própria vítima e o autor do delito. Sobre isso, ressaltou Guilherme Miguel:

Entre parte dos doutrinadores que a defendem como um legítimo meio de prova, a vítima acaba por se transformar na principal testemunha do crime-delito, que contudo, pelo seu envolvimento emocional, pairam dúvidas com relação a sua imparcialidade nas informações prestadas. Mas há outros doutrinadores que consideram que o testemunho da vítima pode ser tomado apenas como informação, uma vez que está repleta de impressões pessoais. As declarações da vítima representam meio de prova, similar ao interrogatório do suspeito, ao se dirigir ao juiz, e desta forma deveria dar um valor menor ao testemunho da vítima, pois ela é pessoa mais afetada pelo crime, uma vez que algum interesse ou bem seu foi violado, e no caso seu corpo e sua dignidade, emanando assim, fortes emoções cobertas, abalando a sua esfera psicológica, induzindo ao erro, à mentira, confabulações, vingança, etc.

Sendo assim, fica aberta a possibilidade de condenação do acusado simplesmente com base no testemunho da vítima, o que torna o processo penal extremamente perigoso.

Não obstante, há também uma questão de extrema importância relacionada à prova estritamente testemunhal. Há uma enorme contrariedade entre esse tipo de prova e os princípios constitucionais fundamentais quando este recurso é utilizado para comprovar a ocorrência do estupro de vulnerável.

Autores como Eugênio Pacceli, conferem um grau muito elevado à palavra da testemunha. Eles consideram que quando o atestador é maior de idade, este possui total capacidade de testemunhar a ocorrência de um fato, assim considerando que o estupro poderá ser prova mesmo com ausência de perícia.

Tal afirmação é perigosa pois confere um grande valor a prova testemunhal em detrimento do exame de corpo de delito (prova pericial). Ademais, a prova testemunhal não é confiável, uma vez que cada pessoa possui uma forma de pensar e interpretar os fatos, impondo suas interpretações, sensações e percepções em tudo o que é externado por ela, de forma que, voluntaria ou involuntariamente, a testemunha pode atestar uma falsa realidade.

Além disso, não é incomum quando tentamos lembrar de um determinado fato sermos traídos por falsas memórias ou confundirmos detalhes, isto porque, de forma natural, tendemos a lembrar apenas dos fatos mais importantes ou marcantes de acordo com as nossas percepções e abstrações.

É justamente nesse sentido que discute-se o testemunho das crianças, aqui consideradas vulneráveis. Ressalte-se que não se trata de uma questão etária, pois apenas a idade não diminui nem aumenta a condição de ninguém para testemunhar um determinado fato.

CAPEZ (2012), como afirmou Guilherme Miguel, destaca que o depoimento infantil está plenamente incorporado e aceito como prova. Entretanto, argumenta que o menor de 14 anos de idade, de acordo com o art. 208 do Código de Processo Penal não será tomado o compromisso, sendo que possui um valor probatório um tanto relativo, em virtude de uma série de elementos, que reduzem a credibilidade da criança e do adolescente, como a imaturidade moral e psicológica, a imaginação fértil, a forte influência e outras pessoas mais velhas entre outros.

Outro ponto importante analisado por Daniel Meirelles, é o fato de que as crianças necessitam confiar em uma pessoa antes de contar sobre o abuso sexual:

É, portanto nesse contexto de sofrimento, de terror, de busca de um terceiro protetor, que uma consciência mais ou menos clara da existência de uma lei social diferente da família vai permitir que a criança procure falar com alguém. O encontro de um terceiro percebido como alguém confiável poderá, então, em um grande número de casos, fazer com que a palavra se torne uma palavra social, na situação pós-revelatória.

A criança necessita estar protegida para que revele a situação sofrida por ela; não é incomum que o jovem de pouca idade sinta temor ao expor a violência por ele sofrida em razão das ameaças que sofreu do seu agressor ou até mesmo por desconhecer ou não ter noção completa da ilicitude do fato.

Como já explanado anteriormente, a pessoa adulta, por muitas vezes, não possui uma noção exata do que ocorreu e, muito menos um jovem, uma vez que os menores de 14 anos ainda estão em formação, sendo facilmente influenciáveis a ponto de acharem que o erro foi cometido por elas e não pelo agressor.

Como ressaltou MEIRELES (2010), o crime de estupro por muitas vezes, principalmente em se tratando de estupro de vulnerável, a única prova para incriminar o réu é a palavra da vítima. E tal situação fica mais complexa quando a vítima é uma criança, uma vez que “fatores como fantasia, linguagem, memória, sugestibilidade e até coação podem afetar sua competência de testemunhar”.

Segundo JÚNIOR e OLIVEIRA (2013), “por esta razão, a valoração do depoimento do menor, seja vítima ou informante, será dada pelo juiz de acordo com a verossimilhança dos fatos narrados, sua coerência e a harmonia com o conjunto probatório levado aos autos”.

Sobre as decisões em processos criminais deste tipo, afirma a juíza Osnilda Patrícia:

Assim, para decidir entre o direito constitucional à liberdade de um cidadão e o acolhimento de um grito de socorro de uma criança vítima de crimes contra a liberdade sexual, o juiz criminal, geralmente, está adstrito a confrontar sua versão da vítima e do réu. Aquela é submetida a uma série de entrevistas antes de prestar suas declarações sob o crivo do contraditório e parece existir uma tendência desses entrevistadores a confirmar a ocorrência do alegado crime. O magistrado não tem acesso às técnicas utilizadas e ao conteúdo destas entrevistas, porque não são gravadas. Resta a ele montar um quebra-cabeça com algumas poucas informações registradas por esses profissionais, como declarações consignadas nos conselhos tutelares ou repartições policiais ou breves relatos constantes de documentos técnicos.

Tal situação reforça mais ainda a dificuldade na condenação baseada exclusivamente na palavra da vítima, principalmente quando está é considerada vulnerável pelo art. 217-A do CP. Porém, apesar disso, não é necessário que o testemunho infantil seja completamente descartado do processo, basta que haja

uma ponderação entre o que foi dito pela criança e a análise de outros fatos e testemunhos do processo.

6.2.2 Problema da Prova Baseada Unicamente na Palavra da Vítima no Crime de Estupro de Vulnerável

Os crimes sexuais, como já citado anteriormente, geralmente ocorrem em locais privados e na ausência de terceiros, restando somente a própria vítima e o agressor como testemunhas.

O Direito Penal admite a palavra da vítima como prova no processo, desde que a mesma esteja em consonância com demais aspectos probatórios. A cerca do tema, a jurisprudência é uníssona quanto a possibilidade da palavra do ofendido como prova nos crimes que não deixam vestígios:

Nos crimes sexuais, clandestinos pela própria natureza, a palavra da vítima, desde que firme, segura, coerente, verossímil e harmônica com os demais elementos de convicção carreados para o processo, constitui a melhor e mais precisa prova do delito, devendo prevalecer sobre a do acusado, empenhado em desmerece-la para lograr absolvição. (RT-620/269)

Os delitos de natureza sexual são, rotineiramente, praticados na clandestinidade, cercado o agente ativo de todas as cautelas e cuidados, presentes, tão-somente, os personagens participantes da cena chocante. Bem por isso que, na palavra da ofendida, de fundamental importância para a elucidação da ocorrência, é que se haverá de encontrar socorro para a evidenciação da verdade, ou não, da imputação. Se não desmentida, se não se revela ostensivamente mentirosa ou contrariada, o que cumpre é aceita-la, sem dúvida. Pois, na verdade, não se compreende ponha-se a vítima a, inescrupulosamente, incriminar alguém, atribuindo-lhe falsa autoria, sem que razões se vislumbrem para tanto. (RT – 718/389)

A palavra da ofendida, nos crimes contra os costumes, reveste-se de valor probante, máxime quando encontra apoio em outros elementos de prova existentes nos autos, caracterizados por laudo pericial e depoimento de uma testemunha que presenciara a violência e grave ameaça contra ela exercidas pelo agente. (RT-726/703)

Contudo, a palavra da vítima possui um valor relativo quando utilizada como prova para a condenação em processo penal. Essa relatividade, como bem observou MIGUEL (2016), está ligada a possibilidade da existência de vício da palavra da vítima. Isto porque, por muitas vezes, o agressor é conhecido da vítima, a exemplo de pai ou padrasto, o que gera um certo grau de submissão da vítima perante ao autor. Sendo assim, esses fatores contribuem para que a parte permaneça omissa por longo tempo, não denunciando o agressor por medo ou incredibilidade na justiça em punir o agressor.

No mesmo sentido, ocorre a relativização da palavra da vítima quando está é jovem e se encaixa na definição de vulnerável do art. 217-A. Em se tratando do indivíduo que ainda está em formação, principalmente as crianças, não se pode deixar de observar que as fantasias e a pouca noção da realidade (principalmente do que são fatos criminosos) podem afetar o depoimento das mesmas.

Concomitantemente, também há o medo que as crianças e jovens possuem em contar a verdade sobre os abusos que sofreram. Muitas vezes elas temem as possíveis represálias que tal atitude possa acarretar, principalmente por, em grande parte dos casos, serem ameaçadas pelo agressor. Thaisa Magani reforça:

Deixando de lado o vício contido na palavra da vítima, deve-se ainda, levar em consideração o fato de não ser possível colher as declarações desta, seja porque ela se calou, evitando sofrer ainda mais ao ter que relembrar o fato; ou ainda por tratar-se de criança ou deficiente mental (as vítimas de estupro de vulnerável). Isto porque, eles podem se calar, sofrer ameaças, ou simplesmente, pela pouca experiência que possuem, não terem consciência de que foram vítimas de crime sexual. Vulneráveis são facilmente manipuláveis - podendo dizer o que terceiros interessados peçam que falem e nem sempre têm noção clara do que está acontecendo; fazem declarações falsas porque, de uma maneira geral, são tentadas a conciliar e a concordar com os demais. Além disso, é comum que os interrogadores policiais não tenham qualquer tipo de treinamento para questionar esse tipo de pessoa.

Nesse sentido, NUCCI (2015) afirma que o depoimento de crianças e adolescentes poderia acarretar injustiças. Há inúmeros casos em processos que tramitam no judiciário que incorreram em erro em virtude de depoimentos de crianças e/ou adolescentes, em razão da instabilidade emocional que estas possuem para realizar a narrativa de um fato criminoso, “sem fantasias, imaginações ou mentiras, como consequência da instabilidade emocional característica nestes indivíduos ainda em desenvolvimento” (MIGUEL, 2016).

Sendo assim, o depoimento infanto-juvenil pode causar erros enormes na busca pela certeza dos fatos e na aplicação de uma punição adequada para o agressor. São poucas as situações em que este tipo de depoimento possui uma grande coerência, sendo adequados para embasar uma sentença penal condenatória.

6.2.2 Falsas Memórias

A prova testemunhal é o meio de prova mais comum no processo penal brasileiro e também o mais perigoso, manipulável e confiável, como bem observou LOPES JÚNIOR (2014). “Esse grave paradoxo agudiza a crise de confiança existente em torno do processo penal e do próprio ritual judiciário”, afirma o referido autor.

Dessa forma, o processo penal fica dependente (de forma excessiva) da memória das testemunhas, ignorando o enorme que perigo que há nisso. A memória do ser humano é extremamente frágil e manipulável.

Aury Lopes Júnior ressalta:

O mais interessante é ver como o processo acredita na ‘memória’ em relação a um fato ocorrido há muitos meses (senão até anos), sem perceber que no nosso dia a dia, muitas vezes, sequer somos capazes de recordar o que fizemos no dia anterior... Quantas vezes você não chegou em casa à noite e disse: eu não recordo o que eu fiz hoje de manhã!

A falsa memória pode ser conceituada como a sugestão da falsa informação. É a colocação de uma informação falsa em uma experiência verdadeira, gerando a falsa informação que o indivíduo acredita que realmente passou pela experiência não verdadeira.

MELHEM e ROSAS afirmam que desse conceito podemos retirar dois fatores fundamentais deste conceito:

O primeiro reside no fato da pessoa ter realmente vivido uma experiência e o segundo é que a informação falsa é introduzida em meio a esta experiência. O produto destes dois faz brotar uma memória falsa, mas que para a pessoa é como se fosse real.

Como bem observou Aury Lopes Júnior, as falsas memórias se diferenciam das mentiras, uma vez que as memórias falsas são uma sugestão interna ou externa e o indivíduo crê de maneira honesta naquilo que está dizendo. Por outro lado, a mentira é um ato plenamente consciente no qual o sujeito tem plena noção que está criando e manipulando um fato ou situação.

Ressalta ainda o autor que ambas são perigosas para o processo penal, porém, as falsas memórias podem acarretar um prejuízo maior, uma vez que “a testemunha ou vítima desliza no imaginário sem consciência disso”, por isso é mais difícil identificar a situação.

As falsas memórias podem ser formadas de duas formas: da falha de interpretação de uma informação ou por falsa sugestão externa. Todavia, tal distinção não muda a forma avassaladora como as falsas memórias podem prejudicar o processo penal.

O cérebro do ser humano não registra os fatos como fotografias, mas sim de uma forma abstrata, onde todas as impressões e percepções do sujeito influenciam e até modificam os fatos que são armazenados na memória. LOPES JÚNIOR (2014) afirma que é “nessa complexidade insere-se a questão da prova testemunhal e dos reconhecimentos, pois, em ambos os casos, tudo gira em torno da (falta de) “memória”.

Na questão do estupro de vulnerável, as falsas memórias podem acarretar problemas ainda mais sérios. É que, como observou Patrícia Melhem e Rudy Rosas, o problema da falsa memória não reside somente em relação à família, “onde é óbvio que o vulnerável pode sofrer tentativas tendenciosas de alterar sua visão e lembranças do fato”, mas também na forma em que os profissionais conduzem a investigação. O juiz, por exemplo, pode adotar um viés confirmatórios nos interrogatórios em virtude de possuir uma hipótese sobre a ocorrência dos fatos. Isso, conseqüentemente, gera a implantação de lembranças que não ocorreram, podendo, assim, suggestionar a testemunha.

Sobre uma possível forma de solução para os casos em que são utilizadas a prova testemunhal, Aury Lopes Júnior sugere:

Por isso, existe uma alerta mundial em relação a credibilidade dos depoimentos que precisa ser discutido no Brasil, para que busquemos instrumentos de ‘redução de danos’, como as técnicas de entrevista cognitiva; a preocupação (e consciência) por parte dos agentes policiais (e também judiciais) de não fazer ‘induzimentos’; um melhor treinamento dos policiais que tomam as primeiras declarações de vítimas e testemunhas presenciais; uma análise mais ampla do contexto do caso penal, para identificar fatores que possam gerar a defraudação; enfim, uma série de cautelas que permitam reduzir o dano de termos um falso depoimento, uma falsa confissão e também um falso reconhecimento.

Sendo assim, resta claro que ainda há muito o que se evoluir em termos de prova do processo penal para que as condenações realmente sejam justas e punam apenas quem deve ser punido. A situação demonstra também que a prova nos crimes de estupro de vulnerável não é tão simples quanto se tenta demonstrar nos processos judiciais brasileiros.

6.3 MITIGAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O RISCO DE RETORNO À PROVA TARIFADA

Patrícia Melhem e Rudy Rosas chamam atenção para o fato de que são inúmeros os casos nos crimes de natureza sexual, principalmente no caso do estupro de vulnerável, que a condenação do réu se dá quase que exclusivamente baseado na palavra da vítima. Ou seja, a fundamentação da sentença aponta a prova testemunhal como única prova.

Esse tipo de decisão gera duas consequências, como observaram os referidos autores

O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não-culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida.

Sendo assim, pode-se concluir que em caso de dúvida na análise do conteúdo probatório, deve prevalecer o princípio da presunção de inocência.

Como bem definiu MELHEM:

Se a condenação tem sua base unicamente na oitiva da ofendida e este depoimento quase sempre deixa uma margem de dúvida no processo, é obvio que o jargão *in dubio pro reo* está sendo amplamente violado. Nessa mesma esteira, se a um único tipo de prova (depoimento da ofendida) é dado valor superior a todo lastro probatório dos autos, fica claro o retorno da prova tarifada, tendo uma nova prova “no trono”, a palavra da ofendida ganhou o lugar da confissão no reinado e é agora a nova rainha das provas para o Processo Penal pátrio.

Tal situação só demonstra a necessidade de se reaver a forma como a prova testemunhal é utilizada no processo penal brasileiro, buscando novos mecanismos para embasar a prova exclusiva com base na palavra da vítima nos crimes de estupro de vulnerável.

6.4 NECESSIDADE DE LAUDO PSICOLÓGICO COMO SOLUÇÃO PARA CRIMES SEXUAIS QUE NÃO DEIXAM VESTÍGIOS E OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIIS

Como já citado anteriormente, o depoimento infanto-juvenil deve ser analisado com ressalvas para que seja considerado como meio de prova exclusivo no processo penal.

Tal situação ocorre devido ao processo de formação que estes seres estão vivendo. A criança, por exemplo, tende a admitir a existência real apenas daquilo que lhe interessa e, além disso, a criança mistura o real com a fantasia.

Outro ponto que deve ser observado é o fato de que as crianças observam os adultos para imitar seus comportamentos. Desse modo, elas aprendem também a mentir.

Luigi Ferrajoli ensina que nenhuma prova pode ser considerada completamente inútil antes de verificar-se toda a sua contraprova e negações. O processo de investigação deve ser fundado no conflito entre as provas contrapostas, em nome do princípio da presunção de inocência.

A prova não precisa ser inteiramente descartada, apenas pelo fato de ter sido produzida por uma criança ou um adolescente; a prova deve ser submetida a quem pode analisa-la de forma correta, sabendo identificar se o que foi dito é verdade ou não. Dessa forma, a prova deve ser analisada por um perito, que possui capacidade técnica e legal de verifica-la.

Sedo assim, fica cristalina a necessidade de realização do exame psicológico, pois, sem ele, corre-se o enorme risco de afrontar um dos princípios mais importantes existentes no ordenamento brasileiro; o princípio da presunção de inocência.

Não é concebível falar em punição de um fato sem se ter certeza de que esse fato não poderia ocorrer de outra forma. Punir baseado tão somente na presunção de inocência é praticamente uma aberração, uma vez que há incerteza nos fatos.

A única forma de punir o estupro, e também o estupro de vulnerável, é através do laudo psicológico, uma vez que apenas assim é possível ter certeza dos fatos. O exame psicológico é capaz de enxergar questões e vestígios deixados pelo crime sexual, pois este exame consegue identificar danos na mente na vítima, ainda que esses danos não se apresentem na forma real.

O exame psicológico é uma prova extremamente rica e deixar de utiliza-la fere a ideia de justiça e os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, além de mostrar uma insuficiência na utilização dos recursos disponíveis para alcançar a verdade dos fatos.

Apesar de o exame psicológico ser muito mais eficaz na busca pela verdade jurídica dos fatos do que a simples presunção de violência, ele não é infalível.

Primeiramente há de se destacar que existe uma diferença nos depoimentos de crianças e adolescentes. Ainda que vulneráveis também, os adolescentes possuem uma maior capacidade de discernimento e compreensão dos fatos do que as crianças. Além disso, os jovens possuem aptidão para determinarem e exercerem sua vida sexual com liberdade.

Não raros são os casos de namoro entre um adolescente de 18 anos com outro de 13 anos, por exemplo. Nesses casos, há relação sexual entre ambos que são feitas com consentimento dos dois e, por muitas vezes, ocorrem com ciência da família, pois estas possuem conhecimento do namoro dos jovens.

Não se quer aqui, de forma alguma, defender relações sexuais abusivas, porém, apenas destacar que existem diferenças de caso a caso.

As crianças, diferentemente dos adolescentes, não possuem essa capacidade de compreensão dos fatos, muito menos no que tange ao comportamento e vida sexual, os quais elas sequer possuem noção do que seja.

No que tange ao depoimento das crianças, já foi aqui citado o perigo das falsas memórias. Apesar de muitas vezes as falsas memórias atingirem as crianças através de fatores externos (como os familiares, por exemplo, que influenciam naquilo que a criança deve ou não dizer), essa distorção também pode ocorrer por parte do perito, por isso a necessidade de extremo cuidado quando se vai realizar uma perícia psicológica em uma criança.

O fato de a criança tender a responder como verdade apenas aquilo que acha que o adulto espere como resposta dela deve ser observado com cuidado. A repetição de perguntas para a criança pode funcionar como uma maneira de se chegar a verdade real dos fatos, uma vez que em alguma hora a criança acaba contando o que realmente aconteceu deixando de lado aquilo que foi orientada ou induzida a dizer.

Apesar de reconhecida a importância do laudo psicológico nos crimes de estupro de vulnerável, tem-se que essa não pode ser a única prova do processo. Dessa forma, passa-se a admitir, então, a prova testemunhal como única prova nos crimes que não deixam vestígios. Porém, está não parece ser a melhor solução para questão probatória no crime do art. 217-A do CP.

Em verdade, a melhor solução seria a junção das duas provas. Primeiramente deve ocorrer a prova testemunhal para que seja iniciado o processo de investigação e, então, após isso, realizado o exame psicológico para análise do que foi dito pela criança ou adolescente no processo.

O laudo psicológico funciona como uma contraprova nos casos em que o vulnerável se mostrar consciente da sua liberdade sexual, uma vez que não é aceitável que se puna um indivíduo por crime de estupro sem que tenha havido qualquer tipo de violência, apenas porque isso convém à sociedade.

Não são raros os casos em que o operador do direito necessita do auxílio de profissionais de outras áreas para compreender melhor os fatos. Em se tratando de crimes sexuais, principalmente envolvendo vulneráveis, a Psicologia tem muito a contribuir e, mais que isso, pode-se dizer que ela é fundamental para a correta aplicação da justiça.

7 JURISPRUDÊNCIA

Abaixo, algumas jurisprudências selecionadas acerca das mudanças da Lei 12.015/09 e as questões envolvendo a prova no crime de estupro de vulnerável.

Sobre a junção dos crimes de atentado violento ao pudor e o crime de estupro e, por consequência, a impossibilidade de concurso material nesses crimes:

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E ESTUPRO. CONCURSO MATERIAL. SUPERVENIÊNCIA DE LEI MAIS BENIGNA. EFICÁCIA RETROATIVA DA NORMA PENAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA NO JUÍZO DE ORIGEM. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. APLICAÇÃO DA LEI MAIS FAVORÁVEL AO SENTENCIADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÕES CRIMINAIS. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA, DE OFÍCIO. I – O tema relacionado com a aplicação retroativa da Lei 12.015/09 não foi apreciado pelas instâncias judiciais percorridas. Tal circunstância também impede o exame da matéria por esta Corte, sob pena de se incorrer em tripla supressão de instância, com evidente extravasamento dos limites da competência descritos no art. 102 da Carta Magna. II – Paciente condenado pela prática dos crimes de atentado violento ao pudor e estupro, em concurso material. Superveniência da Lei 12.015/2009, por meio da qual houve unificação das condutas. III – Eficácia de norma penal mais favorável ao sentenciado, ex vi do disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal. IV – Compete ao Juízo da Vara de Execuções Criminais a aplicação da novel legislação que, de qualquer modo, apresentar-se mais favorável àqueles que foram condenados com base na legislação revogada. Incidência da Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal. V – Recurso não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para determinar ao Juízo da Vara de Execuções Criminais o exame da questão à luz da Lei 12.015/2009, que deve retroagir por se tratar de lei penal mais benéfica, respeitadas as circunstâncias individualizadoras em que ocorreram os delitos. (STF - RHC: 115988 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 17/09/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-197 DIVULG 04-10-2013 PUBLIC 07-10-2013)

PENAL - ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - LEI 12.015/09 - UNIFICAÇÃO DOS DELITOS - TIPO MISTO ALTERNATIVO - REALIZAÇÃO SIMULTÂNEA DE MAIS DE UMA CONDUTA - MAIOR REPROVABILIDADE - ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. I. A LEI 12.015/09 PASSOU A CONSIDERAR OS DELITOS DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E ESTUPRO CRIME ÚNICO. POR SER MAIS BENÉFICA, DEVE RETROAGIR. II. A NOVA REDAÇÃO DO ART. 213 DO CP DESCREVE TIPO MISTO ALTERNATIVO, EM QUE A REALIZAÇÃO DE MAIS DE UMA DAS CONDUTAS PREVISTAS NÃO IMPLICA EM CONCURSO DE DELITOS. AUTORIZADA A REALIZAR NOVA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. NESSE CASO, O ESTUPRO TENTADO SERVE COMO CIRCUNSTÂNCIA NEGATIVA DO CRIME PARA AUMENTAR A PENA-BASE DO ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONSUMADO. PRECEDENTES DESTA CORTE. III. EM CUMPRIMENTO À DETERMINAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REFORMADA A DOSIMETRIA PARA INCREMENTAR A PENA-BASE. (TJ-DF - APR: 20070310299447 DF 0029944-28.2007.8.07.0003, Relator: SANDRA DE SANTIS, Data de Julgamento: 10/04/2014, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 28/04/2014 . Pág.: 181)

Sobre o caráter absoluto da presunção de violência do art. 224 do CP:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECUSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. ART. 224, A, DO CP. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O Eg. Tribunal a quo, com base no acervo fático-probatório, entendeu comprovadas a materialidade e a autoria delitivas, sendo incabível a absolvição, o que faz incidir o óbice da Súmula 7, STJ a desconstituição de tal entendimento. 2. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do EREsp nº 762.044/SP, relator para acórdão Ministro FÉLIX FISCHER (DJe de 14/04/2010), decidiu que a presunção de violência prevista no art. 224, alínea a, do Código Penal, é absoluta, sendo irrelevante, penalmente, o consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo. 3. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1415812 BA 2013/0352128-3, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 26/11/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/11/2013)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 224, A, DO CÓDIGO PENAL, NA REDAÇÃO ANTERIOR À DA LEI N. 12.015/2009. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. 1. A Terceira Seção desta Corte pacificou entendimento de que a presunção de violência nos crimes contra os costumes cometidos contra menores de 14 (quatorze) anos, prevista na antiga redação do art. 224, a, do Código Penal, possui caráter absoluto, constituindo critério objetivo para se verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual. Precedente. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no REsp: 1458212 RS 2014/0133765-8, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 18/11/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/11/2014)

Sobre a hediondez do crime de estupro após a mudança legislativa trazida pela Lei 12.015/09:

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONDUTA ANTERIOR À LEI N.º 12.015/09. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. ART. 9º DA LEI N.º 8.072/90. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015/09. CONDUTA QUE SE AMOLDA AO TIPO PREVISTO NO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. 1. A partir do julgamento do Habeas Corpus nº 88.664/GO, a Sexta Turma desta Corte firmou nova orientação, no sentido de não mais se considerar hediondos os crimes de estupro ou atentado violento ao pudor praticados antes da Lei nº 12.015/09, quando cometidos mediante violência presumida. 2. Com o advento da Lei nº 12.015/09, que deu novo tratamento aos denominados "Crimes contra a Dignidade Sexual", caiu por terra a causa de aumento prevista no art. 9º, da Lei nº 8.072/90, devendo ser aplicado ao condenado por estupro ou atentado violento ao pudor praticados mediante violência ou grave ameaça a menor de 14 (quatorze) anos o preceito secundário do art. 217-A do Código Penal (HC nº 92.723/SP, julgado em 2/8/2011). 2. Ordem concedida a fim de que o crime a que foi condenado o paciente não seja considerado hediondo e que seja excluída da pena a causa de aumento prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90, reduzindo-se a pena, em consequência, para 10 (dez) anos de reclusão para cada crime, perfazendo-se o total de 20 (vinte) anos de reclusão, mantidos demais termos da sentença. (STJ - HC: 107949 SP 2008/0087965-1, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 18/09/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/10/2012)

Sobre a importância do laudo psicológico nos crimes de estupro de vulnerável:

Apelação Criminal. Ministério Público. Estupro de vulnerável (ato libidinoso). Vítima (03 anos de idade). Índícios não confirmados. Laudo de prática libidinoso e relatório psicológico inconclusivos. Negativa de autoria. Dúvida em favor do réu. Absolvição mantida. Recurso não provido. 1. Havendo dúvida razoável quanto à existência do crime de estupro, na modalidade de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, notadamente pelos inconclusivos laudos de práticas libidinosas e relatório psicológico associado, a absolvição é medida de rigor, aplicando-se o princípio do in dubio pro reo. 2. Recurso não provido. (TJ-RO - APL: 00026334120148220701 RO 0002633-41.2014.822.0701, Relator: Desembargadora Marialva Henriques Daldegan Bueno, Data de Julgamento: 19/08/2015, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 28/08/2015.)

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL CONTRA ENTEADA (ART. 217-A, CAPUT, C/C ART. 226, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DEFENSIVO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. RÉU QUE, PREVALECENDO-SE DA CONDIÇÃO DE PADRASTO, CONSTRANGE A VÍTIMA A COM ELE PRATICAR ATOS SEXUAIS, CONDUTA PRATICADA NA SAÍDA DA ESCOLA, QUANDO O AGENTE BUSCAVA A VÍTIMA. DEPOIMENTO FIRME E COERENTE DA VÍTIMA, CORROBORADO PELAS DECLARAÇÕES TESTEMUNHAIS E LAUDOS PSICOLÓGICOS. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. REQUERIMENTO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. MATÉRIA A SER ANALISADA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. NÃO CONHECIMENTO NESTE PONTO. 1. Conforme remansoso entendimento jurisprudencial, a palavra da vítima, em crimes de conotação sexual, possui valor probatório diferenciado, servindo de substrato condenatório quando o relato ocorre de maneira coerente, sem contradições e encontra apoio em outros elementos de convicção. 2. Pretendida a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita e consequente isenção do pagamento das custas processuais em sede de apelação, a matéria não deve ser conhecida, pois afeta ao juízo da execução. (TJ-SC - APR: 20140209625 SC 2014.020962-5 (Acórdão), Relator: Paulo Roberto Sartorato, Data de Julgamento: 09/06/2014, Primeira Câmara Criminal Julgado).

As jurisprudências citas acima demonstram as mudanças trazidas pela Lei 12.015/09, mostrando os entendimentos já pacificados acerca da presunção absoluta de violência no que se refere ao art. 224 do CP, sobre a hediondez do crime de estupro após a alteração legislativa e destacando a importância do exame psicológico para, em conjunto com as demais provas, provar os danos sofridos pelo vulnerável com a prática do delito do art. 217-A do CP.

7.1 Análise Decisão do TJ-TO:

A jurisprudência abaixo refere-se a absolvição de acusado pelo crime de estupro de vulnerável, após revisão criminal:

REVISÃO CRIMINAL - RVC 00040886920148270000

ORIGEM: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS

REQUERENTE: R. M. DA C.

DEFENSOR(A) PÚBLICA: Dra. ESTELLAMARIS POSTAL

REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCURADOR DE JUSTIÇA: Dr. JOSE OMAR DE ALMEIDA JUNIOR

RELATORA: JUIZA MAYSA VENDRAMINI ROSAL

REVISORA: JUIZA CÉLIA REGINA RÉGIS

EMENTA:

REVISÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RETRATAÇÃO DA VÍTIMA. JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. PROVA RESULTANTE DUVIDOSA. IN DUBIO PRO REO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA. REVISÃO CRIMINAL PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Em havendo a retratação da vítima, em procedimento de justificação judicial, com participação efetiva do membro do parquet, trata-se de prova nova que entra em contradição com as declarações prestadas pela vítima durante a instrução processual. (Artigo 621, II e III, do Código de Processo Penal).
2. As demais provas produzidas durante a instrução denotam tão somente indícios da ocorrência do fato.
3. Em não havendo outros elementos de prova substanciais a embasar o decreto condenatório, tendo sido a palavra da vítima o sustentáculo principal da r. sentença e do v. acórdão, a reforma das decisões é medida que se impõe, a fim de reconhecer a incidência do princípio in dubio pro reo.
4. Lado outro, não há que se cogitar em indenização a ser paga ao requerente pelo ente Público, vez que este não deu causa às versões falsas apresentadas pela vítima, tendo as decisões anteriormente proferidas obedecido o devido processo legal, respeitando-se todos os direitos e garantias da parte.
5. Revisão PARCIALMENTE PROVIDA, a fim de revogar o decreto condenatório, reconhecendo a absolvição do requerente por insuficiência de provas.

A revisão criminal refere-se aos autos do processo nº 0000098-92.2014.827.2741 originário da 1ª Vara Criminal da Comarca de Wanderlândia – TO. No referido processo, o Ministério Público ofereceu denúncia contra o R.M.da.C, na época com 56 anos, pela prática do crime de estupro de vulnerável – art. 217- A do CP – contra uma menor de 10 anos, na época dos fatos.

Consta da denúncia que no ano de 2011 o acusado estava em um sítio da família da menor e durante a noite teria praticado conjunção carnal com a suposta vítima.

De acordo com o depoimento da menor, o acusado era conhecido de sua família e ameaçou matá-la caso a mesma contasse para alguém o ocorrido:

“Ele chegou a me estuprar e falou que se contasse para alguém ele me matava (intervalo de tempo 02min24s). Que nunca tinha tido nenhuma relação sexual, tendo sido a primeira vez (intervalo de tempo 02min25). Que seu primo e sua irmã ouviram alguma coisa (intervalo de tempo 2 min15s). Que na hora do fato em si, na sala estava sozinha com R. (intervalo de tempo 07min30s). Que conseguiu ver na hora que foi o réu (intervalo de tempo 09min35s). Já conhecia o acusado pois já tinha sido marido da sua tia, sendo que ele costumava dormir lá (intervalo de tempo 10min27s). Que o acusado amarrou uma camisa em sua boca para que não gritasse (intervalo de tempo 11min08s). Que o acusado estava só de short e tirou o short, depois a cueca e tirou a roupa da vítima (intervalo de tempo 14min07s). Que sentiu dor e sangrou (intervalo de tempo 14min51s). Que tudo durou mais ou menos meia hora (intervalo de tempo 15min15s).”

Não houve realização de exame pericial e o depoimento da vítima foi corroborado pela prova testemunhal. Ressalte-se que o depoimento da testemunha, irmã da vítima, é completamente vago, uma vez que a mesma não presenciou a suposta prática criminal e nem soube detalhar os fatos:

Ele era casado com minha tia (intervalo de tempo 01min28s). Que Nayra dormiu na sala e a depoente no quarto (Intervalo de tempo 01min50s) Que não viu o ato sexual, mas apenas o movimento e ouviu o acusado chamando a vítima para onde ele estava (intervalo de tempo 2min00s). Que seu primo Paulo disse que ouviu a vítima gemendo (intervalo de tempo 03min.30s). Que deu para reconhecer que era R. que estava com a vítima (intervalo de tempo 03min53s). As luzes da casa estavam todas apagadas no momento dos fatos (intervalo de tempo 07min27s). Que não saiu do quarto após o fato (intervalo de tempo 09min56s). Que também ouviu sua irmã gemer (intervalo de tempo 10min44s). Que imaginou o que estava acontecendo, mas não levantou porque ficou com muito medo (intervalo de tempo 11min.23s).

Após a instrução criminal, o acusado continuou preso e foi condenado em decisão que transitou em julgado em 22.08.2012.

Em 2014, após 03 anos da sentença penal condenatória, a vítima, já com 14 anos, por livre e espontânea vontade, compareceu à Defensoria Pública da comarca de Wanderlândia – TO para informar que suas alegações à época dos fatos foram inverídicas e que a mesma gostaria de falar com Juiz ou Promotor na presença de pessoa maior de idade que não fosse de sua família, pois tinha medo da reação dos mesmos, conforme depreende-se do acórdão proferido pela juíza relatora da Revisão Criminal nº 0004088-69.2014.827.0000.

Ao ser questionada pelo promotor sobre a informação de que teria mentido na fase da instrução processual, a suposta vítima disse que fez aquilo para proteger outro adolescente – verdadeiro autor do crime:

DEFENSOR PÚBLICO: O SENHOR R. TINHA ALGUMA PROXIMIDADE DA SUA FAMÍLIA? **VÍTIMA:** TINHA PORQUE ELE É AMIGO DO MEU VÔ A MAIS DE 20 ANOS; **DEFENSOR PÚBLICO:** ENTÃO ELE É PESSOA DE DENTRO DA SUA CASA? **VÍTIMA:** É ELE É DE DENTRO DE SUA CASA; **DEFENSOR PÚBLICO:** NA ÉPOCA DOS FATOS VOCÊ TINHA QUANTOS ANOS? **VÍTIMA:** 10 ANOS; **DEFENSOR PÚBLICO:** QUANDO HOUE A DESCOBERTA QUAL FOI A REAÇÃO DA FAMÍLIA? **VÍTIMA:** MINHA FAMÍLIA NÃO SABE PORQUÊ EU NÃO TIVE CORAGEM DE CONTAR PRA MINHA FAMÍLIA; **DEFENSOR PÚBLICO:** ENTÃO O SR. R. M. NÃO TEVE QUALQUER ENVOLVIMENTO COM ESSE FATO? **VÍTIMA:** NÃO; **DEFENSOR PÚBLICO:** TERIA SIDO UM ADOLESCENTE TAMBÉM? **VÍTIMA:** EXATAMENTE; **DEFENSOR PÚBLICO** NA ÉPOCA VOCÊ VIVIA COM QUEM? **VÍTIMA:** COM MINHA AVÓ **DEFENSOR PÚBLICO** QUANDO OCORREU O FATO SUA AVÓ ESTAVA NA CIDADE? **VÍTIMA:** NÃO, ESTAVA EM GOIÂNIA; **DEFENSOR PÚBLICO:** VOCÊ CHEGOU A APANHAR DA SUA AVÓ, ALGUMA COISA? **VÍTIMA:** SIM; **DEFENSOR PÚBLICO:** ESSA OUTRA PESSOA ERA UM ADOLESCENTE, UMA CRIANÇA? **VÍTIMA:** ADOLESCENTE; (...) **MINISTÉRIO PÚBLICO** (06:45) PORQUE VOCÊ COLOCOU A CULPA NO SEU R.? 3 **VÍTIMA:** PORQUE EU NÃO QUERIA QUE PREJUDICASSE ELE NA ÉPOCA; **MP:** AI TU PREFERIU PREJUDICAR SEU R.? QUE FOI PRESO, PROCESSADO, CONDENADO AI TU VEM COM ESSA HISTÓRIA QUE NÃO FOI ELE?! EIM?! SABE QUANTO TEMPO ELE FICOU PRESO?! **VÍTIMA:** SEI; **MP:** QUANTO; **VÍTIMA:** 3 ANOS; **MP:** HUM! AI TU ACHA ISSO POUCO? AI AGORA TU CHEGA QUERENDO DESFAZER UMA HISTÓRIA, PORQUE TU NÃO FALOU ISSO NO DIA DA AUDIÊNCIA?! INCLUSIVE FOI COMIGO; **VÍTIMA:** PORQUE EU TINHA MEDO DE FALAR! **MP:** E AGORA TU PERDEU O MEDO POR QUÊ? PODE RESPONDER; **VÍTIMA:** OXE PORQUE EU VI ELE PAGANDO POR UM CRIME QUE ELE NÃO TINHA COMETIDO; **MP:** ALGUEM TE PROCUROU PARA CONVERSAR CONTIGO PARA DESFAZER A HISTÓRIA? **VÍTIMA:** NÃO, NINGUÉM ME PROCUROU EU MESMO FUI NA DEFENSORIA DE LIVRE E ESPONTÂNEA VONTADE; (...) **MM JUIZ:** VOCÊ CONHECE BEM ELE? **VÍTIMA:** ELE ME CONHECE DESDE CRIANÇA, PORQUE QUANDO ELE CONHECEU MINHA VÓ EU NÃO ERA NASCIDA NÃO; **MM:** ELE BRINCAVA COM VOCÊS? **VÍTIMA:** ELE GOSTAVA DE DAR CONSELHO PRA NÓS, SÓ ISSO; **MM:** COMO ASSIM DAR CONSELHO? **VÍTIMA:** QUE NÃO ERA PRA SE ENVOLVER COM COISA ERRADA, QUE NÃO ERA PRA SE ENVOLVER COM MULEQUE, COM AS PESSOAS ERRADAS, QUE QUERIA SÓ O NOSSO BEM; **MM:** ELE COSTUMA A CHAMAR SUA ATENÇÃO? **VÍTIMA:** COSTUMAVA; **MM:** VOCÊ GOSTAVA DELE? **VÍTIMA:** GOSTAVA PORQUE ELE ME DAVA MUITO CONSELHO, NÃO ERA POR MAL ERA PRO BEM; **MM:** E PORQUE MESMO ASSIM VOCÊ ATRIBUI A ELE? SE VOCÊ GOSTAVA DELE?! **VÍTIMA:** PORQUE EU NÃO QUERIA PREJUDICAR O MATHEUS; **MM:** SIM, MAS NÃO TINHA UMA OUTRA PESSOA A QUEM ATRIBUIR? PORQUE O SEU RAMUNDO; **VÍTIMA:** NÃO... PORQUE SÓ TAVA ELE NA CASA, ELE E MEU TIO DE HOMEM NA CASA; **MM:** MAS VOCÊS CHEGARAM A FICAR SOZINHOS ALGUMA VEZ? **VÍTIMA:** NÃO; **MM:** NUNCA FICOU SOZINHA COM ELE? **VÍTIMA:** NÃO; 4 **MM:** ELE NUNCA TOCOU A SENHORA EM LUGAR NENHUM? **VÍTIMA:** NÃO;

Após o novo depoimento da vítima, a juíza relatora do Tribunal Pleno do Tocantins, Dra. Maysa Vendramini Rosal, reconheceu a fragilidade das provas apresentadas,

considerando assim o in dubio pro reo e absolvendo o acusado pelo crime de estupro de vulnerável.

Nos presentes autos, não se verifica erro imputável do poder judiciário quando da condenação. As provas, conforme acima aduzido, à época do decisum, demonstravam um conjunto probatório harmônico, suficiente para embasar o decreto condenatório. As novas provas surgiram através de retratação da vítima. Demonstrado esta, facilmente, que o falso fora de sua responsabilidade, não podendo se valer de tal fato, o requerente, para perceber qualquer vantagem patrimonial. Conforme se extrai dos autos, o douto Magistrado de 1º grau, bem como os dignos Desembargadores que atuaram perante o feito atuaram dentro da mais estrita lisura, respeitando todos os direitos e garantias da parte. Desta forma, cabe ao requerente pleitear a indenização de quem de direito deu causa ao decreto prisional, não havendo qualquer ingerência do Poder Judiciário. Isto posto, estando presentes os requisitos de admissibilidade, CONHEÇO da presente revisão criminal, e, no mérito, DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO a fim de reconhecer a incidência do princípio in dubio pro reo e absolver R. M. DA C. pelos fatos à ele imputados no processo 2010.0012.4447-5.

O caso retratado acima demonstra, na prática, a fragilidade do depoimento das vítimas de estupro, principalmente quando está vítima é considerada vulnerável.

Como na maioria dos crimes de estupro, o delito ocorreu dentro da residência da vítima e durante a noite, de forma que não foi possível que ninguém presenciasse o fato. Além disso, a vítima era uma criança de apenas 10 anos.

Não houve a realização do exame de corpo e delito e nem avaliação psicológica na vítima. Ora, como basear a condenação do suposto autor apenas com base no depoimento de uma criança vítima de uma suposta violência e no depoimento vago e lacunoso de sua irmã? A situação é mais comum do que possa parecer.

Tal situação só reforça, mais uma vez, a importância do laudo psicológico nos crimes de violência sexual, principalmente quando a vítima é um vulnerável. Em se tratando de uma criança de 10 anos, a mesma está sujeita às falsas memórias de uma maneira mais ampla do que um adulto. Além disso, há o medo da reação da família, como foi retratado pela própria vítima do caso acima.

Note-se que o acusado ficou preso por 3 (três) anos até que a vítima resolveu procurar a Defensoria Pública para mudar seu depoimento e consertar seu erro. Não há como negar a gravidade e perigo desse tipo de condenação baseada apenas na palavra da vítima. E se a mesma não tivesse se retratado? O acusado cumpriria a pena até o final por um crime que não cometeu? Será que ele conseguiria retomar sua vida normalmente depois de passar anos na cadeia cumprindo pena por supostamente ter estuprado uma criança de 10 anos?

Não há como negar que a vida deste homem jamais voltaria ao normal. A condenação aos que praticam crimes sexuais deve acontecer e de forma séria. A impunidade não é aqui defendida, mas sim a condenação com base em provas sólidas e coerentes, respeitando os princípios constitucionais e o processo penal.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como observado, o Direito Penal e o Processo Penal são regidos por diversos princípios e garantias fundamentais que devem ser seguidos para uma melhor compreensão dos fatos e busca pela correta aplicação da justiça.

Foram analisados os princípios relativos à prova no processo penal. Viu-se que o princípio do devido processo legal divide o processo entre a perspectiva formal e material.

O princípio do duplo grau de jurisdição, que se encontra no Pacto de São José da Costa Rica e prevê a possibilidade de recursos para rever decisões judiciais.

O princípio da vedação à prova ilícita que veda as provas que são obtidas sem autorização judicial, inclusive as provas que dela derivam.

O princípio da garantia contra a autoincriminação que confere ao réu o direito não produzir provas contra ele mesmo, garantindo assim o seu direito ao silêncio.

Por fim, foi explanado sobre o princípio da proporcionalidade, um dos mais importantes, pois garante o equilíbrio processual, evitando os conflitos de interesse e as penas desproporcionais.

Após a análise dos princípios, foi possível analisar melhor a questão da prova no processo penal brasileiro. Mostrou-se que a prova no processo penal é de fundamental importância para a busca da verdade dos fatos alegados no processo. Mostrou a definição e importância da prova pericial nos crimes sexuais, buscando, através do exame de corpo de delito vestígios da violência alegada no processo.

Primeiramente foi analisada a questão da prova nos crimes que deixam vestígios, demonstrando a necessidade de exame de corpo de delito por profissional técnico responsável para, após, ser apresentando laudo pericial confirmando ou não a ocorrência do delito. Após, foi analisada a prova testemunhal como prova pericial indireta nos casos dos crimes que não deixam vestígios.

Com a análise dos princípios e da prova no processo brasileiro, passou-se para a análise das mudanças trazidas pela Lei 12.015/09, principalmente no que tange a mudança do título relativo à dignidade sexual, que visa a proteção da liberdade e da dignidade sexual.

Passou-se, então, a analisar o tipo penal do estupro. Além da mudança da nomenclatura, analisou-se também a unificação dos tipos penais de atentado violento ao pudor e estupro. A união dos crimes proporcionou mudanças positivas, a exemplo de o crime poder ser praticado contra qualquer indivíduo e não mais somente contra as mulheres. Além disso, não se pode mais falar em concurso material de crimes entre os atos libidinosos e o estupro. Outro ponto importante que foi destacado está relacionado ao fato da dificuldade da caracterização da tentativa do crime de estupro, uma vez que a maioria dos atos tentados já restam configurados como atos libidinosos diversos.

Mais adiante, foi analisada a desproporção que há entre a vítima do estupro e a vítima do estupro de vulnerável, uma vez que considera-se vítima do estupro apenas quando houver resistência ao ato sexual e vítima do estupro de vulnerável será sujeito passivo até quando houver consentimento do ato.

Analisou-se a discussão acerca da presunção de violência do art. 224 do CP. Com a mudança realizada pela Lei 12.015/09, concluiu-se que a presunção de violência tornou-se absoluta, uma vez que não existe mais a possibilidade de discussão acerca da ocorrência da violência.

Passou a analisar então o crime de estupro de vulnerável e as consequências trazidas pela Lei 12.015/09. O primeiro ponto analisado foi a questão da revogação do art. 224 do CP e a vulnerabilidade trazida pelo art. 217-A. Foi apresentada a questão sobre a vulnerabilidade do referido artigo ser absoluta ou relativa, mostrando a discussão e divergência em torno da polêmica do tema. Chegou-se a conclusão de que a vulnerabilidade do art. 217-A deve ser analisada caso a caso, considerando as particularidades de cada situação e dos sujeitos envolvidos por ela.

Após, foi apresentada a desproporcionalidade entre as penas dos crimes de estupro e estupro de vulnerável. Ficou evidenciada a desproporção na cominação da pena dos crimes citados, uma vez que a nova tipificação do crime transformou qualquer ato sexual em estupro de vulnerável.

Em seguida, foi apontada a questão sobre a hediondez do estupro demonstrando que atualmente, com a mudança legislativa proporcionada pela Lei 12.015/09, a redação dos incisos V e VI do art. 1º da Lei de 8.072/90 foi alterada e considera-se como hediondos os crimes de estupro e estupro de vulnerável.

Após as considerações feitas sobre o estupro e o estupro de vulnerável, passou-se a analisar o problema da prova no crime de estupro de vulnerável, questão central deste trabalho.

Em seguida, foi apresentado o problema da prova baseada unicamente na palavra da vítima nos crimes de estupro de vulnerável. Foi demonstrada a fragilidade de tal prova, principalmente em razão da pouca idade e pouco discernimento das vítimas nesse crime. Analisou-se também a questão das falsas memórias e como elas podem ser extremamente prejudiciais para o processo penal.

Após, foi demonstrado o risco de retorno à prova tarifada, uma vez que a prova testemunhal vem adquirindo uma importância exacerbada no processo penal e, em se tratando de estupro de vulnerável, isso pode acarretar condenações injustas.

Por último, foi demonstrada a necessidade de laudo psicológico como contraprova da prova testemunhal, concluindo, por fim, que esta seria a melhor solução em relação ao problema da prova do crime do art. 217-A do CP, reforçando que a palavra da vítima pode ser frágil nesses casos e que tal delito muitas vezes não deixa vestígios aparentes, mas isso não significa que os danos psicológicos não ocorreram.

Foi apresentada a análise de uma decisão do Tribunal de Justiça do Tocantins que demonstra, na prática, a necessidade do laudo psicológico nos crimes sexuais, principalmente contra vulneráveis, a fim de evitar condenações injustas e o desrespeito aos princípios constitucionais.

9 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores S.A. 2006.

ARAÚJO, Fabio Roque. **O Princípio da Proporcionalidade Referido ao Legislador Penal**. Salvador: JusPODIVM. 2011.

BANDEIRA, Thaís. **Dos crimes contra a dignidade sexual: Mudanças de paradigmas e o advento da lei 12.015/2009**. Teses da Faculdade Baiana de Direito, v. 3. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 445-458.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 5 ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Tratado de Direito Penal v.1**, parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tratado de Direito Penal v.4**, parte especial. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 28.01.2017.

_____. **Código Penal**. Brasília, DF: Senado, 1º de dez. de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 22.01.2017.

_____. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Senado, 13 de out. de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 22.01.2017.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Senado, 13 de jul. de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 28.01.2017.

_____. **Lei nº 12015**, de 7 de ago. de 2009. Brasília, DF: Senado, 10 de ago. de 2009. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm> Acesso em: 19.02.2017.

_____. **Lei nº 8072**, de 25 de jul. de 1990. Brasília, DF: Senado. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm> Acesso em: 19.02.2017.

CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito Penal: parte especial, v. 3.** São Paulo: Saraiva. 2004.

CARVALHO, Vicente de Paula Santos. **O estupro de vulnerável na reforma promovida pela lei 12.015/2009.** Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2451/1797>> Acesso em 12.02.2017.

CONEGUNDES, Karina Romualdo. **A Nova Sistemática dos Crimes Contra a Dignidade Sexual.** Revista de Direito. Viçosa: UFV, v. 1, n. 3. 2010.

CRUZ, Rúbia Abs. **A prova material nos crimes sexuais.** Revista do Ministério Público n^o 53. Disponível em <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279045759.pdf> Acesso em 12.02.2017.

CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 7 ed. Salvador: JusPODIVM. 2013.

DELL'AGLIO, Débora Dalbosco; GAVA, Lara Lages; PELISOLI, Cátula. **A perícia psicológica em casos de abuso infanto-juvenil.** Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S167704712013000200005> Acesso em 10.03.2017.

DIAS, Thaísa Magnene; JOAQUIM, Evandro Dias. **O problema da Prova nos Crimes Contra a Dignidade Sexual.** Vol. IV. Bauru: Revista JurisFIB, 2013. Disponível em <<http://www.revistajurisfib.com.br/artigos/1395809029.pdf>> Acesso em: 16.02.2017.

FERREIRA, Daniel Meirelles. **Dificuldade da produção de provas nos crimes sexuais cometidos contra menores.** Brasília, 2010. Disponível em <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/144/3/20552269.pdf>> Acesso em 13.02.2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** 3 ed. Tradução: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GARBIN, Aphonso Vinícius. **Estupro de vulnerável, a palavra da vítima e os riscos da condenação.** Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/estupro-de-vulneravel-a-palavra-da-vitima-e-os-riscos-da-condenacao/>> Acesso em 28.02.2017.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado.** 5 ed. Niterói: Impetus. 2011.

_____. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III.** 7ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Você confia na sua memória? Infelizmente o processo penal depende dela.** Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-depende-dela>> Acesso em 09.03.2017.

JÚNIOR, Eudes Quintino de Oliveira; OLIVEIRA, Pedro Bellentani Quintino. **A palavra da vítima no crime de estupro de vulnerável e sua valoração no processo penal.** Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI174450,31047-A+palavra+da+vítima+no+crime+de+estupro+de+vulneravel+e+sua+valoracao>> Acesso em 19.02.2017.

MELHEM, Patrícia Manete; ROSAS, Rudy Heitor. **Palavra da vítima no estupro de vulnerável: retorno da prova tarifada?** Disponível em <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/19.pdf>> Acesso em 28.02.2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

MIGUEL, Guilherme Felipe. **As dificuldades de utilização da prova pericial nas hipóteses de estupro de vulnerável no ordenamento jurídico brasileiro.** 2016. Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/prova-pericial-nas-hipoteses-de-estupro-de-vulneravel/>> Acesso em 16.02.2017.

NUCCI, **Guilherme de Souza. Código Penal Comentado.** 10 ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015,** de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

OLIVEIRA, Ana Gabriela de Sousa. **Relativização da vulnerabilidade em razão da idade no estupro de vulnerável.** Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/40932/relativizacao-da-vulnerabilidade-em-razao-da-idade-no-estupro-de-vulneravel>> Acesso em 13.02.2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de Processo Penal.** 17 ed. São Paulo, Atlas, 2013.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal, parte geral,** v. 1. 8 ed. Salvador: JusPODIVM. 2012.

_____. **Estupro de Vulnerável.** Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/estupro-de-vulneravel/>>. Acesso em 12.02.2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 8 ed. Salvador: JusPODIVM. 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Processo Penal**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. **Apelação Criminal nº 20070310299447 DF 0029944-28.2007.8.07.0003**. Relator: Sandra de Santis. Data de Julgamento: 10/04/2014. Disponível em <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117929689/apelacao-criminal-apr-20070310299447-df-0029944-2820078070003>> Acesso em 13.03.2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RORAIMA. **Apelação nº 00026334120148220701 RO 0002633-41.2014.822.0701**. Relator: Desembargadora Marialva Henriques Daldegan Bueno. Data de Julgamento: 19/08/2015. Disponível <<https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295447324/apelacao-apl-26334120148220701-ro-0002633-4120148220701>> Acesso em 12.03.2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Apelação Criminal nº 20140209625 SC 2014.020962-5 (Acórdão)**. Relator: Paulo Roberto Sartorato. Data de Julgamento: 09/06/2014. Disponível em <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25133250/apelacao-criminal-apr-20140209625-sc-2014020962-5-acordao-tjsc>> Acesso 13.03.2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTIS. **Revisão Criminal nº 00040886920148270000**. Relator: Maysa Vendramini Rosal. Data de Julgamento: 21.07.2014. Disponível em <http://jurisprudencia.tjto.jus.br/consulta?q=estupro%20vulneravel&fq_competencia=TRIBUNAL%20PLENO&fq_magistrado=MAYSA%20VENDRAMINI%20ROSAL> e <<http://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento?uuid=f7740f5ab06584c1f9710e4433f96619&options=%23page%3D1>>. Acesso 04.04.2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1458212 RS 2014/0133765-8**. Relator: Gurgel de Faria. Data de Julgamento 18/11/2014. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24729198/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1415812-ba-2013-0352128-3-stj>> Acesso em 12.03.2017.

_____. **Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1415812 BA 2013/0352128-3**, Relator: Ministro Moura Ribeiro. Data de Julgamento: 26/11/2013. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153995333/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1458212-rs-2014-0133765-8>> Acesso em 13.03.2017.

_____. **Habeas Corpus nº 107949 SP 2008/0087965-1**. Relator: Ministro OG Fernandes. Data de Julgamento: 12/09/2012. Disponível em

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22454411/habeas-corporus-hc-107949-sp-2008-0087965-1-stj>> Acesso em 13.03.2017.

_____. **Habeas Corpus nº 25321 SP 2002/0148431-6**. Relator: Ministro Vicente Leal. Data de Julgamento: 11.03.2003. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/255176/habeas-corporus-hc-25321-sp-2002-0148431-6>> Acesso em 13.03.2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus Nº 115988** DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 17.09.2013. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24244335/recurso-ordinario-em-habeas-corporus-rhc-115988-df-stf>> Acesso em 13.03.2017.

VIEIRA, Cássia Passos. **Da possibilidade e dos limites da relativização da vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável**. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/cassia_vieira.pdf> Acesso em 12.02.2017.