

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto o tema “A gestão da prova no estupro de vulnerável” e terá sua base crítica fundamentada essencialmente na liberdade sexual dos indivíduos. Essa pesquisa focará nas mudanças causadas pela edição da Lei 12.015 de 2009, a qual trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro, dentre outras novidades, a figura dos vulneráveis¹.

A escolha do tema se deu, pois a alteração trazida pela Lei 12.015, que veio com a promessa de proteção aos então denominados vulneráveis, não trouxe apenas mudanças positivas para o ordenamento. Ela acabou por possibilitar a condenação de sujeitos baseada meramente numa ficção jurídica, tal qual a presunção de violência no crime de estupro quando envolvendo vítimas com menor potencial defensivo.

Essa previsão se mostra contrária ao ordenamento jurídico uma vez que este prega a defesa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, da vedação das provas ilícitas, da garantia contra a autoincriminação, da presunção de inocência de todos os sujeitos até que seja transitada em julgado sentença penal condenatória, além do princípio da proporcionalidade, dentre outros.

Esses princípios serão analisados, principalmente na ótica da produção probatória, uma vez diversas alterações proporcionadas pela lei repercutem diretamente na atividade de constatação da autoria e culpabilidade do crime, sendo importante a observância dos direitos constitucionais garantidos às partes do processo.

As mudanças, todavia, não foram injustas apenas para os sujeitos ativos do crime. O estudo aponta brevemente que a criação do instituto gerou, também, dessa vez para a vítima tutelada, uma situação de limitação da liberdade sexual a ponto de o ordenamento jurídico basicamente determinar com quem se pode e com quem não se pode manter relações afetivas em se tratando de hipótese de vulnerabilidade por motivo de desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Para melhor compreensão das consequências práticas proporcionadas pela nova lei será feita uma análise dos já consagrados institutos do estupro e do atentado violento ao pudor à luz das alterações trazidas pela Lei 12.015/2009, além do novo tipo do estupro de vulnerável e de

¹ Note-se que, apesar de ser considerado instituto inédito, a proteção aos vulneráveis já ocorria antes da vigência da lei 12.015/09, por meio da presunção de violência do antigo art. 224 do Código Penal Brasileiro. A presunção se concretizava nos casos em que a vítima não era maior de 14 anos; era alienada ou débil mental; ou, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, e no momento da averiguação da ocorrência de conjunção carnal, o laudo pericial se mostrava inconclusivo.

como o seu tratamento se dava anteriormente à reforma. Com isso, visa-se observar se o atual procedimento de gestão da prova na figura típica do estupro de vulnerável se dá de forma a respeitar os princípios constitucionais do Direito Processual Penal.

Será observado também o contexto histórico de como se deu a origem da Lei 12.015/09 e analisadas suas principais alterações no ordenamento jurídico. Comparar-se-á a atual legislação com a legislação vigente antes da reforma para que se possa interpretar de que maneira repercutem tais mudanças, fazendo um apanhado jurisprudencial de como era e como passou a ser tratado o tema, trazendo para a pesquisa as possíveis divergências quanto ao assunto.

Será definido o instituto dos vulneráveis e comparado seu tratamento com o de outras vítimas de estupro, analisando, principalmente, o antigo instituto da presunção de violência, visitando a discussão quanto à sua natureza. A partir dessa fundamentação, será problematizada a questão da abolição da presunção, que, em tese, foi eliminada do ordenamento pela Lei 12.015, mas em verdade continua implícita na nova redação do tipo penal.

Por fim, será examinado o procedimento de produção probatória, por meio do exame de corpo de delito, na hipótese de existência de vestígios materiais, sendo observada a previsão legal de obrigatoriedade do exame, sob a qual recai pena de nulidade processual, quando não observada. Quanto ao crime onde inexistente o corpo de delito, será examinada a possibilidade do suprimento probatório pela prova estritamente testemunhal e a constitucionalidade dessa previsão.

Buscar-se-á, então, a solução para os casos onde, não havendo vestígios materiais, as provas se limitem aos depoimentos da vítima e do agressor, para que não fique a decisão do juiz adstrita a mera presunção de ocorrência do fato.

A análise e conceituação dos preceitos legais e constitucionais serão feitas mediante constante comparação entre a legislação anterior e posterior à Reforma dos Crimes contra a Dignidade Sexual, a fim de se concluir se as alterações trouxeram mais benefícios ou malefícios para o ordenamento.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL RELATIVOS À PRODUÇÃO PROBATÓRIA

O ordenamento jurídico é composto por vários ramos do Direito, e é inconcebível que esses diferentes ramos se contradigam, devendo apresentar-se de forma unitária.

Sendo o Direito Processual Penal um desses ramos, ele vive em íntima comunicação com os demais ramos de Direito.

É evidente que o maior vetor do ordenamento será a Constituição Federal, portanto, o Processo Penal será pautado em uma série de princípios e garantias fundamentais. Em verdade, os princípios não estão no sistema em um rol taxativo; mas, por meio de uma interpretação sistemática, é possível listar vetores, tanto constitucionais quanto infraconstitucionais, que devem servir de norte para a atividade jurídica.

O Estado Democrático de Direito orienta-se na noção de prevalência dos direitos fundamentais, principalmente no tangente à interpretação das normas. Isso se dá especialmente em relação ao Direito Penal e o Direito Processual Penal, já que por sua própria natureza exigem maior cautela interpretativa. Surgem então dois postulados de interpretação constitucional que objetivam a afirmação da ordem jurídica democrática, quais sejam, o da máxima efetividade dos direitos fundamentais e o da proibição de excesso.²

Como nota Tourinho Filho, o Processo Penal reflete o momento político no qual se encontra, oscilando à medida que são alterados os regimes políticos, sendo uma verdadeira expressão de cultura. Tanto é, que desde a promulgação do atual Código, já foram realizadas diversas mudanças a fim de buscar a tutela dos direitos dos interessados, sempre observando as Constituições vigentes.³

A seguir, serão analisados alguns dos princípios e regras regentes do Processo Penal que se mostram relevantes ao presente estudo.

² OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo, Atlas, 2013. p. 32.

³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Manual de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 57.

2.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal foi previsto ineditamente pela Constituição Federal brasileira em 1988 e assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV).⁴

Fredie Didier Jr. observa que por se tratar de um princípio fundado em doutrina estrangeira, deve-se privar-se da interpretação literal do nome e atentar para o fato que o termo “devido processo legal” é uma tradução do nome original *due process of law*. Law, entretanto, é uma palavra polissêmica, que, em inglês, não significa tão somente “lei”, mas também “Direito”. Portanto, afirma o autor que “a observação é importante: o processo há de estar em conformidade com o *Direito* como um todo, e não apenas em consonância com a lei. ‘Legal’, então, é adjetivo que remete a ‘Direito’ e não a Lei.”⁵.

Faz-se mister outra observação. Ao definir que ninguém será privado de “liberdade”, o dispositivo legal utilizou o termo de forma muito ampla, sem delimitar exatamente qual liberdade o princípio do devido processo legal visa proteger. Nesse sentido, Paulo Rangel⁶ sustenta que “a expressão *da liberdade* compreende não só a liberdade de locomoção como toda e qualquer liberdade prevista no ordenamento jurídico”, afinal, em casos em que a lei não realiza qualquer tipo de distinção, o intérprete está vetado de restringir o alcance do dispositivo legal.

Assim sendo, o devido processo legal divide-se doutrinariamente em duas perspectivas: uma formal ou procedimental baseada no *procedural due process of Law* da Magna Carta inglesa de 1215, que se traduz na necessidade de um processo fundado nos ditames legais, sem que haja supressão de qualquer ato ou procedimento essencial; e uma material ou substancial, vertente mais recente do princípio, voltada para o campo da elaboração normativa e da atuação jurisdicional, fundada no *substantive due process of Law* da doutrina e jurisprudência norte-americana.

⁴ 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: 07 jun. 2013.

⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, v.1. 15 ed. Salvador: JusPODIVM. 2013. p. 45-46

⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas. 2013. p. 4

Nesse sentido,

Vale dizer que parte do pressuposto de que não basta a garantia da regular instauração formal do processo para assegurar direitos e liberdades fundamentais, pois vê como indispensável que as decisões a serem tomadas nesse processo primem pelo sentimento de justiça, de equilíbrio, de adequação, de necessidade e proporcionalidade em face do fim que se deseja proteger.⁷

Conclui-se, portanto, que em se tratando de aplicação do poder punitivo do Estado mediante sanção penal, deve-se sempre observar o brocardo latino do *nulla poena sine iudicio*, ou seja, todas as pretensões punitivas devem ser submetidas ao crivo do Poder Judiciário, e não só isso, devem também ser realizadas por meio de procedimento regular, respeitando sempre os princípios do contraditório e da ampla defesa, e ter como base provas obtidas de forma válida e em consonância com o Direito.

2.2 PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O princípio do duplo grau de jurisdição assegura a possibilidade de revisão das decisões do juízo *a quo* através de um sistema de recursos, no qual será garantida a reapreciação daquelas decisões pelos tribunais. Funda-se, portanto, em duas premissas: que seja possível ocorrer o reexame integral da sentença de primeiro grau e que este ocorra mediante apreciação de órgão diverso do que proferiu a sentença e de hierarquia superior no ordenamento judiciário.

O duplo grau estava previsto expressamente na Constituição de 1824⁸, que previa a existência das Relações, um tribunal que hoje se equipara ao Tribunal de Justiça. Apesar de prevista apenas a segunda instância, sem a existência do que hoje se consideram as instâncias superiores, a Constituição reconhecia a competência recursal do Tribunal das Relações.

Nelson Nery Jr. ressalta, todavia, que a garantia do duplo grau de jurisdição não era absoluta, afinal, a Constituição tão somente previa a existência do Tribunal, podendo o legislador infraconstitucional limitar o direito de recurso.⁹

⁷ CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional** 7 ed. Salvador: JusPODIVM 2013 p.707

⁸ **Art. 158** - Para julgar as Causas em segunda, e ultima instancia haverá nas Provincias do Imperio as Relações, que forem necessarias para commodidade dos Povos. (*Ipsis litteris*)

⁹ NERY JÚNIOR. Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 284-285.

A doutrina sublinha que, hoje, o duplo grau de jurisdição não está contemplado na atual Constituição Federal, tendo em vista não ser um enunciado normativo que incide indistintamente em todos os casos, existindo processos em que o princípio não se aplica, a exemplo daqueles de competência originária do STF.¹⁰

Gilmar Ferreira Mendes justifica essa inaplicabilidade baseando-se no princípio da segurança jurídica, ao afirmar que “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)”.¹¹

Isto, todavia, não importa na ausência de natureza constitucional do princípio, como salienta Dirley da Cunha Jr., ao anotar que a Suprema Corte considerou o duplo grau de jurisdição como um corolário do princípio do devido processo legal, mitigando, desta forma, a jurisprudência que não emprestava a natureza constitucional ao princípio. Tem-se na ementa do acórdão do STF no Habeas Corpus 88.420, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 17/04/07:¹²

III - A garantia do devido processo legal engloba o direito ao duplo grau de jurisdição, sobrepondo-se à exigência prevista no art. 594 do CPP. IV - O acesso à instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais. V - Ainda que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau de jurisdição, trata-se de garantia prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cuja ratificação pelo Brasil deu-se em 1992, data posterior à promulgação Código de Processo Penal. VI - A incorporação posterior ao ordenamento brasileiro de regra prevista em tratado internacional tem o condão de modificar a legislação ordinária que lhe é anterior.¹³

Não obstante, o princípio encontra-se positivado no Pacto de São José da Costa Rica¹⁴ (art 8º, 2, h), que dispõe acerca da garantia mínima de, durante o processo, recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Surge então a discussão acerca da redação do art. 5º, §3º da CF (instituída pela EC n.45/2004)¹⁵, que passou a determinar uma maior abertura da interpretação constitucional, no sentido em que os tratados e convenções internacionais incorporados pelo

¹⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8 ed. Salvador: JusPODIVM. 2013. p. 65

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 444.

¹² CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional** 7 ed. Salvador: JusPODIVM 2013 p.707

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. **Habeas Corpus n. 88420/PR**, Relator, Ricardo Lewandowski. Primeira Turma. Julgado em 17/04/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=463472>> Acesso em: 08 maio 2013.

¹⁴ **Pacto de São José da Costa Rica** Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm> Acesso em: 07 maio 2013.

¹⁵ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45**. Brasília, DF: Senado, 30 dez 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> Acesso em: 07 jun. 2013.

Brasil após o advento da Emenda teriam o condão de inserir, no texto constitucional, novos mecanismos, como o da garantia do duplo grau de jurisdição, uma vez que seriam equivalentes às emendas constitucionais.

Para Gilmar Mendes,

A discussão não é nova, e refere-se à possibilidade de utilização da chamada “cláusula de abertura” para permitir a constitucionalização de preceitos que estão dispersos em outros textos do direito internacional e que poderiam ser incorporados à ordem jurídica brasileira na qualidade de direitos fundamentais. Essa possibilidade, entretanto, deve-se submeter aos mesmos requisitos formais e objetivos requeridos para a aprovação de emendas constitucionais (art. 60 da CF/88).¹⁶

Entendimento sensato, tendo em vista que o procedimento de elaboração de emendas constitucionais difere do de elaboração de tratados internacionais, o que não necessariamente significa que seja mais ou menos complexo; mas nada mais justo que, se a Constituição visa equiparar tais institutos, suas modalidades de aprovação sejam as mesmas, e não diferenciadas, com uma série de requisitos para as emendas constitucionais e a mera recepção ao ordenamento pátrio para os tratados.

O autor afirma também que abertura interpretativa, ao proporcionar o duplo grau de jurisdição, não poderá se manter como regra geral, pelo simples fato de que causaria uma mitigação à soberania estatal, já que a prestação jurisdicional corresponde a um das dimensões desta soberania:

Seria uma excessiva mitigação ao princípio constitucional da soberania permitir-se, por um artifício dogmático de direito fundamental, que tratados e convenções internacionais, embora recepcionados, estabelecessem outros graus de jurisdição não previstos pelo constituinte originário ou pelo constituinte derivado. Tal possibilidade justifica-se apenas como exceção, não como regra.¹⁷

Sem embargo, o direito ao duplo grau de jurisdição, apesar de não necessariamente aplicável a todos os casos, existe no ordenamento. Ele está garantido nas hipóteses expressamente previstas na Constituição, como por exemplo, a outorga do recurso ordinário e da apelação (arts. 102, II; 104, II; e 108, II)¹⁸. Pois, como defendem Nestor Távora e Rosmar Alencar¹⁹, apesar de discordarem do reconhecimento da existência do princípio do duplo grau de jurisdição a nível constitucional, notam que este encontra respaldo na própria estrutura do

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 444.

¹⁷ *Idem, ibidem*. p. 446.

¹⁸ 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: 07 jun. 2013.

¹⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8 ed. Salvador: JusPODIVM. 2013. p. 65

Judiciário e na política legislativa fortemente influenciada pelos ideais iluministas, que permeiam a tradição e a cultura forense brasileira.

2.3 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS

Originalmente garantido apenas pelo Código de Processo Penal em seu artigo 233²⁰, tornou-se garantia constitucional em 1988 com a previsão do inciso LVI do artigo 5º da Carta Magna²¹. Atualmente, encontra-se melhor fundamentado na nova redação do art. 157 do CPP: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”²²

Sobre o tema, tem-se em Paulo Rangel²³ a classificação das provas vedadas pelo ordenamento jurídico em, além de ilícitas e ilegítimas (como normalmente classificado), também as provas irregulares.

Seriam ilícitas as provas obtidas mediante violação de preceito material (legal ou constitucional), seja porque a norma expressamente a proíbe, como, por exemplo, a obtenção de prova mediante tortura ou maus tratos (art. 5º, III da CF); ou porque a permite, mas exige certos requisitos para a sua realização, qual seja a autorização judicial, por exemplo, nos casos de interceptação telefônica (princípio do sigilo das comunicações telefônicas, art. 5º, XI da CF cominado com art. 1º da lei 9296/96)²⁴ e de violação do domicílio (art 5º, XI da CF) mediante ordem de busca e apreensão.

Já as provas ilegítimas seriam aquelas violadoras de preceitos processuais previstos no Código de Processo Penal, a exemplo do testemunho de um padre que não segue o disposto no arts. 207 c/c 210 c/c 226 c/c 243, §2º (CPP), ou um laudo pericial, que na ausência de um perito oficial não é subscrito nos moldes do art. 159, §1º (CPP).

²⁰ **Art. 233** (CPP): As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.

²¹ 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: 07 jun. 2013.

²² *Idem*. **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: 07 jun. 2013.

²³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas. 2013. p. 464-466

²⁴ BRASIL. **Lei nº 9296**, de 24 de jul. de 1996. Brasília, DF: Senado. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm> Acesso em: 07 jun. 2013.

Quanto às provas irregulares, são definidas como aquelas permitidas por lei, mas executadas de forma incorreta, ou seja, apresentam descumprimentos das formalidades legais exigidas. Por exemplo, o mandado torna a busca e apreensão domiciliar possível, todavia, se desobedece ao previsto no art. 243 do CPP, será constatada a irregularidade do meio de prova. De acordo as formalidades, veda-se, por exemplo, o mandado de busca e apreensão coletivo (várias casas em uma vila); a busca de um determinado objeto e a apreensão de outro (mesmo que também incriminador); ou ainda o mandado expedido para a casa de uma pessoa e a busca realizada na casa de seu vizinho.

Mas não só isso, porque, o princípio não se restringe à esfera do imediatismo. A inadmissibilidade se estende também às chamadas provas ilícitas por derivação (§1º de art. 157 do CPP), ou seja, aquelas que, embora adquiridas respeitando todas as formalidades legais, foram inicialmente descobertas por meios ilícitos.

Essa concepção decorre da doutrina americana do “*fruits of the poisonous tree*” (frutos da árvore envenenada), que defende que as provas derivadas de uma conduta ou prova ilícita, carregam em si tal ilicitude. O que é facilmente observado na análise dos exemplos de provas ilícitas por derivação, como a obtenção de informações de determinado crime mediante tortura ou a instalação de escuta telefônica para obtenção de dados que possibilitam a futura instauração de um inquérito policial. Dessa forma, existindo um prova ilícita, todas as provas que dela decorrerem estarão maculadas, mesmo que formalmente perfeitas.

A adoção da teoria pela Suprema Corte brasileira encontra justificativa em seu Informativo n. 36:

[...]admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas.²⁵

Vale ressaltar que o art. 157, em seu parágrafo 1º, apesar de declarar a nulidade da prova ilícita derivada, faz a ressalva de sua admissibilidade caso “não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”²⁶, definindo como fonte independente aquela que seria capaz de, por si só, conduzir ao fato que é objeto da prova.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 36**, de 21 jun. 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo36.htm>> Acesso em: 05 maio 2013.

²⁶ *Idem*. **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: 07 jun. 2013.

Essa limitação da fonte independente proporciona no ordenamento uma abertura para a mitigação do princípio da vedação à prova ilícita, o que possibilita a aplicação de teorias jurisprudenciais estadunidenses que excepcionam o rigor da teoria da árvore envenenada. São exemplos a teoria da descoberta inevitável (de certa forma abarcada pela “fonte independente”, mas que significa que outras possibilidades de descobrir aquela prova sempre existiram, e sua descoberta aconteceria de uma forma ou de outra); e a teoria da contaminação expurgada ou conexão atenuada (quando o vínculo entre a prova ilícita e a prova derivada é tão tênue, que é como se não existisse).

2.4 PRINCÍPIO DA GARANTIA CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO

A garantia contra a autoincriminação ou o *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a se divulgar), também denominado como “autodefesa”, baseia-se na ideia da limitação do poder de punir do Estado e alicerça-se na garantia constitucional ao silêncio, além do princípio da presunção do estado de inocência. Com base nesse princípio, cria-se uma certa desigualdade processual ao garantir que ninguém poderá ser compelido a produzir prova contra si mesmo.

Vale ressaltar que o princípio da vedação à autoincriminação não delimita os sujeitos do direito, utilizando-se do termo amplo “ninguém”, e não o “réu” ou a “parte”, por isso, a doutrina entende que o a garantia se estende a todos os sujeitos do processo, inclusive, por exemplo, as testemunhas:

Por tal motivo, por exemplo, entendemos que a testemunha (isso mesmo, a testemunha), em processo criminal, pode (e deve) se recusar a falar sobre aquilo que irá incriminá-la em processo criminal futuro, pois não obstante sua condição de testemunha no processo em que presta depoimento (art. 342 do CP), isso não lhe priva dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Magna e o direito de não produzir prova contra si mesmo (art. 8, item 2, alínea g da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica) é um deles. A controvérsia pode surgir quando se pensa que esse direito somente pode ser usado quando se está respondendo a um processo criminal na qualidade de réu e não quando se está na qualidade de testemunha, ou seja, despoja-se o indivíduo de um direito dependendo de em que lugar (ou cadeira) ele se encontra. Nada mais absurdo. A pessoa humana (como gostam de dizer) é portadora do direito de não se autoincriminar.²⁷ (grifo original).

A inexorabilidade da autoincriminação tem tido, nos últimos anos, uma grande repercussão social e midiática com o advento da chamada “Lei Seca” (lei 11.705/2008)²⁸, que alterou o

²⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas. 2013. p. 463

²⁸ BRASIL. **Lei nº 11705**, de 23 de set. de 1997. Brasília, DF: Senado. Disponível em:

<www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11705.htm> Acesso em: 07 jun. 2013.

Código de Trânsito Brasileiro e passou a prever como crime a condução de veículo automotor sob a influência de álcool ou substância psicoativa (art. 306 do CTB).

O problema gerado pela lei foi a necessidade de constatação da proporção específica de álcool no sangue, uma vez que a lei delimitava como valor máximo permitido aquele menor do que 6 decigramas por litro de sangue. E essa medição só era possível por meio de etilômetro através do chamado “sopro do bafômetro”, o que caracterizava uma autoincriminação.

Com base na autodefesa, a redação do CTB foi mais uma vez alterada e agora versa como indício de embriaguez a pessoa estar simplesmente “com capacidade psicomotora alterada”, que para ser constatada não necessariamente exige autoincriminação por etilômetro, podendo ser comprovada de outras maneiras, como a prova testemunhal.

2.5 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA

Princípio fundado em uma garantia constitucional, a presunção de inocência representa um corolário do Devido Processo Legal e tem suas origens no movimento Iluminista do século XVIII, mais precisamente a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que determina, em seu artigo 9º: “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”²⁹.

Tourinho Filho ressalva, entretanto, que o princípio não pode ser interpretado semanticamente de maneira literal, uma vez que isso resultaria na impossibilidade de instauração de qualquer tipo de inquérito ou processo. Afinal, sendo todos presumidamente inocentes, a rigor, inquéritos e processos estariam violando a garantia fundamental da inocência. E, por esta linha de raciocínio, a prisão antes do julgamento da sentença seria considerada uma imposição antecipada da pena, o que desvirtuaria o seu propósito exclusivamente cautelar.³⁰

O posicionamento defendido pelo referido autor encontra-se em harmonia com o que defende Marcellus Polastri Lima:

Na verdade, o chamado princípio da presunção de inocência, que decorre do princípio do devido processo legal, deve ser visto como um “princípio da não-

²⁹ FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Paris, 26 ago. 1789. Disponível em: <www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem> Acesso em: 12 nov. 2012.

³⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-73.

culpabilidade”, já que não tem efeitos extremos, como é comum considerar alguns intérpretes, pois não se presume a inocência, mas apenas prevê a Constituição, no art. 5º, LVII: “Que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”³¹

Também nesse sentido, Eugênio Pacceli denomina o efeito da aplicação do princípio não como uma presunção, mas como um “estado de inocência”, explanando que, nesta situação jurídica de inocência, impõe-se ao Poder Público duas regras específicas a serem observadas em relação ao acusado: uma de tratamento e outra de cunho probatório.³²

Quanto ao tratamento, o autor alude à afirmação doutrinária de que durante o *iter persecutório*, o réu não pode sofrer nenhuma restrição pessoal pelo simples fato da possível condenação. Essa afirmação encontra grande aplicabilidade no âmbito da prisão provisória, uma vez que exige que a privação da liberdade ostente natureza cautelar e seja imposta mediante ordem judicial devidamente motivada. Todavia, não necessariamente impede a prisão preventiva.

Também quanto às regras de tratamento decorrentes do princípio da presunção de inocência, Aury Lopes Jr. vai além da definição de Eugênio Pacceli e delimita além de um dever de tratamento interno, um outro externo. O dever de tratamento, dessa forma, não se restringiria ao juiz e ao acusador ao reprimir-se de abusar do uso de medidas cautelares, tratando o réu como efetivamente inocente; esse dever se estenderia à dimensão externa, devendo ser impostos limites à publicidade abusiva e a estigmatização do acusado como culpado.³³

Já a regra de fundo probatório baseada no princípio em tela, estabelece que cabe, exclusivamente, à acusação a demonstração de provas relativas à existência e à autoria do fato, enquanto à defesa restaria apenas demonstrar a incidência de possíveis fatos excludentes de culpabilidade e ilicitude. Todavia, destaca-se que em contextos absolutamente excepcionais, existirão exceções ao princípio.

2.6 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Tradicionalmente, o princípio do contraditório, baseado no brocardo latino *audiatur et altera pars*, ou “ouça-se também a outra parte”, era conceituado como uma garantia às partes de

³¹ LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. 6 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2012. p. 33-34.

³² OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo, Atlas, 2013. p. 48.

³³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional** volume I. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 530.

participarem no processo e, dessa forma, terem a possibilidade influenciar no convencimento do juiz.

Nos tempos atuais, o princípio destaca-se por sua grande importância, principalmente no âmbito da participação na produção de provas, o que permite a efetiva influência do réu na construção do convencimento do juiz. Todavia, até a década de 1970 o contraditório limitava-se à garantia de informação oportuna das provas e/ou alegações feitas nos autos e a possibilidade de reação a elas. Foi apenas com o advento da doutrina moderna, sobretudo, a do italiano Elio Fazzalari que se trouxe uma nova formulação na conceituação do princípio³⁴:

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto [...] de escolhas, de relações, de controles, e deva sofrer os controles e as relações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas do resultado.³⁵

Passa-se, então, a admitir como corolário do princípio do contraditório, o princípio da *par conditio* ou da paridade de armas para a busca da efetivação da igualdade processual; que tem como premissa, o dever de garantir à parte a oportunidade de se pronunciar de maneira que realmente possa contrariar os atos da parte contrária e não simplesmente se manifestar a seu respeito. Significa também a necessidade de sempre haver ciência quanto à prática de atos e ao colhimento de provas, para que por meio de idênticas forças ou idênticas armas possa refutá-las.³⁶

O contraditório pode, portanto, ser considerado como um método de comprovação da verdade por meio da confrontação de provas, não se fundando em um juízo meramente potestativo, mas em uma ideia de conflito organizado e procedimentado entre as partes do processo, sendo indispensável para a própria estrutura dialética processual.³⁷

Em uma visão macroscópica, o contraditório abrange a garantia de influir em qualquer processo que venha a intervir na esfera jurídica do indivíduo, independentemente de que pólo da relação processual ele figure. Sendo autor ou réu, o agente terá os seus direitos assegurados, seja para a produção de provas, seja para fazer alegações, ser notificado/cientificado, manifestar-se, dentre outros. Tudo isso visando a garantia de influência no conteúdo da decisão judicial.

³⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo, Atlas, 2013. p. 327.

³⁵ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. 8 ed. Campinas: Bookseller. 2006. p. 119-120.

³⁶ LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de Prcesso Penal**. 6 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2012. p. 42.

³⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional** volume I. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 188-189.

Já em uma análise em perspectiva penal do princípio do contraditório, é importante diferenciá-lo da aplicação no âmbito civil. Enquanto no direito privado o princípio se concretiza com a garantia à informação e à possibilidade de reação, no processo penal vai-se mais além. O Código de Processo Penal, em seu art. 261, impõe a obrigatoriedade da assistência técnica de um defensor, ratificando a necessidade no art. 497, V³⁸; ambos voltados para a acepção material do contraditório.

O princípio, todavia, apesar de essencial para a concretização de um processo justo, não necessariamente se faz presente desde o seu início. Esse fenômeno é o da mitigação do contraditório, hipótese em que há uma postergação do princípio, como, por exemplo, no caso de concessão de medida cautelar. Será inexigível também o contraditório (segundo o entendimento majoritário) em se tratando de inquérito policial, por se tratar de procedimento administrativo investigativo que tem como objetivo apenas o recolhimento de informações.³⁹ Não obstante, como dispõe a Súmula Vinculante n° 14⁴⁰, o defensor terá amplo acesso aos elementos de prova documentados pelo procedimento investigatório em nome do direito de defesa e da publicidade, sempre visando o atendimento do interesse do representado.

2.7 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Constitucionalmente previsto no mesmo dispositivo do princípio de contraditório, o direito de ampla defesa deve ser assegurado aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, com os meios e recursos a ele inerentes (Art. 5° LV, CF)⁴¹, sendo, também, dever do Estado a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, nos moldes do inciso LXXIV do art. 5° da CF.

O direito de defesa pode ser exercido de duas formas: por meio de um profissional habilitado no processo (defesa técnica), ou pelo próprio imputado (autodefesa). Esta reside no âmbito de conveniência do réu, sendo permitido a ele optar pela manutenção da inércia com a invocação do silêncio, por exemplo. Enquanto aquela, sempre obrigatória, é consagrada no ordenamento

³⁸ BRASIL. **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: 07 jun. 2013.

³⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8 ed. Salvador: JusPODIVM. 2013. p. 59.

⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula Vinculante n° 14**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>> Acesso em: 07 jun. 2013.

⁴¹ 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: 07 jun. 2013.

pelo já mencionado art. 261 do CPP, assim como nas Súmulas nº 523 do STF (que determina nulidade absoluta no caso de ausência de defesa e, também em sua deficiência, caso prejudique o réu)⁴² e na Súmula nº 708 do STF (será nulo o julgamento da apelação em que, havendo renúncia do único defensor, o réu não é intimado para constituir outro)⁴³.

Também em homenagem ao princípio da ampla defesa, o Código de Processo Penal prevê que deverá ser nomeado defensor que ofereça a resposta do réu à acusação, caso o acusado não o apresente no prazo legal, art. 396, §2º do CPP e art. 55, §3º da Lei de Drogas (Lei 11.343/06)⁴⁴.

Por fim, como assinalam Távora e Alencar, a ampla defesa não se confunde com a “plenitude de defesa”.⁴⁵ A plenitude é garantia específica do Tribunal do Júri e esta contemplada em art. próprio da CF (5º, XXXVIII, a), e diferentemente da ampla defesa que se baseia única e exclusivamente em argumentos jurídicos a serem invocados na tentativa de se defender das imputações formuladas pela outra parte, a plenitude de defesa autoriza a utilização argumentos não somente de natureza técnica, mas também sentimental, social e até mesmo de política criminal para convencer o júri.

2.8 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade, considerado por Robert Alexy como um mandado de otimização de todos os direitos fundamentais, é, sem dúvida, o princípio mais importante de todo o Direito, e em especial do Direito Penal. Isso se dá, pois tudo em Direito Penal parte da premissa da proporcionalidade da intervenção jurídico-penal, discutindo-se acerca da sua adequação, necessidade e proporcionalidade.⁴⁶

A proporcionalidade pode ser vista tanto como um princípio geral do Direito, na medida em que impõe a incessante busca pelo equilíbrio ente os interesses conflitantes; quanto um meio de equilíbrio entre os interesses público e privado, na busca pelo limite do poder estatal (já

⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula nº 523**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>> Acesso em: 07 jun. 2013.

⁴³ *Idem*. **Súmula nº 708**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>> Acesso em: 07 jun. 2013.

⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 11343**, de 23 de ago. de 2006. Brasília, DF: Senado. Disponível em:

<www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 07 jun. 2013.

⁴⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8 ed. Salvador: JusPODIVM. 2013.

⁴⁶ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**, parte geral, v. 1. 8 ed. Salvador: JusPODIVM. 2012. p. 79.

que este tem o condão de limitar os interesses individuais em nome da coletividade). Ou seja, de certa forma, o princípio pode ser considerado como limite da limitação aos direitos fundamentais.⁴⁷

Desta forma, a eficiência jurídico-penal do princípio da proporcionalidade residirá na argumentação com o texto constitucional e na força para impor uma limitação do Direito Penal abusivo, em relação a qualquer regulamentação penal, já existente ou não. Neste sentido, o princípio da proporcionalidade, em matéria penal, não tem força de criar a lei penal incriminadora por si só. Ele é norma de cunho valorativo, tendo o papel de gerar normas penais válidas e de amenizar o rigor da lei existente.

Paulo Queiroz lembra também que “além da proibição do excesso, o princípio da proporcionalidade compreende a proibição de insuficiência da intervenção jurídico-penal”. Ou seja, ele não busca evitar apenas a sanção penal desproporcionalmente excessiva, mas também a resposta penal muito aquém do seu efetivo merecimento, afinal, “a desproporção tanto pode dar-se para mais quanto para menos”.⁴⁸

Todavia, salienta-se que a ideia de proporcionalidade possui um alto grau de subjetivismo, havendo poucos parâmetros objetivos para a delimitação do princípio. Por isso, faz-se necessária a delimitação de elementos que possam ser considerados como estruturais da proporcionalidade. É assim que se dá decomposição do princípio em três sub-princípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu*.

É importante notar também que deve existir uma lógica por trás da aferição da proporcionalidade, tal qual a análise dos elementos na ordem em que aqui foram apresentados. Primeiro a adequação, em seguida, a necessidade e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito. Por esta razão, em determinadas situações será prescindível a análise de todos os três elementos em todas as circunstâncias, uma vez que apenas será analisada a necessidade se for constatada a adequação, e a proporcionalidade *stricto sensu* após a legitimação de ambos os elementos anteriores.⁴⁹

A seguir serão analisados os elementos ou sub-princípios da proporcionalidade.

⁴⁷ ARAÚJO, Fabio Roque. **O Princípio da Proporcionalidade Referido ao Legislador Penal**. Salvador: JusPODIVM. 2011. p. 143-148.

⁴⁸ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**, parte geral, v. 1. 8 ed. Salvador: JusPODIVM. 2012. p. 80.

⁴⁹ ARAÚJO, Fabio Roque. **O Princípio da Proporcionalidade Referido ao Legislador Penal**. Salvador: JusPODIVM. 2011. p. 143-148.

2.8.1 Adequação

A exigibilidade da adequação (ou idoneidade) da medida a ser adotada pelo ordenamento está fundamentada na finalidade do Direito Penal, qual seja a prevenção de comportamentos socialmente lesivos. Dessa forma, o Estado deve se valer de meios aptos para realizar os fins constitucionais, ou seja, é necessário que exista uma adequação entre o meio utilizado e o fim que se pretende obter, logo, se a medida é inútil, será inadequada e caberá a descriminalização ou despenalização desta.

A adequação examina, portanto, se as medidas são aptas para atingir o objetivo pretendido. Será inadequado o meio que sequer tenha o condão de fomentar a realização do objetivo pretendido. Entretanto, afirmar que a adequação se esgota na mera análise de aptidão do meio é insuficiente, pois remanesce um alto grau de subjetividade nessa apreciação. Por esse motivo Fábio Roque de Araújo apresenta como solução a análise de três aspectos para a escolha do meio mais adequado: o quantitativo (quão mais ou menos a medida promove o fim pretendido), o qualitativo (um dos meios-fim poderá ser melhor, pior ou igual ao que se compara) e, por fim, o probabilístico (qual o grau de certeza que o meio garante na busca pelo objetivo final).⁵⁰

2.8.2 Necessidade

Como já mencionado, a necessidade ou exigibilidade da medida coercitiva só será aferida entre as medidas apresentadas que já tenham sido consideradas adequadas.

Justamente por se tratar o Direito Penal da forma mais veemente de coerção à liberdade do cidadão, a intervenção penal na sua esfera jurídica deve estar adstrita apenas a situações de evidente necessidade⁵¹. O sub-princípio da necessidade invoca, portanto, a ideia da intervenção penal como *ultima ratio*, devendo ser utilizada apenas quando não sucedidas todas as outras formas de controle social.⁵²

⁵⁰ ARAÚJO, Fábio Roque. **O Princípio da Proporcionalidade Referido ao Legislador Penal**. Salvador: JusPODIVM. 2011.

⁵¹ **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - Art. 8.º** - A lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

⁵² QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**, parte geral, v. 1. 8 ed. Salvador: JusPODIVM. 2012. p. 80-81.

Em relação à ideia de necessidade, deve-se buscar, entre os meios disponíveis para a realização do fim pretendido, aquele que se mostrar menos gravoso, ou seja, o que menos limitar os direitos fundamentais.⁵³ Era de se esperar, uma vez que o princípio da proporcionalidade tem justamente esse objetivo de limitar o poder estatal em favor do interesse individual.

2.8.3 Proporcionalidade *stricto sensu*

Como define Mariângela Gomes, a proporcionalidade em sentido estrito é uma “valoração comparativa entre o objetivo desejado e meio para alcançá-lo”⁵⁴. Dessa forma, deverá ser realizada em última instância, depois de superados os requisitos da necessidade e da adequação (que a autora denomina “idoneidade”).

A valoração comparativa é um balanceamento entre os direitos fundamentais que colidem com outros direitos igualmente fundamentais. É o mandado da ponderação, atividade própria da proporcionalidade *stricto sensu*. Ela consiste basicamente na análise de quão intensa será a intervenção punitiva do Estado, já que quanto maior o intervento na esfera individual, mais relevante será o interesse geral, e vice-versa.

Assim, de acordo com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o castigo deve variar conforme a gravidade do crime cometido. Nesse sentido, o princípio terá dimensão tríplice: a) proporcionalidade abstrata ou legislativa, em relação à previsão das penas; b) proporcionalidade concreta ou judicial, em relação ao julgamento da ação penal; e c) proporcionalidade executória, no tangente à individualização da pena durante a execução penal. Dessa forma, a proporcionalidade se destina a três sujeitos: o legislador, o juiz e o órgão de execução penal.⁵⁵

Para Robert Alexy, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito será aplicada na prática quando uma norma de direito fundamental que tenha caráter de princípio colida com um princípio antagônico. Nesse caso, é necessário a realização de um sopesamento, de acordo com as regras de colisão para determinar qual o melhor princípio se aplicará. Essa

⁵³ ARAÚJO, Fabio Roque. **O Princípio da Proporcionalidade Referido ao Legislador Penal**. Salvador: JusPODIVM. 2011. p. 143-148

⁵⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 168-172.

⁵⁵ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**, parte geral, v. 1. 8 ed. Salvador: JusPODIVM. 2012. p. 82.

necessidade é decorrente da sua natureza de mandado de otimização mediante as possibilidades fáticas, diferentemente das máximas de adequação e necessidade, que são aplicáveis nas possibilidades jurídicas.⁵⁶

Um exemplo de colisão de princípios será tratado, posteriormente no capítulo sobre o estupro de vulnerável, no tocante à colisão entre a previsão constitucional do art. 227 (que impõe o dever a família, a sociedade e o Estado de colocar a criança o adolescente e o jovem a salvo de qualquer violência ou crueldade, prevendo em seu §4º a punição severa do abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente)⁵⁷ com os princípios constitucionais supracitados.

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores S.A. 2006. p. 116-120.

⁵⁷ 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: 07 jun. 2013.

3 DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

O Título relativo à Dignidade Sexual no Código Penal visa proteger a liberdade sexual dos indivíduos. Como define Cezar Roberto Bitencourt, a liberdade sexual se destaca do bem jurídico liberdade, podendo ser considerado um bem jurídico autônomo e receber proteção penal específica.⁵⁸

A liberdade sexual consiste na faculdade do sujeito escolher livremente não só seus parceiros sexuais, como também o modo como exercerá sua liberdade sexual. Entretanto, percebe-se que a liberdade genérica, além de ser, provavelmente, o bem jurídico mais conhecido do ordenamento, é também o mais utilizado como justificativa para ferir outros bens jurídicos pertencentes a terceiros.

É por isso que se reputa necessário um conjunto de regras que, apesar de reconhecerem a autonomia da vontade dos sujeitos, disciplinem essa liberdade sexual a fim de evitar um uso desmedido de tal direito.

3.1 A ANTIGA DENOMINAÇÃO “DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES”

No ordenamento jurídico brasileiro, o Direito Penal tem a União como fonte privativa nas criações normativas sobre matéria penal. Não obstante, os costumes (assim como a analogia e os princípios gerais de direito) são considerados fontes mediatas do Direito, sendo um conjunto de regras não escritas e seguidas, espontaneamente, de forma reiterada pela sociedade.

É sabido que os costumes não têm por si o só o poder de criar ou revogar leis, independentemente de quantas pessoas ou do quanto se pratique determinada conduta. Se assim fosse, o “jogo do bicho”, amplamente praticado, inclusive abertamente, em todo o país já teria há muito deixado de ser ilegal. Entretanto, os costumes têm, sim, um poder regulador, afinal, inserem no âmbito social o desejo de mudança, que acaba sendo refletido no poder legislativo e, de tempos em tempos, adéqua as leis às práticas costumeiras.

⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** v.4, parte especial. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38-39.

É importante salientar a alteração trazida pela Lei 12.015/09, já mesmo no Título VI do Código Penal, outrora denominado “Dos crimes contra os costumes”, hoje, “Dos crimes contra a dignidade sexual”. A impropriedade do título já era reconhecida desde a década de 40, quando fora elaborado o Código em questão e há muito tempo já se aguardava uma reforma substancial quanto aos “crimes contra os costumes”, todavia, nenhuma das reformas⁵⁹ ocorridas desde então alteraram a denominação, que continuou a mesma por quase setenta anos.

Rogério Greco⁶⁰ discorre sobre a importância da utilização da expressão correta nas denominações presentes no Código Penal, uma vez que a análise e a interpretação de cada figura penal são fortemente influenciadas pelo nome dado ao Título e até mesmo ao Capítulo no qual ela se encontra.

A interpretação se dá de forma sistêmica e, por que não, teleológica, sendo a finalidade que se busca alcançar muito importante na determinação do bem jurídico tutelado. Afinal, o intérprete não pode jamais fugir das orientações contidas no instrumento legal. É o que se percebe no crime de estupro, que busca proteger, num sentido mais amplo, a dignidade sexual da vítima e não mais a virgindade das mulheres, como no exemplo paradigmático do revogado crime de sedução⁶¹.

Reputava-se relevante, então, uma reforma que adequasse o Código às necessidades decorrente de décadas de atraso legislativo, mas não somente por meio de uma adequação aos “costumes” da nova época e, sim, à própria Constituição de 1988.

3.2 ESTUPRO

Derivado do latim *stuprum* (afronta, infâmia, desonra), o termo sempre fez referência à espécie de relação carnal criminosa. Antes da reforma da Lei 12.015/09, tinha como elementos fundamentais a conjunção carnal e a violência ou grave ameaça, sempre referida à mulher honesta.

⁵⁹ A título ilustrativo, sobre as reformas anteriores: 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.

⁶⁰ GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume III. 7 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 445-446.

⁶¹ (REVOGADO) **Art. 217** (Código Penal): Seduzir mulher virgem, menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze), e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança

Os delitos sexuais, historicamente, sempre foram reprimidos de maneira severa pelos povos antigos. Vale enfatizar que originalmente, o delito era centrado na proteção à donzela virgem, que esteve presente na legislação mosaica, no Código de Hamurabi e até mesmo no Direito Romano, apesar deste último apresentar um significado em sentido lato para o termo “estupro”, que englobava atos praticados tanto contra homens, quanto contra mulheres.⁶²

No Brasil, as Ordenações Filipinas previam o instituto do estupro voluntário, e obrigavam o autor do crime a casar-se com a vítima, ou constituir-lhe dote. Sendo estupro violento, a sanção era a pena de morte, mesmo na hipótese em que a vítima se casasse com o ofensor.⁶³

Sempre apresentando algum tipo de inovação legislativa, de acordo com a época em que se encontrava, o estupro foi previsto também no Código Criminal do Império de 1830 e no Código Penal de 1890, até que foi estabelecido nos atuais moldes do Código de 1940.

3.2.1 Conceito

Dentre outras alterações, a Lei 12.015/09 uniu as figuras do atentado violento ao pudor⁶⁴ e do estupro⁶⁵ em um só tipo penal: o estupro (art. 213). Com a fusão dos dois conceitos, o Código Penal passou a definir, em seu artigo 213, o crime de estupro como “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.⁶⁶

Antes da vigência da lei, o art. 213 limitava-se a incriminar a prática da conjunção carnal por pessoa do sexo masculino contra pessoa do sexo feminino, através da utilização do vocábulo “mulher”. A nova redação, por meio da utilização do termo “alguém” tem o condão de ampliar o sujeito passivo do tipo penal, ou seja, as pessoas que podem ser vítimas do crime. Como observado, somente a mulher podia ser considerada vítima de estupro, restando ao homem apenas a possibilidade de adequação típica ao crime de atentado violento ao pudor.

⁶² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, parte especial, v. 2. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 797

⁶³ *Idem. Ibidem.*

⁶⁴ (REVOGADO) **Art. 214** (Código Penal): Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

⁶⁵ (REDAÇÃO ALTERADA) **Art. 213** (Código Penal): Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

⁶⁶ BRASIL. **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: 07 jun. 2013.

É de se notar, entretanto, que não havia diferença significativa entre os tipos, ambos apresentando mesma pena cominada e sendo considerados crimes hediondos, mais um motivo que justifica a junção dos conceitos.

A única diferença substancial é observada nos termos “conjunção carnal” e “ato libidinoso”, que no primeiro caso tem sido definido como o coito vaginal e no segundo, como o ato carnal possível de produzir excitação e prazer sexual. Esse era o único empecilho para a caracterização do crime de estupro em vítimas masculinas.

Uma grande novidade proporcionada pela alteração legislativa é a possibilidade de caracterização de estupro nas relações homoafetivas, já que o tipo penal também se aplica nas relações entre cônjuges, companheiros e namorados, afinal, o ato sexual não se configura como um débito conjugal (art. 1566 do Código Civil)⁶⁷, sendo absurda a ideia de justificar qualquer tipo de ato violento contra um parceiro sexual como a cobrança de uma obrigação. Ainda assim, se a relação sexual forçada pudesse ser considerada exercício regular de direito, seria inconstitucional que apenas o marido pudesse exercê-la, uma vez que é preceito fundamental a igualdade de homens e mulheres nos seus direitos e obrigações (art. 5º, I da Constituição Federal)⁶⁸.

Além disso, a nova redação legal cessou a discussão em relação à adequação típica nas hipóteses de vítimas transexuais.

Sobre o tema tem-se em Karina Conegundes:

Com todo o respeito, pouca ou quase nenhuma utilidade prática se via nesta discussão: a uma pelo fato de que eram iguais as apenas de estupro e do atentado violento ao pudor, sendo os dois crimes hediondos; assim, sendo o transexual vítima de estupro ou a.v.p., as penas aplicadas seriam idêntica; a duas por não ser possível o transexual engravidar, pois só se cria uma neovagina e não um neoparelho reprodutor, de forma que não é possível cogitar-se a aplicação do art. 128 II (aborto sentimental) e, mesmo que possível fosse, cabível seria o uso da analogia em *bonam partem*.⁶⁹

A autora afirma que a vítima transexual poderia ser sujeito passivo tanto do crime de estupro quanto do crime de atentado violento ao pudor, o que tornava a discussão irrelevante. *Data venia*, se olvida da determinação expressa de que o crime de estupro é contra “mulher” e defendia-se não ser possível considerar a vítima transexual como uma mulher, por não haver

⁶⁷ BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 11 de jan. de 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 07 jun. 2013.

⁶⁸ *Idem*. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 07 jun. 2013.

⁶⁹ CONEGUNDES, Karina Romualdo. A Nova Sistemática dos Crimes Contra a Dignidade Sexual. **Revista de Direito**. Viçosa: UFV, v. 1, n. 3. 2010. p 111-141.

qualquer registro civil que a considerasse como tal, logo, ela não seria vítima de estupro. Todavia, também jamais seria vítima de atentado violento, já que o artigo dizia expressamente que este se configurava quando houvesse “ato libidinoso *diverso* da conjunção carnal”, e se a vítima já fosse operada para mudança de sexo seria justamente o que teria acontecido: o coito vaginal.

Dessa forma, a discussão era, sim, pertinente, tendo sido apenas recentemente resolvida com a fusão dos crimes em um só dispositivo.

Outra consequência da fusão dos dispositivos de estupro e atentado ao pudor foi a impossibilidade de reconhecimento do concurso material de crimes, definido no Código Penal como quando mediante mais de uma ação ou omissão, o agente pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não.⁷⁰ Ou seja, na hipótese em que o agente praticasse com a vítima, além do estupro, atos libidinosos que não se configurassem como preparatórios para a conjunção carnal (v.g. coito anal) eram aplicáveis cumulativamente as penas privativas de liberdade de ambos os delitos.

3.2.2 Bem jurídico protegido

Até o ano de 2009, extraía-se da redação do art. 213 do Código Penal, que o bem jurídico tutelado pelo ordenamento era a liberdade sexual da mulher. Desde então, passou-se a definir como objeto de tutela a dignidade sexual de maneira geral, sem restrição de gênero. Tendo por sujeitos ativo e passivo do crime pessoas de ambos os sexos.

O conceito de dignidade sexual está envolto no conceito de dignidade da pessoa humana, afinal o termo dignidade fornece a noção de decência, compostura, respeitabilidade, enfim, algo vinculado à honra, possuindo, portanto, pertinência a tutela penal da dignidade sexual.⁷¹

Com a associação da dignidade ao termo sexual busca-se proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha, sem que venha a sofrer qualquer forma de exploração, e, especialmente que esteja protegido, também das formas de violência.

⁷⁰ BRASIL. **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: 07 jun. 2013.

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

3.2.3 Dolo e culpa

O artigo 213 utiliza a expressão “violência ou grave ameaça”, que é o uso tanto da *vis corporalis* (força física), quanto da força moral, denominada *vis compulsiva*, que é a intimidação da vítima a ponto inviabilizar a possível resistência, ou seja, o temor torna-se tão grande que oprime a vontade de agir da vítima, deixando-a inerte e susceptível à vontade do coator.

Compreende-se por grave ameaça uma modalidade de constrangimento psíquico, de violência moral, visando, por meio da incitação do temor e do perigo, vencer a resistência da vítima e levá-la à prática do ato sexual mesmo contra a sua vontade. A ameaça deve ser grave (de dano iminente ou não) contra si ou contra um ente querido ou a promessa de dano deve ter eficácia suficiente para impedir que a vítima reaja em contrário.

Dessa forma, interpreta-se que é exigida a presença do dolo para que se caracterize a conduta criminosa, ou seja, é necessário que se tenha consciência do ato que se pratica (não necessariamente consciência da ilicitude) e vontade de praticá-lo.

É importante perceber que para se configurar o dolo é necessária a presença simultânea de consciência e vontade, caso contrário não será considerado crime, já que não há disposição legal expressa de modalidade culposa do crime de estupro.

Tendo-se o dolo como o elemento essencial para a configuração da conduta, não é admitida a modalidade culposa do delito.

3.2.4 Consumação e tentativa

Em se tratando de estupro de vulnerável, no que diz respeito à primeira parte do artigo 217-A⁷², a consumação se dará com a efetiva conjunção carnal, sendo irrelevante se a penetração foi total ou parcial ou se houve de fato ejaculação. Quanto à previsão relativa à prática de outro ato libidinoso, a consumação se dará no momento em que for praticado o ato.

⁷² BRASIL. **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: 07 jun. 2013.

Em ambas as hipóteses, é irrelevante o consentimento com o ato sexual.

Já em relação à possibilidade de tentativa, Ademário Castro Gomes salienta a dificuldade da configuração da tentativa de estupro após o advento da fusão dos antigos crimes de atentado violento ao pudor e de estupro no novo tipo do artigo 213 do Código Penal, afinal:

Quem pretende obter conjunção carnal incorre em *preludia coiti*, e esta, por si só, configura o crime de atentado ao pudor [...]

Portanto, para que se alegue tentativa nesse tipo penal, é necessário que não ocorra nenhuma das condutas descritas no tipo, tanto para conjunção carnal, quanto para a prática de outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal, por circunstâncias alheias à vontade do agente, o que é quase impossível.⁷³

Ressalva o autor, todavia, que a mera insinuação dirigida à vítima ou até mesmo uma proposta realizada, não necessariamente configura o início da execução de um crime contra a liberdade sexual. Mas, dependendo do caso concreto, é possível que a conduta realizada se caracterize como algum outro ilícito penal previsto na Lei de Contravenções Penais.

Também nesse sentido, Croce e Croce Jr. relembram que, anteriormente, o crime de estupro, por exigir que houvesse de fato a conjunção carnal, admitia a forma tentada quando, por exemplo, o agente combalido fisicamente pela idade não efetivava a introdução do pênis na vagina. Com a nova sistemática, os autores afirmam que ainda seria possível essa hipótese, desde que os atos praticados não tipifiquem atos libidinosos, pois estes já consumariam o delito.⁷⁴ Assim, a tipificação da tentativa se torna extremamente difícil.

Essa interpretação diferenciada quanto à consumação dos crimes sexuais pode parecer acertada, no sentido em que protege o vulnerável de todas as possíveis formas de assédio, entretanto, apenas salienta a possibilidade de uma grandiosa diferenciação no tratamento da vítima de estupro previsto no art. 213 e da vítima do estupro de vulnerável. Tome-se como exemplo o RT 535/287⁷⁵ que determina:

Para a tipificação do estupro exige a lei que a vítima, efetivamente, com vontade incisiva e adversa, oponha-se ao ato sexual. Seu dissenso ao mesmo há de ser enérgico, resistindo, com toda sua força, ao atentado à sua liberdade sexual. Não se satisfaz, pois, com uma oposição meramente simbólica, um não querer sem maior rebeldia.

⁷³ GOMES, Ademário Castro. **Da inexistência do crime de estupro e atentado violento ao pudor com a supressão da violência presumida pela lei nº. 12.015 de 2009**. Artigo Científico (Especialização em Direito Penal e Processo Penal). Escola de Magistrados da Bahia. Salvador: 2010. p.19

⁷⁴ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2012

⁷⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. **Apelação Crime – 0159595-7** 3ª Câmara Criminal. Relator: Renato Naves Barcelos, julgamento: 24/05/2001. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4402066/apelacao-crime-acr-1595957-pr-apelacao-crime-0159595-7-tjpr>> Acesso em: 06 jun. 2013.

Exige-se, portanto, uma resistência ao ato sexual, sendo inclusive discutida se, sendo fisicamente possível um efetivo bloqueio das investidas do agressor pela própria vítima, seria recebida sem reservas a declaração de uma vítima (sendo o agressor apenas um e tendo este aplicado apenas a força física). Neste sentido têm-se o Relator do TJMG, Ministro Fiuza Campos:

É objeto de dúvida se uma mulher, adulta e normal, pode ser fisicamente coagida por um só homem à conjunção carnal. Argumenta-se que bastam alguns movimentos da bacia para impedir a intromissão da verga. Realmente, se não há em excepcional desproporção de forças em favor do homem, ou se a mulher não vem a perder os sentidos, ou prostrar-se de fadiga, ou a ser inibida pelo receio de maior violência, poderá sempre esquivar-se ao coito pelo recurso do movimento dos flancos. De um modo geral, pode afirmar-se que um só homem, sem outro recurso que as próprias forças, não conseguirá, ao mesmo tempo, tolher os movimentos defensivos da vítima – sendo esta mulher adulta, normal e sã – e possuí-la sexualmente.⁷⁶

Instala-se, portanto, um paradoxo no pensamento tradicionalista defendido pela doutrina mais ortodoxa. De um lado a vítima vulnerável sempre será sujeito passivo do crime de estupro, independente da constatação de violência, mesmo quando consentir com o ato, sendo, inclusive, considerado estupro mesmo quando não ocorra de fato a conjunção carnal. Mas de outro lado, o crime de estupro contra uma vítima adulta e sã, só poderá ser de fato consumido caso haja demonstração de esforço quase hercúleo por parte da vítima, que tem praticamente a obrigação de se defender da ofensa sexual.

Essa diferenciação proporcionada pela lei é uma clara ofensa ao princípio da proporcionalidade. Ademais, é também uma desobediência à própria natureza preventiva do Direito Penal, afinal, em vez de procurar meios que inibam a pessoa a cometer o crime, acaba por facilitar a sua execução, uma vez que só será consumido se a vítima se opor veemente e fisicamente ao ato, possibilitando assim um benefício pela própria torpeza do agente.

É risória a ideia de se considerar que uma vítima que claramente não anuiu com a relação, simplesmente por não ter usado toda sua força em potencial, haverá consentido com o ato sexual, enquanto, por diversas vezes um vulnerável expressamente manifesta sua vontade, mas não tem o poder legal de consentir com o ato.

O tema não é pacífico.

Apesar de se considerar que o delito se consuma com a efetiva conjunção carnal, a nova redação e a unificação dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor gerou uma

⁷⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *apud* CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

divergência jurisprudencial em relação à prática conjunta da conjunção carnal e de ato libidinoso.

Seguindo a concepção de se tratar de crime continuado tem-se o Informativo N° 542⁷⁷:

Título: Estupro e Atentado Violento ao Pudor: Crime Continuado

A Turma decidiu afetar ao Plenário julgamento de habeas corpus em que se discute a admissibilidade, ou não, do reconhecimento de crime continuado entre os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor (CP, artigos 213 e 214, respectivamente). Na espécie, o paciente fora denunciado pela suposta prática dos delitos previstos nos artigos 213 (uma vez), 214 (duas vezes), 213 e 214 (duas vezes), esses últimos c/c o art. 71, todos do CP, e condenado a cumprimento de pena em regime inicialmente fechado, pelo juízo de 1º grau. Contra essa decisão, tanto a defesa como o Ministério Público apelaram e o tribunal local decidira dar parcial provimento a ambos os recursos: a) ao da defesa para, reconhecida a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, reduzir a pena aplicada; b) ao da acusação para afastar a desclassificação do estupro tentado para constrangimento ilegal e fixar o regime fechado para o cumprimento integral da pena. Ocorre que, interposto recurso especial pela acusação, pleiteando o restabelecimento da sentença no que dizia respeito ao concurso material entre os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, esse fora provido, o que ensejara a presente impetração. Requer-se, na espécie, seja restaurado o acórdão proferido pelo tribunal de justiça. HC 86238/SP, rel. Ministro Cezar Peluso, 14.4.2009. (HC-86238)

Discute-se aqui se, por se tratar de um único tipo penal, a prática de diversos atos seria considerada crime continuado. Observa-se que o HC foi impetrado contra a decisão que, acolhendo o pedido da acusação, desclassificou a conduta de estupro tentado para o tipo penal de constrangimento legal, ou seja, como se se configurasse *praeludia coiti*, onde os atos pré-conjunção carnal apresentam menor potencial ofensivo.

Em sentido contrário tem-se a decisão de que os atos libidinosos praticados em conjunto com a conjunção carnal não configuram delitos leves a ponto de caracterizar uma tentativa, por exemplo.

HABEAS CORPUS N° 78.667 - SP (2007/0053406-5) RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ IMPETRANTE : GILBERTO SOARES MALTA IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO PACIENTE : GILBERTO SOARES MALTA (PRESO)

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO PELOS CRIMES EM CONCURSO MATERIAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009. REUNIÃO DE AMBAS FIGURAS DELITIVAS EM UM ÚNICO CRIME. TIPO MISTO CUMULATIVO. CUMULAÇÃO DAS PENAS. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.º, § 2.º DA LEI N.º 8.072/90. 1. Antes da edição da Lei n.º 12.015/2009 havia dois delitos autônomos, com penalidades igualmente independentes: o estupro e o atentado violento ao pudor. Com a vigência da referida lei, o art. 213 do Código Penal passa

⁷⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo n. 542**, 13 a 17 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo542.htm>> Acesso em 07 jun. 2013.

a ser um tipo misto cumulativo, uma vez que as condutas previstas no tipo têm, cada uma, "autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural " (DE ASÚA, Jimenez, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Losada, 1963, p. 916). 2. Tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do tipo de injusto, não há a possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois de o Legislador tê-las inserido num só artigo de lei. 3. Se, durante o tempo em que a vítima esteve sob o poder do agente, ocorreu mais de uma conjunção carnal caracteriza-se o crime continuado entre as condutas, porquanto estar-se-á diante de uma repetição quantitativa do mesmo injusto. Todavia, se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como o coito anal, por exemplo, cada um desses caracteriza crime diferente e a pena será cumulativamente aplicada à reprimenda relativa à conjunção carnal. Ou seja, a nova redação do art. 213 do Código Penal absorve o ato libidinoso em progressão ao estupro – classificável como praeludia coiti – e não o ato libidinoso autônomo, como o coito anal e o sexo oral. 4. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, e após a publicação da Lei n.º 11.464/07, afastou-se do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional. 5. Ordem parcialmente concedida, apenas para afastar o regime integralmente fechado de cumprimento de pena.⁷⁸

Observa-se aqui a decisão acertada de que cada uma das condutas realizadas contra a vítima configuram um ato distinto, não podendo ser a conjunção carnal uma continuação do sexo anal, por exemplo, ainda que estejam ambos previstos no mesmo tipo penal do estupro. O único ato libidinoso absorvido pelo tipo penal do estupro são aqueles de fato considerados como preparatórios para a conjunção carnal. Dessa forma um ato libidinoso autônomo, como o coito anal ou o sexo oral, não serão considerados envoltos pela *praeludia coiti*.

3.2.5 Ação penal e a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal

Antes da mudança legislativa da lei 12.015/2009, a determinação da ação penal para os crimes sexuais se dava pelo antigo artigo 225 do Código Penal e a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal.

Em regra, a ação penal era privada, se dando mediante queixa. Não obstante, estavam previstas três exceções nas quais a ação penal seria pública: 1- 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” (§1º, inciso I do art. 225 do CP); 2- incondicionada “se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de

⁷⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus Nº 78.667** - SP (2007/0053406-5) Relatora: Ministra Laurita Vaz Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/hc_78667.pdf> Acesso em: 07 jun. 2013.

padrasto, tutor ou curador.” (§1º, inciso II do art. 225 do CP);⁷⁹ 3- incondicionada “no crime de estupro, praticado mediante violência real” (Súmula 608 do STF)⁸⁰.

O objetivo da lei ao implantar um sistema de ação privada para os crimes sexuais era preservar a honra da vítima, que optando por não sofrer constrangimentos tanto na fase inquisitorial quanto na processual do processo, poderia simplesmente não prestar queixa. Afinal, muitas vezes, iniciar processo judicial significa ter que relembra os fatos e depor o mais detalhadamente possível os terrores vividos à época do crime, além de sofrer também ao permitir à defesa do acusado que tenha acesso à sua vida íntima. Entretanto, essa justificativa não se mostra muito relevante, uma vez que, sendo o processo iniciado por ação pública condicionada à representação, a vítima teria a mesma prerrogativa de optar pela representação, e mais, não ter que arcar as despesas processuais e nem precisar declarar a pobreza.

A questão da proteção à intimidade da vítima foi de fato resolvida pela lei 12.015/09 com a introdução do art. 234-B e a instituição de que os processos que apuram os crimes contra a dignidade sexual correrão em segredo de justiça.⁸¹ Apesar de que mesmo com os preceitos de proteção à intimidade, à honra e à liberdade sexual, o assédio e a excessiva escandalização midiática destes tipos de crime ainda estão constantemente presente durante as investigações, o que viola também o princípio da presunção do estado de inocência. É por esse motivo que se reputa necessária a determinação de que não só os “processos” correrão em segredo de justiça, mas também os façam os inquéritos policiais.

Atualmente, com a nova redação do Código Penal em relação à ação penal dos crimes sexuais, tem-se:

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.
Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.⁸²

Esse artigo causou, na doutrina, uma divergência acerca da eficácia da Súmula 608 do STF.

⁷⁹ BRASIL. **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: 07 jun. 2013.

⁸⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula nº 608**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>> Acesso em: 07 jun. 2013.

⁸¹ BRASIL. **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: 07 jun. 2013.

⁸² BRASIL. **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: 07 jun. 2013.

Parte dos autores sustenta que estaria eliminada a Súmula, pois em caso de estupro de pessoa não vulnerável a ação sempre será pública condicionada, com ou sem violência, não havendo mais razão técnica para a subsistência do preceito sumular. Enquanto em viés oposto, defende-se que a Súmula continua, sim, sendo válida e só perderá sua eficácia quando o Supremo Tribunal assim decidir, mediante cancelamento definitivo do entendimento sumular.

3.3 O ANTIGO ARTIGO 224 E A PREVISÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

As presunções legais na ciência do Direito se dão de duas formas: as absolutas (*praesumptiones iuris et de iuri*) e as relativas (*paesumptiones iuris tantum*).

As presunções absolutas não se destinam a formar a convicção do julgador, não sendo, portanto, meio de prova. Atuam *ope legis*, restando ao aplicador da lei apenas acolher a dedução feita pelo legislador, inafastavelmente. Já as presunções legais relativas são aceitas como verdade pelo julgador, até que seja provado o contrário, admitindo a lei, nesse caso, a inversão do ônus de prova, uma vez que, apesar de que a quem alega o fato cabe prová-lo, no caso de presunção relativa, caberá à outra parte provar que o fato não é verdadeiro.

A elaboração da lei 12.015/09 se deu em um contexto⁸³ de extrema divergência entre doutrina e jurisprudência a respeito da natureza da presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal.

De um lado, os Tribunais, principalmente os Superiores entendiam, numa interpretação histórica, que os jovens da sociedade atual já prescindiam da mesma proteção proposta com base nos jovens de 1940 (época da edição do Código), os quais se reputavam precoces para o discernimento e conhecimento dos fatos sexuais. Como na sociedade atual já havia jovens mais “maduros” defendia-se, portanto, a relatividade da presunção, que deveria ser observada no caso concreto, podendo, quando necessário, ser afastada.

Para que fosse verificada de fato a presunção relativa seria necessária a realização de uma análise subjetiva da vítima para assim verificar suas condições físicas e psicológicas. Caso, de acordo com o seu comportamento social e familiar, fosse possível que se confundisse com uma pessoa de idade superior não seria presumida a violência, sendo imprescindível a prova desta para a caracterização do crime de estupro de vulnerável.

⁸³ A título ilustrativo, quanto à evolução e o posicionamento doutrinário à época: CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência Sexual Presumida**. Curitiba: Juruá. 2004. p. 23-46.

Já outra parte da doutrina defendia veementemente a natureza absoluta da presunção, fundada na política criminal adotada pela legislação objetivando a proteção contra a exploração sexual infantil. Para os defensores dessa doutrina, a lei penal criou critérios objetivos e absolutos para a proteção das crianças. Esse é o entendimento de Rogério Greco que afirma que não existe dado mais objetivo que a idade, afinal uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 anos ainda tem sua personalidade em formação e seus conceitos e opiniões ainda não estavam consolidados, por mais que tivessem uma vida sexualmente desregrada.⁸⁴

Guilherme de Souza Nucci, entretanto, problematiza a presunção absoluta, ao explicar que em Direito Penal o réu será sempre considerado inocente até que seja proferida sentença condenatória em contrário, dessa forma, é difícil aceitar qualquer tipo de presunção que seja contrária ao interesse do réu, já que o Código supõe que a todos os vulneráveis falta a capacidade para compreender a gravidade da situação. O que em verdade, além de proteger o vulnerável eleva o ato sexual à categoria de ato pernicioso.⁸⁵

Em comentário ao Código Penal anterior à edição da Lei 12.015, Cezar Roberto Bittencourt afirmava ser relativa a presunção de violência, havendo, inclusive, e possibilidade de exclusão da sua aplicação no caso de erro justificado sobre a idade do menor, e, também, a configuração de dolo eventual no caso de dúvida. Ambas as possibilidades seriam, assim, suficientes para substituir a presunção de violência.⁸⁶

Também nesse sentido, Bianca Geisa Santos Silva, seguindo a jurisprudência da época acolhe a presunção absoluta de violência no caso de dúvida quanto à idade da vítima, ou caso esta se mostre alheia à conduta. Afirma a autora, que nesta hipótese, estará evidenciada a violência ficta, afinal, a conduta praticada será amparada pelo dolo eventual, ou seja, quando o indivíduo assume os riscos da atividade sexual, agindo por conta própria, sabendo que poderá responder pelos seus atos caso a sua parceira seja menor de 14 anos.⁸⁷

Todavia, a autora ressalta a inconstitucionalidade da presunção, já que a responsabilidade penal é sempre subjetiva, e no caso de punição de qualquer pessoa que realizasse conjunção carnal com vítima menor de 14 anos, independente da presença de violência, seria hipótese de aplicação da responsabilidade penal objetiva, que é veementemente repelida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

⁸⁴ GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal: parte especial**, volume III. 7 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 511

⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10 ed. São Paulo: RT, 2010.

⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 5 ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁸⁷ SILVA, Bianca Geisa Santos. Violência Presumida Quanto à Idade no Crime de Estupro. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. Porto Alegre: Síntese, v. 2, 2002. p 139-144.

Hoje, com o advento da criação do estupro de vulnerável, não há mais, no Código, qualquer tipo de menção à presunção de violência, uma vez que o art. 217-A utiliza apenas o verbo “ter” relação sexual, não falando em violência ou grave ameaça, como determina o art. 213 no crime de estupro.⁸⁸

Dessa forma, é possível interpretar-se no sentido de que o Código Penal optou pela presunção absoluta de violência já que a configuração desta é irrelevante para a adequação típica da figura penal. Todavia, há uma incongruência lógica. A própria exposições de motivos do Código Penal, ao explicar a redução da idade de 16 para 14 anos na presunção de violência do vetado artigo 224, diz:

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, ou seja, a 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 lascívia de outrem.⁸⁹

Ou seja, a exposição de motivos baseia a diminuição da idade na realidade social de que crianças de 14 anos já não apresentam a *innocentia consilii*.

Logo, apesar da nova redação do referido Código não falar em “presunção”, não possibilitando, portanto, a interpretação de que esta seria relativa; a ideia motivadora da redução do limite de idade não deixa de ser verdadeira, uma vez que na sociedade atual, é pouco provável que uma criança exposta às diversas formas midiáticas e às aulas de educação sexual, cada vez mais difundidas nas escolas, seja ignorante aos assim denominados “fatos sexuais”.

3.4 DIREITO COMPARADO

A tipificação unificada do estupro e do atentado violento ao pudor atende também à linguagem penal de outros países como Portugal, França, Espanha, Chile, Colômbia e Argentina.⁹⁰ Observa-se, portanto, que a unificação dos tipos penais em matéria sexual é

⁸⁸ BRASIL. **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: 07 jun. 2013.

⁸⁹ *Idem*. **Decreto-lei nº 2848** de 07 de dez. de 1940. Exposição de motivos da parte especial do código penal. Vade Mecum acadêmico-forense. 2ed. São Paulo: Edições Vértice, 2006.

⁹⁰ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. Manual de Medicina Legal. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2012

tendência no âmbito internacional. Todavia, diferentemente da fusão proporcionada pela lei 12.015/09 (com a manutenção de termos amplos), no direito estrangeiro exige-se critérios mais específicos. Assim, na legislação alienígena há previsão para os casos mais graves e menos graves dentro do tipo penal estupro e que estabelecem quantitativos penais diferenciados.

Confrontando a legislação penal pátria com a legislação alienígena, percebe-se que as reformas alienígenas têm a proporcionalidade como um critério limitador do quantum penal, e mais, ainda formam tipos penais distintos. As condutas de menor gravidade são todos os atos libidinosos que não tenham relação com algum tipo de penetração, vaginal, anal ou oral, realizada por qualquer meio ou objeto. Ou seja, quando não tratar-se de penetração sob qualquer via física.⁹¹

O Código Penal Alemão traz as diferenciações e proporcionalidade do quantum penal dos casos mais graves e menos graves no próprio texto legal, que resultam em penas com quantum penal diferenciado. O tipo penal está no art. 176 e o art. 177 do código penal alemão e seus respectivos incisos.

§177. Acesso carnal violento; violação associado a penetração do corpo. Pena não inferior a 1 ano.

(2) Em casos especialmente graves, a pena privativa de liberdade não será inferior a dois anos.

(5) Em casos menos grave do parágrafo 1, se aplicará uma pena privativa de liberdade de seis meses até cinco anos.⁹²

Assim, as condutas de maior gravidade têm como parâmetro a existência de penetração corporal da vítima, tendo culminação ainda maior em casos mais graves. E as condutas de menor gravidade (sem penetração corporal) têm os limites penais mínimos mais baixos, podendo ser exemplificadas pelos beijos lascivos ou toques sexuais.

Em seu art. 176, Código Penal alemão dispõe sobre ato sexual contra vítima abaixo de 14 anos:

⁹¹ GAMBONI, Carla da Costa. **Da (des) proporcionalidade da pena ênfase no crime de estupro de Vulnerável – um olhar sobre a tutela (violação?) do Estado aos princípios constitucionais.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). PUCRS: Porto Alegre. 2012. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/carla_gamboni.pdf> Acesso em: 24 maio 2013.

⁹² ALEMANHA. Código Penal Alemão. *apud* GAMBONI, Carla da Costa. **Da (des) proporcionalidade da pena ênfase no crime de estupro de Vulnerável – um olhar sobre a tutela (violação?) do Estado aos princípios constitucionais.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). PUCRS: Porto Alegre. 2012. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/carla_gamboni.pdf> Acesso em: 24 maio 2013

§ 176 (1) - Quem realizar atos sexuais em uma pessoa abaixo de quatorze anos (criança) ou em si permitir que a criança os realize, será punido com pena privativa de liberdade não inferior a seis meses a até dez anos.⁹³

Observa-se, aqui, que a forma de legislar é mais criteriosa, em comparativo com a legislação brasileira. O código alemão amplia significativamente a margem de dosimetria da pena ao juiz (6 meses a 10 anos), e assim, é possível abarca inúmeras situações fáticas que poderão ocorrer, conforme o caso concreto. Além disso, inicia a pena em um *quantum* bem pequeno, permitindo ao julgador uma maior amplitude de dosimetria, o que permite uma melhor diferenciação entre os diversos graus de abusividade.

Esta previsão não faz legislador brasileiro. A legislação pátria parte de um quantum penal de 6 a 10 anos de reclusão em regime fechado para o crime de estupro, podendo ser elevado, uma vez feitos os devidos acréscimos legais (art. 61 do CPB). E o mínimo penal sobe para 8 anos e o máximo para 15 anos, se a vítima for vulnerável.⁹⁴

Assim, além de ter como base uma pena rígida, mesmo frente à variedade de condutas de menor gravidade, o ordenamento brasileiro culmina igual pena para todas elas, uma vez que não há diferenciação de tipos.

Na doutrina italiana, o beijo foi o primeiro elemento de contradição no intuito de saber se este integra ou não o ato sexual. A jurisprudência italiana entende que zona erógena é toda a área do corpo que desperte o estímulo e afronte a liberdade sexual, logo, o beijo na boca estaria incluído no crime sexual de estupro. A segunda discussão gira em torno de se os “apalpamentos” sexuais elencavam o rol de ato sexual e qual a sua conotação de violência. O entendimento é que integra o ato sexual, e não é importante para a consumação do crime sexual que seja de breve duração ou tenha havido a satisfação da libido.⁹⁵

No Código Penal Espanhol⁹⁶ também há diferenciação das condutas de menor gravidade. E, quanto ao instituto comparável aos vulneráveis, a reforma espanhola de 2010, além de fazer modificações nos apenamentos e nas condutas típicas, criou, também, o capítulo *De Los*

⁹³ *Idem, ibidem.*

⁹⁴ BRASIL. **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: 07 jun. 2013.

⁹⁵ GAMBONI, Carla da Costa. **Da (des) proporcionalidade da pena ênfase no crime de estupro de Vulnerável – um olhar sobre a tutela (violação?) do Estado aos princípios constitucionais**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). PUCRS: Porto Alegre. 2012. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/carla_gamboni.pdf> Acesso em: 24 maio 2013.

⁹⁶ ESPANHA. **Código Penal da Espanha**. Madrid, 2011. Disponível em: <<http://despachoabogados.fullblog.com.ar/indice-codigo-penal-espanol-2011-actualizado.html>> Acesso em: 24 maio 2013

Abusos Y Agresiones Sexuales a Menores de Trece Años. O bem jurídico protegido neste capítulo é a “*indemnidad*”⁹⁷ *sexual*” do menor de treze anos, pois como a ordenamento espanhol também não reconhece a capacidade de consentir à prática sexual, não há que se falar em bem jurídico de “liberdade sexual”, já que ao menor de 13 anos não se garante a liberdade de autodeterminação.

A classificação dos graus de violência sexual no direito penal espanhol se dá da seguinte forma:

a) Agressão Sexual (Art. 178): pena de prisão de 1 a 5 anos para aquele for responsabilizado pelo crime de atentar conta a liberdade sexual de outra pessoa utilizando violência ou intimidação. Aqui, apesar da presença do uso de violência, não há menção ao chamado “*acesso carnal*”, portanto, estão enquadradas as condutas de menor gravidade – beijo e toque lascivo.

b) Violação Sexual (Art. 179): pena de prisão de 6 a 12 anos para o réu que for castigado quando a agressão sexual consista em “*acesso carnal*” por via vaginal, anal ou bucal, ou introdução de membros corporais ou objetos por alguma dessas vias.

c) Abuso Sexual (Art.181, 182): pena de 1 a 3 anos de prisão ou multa de 18 a 24 meses para o que, sem violência ou intimidação e sem o devido consentimento, realizar atos que atentem contra a liberdade ou “*indemnidade*” sexual de outra pessoa. No item (2), o art. 181 prevê as hipóteses de abusos sexuais não consentidos (que, no ordenamento brasileiro, são causas de vulnerabilidade) como os que se executem sobre pessoas que estão privadas de sentido ou de cujo transtorno mental se abuse, assim como os que se cometem anulando a vontade da vítima mediante o uso de fármacos, drogas ou qualquer outra substância química idônea a tal efeito.

Já o art. 182, prevê a pena de 1 a 2 anos ou multa de 12 a 24 meses para a prática de atos sexuais, que, por engano, seja realizada com vítima maior de 13 anos e o menor de 16, (note-se, consideravelmente diminuída). Todavia, prevê que, havendo acesso canal ou introdução de objetos por via vaginal, anal ou bucal, mesmo que por engano em relação à idade da vítima, a pena será 2 a 6 anos.

d) Abuso e Agressão Sexual a menor de 13 anos (Art. 183): inovação trazida pela Lei Ordinária 5/2010 e tipo autônomo, a previsão do ilícito penal de abuso e agressão contra menor de 13 anos fundamenta-se na inexistência da capacidade de oposição da vítima à agressão. Englobam-se nesse tipo penal as condutas que não tenham contato corporal ou que

⁹⁷ **Indemnidad:** f. Estado o situación del que está libre o exento de padecer daño o perjuicio.

tenham alguma intervenção em zonas erógenas (pena de 2 a 6 anos). E as que ocorrem na presença da violência ou intimidação, mas sem o “*acesso carnal*” (pena de 5 a 10 anos).

e) Na concorrência de Circunstâncias agravantes (Art. 183, item 4): há aumento penal, também de acordo com a ofensividade. As condutas previstas nos três itens do art. 183, serão castigadas com a pena correspondentes ao aumento de sua metade quando presentes umas das circunstâncias, a exemplo de vítima menor de quatro anos; ação conjunta de pessoas; caráter vexatório, etc.

No código penal argentino⁹⁸, as condutas de menor gravidade estão elencadas no art. 119, que mescla as opções legislativas do Código Penal Alemão e do Código Penal Espanhol:

A pena contra a vítima menor de 13 anos se dá da seguinte forma:

a) Reclusão de 6 meses a 4 anos ao que abusar sexualmente de pessoa menor de 13 anos (independentemente do sexo) ou quando mediante violência, ameaça, coação ou intimidação de uma relação de poder ou autoridade ou aproveitando-se do fato de a vítima, por qualquer motivo, não haja podido consentir livremente (art. 119, *caput*). Observa-se, então, que não há menção à qualquer tipo de penetração carnal, podendo acolher os beijos lascivos e toques sexuais.

b) Reclusão ou prisão de 4 a 10 anos quando abuso, por sua duração ou circunstâncias de realização houverem configurado um sentimento de grave ofensa e ultraje para a vítima. (art. 119, 1º parágrafo). Note-se que novamente não há menção há conjunção carnal ou penetração de qualquer uma das vias, cabendo a adequação de atos libidinosos menos graves, entretanto, não tão simples quanto os previstos no *caput* do mesmo artigo. Havendo *acesso carnal*, o delito se enquadrará no art. 119, parágrafo 2º, que tem pena de 4 a 10 anos.

c) Na concorrência de circunstâncias agravantes: (Art. 119, 3º parágrafo) a pena será de 8 a 20 anos. São agravantes: grave dano físico ou mental, parentesco (ascendente ou descendente), ser portador de doença sexual grave com perigo de contágio, concurso de pessoas ou emprego de armas, dentre outros.

Já a pena contra a vítima menor de 16 anos e maior de 13 está prevista no art. 120, *caput*:

a) 3 a 6 anos de reclusão ao que realizar alguma das ações previstas no 2º e 3º parágrafos do art. 119, aproveitando a imaturidade sexual do menor 16 anos e maior de 13 ou sua relação de

⁹⁸ ARGENTINA. **Código penal de la nacion a Argentina**. Buenos Aires: 1984. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>> Acesso em: 24 maio 2013.

preeminência em relação à vítima, assim como qualquer outra circunstância equivalente, sempre que não resulte em um delito mais severamente apenado.

b) A pena na concorrência de circunstâncias agravantes será de 6 a 10 anos, nos moldes do art. 120, parágrafo 1º, nas mesmas hipóteses agravantes previstas nos incisos do artigo 119.

Após essa exposição, é possível observar que a legislação pátria, partindo de um mínimo penal de 6 a 8 anos para o estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal Brasileiro), se equipara ao mínimo penal das circunstâncias “agravantes” da legislação argentina e espanhola, o que se mostra extremamente severo. Ademais, o direito penal brasileiro, quando faz a previsão de quantitativos penais iguais a todas as condutas, desconsidera a máxima da proporcionalidade e a possibilidade de soluções jurídicas adequadas em relação às condutas de menor gravidade.

A legislação penal alienígena, por sua vez, permite uma maior adequação de proporcionalidade na apreciação do juiz no caso concreto, e uma maior segurança jurídica quanto à aplicação da proporcionalidade *stricto sensu* na proibição de excesso.

Na legislação estadunidense - apesar de fundamentalmente baseada no *common law*, sendo de certa forma complicada a comparação entre legislações (inclusive, porque os Estados Unidos adotam veementemente o federalismo, tendo diversas leis, uma em cada estado) - é interessante notar como se dá o tratamento do chamado *statutory rape*, ou, como em algumas jurisdições, abuso sexual (*sexual assault - SA*), estupro de criança (*rape of a child - ROAC*), corrupção de menor (*corruption of a minor - COAM*), dentre outros.

Assim como no Brasil, mesmo havendo consentimento de ambas as partes para o ato sexual, este não se reputa legalmente reconhecido, já que foi dado por um menor, que não tem esse poder de decisão. Todavia, em 2007, foi elaborada no estado da Flórida uma lei chamada de “cláusula Romeo e Julieta”⁹⁹, que tem como objetivo reduzir ou até eliminar a penalidade do crime quando houver consentimento recíproco. Tem-se como requisito para a cláusula, apenas, que a vítima seja entre 14 e 17 anos e que o ofensor não seja mais de 4 anos mais velho que a vítima.

⁹⁹ *Florida Statutes* (2008)

§ 943.04354. *Removal of the requirement to register as a sexual offender or sexual predator in special circumstances:*

(c) *Is not more than 4 years older than the victim of this violation who was 14 years of age or older but not more than 17 years of age at the time the person committed this violation.*

Ressalta-se, entretanto, que a Lei “Romeo e Julieta” não tem o condão de descriminalizar o fato, ela simplesmente impede que se efetive uma das sanções impostas pelo ordenamento estadunidense, tal qual que o acusado tenha seu nome adicionado à lista de ofensores sexuais (*sexual offenders*) e sofra o repúdio da sociedade.¹⁰⁰

Dessa forma, sem entrar no mérito da dosimetria estadunidense, percebe-se que em determinadas situações é possível atribuir valor legal ao consentimento dado pelo adolescente, mesmo quando a lei determina que a ele não se garanta essa liberdade de escolha sexual, diferentemente do que ocorre aqui no Brasil, onde, com a eliminação do instituto da presunção de violência, já nem se fala mais em consentimento do menor.

¹⁰⁰ USLEGAL. **Romeo and Juliet Law, Law & Legal Definition.** Disponível em: <<http://definitions.uslegal.com/r/romeo-and-juliet-law/>> Acesso em: 24 maio 2013

4 A CRIAÇÃO DO INSTITUTO JURÍDICO DO VULNERÁVEL

A nova lei 12.015/09 criou também a figura típica do estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal Brasileiro), encerrando, em tese, a discussão dos Tribunais quanto à natureza da presunção de violência, outrora definida no vetado artigo 224 do Código Penal.

Apesar de tipo penal independente, o estupro de vulnerável apresenta grandes semelhanças com o crime sexual do estupro em relação ao bem jurídico protegido, a consumação e tentativa, e o dolo e culpa, sendo necessária apenas a análise de algumas particularidades do novo instituto.

Ao discorrer sobre o bem jurídico tutelado pelo novo instituto, Rogério Greco aponta que, assim como nos crimes sexuais de maneira geral, tem-se tanto a liberdade quanto a dignidade sexual como objeto de tutela. Todavia o autor inclui também a proteção do desenvolvimento sexual do vulnerável, pois acredita 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”¹⁰¹.

Sobre a ação penal, como já mencionado, o art. 225 do CP determina que se dará por ação penal pública incondicionada, ou seja, aquela titularizada pelo Ministério Público (órgão acusador oficial do Estado), e que prescinde de manifestação de vontade da vítima ou de terceiros para ser exercida.¹⁰² A atuação do promotor se dá incondicional e obrigatoriamente *ex officio*, sem que seja preciso autorização de quem quer que seja.

Para uma demonstração da obrigatoriedade e a desnecessidade de autorização da vítima no estupro de vulnerável, tem-se como exemplo o episódio ocorrido em 15/01/2012, na 12ª edição do *reality show* “Big Brother Brasil”, no qual os participantes Monique e Daniel, após a ingestão de bebida alcoólica em uma festa, se dirigiram para o quarto e trocaram beijos e carícias. Os telespectadores que acompanhavam a transmissão no momento manifestaram-se em diversas redes sociais na internet, pois acreditavam que a participante estava inconsciente. No dia seguinte, o apresentador do programa, Pedro Bial, anunciou a eliminação do participante por infração ao regulamento do programa.

¹⁰¹ GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal: parte especial**, volume III. 7 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 518-519

¹⁰² BRASIL. **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: 07 jun. 2013.

Em seu depoimento ao delegado responsável pela investigação, Monique afirmou estar consciente no momento do fato e ter consentido com o ocorrido, sendo, portanto, uma conduta atípica. Todavia, por se tratar de crime que apresenta ação penal pública incondicionada, e as gravações apresentarem indícios suficientes da ocorrência do fato tipo (influência do álcool, que pode gerar a impossibilidade de defesa), o delegado prosseguiu com o inquérito, independente da queixa-crime ou representação da vítima.¹⁰³

4.1 CONCEITO DE VULNERÁVEL E AS SUAS ESPÉCIES

Apesar de comumente referido apenas como “menor de 14 anos”, o conceito legal de vulnerável não se restringe apenas ao aspecto etário, protegendo também aqueles que o legislador considerou como o pólo mais fraco em uma relação de cunho sexual. Dessa forma, são também alcançadas pelo conceito da vulnerabilidade as pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, e que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Note-se que, apesar de ser considerado instituto inédito, a proteção aos vulneráveis já ocorria antes da vigência da lei, por meio da presunção de violência do antigo art. 224 do Código de Processo Penal Brasileiro. A única novidade trazida pela lei foi a tipificação independente, sem que seja mais necessária o enquadramento do crime em dois artigos distintos (como se dava antes da reforma) do estupro com presunção de violência ou atentado presumidamente violento ao pudor.

Quanto à consumação do delito, o que se entende hoje é que basta a prática sexual contra o menor de 14 anos (assim como os demais vulneráveis) para que o agente incorra no injusto penal, quando que, anteriormente, a lei expressamente presumia que ao praticar sexo com o vulnerável, o agente o fazia mediante violência devido à falta de capacidade de consentir livremente da vítima. Nesse sentido, explicava o Ministro Carlos Velloso:

O que deve ser considerado é que uma menina de doze anos não possui suficiente capacidade para consentir livremente na prática do coito. É que uma menina de 12 anos, já se tornando mulher, o instinto sexual tomando conta do corpo, cede, com mais facilidade, aos apelos amorosos. É precária a sua resistência, natural mesmo a sua insegurança, dado que não tem ela, ainda, condições de avaliar as conseqüências do ato. O instinto tende a prevalecer. Por isso, a lei instituiu em seu favor a

¹⁰³CARLYLE JÚNIOR. **Delegado continua investigação de BBB como estupro de vulnerável.** Disponível em: <<http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/noticias/delegado-continua-investigacao-de-bbb-como-estupro-de-vulneravel-20120117.html>> Acesso em: 25 mar. 2013

presunção de que foi levada à consumação do ato sexual mediante violência. (HC 74983-6 RS 30/06/1997)

O legislador, no *caput* do artigo 217-A do CPB, define o estupro de vulnerável como: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”, acrescentando em seu parágrafo 1º que: “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.”¹⁰⁴

Apesar de se tratar, a princípio, de hipótese de menoridade da vítima, não se deve confundir a vulnerabilidade com a previsão da forma qualificada de estupro no parágrafo 1º do citado art. 213, que comina pena diferenciada “se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos”.¹⁰⁵ É evidente que a qualificação do crime de estupro do art. 213 do CPB não se refere aos vulneráveis, pois alcança apenas os adolescentes maiores de 14 anos. São, portanto, tipos penais distintos.

Ainda sobre a qualificação, o crime do art. 217-A do CPB prevê suas próprias circunstâncias qualificantes, nas quais as penas não serão de 8 a 15 anos como prevê o *caput* do artigo para a modalidade simples do delito. São elas: se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave, com pena de reclusão de 10 a 20 anos, e se da conduta resulta morte, com pena de reclusão de 12 a 30 anos.

Sobre a aplicação da modalidade qualificada, defende Rogério Greco que só será cabível em hipótese de culpa do agente, nos chamados crimes preterdolosos, ou seja, quando há dolo para exercer a conduta, mas há culpa no seu resultado, que acaba por ser mais gravoso do que se pretendia. Havendo dolo para ambos os resultados seria hipótese de concurso de crimes. Todavia, salienta não ser pacífica a doutrina, havendo opiniões contrárias que defendem que mesmo havendo dolo, tratar-se-á de circunstância qualificadora.¹⁰⁶

Percebe-se, portanto, que a circunstância qualificadora do estupro só será aplicada para vítimas maiores de 14 anos, enquanto para as vítimas menores de 14 anos, cabe a aplicação da figura típica do estupro de vulnerável. Dessa forma fica claro que o estupro de vulnerável não é qualificadora do crime de estupro, e sim uma nova figura típica, criada pela lei nº 12.015/09.

¹⁰⁴ BRASIL. **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: 07 jun. 2013.

¹⁰⁵ *Idem, ibidem*.

¹⁰⁶ GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal: parte especial**, volume III. 7 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 455

4.2 A REVOGAÇÃO DO ART. 224 E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Como já mencionado, a classificação da presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal Brasileiro quanto a sua natureza – se relativa ou absoluta – nunca foi pacífica na jurisprudência, nem tampouco na doutrina.

Hoje, como era de se esperar, mesmo com a revogação do citado artigo, ela não se encerra, sendo suscitadas, também, quais serão as possíveis conseqüências dessa revogação.

Sobre o assunto, Rogério Greco, conhecido defensor da absolutividade da presunção de violência, sustenta que o legislador, visando acabar de vez com a discussão acerca da natureza da presunção, delimitou com a lei 12.015/09 o delito de estupro de vulnerável baseado justamente na vulnerabilidade situacional em que se encontra a vítima, defendendo que, agora, os Tribunais não poderão entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for menor de 14 anos, senão no sentido de que se trata de estupro. Afirma o autor que o tipo não está presumindo nada, tão somente proíbe que se pratique a conjunção carnal ou outro ato libidinoso tanto com o menor de 14 anos, como aqueles mencionados no art. 217-A § 1º do Código Penal.¹⁰⁷

Guilherme Nucci, por outro lado, discorda da afirmação, pois acredita que a presunção de violência continua subsumida na figura da vulnerabilidade. Para ele, a lei jamais terá o condão de modificar a realidade e muito menos poderá afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima, assim como o princípio da ofensividade. Se durante anos no Brasil, se debateu – sem nunca atingir-se um consenso – o caráter da presunção de violência, não será a criação de um novo tipo penal o elemento responsável pelo seu fim.¹⁰⁸

Nota-se que, em se tratando do cenário sexual, o legislador penal continua travado na idade de 14 anos, sendo incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos da sociedade. É fato que o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe em seu art. 2º que “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente, aquela entre doze e dezoito anos de idade”¹⁰⁹, logo, não é difícil perceber que a legislação penal, ao estabelecer como marco a idade de 14 anos continua sendo rígida.

¹⁰⁷ GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5 ed. Niterói: Impetus. 2011.

¹⁰⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 37.

¹⁰⁹ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília: 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 24 maio 2013.

Nesse sentido, Guilherme Nucci, defende que já é tempo de unificar os entendimentos do Estatuto da Criança e do Adolescente com o do Código Penal Brasileiro e estender a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais para os maiores de 12 anos, já que estes já não são mais considerados crianças.¹¹⁰ Porém, como essa unificação de entendimentos ainda não foi feita, permanece válida a discussão acerca da vulnerabilidade dos adolescentes menores de 14 anos.

A afirmação da doutrina à qual se afilia Rogério Greco não está enganada. De fato o Código Penal já não mais suscita a questão da presunção de violência, uma vez que sequer menciona o termo em sua nova redação. Todavia, firma-se mais acertada a doutrina à qual se filia Nucci, afinal é possível sim perceber a remanescência da presunção no ordenamento. Tal afirmação pode ser metafóricamente comprovada, por meio da comparação a uma situação lúdica:

Uma criança ganha uma roupa nova, e a sua mãe lhe diz: “Você não pode brincar no parque, porque vai sujar sua roupa”. A criança então responde: “Não, mãe. Eu não vou me sujar. Vou tomar cuidado. Prometo que não piso na lama”. A mãe, já irritada, arremata: “Acabou a conversa, você não vai brincar no parque”. E a criança, ao perguntar o porquê, ouve simplesmente “Porque eu disse”. Por mais que em sua decisão final, a mãe não justifique a proibição, a criança sabe que o motivo é porque sua mãe acredita que ela irá sujar a roupa.

Do mesmo modo seria se o legislador falasse para o cidadão: “Você não pode praticar atos sexuais com pessoas vulneráveis, porque irá praticá-los com violência”. Por mais que o agente responda: “Não, legislador. Eu não vou machucá-la. Prometo que vou tomar cuidado. Ela, inclusive, consentiu com o ato”, o resultado será o mesmo, o legislador dirá simplesmente: “Acabou a discussão, está proibida a prática sexual com pessoa vulnerável”, mas o agente saberá que o real motivo é porque o legislador acredita que o ato será violento.

A comparação demonstra também que a nova redação pós-revogação da presunção de inocência é totalmente injustificada, o legislador simplesmente proibiu por proibir. E quando se tem um dispositivo como esse - que já gerava grande polêmica - alterado, é utópico esperar que não se faça um comparativo histórico baseado no dispositivo anterior.

Mas essa discussão não se dá pelo simples amor ao debate. Ademário Gomes defende que com o advento dessa *novatio legis*, ocorreu a revogação expressa do art. 224 do CP. Destarte, como a violência é elementar do tipo nos crimes previstos nos arts. 213 do CP - e nos também

¹¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

revogados arts. 214 e 219 do CP - extrai-se uma importante consequência jurídica para tal fato, que se encontra na retroatividade da nova Lei 12.015/09 para aos processos que estavam em curso antes da sua vigência. Isso se daria tanto para os processos em curso, quanto para os condenados que estão cumprindo pena, os quais se encontram réus denunciados pelo 213 e/ou 214 c/c 224 (crime de estupro e/ou atentado ao pudor, com violência ficta ou presumida), uma vez que não há o encaixe perfeito exigido pelo princípio da legalidade e estudos da tipicidade.

Como foi possível observar, fundamentando-se no princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, Ademário Gomes defende o desaparecimento da menção do art. 224 nas denúncias oferecidas antes da vigência da Lei 12.015/09, o que inevitavelmente acabaria por extinguir a elemento objetivo do crime (violência ficta), tornando-o absolutamente atípico caso seja comprovado que não houve emprego de violência real.¹¹¹

O autor considera a revogação uma *novatio legis in pejus*, pois ao revogar a presunção de violência, criou um tipo penal fechado, independente e objetivo, não se falando mais em violência presumida ou real.

Muitos próceres do direito entendem, data vênua, equivocadamente, que a elementar do tipo, a violência presumida, do revogado artigo 224, com a vigência da lei 12.015/2009, foi transportada para o artigo 217-A, fazendo emergir, com isso, o princípio conhecido como *continuidade normativa típica*.¹¹²

A continuidade normativa típica se dá quando há uma revogação de determinada lei, ou parte dela, mas a conduta descrita nela continua tipificada em outro diploma legal. Assemelha-se ao *abolitio criminis* pelo simples fato de também ser uma revogação, mas não são sinônimos, pois, em se tratando do instituto do “*abolitio*”, há total transformação da conduta típica em atípica.

O autor sustenta que da simples leitura do art 217-A do CP não é possível verificar a continuidade normativa referente à continuidade da elementar violência ora prevista no art. 224 do CP, e qualquer tipo de conclusão nesse respeito configuraria vilipêndio ao princípio da Legalidade.¹¹³

Nesse sentido, também, apesar de discordar veementemente da eliminação definitiva da controvérsia acerca da presunção de violência, Paulo Cesar Jorge aponta que não são raros os

¹¹¹ GOMES, Ademário Castro. **Da inexistência do crime de estupro e atentado violento ao pudor com a supressão da violência presumida pela lei nº. 12.015 de 2009**. Artigo Científico (Especialização em Direito Penal e Processo Penal). Escola de Magistrados da Bahia. Salvador: 2010

¹¹² *Idem, ibidem*.

¹¹³ JORGE, Paulo César Bandeira de Melo. **Os novos tipo penais estupro e estupro de vulnerável (Lei nº 12.015/2009): Principais alterações**. Artigo Científico (Especialização em Direito Penal e Processo Penal). Escola de Magistrados da Bahia. Salvador: 2010

casos em que um jovem estudante que acabou de sair da adolescência, muitas vezes completando 18 anos ainda durante o ensino médio, que mora com seus pais, suspeito primário, de bons antecedentes, mantém relacionamento estável com uma garota de 13 anos, fato notório e permitido pela família de ambos os jovens, e pratica com sua namorada conjunções carnavais de forma espontânea. O que significa:

Se entendermos que a Lei nº 12.015/2009 afastou a anterior presunção de violência, não teria o Julgador outra alternativa senão condenar aquele jovem “réu” a cumprir uma pena de oito anos de reclusão (pena mínima) em regime, inicialmente, fechado, com direito a progressão do regime, somente após o cumprimento de dois quintos da pena, se for primário, por se tratar de crime hediondo, de acordo com a lei nº 8.072/90.

Diante do caso acima colocado, parece-nos de uma clareza solar que a pena imposta (frise-se pena mínima), longe está de ser considerada justa e proporcional ao “ato lícito” cometido por um rapaz de dezoito anos de idade, o qual, se condenado, cumprirá pena, obrigatoriamente, por imposição da Lei, numa das precárias penitenciárias desse nosso País. Esta situação acaba por não cumprir duas das finalidades da sanção, quais sejam: 1- a readaptação do agente infrator ao convívio social; 2- intimidar o mesmo para que não volte a delinquir.¹¹⁴

Agora não mais quanto à permanência ou não da presunção de violência, mas sim quanto a impossibilidade de reconhecimento do concurso de crime, Karina Conegundes reputa aplicável a retroatividade da lei penal em benefício do réu. A autora afirma que como a nova redação finda a discussão quanto à modalidade de concurso de crimes – sendo, agora, crime de ação múltipla –, independente do número de atos libidinosos praticados no mesmo contexto da conjunção carnal, todos serão abrangidos pelo crime de estupro, configurando *novatio legis in melius*, nada mais justo que a retroatividade para beneficiar todos os casos concretos em que foi reconhecido o concurso entre os antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor.¹¹⁵ Nesse caso, seria possível que no momento do oferecimento da ação penal (quando ainda não ocorrido) utilizasse-se já o novo tipo, assim como para os processos em andamento (através do *emendatio libelli*), aplicando a correta capitulação aos fatos através da revisão criminal.

4.3 A LEI 12.015 E A OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

A lei 12.015/09 acabou com o tipo penal do já mencionado artigo 214 (atentado violento ao pudor), ao integrar o elementar do seu tipo ao artigo 213 (estupro). A lei criou também o

¹¹⁴ *Idem, ibidem.*

¹¹⁵ CONEGUNDES, Karina Romualdo. A Nova Sitemática dos Crimes Contra a Dignidade Sexual. **Revista de Direito**. Viçosa: UFV, v. 1, n. 3. 2010. p 111-141.

artigo 217-A (estupro de vulnerável), modificação reputada inconstitucional, em face ao princípio da Proporcionalidade, já que a redação do novo tipo não fala em consentimento, ou melhor, a ausência deste. Tipifica-se apenas “ter conjunção carnal ou praticar ato sexual”¹¹⁶. Nesse caso, qualquer ato sexual passa a ser considerado estupro de vulnerável.

Aponta-se que a desproporcionalidade é evidente e facilmente observada na cominação das penas. O estupro de vulnerável prevê pena de 8 a 15 anos de reclusão (mesmo quando o ato sexual for consentido), enquanto o estupro do artigo 213 do CP prevê a pena de 6 a 10 anos de reclusão (inclusive quando se tratar de estupro violento).

É sabido que, em se tratando de hipótese que resulte em lesão corporal de natureza grave, aplica-se o parágrafo primeiro do mesmo artigo 213 do CP, sendo uma forma qualificada do delito. Mas, ainda assim, a pena será fixada entre 8 e 12 anos. Ou seja, pune-se o sexo consentido pelo vulnerável de forma mais severa do que o estupro resultante em lesão corporal grave.

Fica evidente que a criação do instituto dos vulneráveis levou muito em conta, o sentimento de repugnância, revolta e reprovação de todas as camadas sociais da população brasileira contra os crimes praticados contra os vulneráveis, principalmente em se tratando de crianças e adolescentes menores de 14 anos.

Analise-se, por exemplo, a qualificação do crime de estupro de vulnerável. Antes da reforma, se dava pelo art. 223, *caput* (portanto numa cominação entre o 213 ou 214 com os artigos 223 e 224), que previa pena de 8 a 12 anos quando resultante em lesão corporal e pena de 12 a 25 anos quando resultante de morte. Hoje, após elevação expressiva das penas (note-se, do mesmo crime), o legislador prevê reclusão, de 10 a 20 anos se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave, e de 12 a 30 anos, se resulta em morte.

Outra discussão em relação ao princípio da proporcionalidade se dá em relação à conceituação do termo “ato libidinoso”. Cezar Roberto Bittencourt defende que o termo ato libidinoso é amplo e envolve o termo “conjunção carnal”. Também nessa vertente, tem-se Cláudio Brandão, que acredita que bastaria a utilização do termo “ato libidinoso”, sendo desnecessário falar em conjunção carnal. Até porque, o próprio artigo fala em “outros atos libidinosos”, o que evidencia que a conjunção canal é também um ato libidinoso.¹¹⁷

¹¹⁶ BRASIL. **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: 07 jun. 2013.

¹¹⁷ KELLER, Daniel. Dos crimes contra a dignidade sexual. **II Seminário de Ciências Criminais do Patronato de Presos e Egressos**. Salvador, 27 out. 2012.

Ato libidinoso seria, portanto, todo e qualquer ato de natureza sexual que tem como objetivo saciar a libido de alguém. Todavia, a utilização desse conceito seria prejudicial devido à sua amplitude, e por se tratar de um crime de pena tão alta, é sem dúvida, extremamente desproporcional comparar, por exemplo, o sexo anal com um beijo lascivo.

É inegável que o agressor, de modo lascivo, acariciando as partes íntimas de uma criança ou beijando-lhe a boca demoradamente, bem como, usando a língua, comete um ato libidinoso passível de punição. Da mesma forma, Cezar Roberto Bittencourt defende que:

Com efeito, beijo lascivo, os tradicionais “amassos”, toques nas regiões pudendas, “apalpeladas” sempre integraram 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.¹¹⁸

Rogério Greco defende que apenas o sexo anal, o sexo oral e a masturbação, forçados seriam atos considerados ofensivos o suficiente para configurarem o crime de estupro. Aos outros atos seria aplicado o tipo penal previsto no artigo 146 (constrangimento legal)¹¹⁹, já que previsão do estupro fala em “constranger alguém”, logo, poderia ser considerada uma forma especializada do constrangimento legal. Poderia ainda ser aplicado o crime de ato obsceno¹²⁰, não havendo necessidade de configuração do crime de estupro.¹²¹

Mesmo que grande parte da doutrina admita que de fato alguns atos libidinosos configurem um delito sexual, por se tratar de situação que choca a moral média de quem o presencia e constrange a vítima, não é de todo justo que se dê o mesmo tratamento de hediondez e a pena tão severa do crime de estupro. Nesse caso, em consonância com o princípio da proporcionalidade poderia ser configurado o crime de constrangimento ilegal, previsto no art. 146 do CPB, ou contravenção penal por importunação prevista no art. 61 da Lei de Contravenções Penais.¹²²

Como leciona Mariângela Gomes, não existe medida absolutamente objetiva e neutra para ponderar a importância dos diversos bens jurídicos em uma acepção constitucional, afinal toda e qualquer medida de valor referente a esses bens varia no tempo, tendo sempre novos significados sociais, ora incrementando o seu valor, ora diminuindo sua importância para a

¹¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** v.4, parte especial. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹¹⁹ **Art. 146** (Código Penal): Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda.

¹²⁰ **Art. 233** (Código Penal): Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público:

¹²¹ KELLER, Daniel. Dos crimes contra a dignidade sexual. **II Seminário de Ciências Criminais do Patronato de Presos e Egressos**. Salvador, 27 out. 2012.

¹²² FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 9 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2012. p. 256.

sociedade.¹²³ Por isso, a autora afirma que é impossível a realização de uma ponderação sem nenhuma influência do ambiente social, todavia aponta que:

O problema não se coloca então quando se verifica uma influência social na determinação legislativa dos ilícitos penais, mas no momento em que os anseios da sociedade por um direito penal mais eficaz, com reprimendas mais duras, passam a influenciar de maneira exacerbada a produção legislativa penal.¹²⁴

O que se verifica no fenômeno de aumento nas sanções penais quando do processo de elaboração legislativa é a forte influência do legislador pela comoção ou alarme social, ou seja, uma reação psicológica coletiva de natureza emotiva, que consiste na coletividade oscilando entre os sentimentos de insegurança, indignação e até mesmo vingança. Esses sentimentos, e sua iminente difusão e permanência no âmbito social são fundamentalmente temidos pelos detentores do poder. Por esse motivo, é muito comum que se tome a medida mais frequente (e note-se, fácil), qual seja a acentuação da intimidação em relação aos delitos relacionados ao fenômeno do alarme social, em um pretense esforço de prevenção geral.¹²⁵

Acerca da exacerbada valorização da moral pelo legislador penal, Luigi Ferrajoli aponta que a justiça perfeita não existe neste mundo, e qualquer pretensão de fazê-la presente no sistema atual não se passa de uma ilusão, como também sinal de uma das mais perigosas imperfeições: a tendência ao totalitarismo. Nesse sentido, tampouco se pode dizer que existem delitos permanentemente castigáveis por se oporem ao sentimento comum da moralidade média. Muito pelo contrário. Não existem condutas delituosas que em outrora não tenha sido permitida, nem conduta lícita que em outros tempos não tenha sido proibida.¹²⁶

Aponta o autor, ainda, que do mesmo modo, não existe coincidência entre o ser e o dever ser no Direito, apresentando cada ordenamento cotas irreduzíveis de ilegitimidade externa (injustiça) e de ilegitimidade interna (invalidade). A primeira define os valores que se deseja que informem o ordenamento, enquanto a segunda reconhece os valores que o ordenamento incorpora e satisfaz positivamente.¹²⁷

Observa-se com o exposto que o legislador penal pecou pelo excesso na observância da opinião popular para a criação do instituto dos vulneráveis e sua posterior cominação das penas, mas pecou pela escassez na conceituação do termo “atos libidinosos”, se mantendo

¹²³ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

¹²⁴ *Idem, ibidem*.

¹²⁵ *Idem, ibidem*, p. 203-204

¹²⁶ 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. p. 423-425.

¹²⁷ *Idem, ibidem*.

atrelado a uma tipificação extremamente ampla. Para o presente problema tem-se como possível solução, por óbvio, a definição do termo “ato libidinoso”, e a criação de uma figura penal intermediária (atos libidinosos médios e leves, por exemplo), que abrangesse as condutas sexuais consideradas menos graves, como as supracitadas, mas que ainda merecessem o intermédio do Direito Penal, assim como foi observado no estudo do Direito comparado.

4.4 A PERMANÊNCIA TEMPORAL DA VULNERABILIDADE

Analisadas as espécies de vulnerabilidade, vale observar que, dentre as hipóteses, a doença mental é a única potencialmente perene, uma vez que o menor de 14 anos deixará de ser vulnerável com o transcorrer do tempo, e a vítima que não pode oferecer resistência deixará de ser vulnerável assim que cessar a circunstância que a torna indefesa.

A doença mental, entretanto, dificilmente será sanada com o passar do tempo ou com o término de uma condição circunstancial, ou seja, o doente mental provavelmente passará toda a sua vida sendo considerado vulnerável. Isso traz à tona uma questão interessante. Essa pessoa será sempre considerada vítima de estupro, independente de seu consentimento ou não consentimento com o ato sexual. Constata-se, portanto que a perenidade da deficiência mental gera uma constante restrição à liberdade sexual da vítima.

Observou-se, anteriormente, que o ordenamento não apenas busca proteger o vulnerável, mas na verdade, objetiva coibir qualquer tipo de relação sexual envolvendo vulneráveis.

Todavia, no caso do doente mental, o ordenamento acaba por restringir absurdamente a liberdade sexual do indivíduo, uma vez que sendo sempre vítima de estupro, qualquer pessoa que resolva iniciar um relacionamento com ele será sujeito ativo no crime de estupro.

O vulnerável se torna, portanto, um pária na sociedade, impossibilitado de se relacionar livremente por imposição legal. Essa situação é ainda agravada devido à ausência de possibilidade de produção de prova em contrário por parte do suspeito do crime de estupro do art. 217-A do Código Penal.

4.5 EXCLUDENTES CRIMINAIS NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Em se tratando da possibilidade de absolvição do agente, e em quais casos elas seriam aplicadas, é de conhecimento do senso comum de que praticar atos sexuais com “criança” é crime. Mesmo que não se saiba ao certo a idade limite, se 12, 14 ou 16 anos; sabe-se que é proibido, ou ao menos moralmente repudiado. Assim também são aqueles que não podem oferecer resistência, hipótese na qual é absurdamente óbvia a ausência do consentimento. Mas em relação ao alienado mental, poucos são os que sabem se tratar de uma espécie do gênero vulneráveis. Cabe, então, a discussão acerca de quando se pode escusar o agente ou excluir a ilicitude do fato.

É de entendimento doutrinário a possibilidade dos eventuais erros escusáveis, sendo aplicável ao estupro de vulnerável tanto o erro de tipo do art. 20 do Código Penal, quanto o erro de proibição (art. 21 do Código Penal).¹²⁸ Segundo a doutrina, o erro de tipo é uma “falsa percepção da realidade sobre um elemento do crime” e o erro de proibição é definido como “um juízo equivocado daquilo que lhe é permitido fazer em sociedade”.¹²⁹

Nesse caso seria possível aplicar a excludente de punibilidade “erro de proibição” à hipótese de alienação mental, por exemplo, uma vez que dentre as hipóteses de vulnerabilidade é a que as pessoas, de modo geral, têm um juízo equivocado quando à ilicitude, até porque a depender do nível de alienação ou retardo mental, é inimaginável que essa pessoa não tenha capacidade de se autodeterminar sexualmente e dispor livremente do seu próprio corpo.

Outro aspecto em relação ao vulnerável portador de deficiência ou enfermidade mental é em relação à sua inimputabilidade.

Segundo definição do artigo 26 do Código Penal, prevê-se a inimputabilidade penal se o crime for deflagrado por doente mental ou portador de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e se o agente for inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se acordo com esse entendimento, ao tempo da ação¹³⁰, sendo cabível, em caso de incorrência em conduta delituosa, não a medida privativa de liberdade, mas a mera imposição da medida de segurança (art. 97 do Código Penal): “Se o agente for inimputável, o juiz

¹²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10 ed. São Paulo: RT, 2010.

¹²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal v.1** parte geral, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012 p. 503-506

¹³⁰ BRASIL. **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: 07 jun. 2013.

determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.”¹³¹

É válido salientar, entretanto, que, justamente pelo fato de existirem diversos graus de alienação mental, nem sempre comumente observável por leigos, não basta a sua mera alegação, devendo esta ser demonstrada obrigatoriamente através do exame de sanidade mental realizado consoante a regência dos art. 149 ao art. 154 do Código de Processo Penal.¹³²

Nesse caso, o vulnerável por motivo de incapacidade mental é considerado inimputável, não sendo prevista a sanção da restrição de liberdade para os atos por ele cometidos. Logo, a solução menos gravosa para um vulnerável por motivo de doença seria a prática sexual tendo como parceiro outro vulnerável, já que ambos seriam inimputáveis. Mas vale ressaltar que essa prática não deixaria de ser crime de estupro, sendo, na verdade, um estupro recíproco, que, em regra, não poderia ser punido pelo ordenamento jurídico pelo fato exclusivo da condição bio-psíquica dos sujeitos.

Dessa forma, fica evidente que, apesar de ser possível encontrar uma forma por meio da qual os vulneráveis possam exercer sua liberdade sexual, o legislador, ao criar o instituto do vulnerável e concedê-lo o tratamento semelhante ao estupro com violência presumida, buscou proteger a dignidade sexual dos indivíduos, mas, na verdade, acabou por restringi-la em um nível absurdamente elevado.

4.6. DA HEDIONDEZ DO ESTUPRO FICTO

Uma das alterações legislativas proporcionadas pela lei 12.015/2009 foi a redação dos incisos V e VI do artigo 1º da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990). A lei, antes da reforma, definia como hediondos os crimes de estupro (antigo art. 213 do CPB), de atentado violento ao pudor (antigo art. 214 do CPB) e suas combinações com o art. 223, *caput* e parágrafo único do CPB.¹³³

¹³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal v.1** parte geral, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012 p. 503-506

¹³² CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

¹³³ BRASIL. **Lei nº 8072**, de 25 de jul. de 1990. Brasília, DF: Senado. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm> Acesso em: 07 jun. 2013.

O art. 223 do Código Penal (revogado pela lei de 2009) versava sobre as formas qualificadas dos crimes supracitados, tais quais, quando resultantes em lesão corporal de natureza grave. Existia, portanto, uma divergência doutrinária quanto a hediondez dos crimes sexuais quando se tratasse da aplicação da violência presumida, uma vez que esta estava prevista no art. 224 do CPB, não sendo inserida na lei dos Crimes Hediondos.

Fernando Capez¹³⁴ fazia parte da doutrina que defendia serem tanto o estupro quanto o atentado violento ao pudor fictos, ambos delitos hediondos, pois, segundo o autor, a lei não fazia nem autorizava qualquer distinção entre as formas de violência.

Esse, entretanto, não era o entendimento da doutrina oposta, a exemplo de César Roberto Bittencourt¹³⁵, que interpretava o siglo legislativo de forma restritiva. Para o autor, o artigo 1º da Lei 8.072/90 enumerava pura e simplesmente as formas simples e qualificadas do delito, não arrolando a possibilidade de hediondez dos crimes de violência pressuposta.

Essa dúvida suscitou também posicionamentos diversos nos Tribunais brasileiros. Jurisprudencialmente, o entendimento dominante sempre foi no sentido de que toda forma de estupro ou atentado violento ao pudor era delito hediondo, como cita Paulo César Jorge¹³⁶; apesar de existirem decisões da década de 90 que acompanham a doutrina minoritária no pensamento acerca da hediondez dos crimes sexuais apenas nas hipóteses em que se configurasse a lesão corporal grave, como se observa no posicionamento adotado pelo STF e noticiado pelo Informativo nº 152 (HC 78.305-MG, Relator Ministro Néri da Silveira, 8.6.99.), no sentido de que:

Não se considera hediondo o crime de atentado violento ao pudor, cometido contra menor de 14 anos, quando não for seguido de lesão corporal grave. Com base nesse entendimento, a Turma, por unanimidade, deferiu Habeas Corpus, para considerar que o regime prisional do paciente é, apenas inicialmente, o fechado, podendo, assim, na forma da lei, obter a progressão do regime de prisão. Entendeu-se que o inciso VI do art. 1º da Lei 8.072/90 - "Art. 1º- São considerados hediondos os seguintes crimes...: .VI- atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único)" - somente considera hediondo o crime de atentado violento ao pudor quando seguido de lesão corporal grave, não fazendo qualquer referência à hipótese em que a violência seja presumida (CP, art. 224).¹³⁷

Atualmente, com a fusão dos antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor e com a revogação do art. 224 do CPB, que versava sobre a violência presumida, a redação dos incisos

¹³⁴ CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito Penal**: parte especial, v. 3. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 18

¹³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** v.4, parte especial. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 7.

¹³⁶ JORGE, Paulo César Bandeira de Melo. **Os novos tipos penais estupro e estupro de vulnerável (Lei nº 12.015/2009): Principais alterações**. Artigo Científico (Especialização em Direito Penal e Processo Penal). Escola de Magistrados da Bahia. Salvador: 2010. p.24 e 25.

¹³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo n. 152**, de 11 jun. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo152.htm>> Acesso em: 07 jun. 2013

V e VI do art. 1º da Lei de Crimes Hediondos versa que são considerados hediondos os seguintes crimes: V – estupro (art. 213, *caput*, e §§1º e 2º) e VI – estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§1º, 2º, 3º e 4º).¹³⁸

A nova previsão deixa clara qualquer dúvida sobre a hediondez do estupro ficto, uma vez que não há mais diferenciação entre a forma “simples” e a forma “ficta”, sendo ambas abarcadas pela mesma previsão legal do estupro de vulnerável.

4.7. O ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL

Em 27 de junho de 2012 foi apresentado o Anteprojeto do Novo Código Penal, elaborado por uma comissão especial de juristas instituída em outubro de 2011 pelo presidente do Senado Federal, José Sarney, a requerimento do senador Pedro Taques (PDT-MT).¹³⁹

O anteprojeto, ora denominado projeto de lei (PLS 236/2012) apresenta diversas alterações legislativas consideradas polêmicas por diversos setores sociais. Sobre os crimes de natureza sexual, vale ressaltar, por exemplo, que o projeto leva em consideração que nem todo crime anteriormente tipificado como atentado ao pudor (atualmente tipificado pelo art. 213) é gravoso o suficiente para estar pareado com o estupro, portanto, haverá uma separação do crime de estupro e as formas menos graves de atentado sexual.

Quanto à redação do tipo penal do estupro, optou-se pela sua simplificação, passando-se apenas para a prática sexual vaginal, anal ou oral; mantendo, todavia, a mesma pena prevista atualmente. Qualquer outro ato diverso dessas três possibilidades passa a ser tipificada como “molestamento sexual” com pena de prisão de 2 a 6 anos (quando praticado mediante violência ou grave ameaça) ou de 1 a 2 anos (quando sem violência ou grave ameaça).

Além disso, o projeto prevê o tipo inédito da “manipulação e introdução sexual de objetos”, uma nova modalidade de agressão sexual que se equipara ao estupro e consiste no constrangimento mediante violência ou grave ameaça de alguém para suportar introdução de objetos nas cavidades anal ou vaginal, tendo como pena a prisão de 6 a 10 anos.

¹³⁸ BRASIL. **Lei nº 8072**, de 25 de jul. de 1990. Brasília, DF: Senado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm> Acesso em: 07 jun. 2013.

¹³⁹ PRUDENTE, Neemias Moretti. **Principais Mudanças e Polêmicas: Projeto de Novo Código Penal (PLS 236/2012)**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/neemiasprudente/2013/02/20/principais-mudancas-e-polemicas-projeto-de-novo-codigo-penal-pls-2362012/>>. Acesso em 05 maio 2013

Já no estupro de vulnerável, reduziu-se a idade de vítima de 14 para 12 anos. Todavia, essa redução se deu de forma desorganizada, não estando em conformidade com a redação de outros artigos do projeto, que emprega termos diversos ao tratar da idade da vítima.

Nos crimes contra a dignidade sexual, o estupro de vulnerável caracteriza-se quando a vítima tem “*até doze anos*”. O termo, todavia é dúbio, porque quem tem doze anos, terá essa idade até completar treze, o que na redação tradicional penal se traduziria em “treze anos incompletos”, pois essa idade se estende do dia do aniversário de 12 anos da pessoa até um dia antes de completar 13 anos de idade.

De forma mais correta, o projeto utiliza em seu artigo 503 a expressão utilizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, definindo criança como “*a pessoa até doze anos de idade incompletos*”. Mas, o crime de favorecimento da prostituição ou da exploração sexual de vulnerável (art. 189) volta a utilizar a expressão “*menor de doze anos*”. Como se vê, aliás, o projeto de lei emprega termos distintos para determinar a idade do vulnerável dentro do mesmo Título dos Crimes contra a Dignidade Sexual.¹⁴⁰

¹⁴⁰ MALULY. Jorge Assaf. **Comissão do Senado perdeu a chance de aprimorar o CP**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-20/jorge-maluly-comissao-senado-perdeu-oportunidade-melhorar-cp>> Acesso em: 05 maio 2013

5 A GESTÃO DA PROVA NOS CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Como define Tourinho Filho, provar é estabelecer, dentro do processo, a existência da verdade de determinados fatos e, para tanto, se utilizar dos elementos produzidos pelas partes para comprovar o que se afirma.¹⁴¹

A prova judiciária tem, portanto, um objetivo muito difícil, qual seja a reconstrução dos fatos investigados no processo, de maneira que se alcance a maior proximidade com a realidade histórica espacial e temporal na qual eles ocorreram. Em outras palavras, a prova busca reconstruir a verdade.¹⁴²

Essa busca pela verdade se deu, historicamente, por meio de diversos métodos e formas distintas. Primeiramente, acreditava-se na revelação do culpado através de uma resposta divina, ou até mesmo uma prova física na qual os suspeitos eram submetidos a desafios aos quais, teoricamente, apenas os inocentes sobreviveriam, a exemplo da tradição egípcia de jogar os possíveis autores do crime no Rio Nilo, e o que conseguisse sobreviver era absolvido.

Mas foi a partir do século XVIII, com a evolução da processualização da jurisdição, que se passou a produzir a verdade a partir de uma prova racional. Assim, ainda que sabidamente imperfeita, e não necessariamente correspondente a verdade da realidade histórica, o processo penal visa construir uma verdade judicial sobre a qual irão incidir os efeitos da coisa julgada, uma vez transitada em julgado a decisão judicial final, a fim de estabilizar os eventuais conflitos que são objetos da jurisdição penal.¹⁴³

Como já mencionado, provar é, antes de qualquer coisa, provar a existência da verdade, demonstrar a certeza do que se diz ou do fato que se alega. A prova é, dessa forma, a demonstração da existência do fato, ou seja, são os elementos produzidos pela parte e pelo próprio juiz. É comum que se considere a prova como “ação de provar”, entretanto, provar significa, na verdade, fazer com que o outro conheça uma verdade da qual se tem ciência e é desconhecida pro esse outro.

A prova tem como objeto os fatos, principais ou secundários, que exigem comprovação, o que implica que o vocábulo “fato”, em Processo Penal, tem um conceito extenso, compreendendo todos os acontecimentos, coisas, lugares, pessoas e documentos. Os fatos que não exigem

¹⁴¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Manual de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 553.

¹⁴² OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo, Atlas, 2013. p. 326.

¹⁴³ Idem, *ibidem*. p. 326

comprovação, ou seja, de evidente notoriedade não são motivo de dúvida, logo, não são objeto de prova, como determina a máxima *notória vel manifesta non egent probatione* (o notório e o evidente não precisam de prova).

Deve-se, entretanto, interpretar a notoriedade de um fato de forma cuidadosa, uma vez que esse conceito é extremamente relativo. Observe-se, por exemplo, as *máximas de experiência* (conhecimentos adquiridos pela vivência e pelos costumes sociais), que podem ser formadas pela voz do povo, por qualquer pessoa de cultura média. Mas seriam essas sempre verdade? Em regra não, afinal, as máximas de experiência, por sua própria natureza tendem a se atualizar de acordo com a evolução do pensamento social, não podendo ser consideradas fatos que sempre dispensam comprovação.

A previsão da presunção de violência no crime de estupro de vulneráveis, por exemplo, é uma notória concretização de uma máxima de experiência. Durante anos foi observado que em se tratando de relação sexual entre um adulto capaz e uma pessoa vulnerável, em sua vasta maioria, caracterizava-se o emprego de violência para consumação do ato, sendo plausível a presunção de que esse fato recorrente se caracterizaria em futuros crimes semelhantes. Todavia, a lei 12.015/09 foi além da mera presunção e considerou como incontroverso um fato baseada pura e simplesmente em um juízo de experiência, extinguindo a possibilidade de qualquer alegação de defesa a respeito da inexistência de fato da violência.

A alteração proporcionada pela lei mostra-se, portanto, pernicioso, já que se fundamenta em uma máxima de experiência antiquada, que não coaduna com a realidade atual da sociedade, uma vez que se mostram cada vez mais corriqueiros os relacionamentos entre adolescentes menores de 14 anos e jovens adultos de 18 ou 19 anos, nas quais não há qualquer tipo de violência envolvida.

Nesse caso, fica evidente a necessidade da possibilidade de comprovação efetiva da violência através de um procedimento probatório que deixe inequívoca a existência de uma conduta reprovável, não pelos pudores sociais, mas, sim, pela violação à integridade física e/ou psicológica da vítima.

É com esse objetivo que existe o ramo comum do Direito e da Medicina denominado Sexologia Forense, para tratar das questões médico-biológicas e das perícias relacionadas aos crimes contra a dignidade sexual, afinal, como observa Genival de França:

Torna-se imperioso que se amplie e melhore a qualidade das perícias médico-legais, pois só assim os elementos constitutivos do corpo de delito terão seu destino ligado ao interesse da justiça. Não há outra forma de avaliar um fato de origem criminal que não seja através da análise da prova.¹⁴⁴

Neste capítulo será analisado como se dá essa averiguação dos crimes sexuais.

5.1 A PROVA NOS CRIMES QUE DEIXAM VESTÍGIOS

Dentre os diversos meios probatórios presentes no ordenamento jurídico brasileiro (*e.g.* depoimentos do ofendido, documentos, oitiva de testemunhas) tem-se a perícia.

Entende-se por perícia o exame procedido por uma pessoa que tenha conhecimento técnico, artístico, científico e/ou experiência profissional acerca dos elementos do fato punível. O perito é, portanto, um sujeito processual que tem função de auxiliar o juiz por meio de uma conduta ativa, ou seja, o exame das provas. Ele não é um sujeito da prova, e sim um apreciador técnico, um assessor do juiz.¹⁴⁵

No processo penal, os exames periciais são de natureza variada (*e.g.* insanidade mental, instrumentos do crime, balística), mas dentre eles, o mais importante é o exame de corpo de delito, que registra no laudo a existência e a realidade do delito. O corpo de delito é, portanto, o conjunto de vestígios materiais deixados pelo fato criminoso e o seu exame resulta na autuação da perícia para comprovação da realidade da infração e a demonstração (ou negação) da culpabilidade do agente.¹⁴⁶

Apesar das denominações “crimes que deixam vestígios” e “crimes que não deixam vestígios”, todos eles, em regra, deixam vestígios, entretanto, alguns têm natureza permanente (*delicta facti permanentis*) e outros têm natureza transeunte (*delicta facti transeuntis*), por esse motivo é que se diz que o crime não deixou vestígio, quando, na verdade ele apenas não perdurou no tempo. A única exceção, de fato, diz respeito aos crimes formais, ou seja, aqueles que se configuram sem a exigência de qualquer concretização no plano material, a exemplo dos crimes contra a honra.

¹⁴⁴ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 9 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2012. p. 251.

¹⁴⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 273-275.

¹⁴⁶ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 43.

Quando a infração deixa vestígio, é indispensável o exame do corpo de delito, não podendo supri-lo a confissão do acusado, como determina o art. 158 do Código de Processo Penal.¹⁴⁷

O CPP considera tão importante o exame pericial, que o legislador penal no art. 564, III, b prevê a caracterização da nulidade insanável na hipótese em que, havendo vestígios, não for realizado o exame. Inclusive, de acordo com o art. 525, quando se tratar de crime que haja deixado vestígio, a queixa ou a denúncia não será recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito.¹⁴⁸

5.1.1. Prova pericial: o laudo de constatação de conjunção carnal

A prova pericial apresenta uma imensa relevância nos crimes contra a dignidade sexual, tanto pela complexidade da sua constatação, quanto pela delicadeza da situação em que está inserida. Desta forma, deve ser realizada com muita prudência, levando em conta a extrema gravidade de uma possível alegação errônea quanto à ocorrência ou não do delito.

O laudo de constatação da conjunção carnal é redigido pelo perito responsável pelo exame e deve conter uma linguagem simples, clara e objetiva, sem fazer menção a qualquer tipificação penal (já que esta é a função do intérprete do Direito), mas o exame deve ser conduzido de modo que se torne possível uma compreensão fácil do fato que se está apurando. Dessa forma, deve haver uma descrição minuciosa das lesões ou quaisquer outras peculiaridades encontradas tanto em relação à quantidade, mas também à qualidade do dano, não sendo suficiente apenas constatar que o fato ocorreu, mas também todos os elementos e alterações observadas que levaram o perito a atestar a ocorrência ou não da conjunção carnal.

O protocolo para a perícia da agressão sexual se dá pela resposta de uma série de quesitos capazes de auxiliar na determinação do tipo penal, suas qualificações ou agravantes, além de uma perícia criminal do local onde ocorreu o fato, um exame da vítima e do possível agressor.

A quesitação se dá nos seguintes termos¹⁴⁹:

- 1) se há vestígios do ato libidinoso (com a especificação em caso positivo);
- 2) se há vestígios de violência, e, no caso afirmativo, qual o meio empregado;

¹⁴⁷ BRASIL. **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: 07 jun. 2013.

¹⁴⁸ *Idem, ibidem*.

¹⁴⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 9 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2012. p. 254.

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, têm-se como pontos importantes a serem observados, o histórico da agressão (que deve ser relatado nas palavras da própria vítima), e os exames objetivos (quanto às lesões sugestivas de violência) e subjetivos (condições psíquicas da vítima que possam apontar desenvolvimento mental incompleto ou transtorno mental) a fim de determinar a ocorrência de coito vaginal, anal, oral, ou a introdução de objetos.

Em se tratando de exame clínico no caso de abuso sexual de crianças, há certas manifestações da criança vítima de abuso que devem ser levadas em conta como, por exemplo, a mudança brusca de comportamento em relação aos amigos, o medo de determinadas pessoas e lugares, a recusa ao exame, a resposta pronta e imediata (presumidamente ensaiada) negando a ocorrência do fato, o uso de expressões ligadas ao ato sexual, e a insinuação sobre práticas sexuais, dentre outros.

Fica, portanto, evidente que a constatação do estupro se dá por meio de um processo amplo e elaborado realizado por profissionais qualificados que são aptos para determinar com o mais próximo da certeza a ocorrência ou não do fato delituoso. O que demonstra uma extrema arrogância do legislador penal ao se reputar capaz de determinar em quais casos é possível abdicar do exame pericial e simplesmente predefinir a existência da violência.

5.1.2. Prova pericial indireta

É indiscutível que o legislador penal exigiu expressamente a realização do exame de corpo de delito, sendo infundada, todavia, a alegação que tal determinação viole o princípio do livre convencimento do juiz, uma vez que ela busca preservar o bem jurídico da liberdade em face da arbitrariedade do julgador, que só poderá condenar e até mesmo investigar o sujeito com base em provas periciais.

Surge, entretanto a questão em relação aos crimes sem corpo de delito. Seria impossível instaurar inquérito ou condenar um suspeito devido à ausência de vestígios? É evidente que é,

sim, possível, afinal, como aduz a redação do próprio art. 158 do CPP, está vedada apenas a confissão do acusado no suprimento do exame de corpo de delito, sendo possível a realização do exame da forma direta ou *indireta*.¹⁵⁰

Retomando-se a ideia de permanência dos vestígios materiais, em persistindo vestígios da infração, o exame de corpo de delito é dito *direto*, ou seja, a análise se dá referente a provas do próprio fato. Já quando se trata de vestígios inexistentes ou que nunca existiram, fala-se em exame *indireto* por meio de provas que se referem a outro fato, mas que por ilação levam ao fato principal.

É comum a classificação da prova testemunhal como sendo a perícia indireta mais relevante, uma vez que o art. 167 do Código de Processo Penal determina que ela suprirá a falta do exame de corpo de delito, e o já mencionado art. 564, III, b do CPP faz ressalva à nulidade também referente ao art. 167. Nesse caso, a prova se dá por interrogatório da testemunha, no qual o juiz faz perguntas relativas à materialidade do fato.

Vale ressaltar, todavia, que a doutrina médico-legal considera como prova pericial apenas aquela realizada por perito, ou seja, experto em determinado assunto. Nesse caso, a oitiva de testemunha apenas seria considerada exame indireto se fosse analisada por um perito e não pelo juiz, até porque, o exame de corpo de delito indireto também requer lavratura de auto, o que não acontece na prova testemunhal.¹⁵¹ Seriam exemplos de exame de corpo de delito indireto as informações contidas em ficha ou boletim hospitalar, isso porque a ficha hospitalar é documento particular, não tendo a mesma prerrogativa da validade que tem o documento público do auto de perícia.

Não obstante, sendo ou não perícia ou exame de corpo de delito indireto, o fato é que a prova testemunhal tem o condão de suprir a necessidade do exame (direto ou indireto) no caso de ausência de corpo de delito.

¹⁵⁰ BRASIL. **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: 07 jun. 2013.

¹⁵¹ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 44-45.

5.2 A AVERIGUAÇÃO DO FATO NA AUSÊNCIA DE PROVAS VESTIGIAIS

A averiguação do crime de estupro se dá por meio de exame de corpo de delito, nos moldes do artigo 158 do Código de Processo Penal¹⁵², já que se trata de crime que, em regra, deixa provas vestigiais na vítima.

Entretanto, como exemplifica Rogério Greco, em certas situações é impossível a realização de exame, seja porque se passou um determinado período de tempo e os vestígios se extinguiram ou porque o crime foi baseado na supracitada *vis compulsiva*, não sendo possível a comprovação em concreto da existência do uso de violência, devendo ser analisado o caso de modo que seja provado o crime por meio de outros meios existentes no ordenamento jurídico.¹⁵³

Nesses casos, não havendo possibilidade de realização do exame pericial obrigatório, o problema pode ser solucionado através da constituição de prova por meio pericial indireto (sempre seguindo as peculiaridades já discutidas), ou, no caso de absoluta impossibilidade de qualquer tipo de prova, pode-se o julgador se valer da previsão legal de supressão do exame do corpo de delito por meio de prova testemunhal.

A prova oral pode ser colhida também por meio de depoimento, tanto da vítima como do suspeito. Entretanto, em ambos os casos – e também no caso da prova testemunhal – é mister que o intérprete do direito tenha muito cuidado no momento de sopesar e atribuir os valores a cada uma dessas provas, principalmente pelos motivos a seguir analisados.

5.2.1 A constitucionalidade da prova estritamente testemunhal

A prova testemunhal se dá pela declaração, positiva ou negativa, da verdade prestada ante o julgador, por um terceiro desinteressado, que por suas percepções sensoriais é capaz de atestar sobre o acontecimento de determinado fato ou ato passado, ante o qual esteve presente.

O Código de Processo Penal legisla, em seu artigo 167, que “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe

¹⁵² BRASIL. **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: 07 jun. 2013.

¹⁵³ GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume III, 7 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 479-480.

a falta”¹⁵⁴. É apontada também como possível a supressão por meio de prova testemunhal quando a vítima se recusa a submeter-se ao exame pericial, já que não está obrigada a realizá-lo e a lei não permite o uso de condução coercitiva para a sua realização prevista no §1º do art. 201 do CPP.¹⁵⁵

Cabe ressalva ao fato de que os crimes sexuais geralmente ocorrem em lugares privados, em que as únicas testemunhas são os próprios sujeitos. Dessa forma, está aberta a possibilidade de uma condenação baseada estritamente no depoimento da parte, transformando-se o Processo Penal em um “cabo de guerra” entre vítima e acusado, cada um baseando-se unicamente na sua palavra, e vencendo aquele que melhor convencer o julgador.

Todavia, esse não é o problema mais alarmante da prova estritamente testemunhal. A incongruência com os preceitos constitucionais fundamentais é observada no momento em que esse recurso é utilizado para “comprovar” o estupro de vulnerável, afinal não é garantida ao acusado a impugnação do fato mediante produção de provas. Mostrando-se, este, ser um problema que pode trazer situações perniciosas para a realidade jurídica brasileira.

Sobre o tema, Pacelli de Oliveira apresenta opinião muito extremista ao sustentar que a prova técnica só poderá ser exigida, de fato, quando a existência de determinado elemento do crime apenas puder ser comprovada por meio de conhecimento técnico.

Na linha do que sustentamos, o estupro, por exemplo, não dependerá da prova pericial, nem quanto à efetiva existência da conjunção carnal ou de qualquer outro ato libidinoso, nem quanto à autoria, pelo exame de sêmen, quando o fato for presenciado por testemunhas. Estas, se maiores, terão certamente perfeito conhecimento acerca do ocorrido para atestar a existência de penetração não consentida e para o reconhecimento da pessoa. Nesse caso, a prova, apesar da presença de vestígios, não será especificamente técnica.¹⁵⁶

Observam-se, nessa afirmação, dois detalhes perigosos: a utilização do termo “maiores” e não “capazes”; além do grande poder que o autor confere ao depoimento das testemunhas, mesmo na presença de provas vestigiais. Não obstante, como discutido quando tratadas as provas periciais indiretas, a prova testemunhal é mero instrumento supletivo, não podendo ser tomada como prova base da existência de corpo de delito, como propõe o autor.

¹⁵⁴ BRASIL. **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: 07 jun. 2013.

¹⁵⁵ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 45

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo, Atlas, 2013. p. 429.

E não somente isso, a prova testemunhal é muito falível, e nem um pouco confiável, afinal, como já dizia a famosa expressão “cada cabeça é um mundo”. Isso se dá pois o conhecimento sensível é particular e individual, sendo diferente para cada testemunha.

Dessa forma, como explica a psicologia experimental, o testemunho é deformado pela influência das sensações, das percepções, da memorização, da imaginação, da associação de ideias e do juízo, ademais, até o modo como se dá a exteriorização do testemunho pode falseá-lo de forma significativa, tanto voluntária como inconscientemente.¹⁵⁷

Não obstante, a ideia que se tem de determinado fenômeno ou objeto é obtida por uma abstração, ou seja, a seleção de elementos, atributos ou detalhes caracterizantes desse determinado objeto, e sua consideração como um todo, apenas com base em seus aspectos mais marcantes. Logo, se essa impressão ou ideia que se tem é vaga e imprecisa, é muito comum que ao tentar se lembrar de certos detalhes, por mais que se esforce, a testemunha acabe lembrando apenas dos mais marcantes, e acabe por realizar uma exageração desses atributos, testemunhado-os em uma proporção maior do que se tem na realidade.

Outro detalhe importante quanto à prova estritamente testemunhal é a disposição do art. 202 do CPP, que determina que toda pessoa poderá testemunhar¹⁵⁸, pois surge uma discussão acerca da validade do testemunho de crianças e idosos.

A idade das testemunhas, por si só, não tem o condão de diminuir-lhes a validade, logo, todos os depoimentos podem ter valor equivalente, independente da idade das testemunhas, cabendo ao juiz no exercício do seu livre convencimento determinar a intensidade da importância de cada uma delas.

Segundo o art. 208 do Código de Processo Penal, apenas estarão livres do compromisso que alude o art. 203, os doentes e deficientes mentais e os menores de 14 anos, assim também, as pessoas ligadas ao acusado por laços afetivos ou de consangüinidade, listadas no art. 206 do CPP¹⁵⁹.

A opinião acerca da validade do depoimento infantil gira basicamente em torno do fato de as crianças não terem muita experiência de vida, o que, de fato, é essencial para o entendimento a absorção crítica dos fenômenos presenciados a fim de entendê-los.

¹⁵⁷ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 685-686

¹⁵⁸ BRASIL. **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: 07 jun. 2013.

¹⁵⁹ *Idem, ibidem*.

Justamente neste prisma têm-se dois entendimentos: um de que “na pureza de espírito das crianças, na sua ingenuidade e ausência de malícia, já se consignou que os depoimentos infantis são tidos como a exata expressão da verdade.” (RT 161/53); e outro de que, por lhe faltar a experiência de vida, a mente da criança é muito maleável e vulnerável às sugestões, não sendo incomum que a imaginação exerça domínio desta.¹⁶⁰

Destarte, como as crianças são mais vulneráveis à sugestão, e possuem uma memória que atende às expectativas do que “deveria acontecer” ou daquilo que acreditam que seus pais ou outros terceiros esperam que aconteça, é de se esperar ser sua narrativa falsa, fruto de uma distorção proposital dos fatos (mentira) ou de distorção da memória (falsa memória), apesar de decisões no sentido em que “a existência de crianças mentirosas não basta para averbar-se de suspeição geral o testemunho infantil.” (RT 262/630).¹⁶¹

Em relação à chamada “falsa memória”, Aury Lopes Jr. afirma que apesar de ambas a mentira e a falsa memória serem perigosas para a credibilidade da prova testemunhal, as falsas memórias são as mais graves, afinal, a testemunha não tem consciência de que está a deslizar no imaginário, crendo honestamente no que está relatando, justamente por se tratar de sugestão externa (ou até mesmo interna, mas inconsciente).¹⁶²

O autor nota também que é nos crimes sexuais que se tem o terreno mais perigoso para a implantação da falsa memória, tanto para a testemunha, como para a vítima. Por isso, deve-se ter muita cautela diante do depoimento infantil, especialmente no tocante a crimes contra a dignidade sexual, já que a estrutura psíquica da criança é sabidamente mais frágil que a de um adulto, sendo mais facilmente violada ou contaminada por estímulos externos, devendo, portanto, “acautelar-se contra o endeusamento desta prova”.¹⁶³

Desta forma, é comum que se diga que pouco ou quase nada pode esperar da prova criminal baseada em depoimento de menores, afinal é um absurdo pedir-lhes um testemunho verdadeiro já que são incapazes de compreender a verdade, sendo, portanto, incapazes de dizê-la.

Apesar de todo o exposto, não há real necessidade de descartar completamente o testemunho de uma criança. É justamente parte do trabalho psicológico de um perito criminal analisar se a

¹⁶⁰ CHINI, Alexandre. **Ensaio sobre o testemunho infantil**. Artigo eletrônico. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2008/12/ensaio-sobre-o-testemunho-infantil/>> Acesso em: 24 maio 2013.

¹⁶¹ *Idem, ibidem*.

¹⁶² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional** volume I. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 665-671.

¹⁶³ *Idem, ibidem*.

testemunha tem capacidade para testar, logo, cabe a realização de uma ponderação, ou seja, leva-se em conta, com certas reservas, os depoimentos de crianças, com a condição de que será aceito como expressão da verdade caso guardam coerência de depoimento e linguagem e sejam harmônicos com restante da prova e com os depoimentos de testemunhas adultas.

5.2.2. A problemática acerca da condenação com base na palavra exclusiva da vítima

Aplicam-se integralmente ao Direito Processual Penal os princípios gerais do direito probatório, notadamente na fase de execução penal, a exemplo da vedação à prova ilícita e do direito da parte de produzir prova.

Entretanto, a tutela ao direito de liberdade não se restringe à possibilidade de produção de prova, abrangendo também a aplicação do princípio probatório da audiência contraditória, uma vez que “toda prova produzida deve ser submetida ao crivo do contraditório, com oportunidade de manifestação da parte contrária”.¹⁶⁴ Percebe-se dessa forma, que tanto o acusado quanto o ofendido têm direito a manifestar-se em relação às provas produzidas.

Essa previsão é de extrema importância já que, no processo, ambos figuram pólos distintos da relação, defendendo interesses manifestamente opostos: o acusado, interessado em negar sua autoria, e o ofendido, interessado em provar a ocorrência do fato.

Nessa linha de raciocínio, Tourinho Filho defende que as palavras destes, analisadas separadamente, não merecem crédito, devendo ser aceitas com reservas pelo juiz. Para que se tenha uma decisão mais justa, as declarações das partes devem ser apreciadas em conjunto com outros elementos de convicção.¹⁶⁵

Ao avaliar o valor da palavra do ofendido, o autor explica que, à primeira vista, esta teria um grande valor e seria aceita sem reservas, afinal, ninguém melhor que a própria vítima para narrar os fatos que se sucederam. Todavia, deve-se ponderar que o ofendido, em regra, encontra-se tomado pela emoção e dificilmente será capaz de manter o afastamento necessário para a narração imparcial dos fatos.¹⁶⁶

¹⁶⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8 ed. Salvador: JusPODIVM. 2013. p.410.

¹⁶⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Manual de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 595-596.

¹⁶⁶ *Idem, ibidem.*

Inclusive, atentando à possibilidade de omissão ou acréscimo de determinados detalhes que possam desvirtuar o ocorrido, não há previsão do crime de falso testemunho¹⁶⁷ para o ofendido, já que ele não se presta a tal compromisso. Mais um motivo para que suas declarações sejam apreciadas cautelosamente.

Há certos crimes, porém, que se dão em circunstâncias sigilosas, alheias aos olhos de espectadores, não sendo possível a coleta de depoimentos testemunhais, se valendo o juiz exclusivamente da palavra do ofendido. Nesse caso, ela será de elevada importância, como observado nas seguintes decisões:

“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 desmerecê-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 aceitá-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 pelos agentes" (RT- 726/703).

Retomando como exemplo o ocorrido no reality show “BBB”, o depoimento da vítima foi irrelevante naquele caso, pois havia indícios suficientes para instauração do inquérito nas imagens gravadas pelo programa. Entretanto, se não houvesse provas (suponha-se que não houvesse câmeras nos quartos do programa, apenas nas áreas comuns da casa), e, por qualquer motivo, Monique tivesse se alegado inconsciente. Nessa hipótese não seria necessário provar ou não o seu consentimento, já que a inexistência deste é irrelevante para a caracterização do crime.

O simples fato de a vítima afirmar que estava sob a influência do álcool ingerido e que não se lembrava do que aconteceu caracterizaria o crime de estupro de vulnerável. Se essa fosse a escolha de Monique, mesmo que ela mostrasse posterior arrependimento e afirmasse seu consentimento, Daniel não teria qualquer possibilidade de defender-se da acusação, a não ser tentar provar que o fato, em si, não ocorreu.

¹⁶⁷ **Art. 342** (Código Penal): Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral.

Esse exemplo mostra que uma pessoa que tem a má sorte de se relacionar com alguém em uma festa e posteriormente é acusado pelo crime de estupro é posta no mesmo patamar de um criminoso que agride violentamente uma criança de 8 anos, por exemplo.

É evidente que em sede de dosimetria da pena, essas duas pessoas serão diferenciadas, recebendo as sentenças cabíveis a cada uma das situações, mas, nessa hipótese, a diferenciação se torna, de certa forma, irrelevante, pois o dano maior já foi realizado. Afinal de contas, independente da quantidade maior ou menor de dias de encarceramento, imaginar-se apenas um dia preso com o estigma de “estuprador” já é assustador o suficiente.

Percebe-se, portanto, que não é prudente confiar única e exclusivamente na palavra da vítima, e por conseqüente, também, do ofendido, já que ambas vêm extremamente carregadas de interesse próprio e, de maneira nenhuma deve ser tida como prova definitiva, sendo a única existente.

5.3. DA EXIGIBILIDADE DO LAUDO PSICOLÓGICO COMO SOLUÇÃO PARA AS INFRAÇÕES QUE NÃO DEIXAM VESTÍGIOS FÍSICOS E A OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS PENAIIS

Como já aludido anteriormente, a intervenção pericial no crime de estupro se dá principalmente para que os expertos possam atentar para o estado mental tanto do agressor quanto da vítima. No exame do agente observa-se, também, a sua capacidade de entendimento do fato delituoso e sua determinação de acordo com esse entendimento.

O estudo dos limites normais, biológicos e legais da capacidade civil e da responsabilidade penal se dá por meio da Psicologia Forense. O psicopatologista forense é o único capaz de realizar a perícia psicológica, uma vez que à autoridade judiciária não cabe fazer prognóstico ou diagnóstico de ordem médica. Fica, portanto, adstrita única e exclusivamente ao perito a incumbência de elucidar questões relativas à capacidade das partes no processo.¹⁶⁸ Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal no RTJ 63/70:

O art. 149 do C. Pr. Pen. Expressa que, em havendo qualquer dúvida sobre a integridade mental do acusado, será este submetido a exame pericial. Trata-se de meio legal de prova, que não pode ser substituído nem mesmo pela inspeção pessoal

¹⁶⁸ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 643

do juiz, que, sobre a saúde psíquica do réu, só poderá formar juízo em laudo psiquiátrico produzido por médicos especialistas.

Em discussão acerca da validade do depoimento de crianças Croce e Croce Jr. consideram que não merece crédito o depoimento infantil, contudo, após a realização de perícia psicológica por especialista para averiguar a credibilidade do testemunho, não há que se recusar sistematicamente o testemunho das crianças, mas sim, analisar cautelosamente e utilizar-se das informações que forem coerentes com outras provas judiciais.

A criança admite a existência real tão somente para aquilo que lhe interessa; assim, apenas o que é sentido pela criança é verdadeiramente aceito e integrado na personalidade. Além disso, tem a criança capacidade de fundir a realidade com a fantasia, animando o inanimado, que adquire vida e passa a integrar a *sua* verdade. [...] a criança imita o adulto e se identifica com eles. Desse modo, aprendem a mentira com os *adultus*, pois estes mentem para as crianças cotidianamente. E desde então entregam-se com frequência à mentira, apenas por mentir, ou por solidariedade, vaidade, vingança etc.¹⁶⁹

No mesmo sentido, os autores tratam o depoimento dos velhos, aqui não mais na ótica do histórico de mentiras, mas sim do gradativo enfraquecimento da memória, que conserva viva a lembrança do passado, mas esquece os fatos mais recentes. Apontam também como solução o exame pericial (somatopsíquico) para não haver recusa total do depoimento do idoso.

Observa-se, portanto, que, no direito probatório, é inconsequente a previsão de descarte preliminar de qualquer tipo de prova. O fato de o legislador acreditar que determinada prova estará descomprometida com a verdade não implica que o perito (leia-se especialista no assunto) não será capaz de determiná-la como tal. Por muitas vezes é exatamente o oposto que ocorre, os julgadores e intérpretes do direito acreditam veementemente em uma prova, que futuramente é dita inválida pelos peritos.

Como leciona Luigi Ferrajoli, nenhuma prova é inteiramente adequada sem que se mostrem infrutíferas todas as suas possíveis contraprovas e negações, afinal, a principal condição epistemológica da prova é a “falsificação da hipótese acusatória experimentada pelo poder da parte interessada em refutá-la”. Dessa forma, em nome do princípio da tutela de presunção da inocência, o processo investigativo deve se fundar no conflito ritualizado entre as partes contrapostas. E para que a disputa se desenvolva lealmente, a máxima da paridade de armas reputa necessária a perfeita igualdade entre as partes, ou seja, defesa e acusação devem ter os mesmos poderes e as mesmas capacidades.¹⁷⁰

¹⁶⁹ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 689

¹⁷⁰ 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. p. 564-565.

Observa-se, portanto, que pautar-se na ideia de presunção absoluta de violência é não somente impedir que a parte acusada se manifeste acerca da alegação da conduta a si imputada (negação), como também impossibilitar por completo a chance de produção de novas provas que demonstrem infundada a adequação típica (contraprova). Isso, então, configura a violação do princípio da presunção do estado de inocência como também do contraditório, uma vez que não se garante a paridade de armas.

Logo, mostra-se de fundamental importância a realização de exame psicológico, pois não fazê-lo seria sem sombra de dúvidas uma afronta aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

Basear a condenação de uma determinada pessoa unicamente em uma ficção legal, como no caso da presunção de violência é incorrer no mesmo dilema abordado pelo conto *Minority Report*. A sua história se passa em um futuro onde os crimes nunca acontecem, pois uma divisão especial da polícia tem acesso (por meio de visões paranormais) a informações de crimes que ainda não aconteceram, sabendo exatamente quando ocorrerá e quem serão a vítima e o agressor, realizando a detenção do culpado antes que o crime se concretize.

Surge então a questão: como punir uma pessoa por um fato sem que se tenha certeza de que ele não se daria de outra forma? É semelhante à questão da presunção, principalmente no caso em que não há perícia. Afinal, simplesmente fecham-se os olhos para a possibilidade de que em certos casos pode ser que o esperado não ocorra.

E não é só. O próprio conto demonstra a falha de qualquer sistema baseado em uma previsão do futuro. Por mais perfeito que seja o sistema, é sempre possível haver falhas, como, por exemplo, os “relatórios minoritários”, ou seja, aqueles que previam um resultado divergente dos outros e eram simplesmente descartados por assim ser mais conveniente.

Do mesmo modo se dá a presunção de violência nos crimes de estupro de vulnerável. Não é só porque a maioria dos crimes se dá resultante em violência que todos os outros também se darão. Acreditar nisso é o equivalente a crer que só porque uma moeda lançada ao ar 100 vezes caiu com a face numerada voltada para cima em todas as vezes, a probabilidade de ela cair assim novamente passa a ser de 100%.

A única forma de se saber ao certo se se configurou ou não o crime de estupro é inevitavelmente o laudo psicológico, pois apenas ele terá o poder de ir além do que os olhos humanos são capazes de enxergar e encontrar os vestígios deixados pelo abuso sexual, afinal,

o simples fato de determinada conduta não ter se materializado no mundo “real”, não significa que não existam provas da sua existência na mente da vítima, ou seja, no mundo psicológico.

Deixar de fazer uso de uma prova tão rica como o laudo psicológico em função de uma mera convenção jurídica não só fere a ideia de justiça que se defende em todo o ordenamento, como também denota uma insuficiência do uso de todos os recursos disponibilizados ao julgador para alcançar a melhor verdade e julgar segura e conscientemente, certo de aquele é o melhor resultado que se poderia alcançar.

A grande aversão social à ideia de liberdade sexual do menor e suas infortunas consequências jurídicas, como apontadas nessa pesquisa, se dão pela associação do estupro de vulnerável à pedofilia. Todavia, vale ressaltar que todo pedófilo é, sim, abusador sexual, mas nem todo abusador sexual (leia-se, no caso, suspeito de abuso sexual) é pedófilo.

A confusão é compreensível, já que, no Brasil, é a partir do crime previsto no 217-A do Código Penal que se dá o combate à pedofilia. Todavia, como indica a própria classificação da Organização Mundial de Saúde, pedófilo é aquele que, por transtorno, tem persistente ou predominante preferência sexual por crianças pré-pubescentes; que apresenta idade superior a 16 anos; e é pelo menos 5 anos mais velho que a criança¹⁷¹. Logo, nem toda conduta que, hoje, se enquadra no estupro de vulnerável tem justificativa plausível para uma punição tão severa e a impossibilidade de negação do crime por meio da produção de prova. Isso só ocorre devido à tentativa de punir os chamados atos pedófilos (praticados por portadores ou não de transtorno sexual).

A pedofilia tem como característica um grande polimorfismo fenomenológico, sendo difícil traçar um perfil nítido da personalidade de um pedófilo, todavia, eles costumam apresentarem-se participativos, cooperativos, servirem de companhia, ingressar no ambiente familiar da vítima, e se mostrarem como sempre disponíveis, sendo uma espécie de salvador, sempre oferecendo ajuda. Através desses artifícios, a criança vai se tornando cada vez mais vulnerável. Pacientemente, o pedófilo constrói essa rede de maneira tão consciente e detalhada, que a criança praticamente não percebe a situação que está sendo arquitetada e como ela está sendo envolvida.¹⁷²

¹⁷¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION. **The ICD-10 Classification of Mental and Behavioural Disorders**. Geneva, 1993. Disponível em: <<http://www.who.int/classifications/icd/en/GRNBOOK.pdf>> Acesso em: 05 jun. 2013

¹⁷² TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia: aspectos psicológicos e penais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 28.

Os pedófilos tendem a escolher crianças que mostram maior grau de vulnerabilidade, que são bem mais infantis, inocentes, não muito conscientes do mundo que as cerca, e que se mostram imaturas para a sua idade. Os agressores se aproveitam de características como a falta de confiança, a baixa auto-estima e a falta de supervisão parental, pois, devido a elas, as crianças acabam cedendo às investidas do adulto com medo de perder a “amizade” (que se torna muito importante para elas), e se acham no compromisso de retribuírem a ajuda propiciada pelo pedófilo, em uma relação de débito e crédito.¹⁷³

Os abusos sexuais são estrategicamente mantidos em segredo pelo pedófilo, que se utiliza da confiança nele depositada pela criança e pede que essa mantenha a relação apenas entre eles. Por isso as vítimas geralmente são crianças menores (que às vezes nem aprenderam a se expressar verbalmente com clareza), já que, assim, se torna menos provável que elas rompam o segredo.¹⁷⁴

Retomando-se a hipótese citada anteriormente, é facilmente percebível que em uma relação entre um casal de 18 e 13 anos, por exemplo, não há, em regra, qualquer uma das características apontadas para um perfil de pedofilia, inclusive porque essas situações não se dão em sigilo, sendo muitas vezes conhecidas pelos pais dos adolescentes.

Em momento algum se visa, com esse estudo, defender a licitude do abuso sexual de jovens apenas pelo fato de eles não serem vítimas de pedofilia, mas simplesmente demonstrar que, apesar de suscetíveis à coação moral de um agressor, jovens adolescentes não apresentam a mesma vulnerabilidade de uma criança e podem, em sua grande maioria, se autodeterminar sexualmente, sendo válido (quando existente) o seu consentimento com o ato sexual.

Mostra-se, portanto, extremamente plausível, nesses casos, a possibilidade de análise da ocorrência do crime por meio de exame psicológico. Entretanto, deve-se levar em consideração que, apesar de indiscutivelmente melhor que a simples presunção, o exame psicológico não é perfeito.

Ao se tratar sobre o depoimento das crianças (tanto quanto como testemunhas, quanto como vítimas), destacou-se o perigo das falsas memórias. Entretanto, apesar de serem muito mais comuns os casos em que os fatores exógenos que distorcem a memória das crianças são os

¹⁷³ TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia: aspectos psicológicos e penais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 28

¹⁷⁴ *Idem, ibidem*.

próprios familiares, como nos casos da prática de alienação parental¹⁷⁵, é digno de destaque que essa distorção pode ser feita pelo próprio perito, por isso reputa-se relevante o cuidado na realização do procedimento pericial do laudo psicológico.

A neutralidade da *praxis* não constitui tarefa fácil, pois todo profissional é um ser humano com história, preferências e relutâncias, com sentimentos contraditórios de amor e de ódio. Entretanto, o distanciamento epistêmico é *conditio sine quo non* para que se possa extrair dos fatos - ou melhor, da memória dos fatos - aquilo, e somente aquilo que efetivamente corresponde aos fatos. Tudo o mais insere-se num panorama que, mesmo destinado a auxiliar a criança, se transforma em algo que ataca e depõe contra a fidedignidade e a credibilidade daquilo que justamente se busca proteger.¹⁷⁶

Maior cuidado ainda deve-se ter quando o entrevistador tem em seu passado um histórico de abuso ou qualquer tipo de violência, já que o total distanciamento valorativo, nesse caso, é ainda mais utópico.

Como já citado, a criança tende a responder o que ela acha que “deve ser” ou aquilo que acha que o adulto quer ouvir, portanto, a repetição de perguntas pode ser interpretada pela criança como a tentativa de ser obter uma resposta positiva, e, para agradar o adulto, a criança acaba respondendo de acordo com o que acredita ser sua expectativa. Esse fenômeno pode ser observado tanto na mesma entrevista, como quando a criança é interrogada diversas vezes por órgãos do sistema de Justiça, o que aumenta a probabilidade de falso relato.

Ao tratar sobre alguns mitos e realidades em relação ao exame psicológico, Jorge Trindade esclarece questões acerca das afirmações que “os psicólogos sempre conseguem identificar quando a criança foi vítima de abuso”, “as crianças sempre inventam histórias de abuso sexual”, e “testes psicológicos, por si só, não definem o abuso ou a pedofilia”.

A respeito da primeira afirmação, o autor reputa ser muito difícil a identificação da ocorrência ou não do abuso sexual quando da ausência de elementos objetivos que a comprovem, todavia, nota que, hoje, com o avanço das técnicas de identificação do abuso e com mais recursos para combatê-lo, é muito mais provável que esses crimes deixem de permanecer no

¹⁷⁵ **Síndrome de Alienação Parental** (SAP), também conhecida pela sigla em inglês PAS, é o termo proposto por Richard Gardner, em 1985, para a situação em que a mãe ou o pai de uma criança a treina para romper os laços afetivos com o outro cônjuge, criando fortes sentimentos de ansiedade e temor em relação ao outro genitor. Os casos mais frequentes da Síndrome da Alienação Parental estão associados a situações onde a ruptura da vida conjugal gera, em um dos genitores, uma tendência vingativa muito grande. Quando este não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, vingança, desmoralização e descrédito do ex-cônjuge. Neste processo vingativo, o filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/o-que-e>> Acesso em: 06 jun. 2013.

¹⁷⁶ TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia: aspectos psicológicos e penais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 59-60.

anonimato, afinal, tanto a Psicologia como a própria sociedade aprimoraram os meios de detecção do abuso sexual infantil.¹⁷⁷

Quanto ao fato de as crianças sempre mentirem a respeito de abusos sexuais (tema já discutido anteriormente) o autor descarta a possibilidade, pois mesmo com uma imaginação muito fértil, as crianças não fantasiam abusos sexuais, justamente por não terem motivos para tal. A única hipótese em que a criança mentir a respeito de um fenômeno como este seria no caso de uma profunda perturbação psicológica, como é o exemplo das falsas memórias implantadas na sua mente, possíveis de causar uma ruptura ou inconsistência com a realidade.¹⁷⁸

E, por fim, apesar de reconhecer a importância dos testes psicológicos como identificadores dos perfis da criança, dos pais e até para a avaliação da personalidade do abusador ou pedófilo, Trindade deixa claro que o laudo psicológico, por si só, não comprova a materialidade do abuso sexual, sendo apenas instrumento técnico e científico que, apesar da sua grande utilidade, devem sempre ser considerados em conjunto com outros elementos, nunca sendo uma prova isolada acerca da existência do crime.¹⁷⁹

Chega-se, então, a um embate em relação às suspeitas de estupro de vulnerável sem corpo de delito. Se o exame psicológico não pode ser a única prova de existência do crime, dever-se-á seguir a solução encontrada pelo Direito do suprimimento pericial por meio de prova testemunhal. Cabe, assim, a pergunta: dos males, qual o menos pior?

A melhor solução seria, sem dúvidas, a utilização dos dois meios de prova: a testemunhal para que se fosse iniciado o processo investigativo e o laudo pericial psicológico como meio de contraprova nos casos em que o menor se mostrar consciente da sua liberdade sexual, já que é inconcebível condenar um indivíduo por um crime de estupro sem que haja qualquer tipo de violência durante o ato consensual, simplesmente porque o legislador, cedendo às pressões moralistas da sociedade, assim decidiu.

A cisão entre o pensamento jurídico e as justificativas teleológicas da Moral vem sendo preconizada desde o século XV através do fenômeno da “Secularização”, que sustentava o afastamento dos ideais do clero no processo de produção das ciências. A fusão entre Direito e Moral tem consequências fortes, principalmente na seara do Direito Penal, uma vez que se

¹⁷⁷ TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia: aspectos psicológicos e penais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010 p. 71-77.

¹⁷⁸ *Idem, ibidem.*

¹⁷⁹ *Idem, ibidem.*

tem como corolário lógico a ideia de delito como um pecado.¹⁸⁰ Dessa forma, se desde há muito se sustenta que a sanção penal não pode ter um forte cunho moral, não há motivos para limitar a liberdade sexual dos indivíduos só porque parte da sociedade a considera moralmente condenável.

Como já mencionado, é inegável – por mais que os pais tentem fechar os olhos a respeito da sexualidade dos seus filhos – que, hoje, é possível observar a ocorrência de uma revolução sexual, devido, justamente ao declínio da autoridade parental e tantos outros fatores, como a erotização da mídia e a facilidade de acesso a métodos contraceptivos. Todavia, nota-se que na atual geração, diferentemente da geração da década de 60, não se encontram mais os ideais revolucionários nas atitudes dos jovens, o que denota que a precocidade do comportamento sexual não é uma forma de rebeldia, mas tão somente uma forma de expressão da sua liberdade.¹⁸¹

Isso posto, é impossível tentar barrar uma decorrência natural da própria evolução da sociedade. E mais, tentar legislar sem levar em consideração o que ocorre na realidade diária é o equivalente a querer “tapar o sol com uma peneira”, achando que, só porque existe uma lei proibindo a prática sexual antes dos 14 anos, ela magicamente deixará de acontecer. O que se pode fazer é garantir que os adolescentes tenham sempre acesso à informação e disseminar a ideia da prática sexual segura e consciente.

Afinal de contas, se o Estado Social de Direitos se funda na proteção de valores como a liberdade e a dignidade da pessoa humana, ambos corolários da ideia de livre desenvolvimento da personalidade, não há motivo algum que justifique a intervenção do Direito Penal a ponto de restringir tão severamente o foro íntimo pessoal dos indivíduos, impondo-lhe nortes morais e éticos. Essa atitude é condenável, ainda, porque a sexualidade é uma característica intrínseca de cada pessoa e deve ser respeitada e preservada, principalmente nos casos dos adolescentes, que ainda não atingiram seu estágio final da maturidade sexual, pois esta só será totalmente alcançada e descoberta com o exercício do livre-arbítrio.¹⁸²

Por isso, a ideia de proteção do desenvolvimento sexual não deve ser confundida com a proibição da prática sexual. O nível de discernimento sobre as relações sexuais varia em

¹⁸⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002. p. 5-12.

¹⁸¹ CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência Sexual Presumida**. Curitiba: Juruá. 2004. p. 93-95.

¹⁸² *Idem, ibidem*.

diversos graus (inclusive entre adultos), o que comprova que a idade não é indicador de maturidade. Dessa forma, fica claro que a melhor forma que o juiz poderá encontrar para determinar a vulnerabilidade do jovem não é prova pré-constituída da presunção, mas, o exame psicológico.

De fato, existem diversas situações em que o operador do Direito encontra um problema do qual não tem o necessário conhecimento, mas que os profissionais da Psicologia muito têm a oferecer ao caso. E o oposto também é verdadeiro. Os psicólogos nem sempre sabem exatamente os elementos necessários para a melhor atuação judiciária, por vezes apresentando laudos periciais incompletos ou com informações pouco relevantes, justamente por não saber lidar com aspectos normativos.

Entretanto, isso não significa que não possa haver uma harmonia entre ambas as atuações, já que a atuação jurídico-legal tem muito que ganhar com as contribuições da Psicologia em áreas nas quais o Direito apresenta dificuldades em identificar elementos psicológicos, principalmente nas hipóteses de abuso sexual como, por exemplo, a supracitada “síndrome do silêncio” (quando o pedófilo faz um pacto de sigilo com a vítima); os meios de atuação de um abusador sexual; e a exatidão ou erros de memória do depoente.

Um exemplo da necessidade de interdisciplinaridade do Direito e da Psicologia é apontado por Salo de Carvalho, tal qual na realização do juízo em relação à personalidade do acusado. Não basta que o julgador cite um elemento categórico e se esconda atrás de termos vagos e imprecisos. As decisões devem sempre ser fundamentadas, portanto, nada mais justo que seja exigida uma demonstração da metodologia utilizada e dos conceitos em que se fundou. Nesse diapasão, o autor afirma que esse campo de saber não se restringe ao jurídico e sim à psicologia, à psiquiatria e/ou a psicanálise.¹⁸³

Com base no exposto, outra grande contribuição da interdisciplinaridade entre a Psicologia e o Direito seria na investigação e julgamento do crime de estupro de vulneráveis, para que não se chegasse a decisões injustas, que não atendessem aos princípios constitucionais.

A seguir serão citadas jurisprudências relacionadas a algumas das mudanças proporcionadas pela Lei 12.015/09.

¹⁸³ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002. p. 56.

5.4 JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

A respeito da fusão dos crimes de atentado violento ao pudor e do crime de estupro em um mesmo tipo penal, tem-se como consequência a já citada extinção do concurso de crimes, todavia, isso não implica em *abolitio criminis*:

Tribunal de Justiça de Goiás – 2ª Câmara

Apelação Criminal. Delitos de estupro e atentado violento ao pudor. Absolvição. Impossibilidade. Concurso material entre os artigos 213 e 214, do CP. Afastamento. Lei 12.015/09. 'novatio legis in melius'. I- Não há cogitar-se de absolvição quando comprovadas, pela prova jurisdicionalizada, em especial pela palavra da vítima, corroborada pelas provas pericial e testemunhal produzidas, a autoria e a materialidade dos crimes imputados ao réu. **II- Com o advento da Lei 12.015/09, houve a unificação dos crimes de atentado violento ao pudor e o de estupro, cujo conceito foi ampliado para abarcar os atos libidinosos diversos da conjunção carnal, sendo de rigor, nas circunstâncias, afastar a regra do concurso material de crimes, ante a retroatividade da lei penal mais benéfica.** Recurso conhecido e improvido. Sentença reformada, parcialmente, de ofício. (TJGO – Desembargadora Nelma Branco Ferreira Perilo – Apelação Criminal 37072-8/213).¹⁸⁴

Já quanto à irretroatividade do art. 217-A (estupro de vulnerável) em crimes ora julgados com base na cominação dos art. 213 (estupro) ou 214 (atentado violento ao pudor) com o art. 224 (presunção de inocência), por se tratar de norma com maior grau punitivo, não se aplicará, em nome da norma mais benéfica para o réu:

Tribunal de Justiça de Sergipe

APELAÇÃO CRIMINAL - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E ESTUPRO - LEI Nº 12.015/2009 - REVOGAÇÃO DO ART. 214 DO C.P - NOVA CAPITULAÇÃO (ART 217-A) NOVA REDAÇÃO NÃO MODIFICA O JULGADO ANTERIOR - DELITO CONSUMADO - VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS E ENTEADA DO RÉU - DEPOIMENTO DA VÍTIMA COERENTE E SINTONIZADO COM TEMPO E LUGAR-LAUDO PERICIAL QUE REVELA A MATERIALIDADE DELITIVA - SENTENÇA CONDENATÓRIA BEM CALIBRADA - PELA ADMISSÃO DO APELO, PARA NEGAR-LHE PROVIMENTO. 1 - A palavra da vítima, nesta espécie de crime, geralmente praticado às escondidas, merece relevância ímpar para a aferição de um juízo de condenação, especialmente quando vem corroborada pelo restante das provas. 2- Presença de prova convincente capaz de ensejar a condenação do acusado. **3 - Estupro de vulnerável disposto no artigo 217-A da novel lei, apenou mais severamente o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, logo, se mais grave a lei, terá aplicação apenas a fatos posteriores à sua entrada em vigor. No presente caso deve ser mantida incólume a condenação uma vez que a sentença foi proferida anteriormente à lei.** 4- Apelo Improvido. Decisão unânime.(TJSE – Desembargador Netônio Bezerra Machado – Apelação Criminal 0461/2009).¹⁸⁵

¹⁸⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. **Apelação criminal nº 37072-8/213(200903374824)** 2ª Câmara Criminal Comarca de Aparecida de Goiânia Apelante: Edemilson Mendes dos Santos. Apelado: Ministério Público. Relatora: Desembargadora Belma Ferreira Perilo. Disponível em: <http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/showacord.php?nmfile=TJ_370728213_20091105_20091125_123843.PDF> Acesso em: 06 jun. 2013.

¹⁸⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE. **Acórdão: 20099107. Apelação criminal 0461/2009** processo: 2009308839 Relator: Desembargador Netônio Bezerra Machado Apelante: Jose Roberto

Hediondez dos crimes de estupro ou atentado violento ao pudor praticados antes da Lei nº 12.015/09 quando cometidos mediante violência presumida:

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, COMETIDO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 12.015/09. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA. NECESSIDADE DE APREENSÃO. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO. **1. A partir do julgamento do Habeas Corpus nº 88.664/GO, houve uma mudança no entendimento da Sexta Turma, para que não mais se considerassem hediondos os crimes de estupro ou atentado violento ao pudor praticados antes da Lei nº 12.015/09 quando cometidos mediante violência presumida.** 2. "A não aplicação da agravante da reincidência evidencia a violação ao artigo 61, I, do Código Penal, pois inexistente a inconstitucionalidade do dispositivo que a prevê. O simples reconhecimento da reincidência não importa em bis in idem, porquanto tão-só visa reconhecer maior censurabilidade à conduta de quem reitera a prática infracional, após o trânsito em julgado da sentença em que anteriormente foi condenado." (AgRg no Resp 916657/RS, Relatora Desembargadora convocada Jane Silva, DJ de 28.4.08). 3. Prevalece o entendimento na Sexta Turma desta Corte de que, para incidir a majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, é indispensável a apreensão da arma, com a posterior perícia a fim de se constatar sua potencialidade lesiva. **4. Ordem parcialmente concedida para, de um lado, afastar a hediondez do crime de atentado violento ao pudor;** de outro, afastando da condenação referente ao roubo o acréscimo decorrente do emprego de arma, reduzir as penas recaídas sobre o paciente de 14 (quatorze) anos de reclusão, e 48 (quarenta e oito) dias-multa para 12 (doze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 18 (dezoito) dias-multa, mantido, no mais, o acórdão de apelação. (STJ – Ministro Og Fernandes – Habeas Corpus 128.648).¹⁸⁶

E no tocante à situação de presunção de violência antes e após a Lei nº 12.015/09:

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. REVOGAÇÃO PELA LEI Nº 12.015/09. NOVATIO LEGIS IN PEJUS. ABOLITIO CRIMINIS INEXISTENTE. **1. A presunção de violência, anteriormente prevista no art. 224, alínea a, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual da menor de quatorze anos, em face de sua incapacidade volitiva, sendo irrelevante o seu consentimento para a formação do tipo penal do estupro.** 2. Embora a Lei nº 12.015/09 tenha retirado do texto penal incriminador a figura da violência presumida, não se verifica, na espécie, hipótese de *abolitio criminis*, já que o novo texto legal, que substituiu o art. 224, alínea a, do Código Penal, impõe uma obrigação geral de abstenção de conjunção carnal e de ato libidinoso com menores de 14 anos – art. 217-A, do mesmo Diploma Repressivo. 3. Ordem denegada. (STJ – Ministro Felix Fisher – Resp 1.102.005).¹⁸⁷

Paixao dos Santos Advogado(a): Eclie Santos Ferreira Apelado: Ministério Público Do Estado De Sergipe. Disponível em:

<<http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp.numprocesso=2009308839&tmp.numacordao=20099107>> Acesso em: 06 jun. 2013

¹⁸⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus nº 128.648-RJ (2009/0027603-3)**. Relator:

Ministro Og Fernandes. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=6300334&sReg=200900276033&sData=20091103&sTipo=51&formato=PDF> Acesso em: 06 jun. 2013.

¹⁸⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.102.005-SC (2008/0257085-1)**. Relator:

Ministro Felix Fisher. Disponível em:

Observa-se, com esse último julgado, portanto, que apesar de diversas mudanças positivas proporcionadas pela Lei 12.015, nem todas foram benéficas para as partes do processo. A revogação do art. 224 e sua conseqüente sedimentação da absolutividade da presunção de violência, acabou refletindo apenas o ideal de moralidade da sociedade tradicionalista, e não o melhor interesse para o réu, nem tão pouco para a vítima.

Posição semelhante teve o Superior Tribunal de Justiça, no caso em que um acusado de estuprar garotas de 12 anos foi, em 1ª instância, absolvido do crime ao entender o juiz que, por se tratarem de prostitutas, houve consentimento por parte das meninas (que já não apresentam a inocência e podem se autodeterminar sexualmente). Todavia, em 2ª instância, o STJ decidiu que toda a relação sexual com menor de 14 anos é considerada estupro - mesmo se houver consentimento da vítima. Em verdade, a decisão foi posteriormente anulada pelo próprio Tribunal, todavia, não foi devido ao seu fundamento, mas pelo simples fato de que o recurso que deu origem à decisão foi interposto intempestivamente.¹⁸⁸

Em relação à relativização da presunção observada no caso, Mário da Silva se posicionou no seguinte viés:

Voltamos a um passado tenebroso, quando o código civil definia duas categorias de mulheres: as mulheres "honestas" e as outras...

Então ficamos assim: uma criança que é abusada por um adulto e compelida a se prostituir, além de não ser amparada pela justiça brasileira, ainda corre o risco de ser criminalizada, talvez, por "corrupção de maiores"¹⁸⁹

O autor considera absurda a ideia de que uma criança possa ter sua proteção sexual revogada no caso em que claramente percebe-se não haver inocência no seu comportamento. Todavia a pergunta que se deve fazer é: houve de fato abuso ou parte-se do pressuposto que só porque se trata de criança ele se concretiza? O adulto que, conhecendo a “fama” da prostituta a procura de boa-fé, pratica o ato com consentimento e em momento algum faz uso de violência deve responder por crime pelo simples fato de a criança ser menor? Porque aqui nem se pode mais falar em vulnerabilidade, uma vez que a prostituição das garotas é fato notório, conhecido inclusive pelas mães das mesmas.

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=6164928&sReg=200802570851&sData=20091019&sTipo=91&formato=PDF> Acesso em: 06 jun. 2013.

¹⁸⁸ **STJ anula decisão sobre estupro de meninas de 12 anos.** <<http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/stj-anula-decisao-sobre-estupro-de-meninas-de-12-anos,06cfdc840f0da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>> Acesso em: 07 jun. 2013.

¹⁸⁹ SILVA, Mário Alves da. **STJ absolve acusado de estuprar garotas de programa de 12 anos.** Disponível em: <<http://tribunadacidade.ning.com/profiles/blogs/stj-absolve-acusado-de-estuprar-garotas-de-programa-de-12-anos>> Acesso em: 07 jun. 2013

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi observado que, por viver em íntima ligação com os demais ramos do Direito, o Direito Processual Penal apresenta uma série de princípios e garantias fundamentais que devem seguir de norte para a atividade jurídica.

O devido processo legal divide-se doutrinariamente em duas perspectivas: uma formal fundada nos ditames legais e uma material ou substancial voltada para o campo da elaboração normativa e da atuação jurisdicional

O princípio do duplo grau de jurisdição apesar de não está expressamente contemplado na atual Constituição Federal, encontra-se positivado no Pacto de São José da Costa Rica e assegura a possibilidade de revisão das decisões do juízo *a quo* através de um sistema de recursos.

O princípio da vedação à prova ilícita invalida as provas obtidas mediante violação de preceito material (legal ou constitucional). Mas não só isso, porque, o princípio não se restringe à esfera do imediatismo. A inadmissibilidade se estende também às chamadas provas ilícitas por derivação.

A garantia contra a autoincriminação alicerça-se na garantia constitucional ao silêncio, não delimita os sujeitos do direito e se estende a todos os sujeitos do processo, inclusive, por exemplo, as testemunhas.

A presunção de inocência deve ser interpretada como um “estado de presunção de inocência”, não podendo, o réu, sofrer nenhuma restrição pessoal pelo simples fato da possível condenação.

O princípio do contraditório, hoje, com a paridade de armas, busca a efetivação da igualdade processual, envolvendo a garantia de influir em qualquer processo, sendo autor ou réu. Já a ampla defesa, na mesma linha, efetiva-se ao dividir-se em defesa técnica e autodefesa.

A proporcionalidade pode ser vista como a incessante busca pelo equilíbrio ente os interesses conflitantes, não buscando evitar apenas a sanção penal desproporcionalmente excessiva, mas também a resposta penal muito aquém do seu efetivo merecimento. Para isso, se decompõe em três sub-princípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu*.

Após a realização do apanhado principiológico, foi possível analisar melhor a mudança realizada pela alteração legislativa proporcionada pela lei 12.015/2009. As maiores alterações

se deram no Título relativo à Dignidade Sexual no Código Penal, que visa proteger a liberdade sexual dos indivíduos.

Primeiramente, notou-se a mudança da denominação do título, ora chamado “Dos crimes contra os costumes”. Em seguida, a unificação dos tipos penais do estupro e do atentado violento ao pudor em um só tipo penal. Observou-se que essa fusão da tipificação é recorrente no ordenamento penal de outros países, mostrando-se uma tendência legislativa. No ordenamento brasileiro, essa unificação trouxe mudanças positivas como a ampliação do sujeito passivo do crime, agora não mais apenas a mulher, mas qualquer pessoa. Outra consequência foi a impossibilidade do reconhecimento do concurso material de crimes entre os atos libidinosos (não preparatórios para a conjunção carnal) e o estupro. Além disso, a fusão trouxe uma grande dificuldade na caracterização da tentativa no crime de estupro, já que a maioria dos atos tentados já configura atos libidinosos diversos.

Ainda no tocante à consumação e tentativa, observou-se a desproporção entre o tratamento da vítima de estupro e o vulnerável, uma vez que para alguns autores, a consumação do crime de estupro se dá apenas quando houver resistência ao ato sexual, devendo realizar fisicamente um efetivo bloqueio das investidas do agressor pela própria vítima, enquanto a vítima vulnerável será sujeito passivo inclusive quando o ato sexual for consentido por esta.

Visitou-se então a discussão acerca do antigo artigo 224 do CP, que previa a presunção de violência nos crimes que hoje configuram o estupro de vulnerável. Tanto quanto à sua natureza (se absoluta ou relativa), quanto a sua permanência implícita no novo artigo 217-A do CP. Concluiu-se que, antes da reforma, a presunção era relativa, mas que a revogação do artigo 224 do CP transformou-a em absoluta, uma vez que nem sequer possibilita a discussão acerca da ocorrência ou não de violência.

Nessa linha de raciocínio, foram analisadas as possíveis consequências de ambos os lados da doutrina (o que defende a extinção total da presunção, e o que sustenta sua subsunção no instituto da vulnerabilidade). Em defesa da extinção do art. 224 do CP, a doutrina aponta que estariam extintos os crimes ocorridos antes da reforma já que com o benefício da retroatividade da lei penal mais benéfica, ela se aplicaria aos processos em curso e os já julgados, ainda em execução. Dessa forma, por desaparecer o elemento da violência nos crimes violência presumida, não haveria encaixe perfeito exigido pelo princípio da legalidade.

Observou-se em seguida o contexto em que se deram as mudanças pela Lei 12.015/09 e conclui-se que legislador penal cedeu ao chamado alarme social, ou seja, a pressão da

sociedade para que punisse mais severamente os crimes sexuais que envolvessem crianças e jovens. Essa atitude do legislador é facilmente observada na comparação entre a cominação das penas-base do art. 213 e 217-A do Código Penal, que se mostram extremamente desproporcionais, primeiro por apresentar cominação mínima alta e segundo por não possibilitar uma melhor adequação da conduta leve e levíssima de atos libidinosos, pois, ao utilizar um termo amplo, acaba por abarcar diversas condutas no crime de estupro e as punir como se crimes hediondos fossem.

Sugeriu-se que fosse seguido o exemplo das legislações alienígenas e além de aumentar a margem de cominações das penas, permitindo ao julgador um melhor atendimento aos princípios constitucionais na dosimetria da pena; que fossem criados novos tipos intermediários para condutas que mereçam a intervenção do Direito Penal, mas não sejam tão graves a ponto de merecer o mesmo tratamento do estupro violento. Este último, todavia, que se observa no projeto de novo Código Penal, atualmente tramitante nas Câmaras Legislativas.

Por fim, em apertado resumo, se estudou como se dá a gestão da prova nos crimes de estupro, tanto nos casos em que hajam vestígios materiais, quanto nos casos onde estes sejam inexistentes, problematizando acerca da previsão do art. 167 do Código de Processo Penal e a constitucionalidade de uma condenação baseada estritamente no depoimento da parte, assim como da testemunha, principalmente em se tratando de uma situação onde ocorre uma ficção jurídica de presunção de violência, não sendo possível determinar se tenha ou não ocorrido o crime, já que não há corpo de delito.

Conclui-se, enfim, que a melhor solução para o problema apresentado seria a exigibilidade da realização de exame psicológico por perito especializado, pois só assim seria possível a constatação da ocorrência ou não do crime, já que mesmo sendo crime que não deixou vestígio, é possível encontrar os vestígios deixados pelo abuso sexual, afinal, o simples fato de determinada conduta não ter se materializado no mundo “real”, não significa que não existam provas da sua existência na mente da vítima, ou seja, no mundo psicológico.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Código Penal Alemão**. apud GAMBONI, Carla da Costa. Da (des) proporcionalidade da pena ênfase no crime de estupro de Vulnerável – um olhar sobre a tutela (violação?) do Estado aos princípios constitucionais. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). PUCRS: Porto Alegre. 2012. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/carla_gamboni.pdf> Acesso em: 24 maio 2013

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.

ARGENTINA. **Código penal de la nación Argentina**. Buenos Aires: 1984. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/textact.htm>> Acesso em: 24 maio 2013.

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, 2011.

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: 07 jun. 2013.

_____. **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: 07 jun. 2013.

_____. **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: 07 jun. 2013.

_____. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 11 de jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 07 jun. 2013.

_____. **Decreto-lei nº 2848** de 07 de dez. de 1940. Exposição de motivos da parte especial do código penal. Vade Mecum acadêmico-forense. 2ed. São Paulo: Edições Vértice, 2006.

_____. **Emenda Constitucional nº 45**. Brasília, DF: Senado, 30 dez 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> Acesso em: 07 jun. 2013.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Senado, 13 de jul. de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 24 maio 2013.

_____. **Lei nº 11343**, de 23 de ago. de 2006. Brasília, DF: Senado. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 07 jun. 2013.

_____. **Lei nº 11705**, de 23 de set. de 1997. Brasília, DF: Senado. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111705.htm> Acesso em: 07 jun. 2013.

_____. **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/112015.htm> Acesso em: 25 set. 2012.

_____. **Lei nº 8072**, de 25 de jul. de 1990. Brasília, DF: Senado. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm> Acesso em: 07 jun. 2013.

_____. **Lei nº 9296**, de 24 de jul. de 1996. Brasília, DF: Senado. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm> Acesso em: 07 jun. 2013.

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

CARLYLE JÚNIOR. **Delegado continua investigação de BBB como estupro de vulnerável**. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/noticias/delegado-continua-investigacao-de-bbb-como-estupro-de-vulneravel-20120117.html>> Acesso em: 25 mar. 2013.

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência Sexual Presumida**. Curitiba: Juruá. 2004.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002.

CHINI, Alexandre. **Ensaio sobre o testemunho infantil**. Artigo eletrônico. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2008/12/ensaio-sobre-o-testemunho-infantil/>> Acesso em: 24 maio 2013.

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

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

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

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, v.1. 15 ed. Salvador: JusPODIVM. 2013.

ESPAÑA. **Código Penal da Espanha**. Madrid, 2011. Disponível em: <<http://despachobogados.fullblog.com.ar/indice-codigo-penal-espanol-2011-actualizado.html>> Acesso em: 24 maio 2013.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. 8 ed. Campinas: Bookseller. 2006.

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.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 9 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2012.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Paris, 26 ago. 1789. Disponível em: <www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem> Acesso em: 12 nov. 2012.

GAMBOGI, Carla da Costa. **Da (des) proporcionalidade da pena ênfase no crime de estupro de Vulnerável – um olhar sobre a tutela (violação?) do Estado aos princípios constitucionais**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). PUCRS: Porto Alegre. 2012. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/carla_gambogi.pdf> Acesso em: 24 maio 2013.

GOMES, Ademário Castro. **Da inexistência do crime de estupro e atentado violento ao pudor com a supressão da violência presumida pela lei nº. 12.015 de 2009**. Artigo Científico (Especialização em Direito Penal e Processo Penal). Escola de Magistrados da Bahia. Salvador: 2010.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

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

_____. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III**. 7ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

IMPÉRIO DO BRAZIL. **Constituição Política Do Imperio Do Brazil** de 25 de mar. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm> Acesso em: 07 jun. 2013.

JORGE, Paulo César Bandeira de Melo. **Os novos tipo penais estupro e estupro de vulnerável (Lei nº 12.015/2009): Principais alterações.** Artigo Científico (Especialização em Direito Penal e Processo Penal). Escola de Magistrados da Bahia. Salvador: 2010.

KELLER, Daniel. Dos crimes contra a dignidade sexual. **II Seminário de Ciências Criminais do Patronato de Presos e Egressos.** Salvador, 27 out. 2012.

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal.** 6 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional** volume I. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

MALULY, Jorge Assaf. **Comissão do Senado perdeu a chance de aprimorar o CP.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-20/jorge-maluly-comissao-senado-perdeu-oportunidade-melhorar-cp>> Acesso em: 05 maio 2013.

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

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal.** 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 10 ed. São Paulo: RT, 2010.

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

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

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro,** parte especial, v. 2. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

PRUDENTE, Neemias Moretti. **Principais Mudanças e Polêmicas: Projeto de Novo Código Penal (PLS 236/2012).** Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/neemiasprudente/2013/02/20/principais-mudancas-e-polemicas-projeto-de-novo-codigo-penal-pls-2362012/>> Acesso em 05 maio 2013

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

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 21 ed. São Paulo: Atlas. 2013.

SILVA, Bianca Geisa Santos. Violência Presumida Quanto à Idade no Crime de Estupro. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS.** Porto Alegre: Síntese, v. 2, 2002.

SILVA, Mário Alves da. **STJ absolve acusado de estuprar garotas de programa de 12 anos.** Disponível em: <<http://tribunadacidade.ning.com/profiles/blogs/stj-absolve-acusado-de-estuprar-garotas-de-programa-de-12-anos>> Acesso em: 07 jun. 2013

STJ anula decisão sobre estupro de meninas de 12 anos.

<<http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/stj-anula-decisao-sobre-estupro-de-meninas-de-12-anos,06cfdc840f0da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>> Acesso em: 07 jun. 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus nº 128.648-RJ (2009/0027603-3).

Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=6300334&sReg=200900276033&sData=20091103&sTipo=51&formato=PDF> Acesso em: 06 jun. 2013.

_____. **Habeas Corpus nº 88420/PR**, Relator, Ricardo Lewandowski. Primeira Turma.

Julgado em 17/04/2007. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=463472>> Acesso em: 08 maio 2013

_____. **Recurso Especial nº 1.102.005-SC (2008/0257085-1)**. Relator: Ministro Felix

Fisher. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=6164928&sReg=200802570851&sData=20091019&sTipo=91&formato=PDF> Acesso em: 06 jun. 2013.

_____. **REsp 1.048.003-RS**, DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual -

Atentado Violento ao Pudor. Recorrente: Ministério Público Do Estado Do Rio Grande Do

Sul. Recorrido: Jesus Passos Ribeiro. Relatora: Ministro Laurita Vaz, julgado em 14/10/2008.

Disponível em:

<www.stj.gov.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200800800621&pv=000000000000> Acesso em: 25 set. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus Nº 78.667 - SP (2007/0053406-5)

Relatora: Ministra Laurita Vaz Disponível em:

<http://www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/hc_78667.pdf> Acesso em: 07 jun. 2013.

_____. **Informativo n. 36**, de 21 jun. 1996. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo36.htm> Acesso em: 05 maio 2013.

_____. **Informativo n. 152**, de 11 jun. 1999. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo152.htm>> Acesso em: 07 jun. 2013

_____. **Informativo n. 542**, 13 a 17 de abril de 2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo542.htm>> Acesso em 07 jun. 2013.

_____. **Súmula nº 523**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>> Acesso em: 07 jun. 2013.

_____. **Súmula nº 608**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>> Acesso em: 07 jun. 2013.

_____. **Súmula nº 708**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>> Acesso em: 07 jun. 2013.

_____. **Súmula Vinculante nº 14**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>> Acesso em: 07 jun. 2013.

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. p. 273-275.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. **Apelação criminal nº 37072-8/213(200903374824)**. 2ª Câmara Criminal Comarca de Aparecida de Goiânia Apelante: Edemilson Mendes dos Santos. Apelado: Ministério Público. Relatora: Desembargadora Belma Ferreira Perilo. Disponível em:

<http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/showacord.php?nmfile=TJ_370728213_20091105_20091125_123843.PDF> Acesso em: 06 jun. 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE. **Acórdão: 20099107. Apelação criminal 0461/2009** processo: 2009308839 Relator: Desembargador Netônio Bezerra Machado Apelante: Jose Roberto Paixao dos Santos Advogado(a): Ecliê Santos Ferreira Apelado: Ministério Público Do Estado De Sergipe. Disponível em:

<<http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp.numprocesso=2009308839&tm p.numacordao=20099107>> Acesso em: 06 jun. 2013

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. apud CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. **Apelação Crime – 0159595-7** 3ª Câmara Criminal. Relator: Renato Naves Barcelos, julgamento: 24/05/2001. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4402066/apelacao-crime-acr-1595957-pr-apelacao-crime-0159595-7-tjpr>> Acesso em: 06 jun. 2013.

TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia: aspectos psicológicos e penais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

USLEGAL. **Romeo and Juliet Law, Law & Legal Definition**. Disponível em:

<<http://definitions.uslegal.com/r/romeo-and-juliet-law/>> Acesso em: 24 maio 2013

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **The ICD-10 Classification of Mental and Behavioural Disorders**. Geneva, 1993. Disponível em:
<<http://www.who.int/classifications/icd/en/GRNBOOK.pdf>> Acesso em: 05 jun. 2013