

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**ONDINAMARA DE CASTRO TORRES**

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A PALAVRA DA VÍTIMA E O  
RISCO DA CONDENAÇÃO**

**VOLTA REDONDA**

**2018**

**FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA**  
**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A PALAVRA DA VÍTIMA E O  
RISCO DA CONDENAÇÃO**

Monografia apresentada ao Curso de  
Direito do UniFOA, como requisito para  
elaboração da Monografia Jurídica.

Aluna:

Ondinamara de Castro Torres

Orientadora:

Prof.<sup>a</sup>: Ericka Julio Batitucci

**VOLTA REDONDA**

**2018**



Fundação Oswaldo Aranha



FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

Estupro de Vulnerável: a palavra da vítima e o risco da condenação.

Elaborado por

Ondinamar de Castro Torres

apresentado

publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovada em 31 de outubro de 2018.

Banca Avaliadora:

Professor Orientador - Unifoa

Professor Avaliador - Unifoa

Professor Avaliador - Unifoa

Dedico aos meus pais Rosemary Cássia  
de Castro Torres e Cristiano Torres.

Sem o apoio e amor de vocês eu jamais  
teria chegado até o presente momento.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus por sua infinita misericórdia e força não só durante o processo de elaboração do presente trabalho, como também por toda minha vida, a qual devo completamente a Ele.

A minha orientadora que além de profissional exemplar, sempre esteve disposta a compartilhar conhecimento e me trazer tranquilidade nos momentos de dificuldade.

A minha mãe que durante todo esse período esteve ao meu lado incentivando e acreditando no meu potencial até mesmo nos momentos em que eu já havia deixado de acreditar.

Ao meu pai que não poupou esforços para que eu pudesse concluir essa etapa e só me fez ter certeza do grande exemplo de homem e pai que é. Tenho orgulho de ser sua filha!

A minha avó Marilza Silva de Castro que com todo cuidado e amor me encorajou a continuar sem me deixar abater com os obstáculos.

Ao meu avô Juarez de Castro que durante todo esse tempo caminhou lado a lado comigo, com paciência e carinho.

A minha avó Vera Lúcia Torres que apesar da distância sempre esteve

torcendo por mim e contribuindo como fosse possível. Essa conquista não é apenas minha, é sua também.

Ao meu irmão que muitas vezes abriu mão do seu espaço e vontades para que eu pudesse concluir essa etapa da minha vida.

Aos amigos da faculdade com os quais compartilhei tantos momentos de dificuldade e alegria, vocês fizeram esses anos valerem a pena.

A esta universidade, seu corpo docente, direção, administração e funcionários que sempre estiveram dispostos a contribuir e ensinar tudo aquilo que me proporcionou chegar até esse momento.

A todos familiares, tios, bisavós (*in memoriam*) e amigos que sempre manifestaram seu apoio e incentivo a esta batalha que em breve chega ao capítulo final.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a análise do processo penal que levam a condenação do réu pela conduta tipificada no artigo 217 – A do Código Penal denominada como estupro de vulnerável. Neste sentido, a efetividade da norma processual é observada à luz dos princípios e das garantias constitucionais. A problemática se desenvolve na medida em que devido à dificuldade em obter provas que fundamentem a condenação, por trata-se de crime, na maioria dos casos, clandestino, que ocorre em locais isolados, o magistrado pode amparar-se unicamente na palavra da vítima restando ao acusado o risco da condenação e as consequências danosas que a mesma pode vir a causar.

**Palavras chave:** Dignidade da Pessoa Humana, Estupro de Vulnerável, Processo Penal.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2 BREVE RELATO SOBRE O CRIME DE ESTUPRO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA</b> .....	<b>12</b>
<b>3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORTEADOR DAS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N° 12.015 DE 2009</b> .....	<b>14</b>
<b>4 ESTUPRO DE VULNERÁVEL</b> .....	<b>17</b>
4.1 Classificação Doutrinária.....	20
4.2 Objeto Material e Bem Jurídico Protegido.....	21
4.3 Sujeito Ativo e Sujeito Passivo .....	21
4.4 Consumação e Tentativa .....	22
4.5 Modalidades Comissivas, Omissivas e Qualificadas .....	23
4.6 Causas de Aumento de Pena .....	25
4.7 Pena e Ação Penal.....	25
<b>5 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PROCESSO PENAL</b> .....	<b>27</b>
5.1 Princípios Processuais Penais e Constitucionais .....	27
5.2 Princípio da Verdade Real.....	27
5.3 Princípio <i>ne procedat iudex ex officio</i> ou da Iniciativa das Partes ....	28
5.4 Princípio do Devido Processo Legal .....	29
5.5 Princípio da Presunção de Inocência ou de Não Culpabilidade ou de Estado de inocência.....	29
5.6 Princípio da Publicidade.....	30
5.7 Princípio da Imparcialidade do Juiz.....	31
5.8 Princípio da Isonomia Processual.....	32
5.9 Princípio do Contraditório .....	33
5.9.1 Princípio da Ampla Defesa .....	33
5.9.2 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição .....	34
<b>6 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO</b> .....	<b>35</b>
6.1 Sistema de Avaliação ou Valoração das Provas Adotado Pela Legislação Brasileira .....	35
<b>7 DAS PROVAS EM ESPÉCIE</b> .....	<b>38</b>

7.1 Interrogatório .....	38
7.2 Perguntas aos Ofendidos .....	39
7.3 Prova Testemunhal .....	40
7.4 Reconhecimento de Pessoas e Coisa .....	41
<b>8 PRINCIPAIS PROVAS OBTIDAS PARA FORMALIZAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL .....</b>	<b>42</b>
8.1 Exame de Corpo e Delito .....	42
8.2 Depoimento da Testemunha .....	43
8.3 Depoimento da Vítima .....	44
<b>9 VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA.....</b>	<b>45</b>
<b>10 RISCO DA CONDENAÇÃO .....</b>	<b>51</b>
<b>11 CONCLUSÃO.....</b>	<b>53</b>
<b>12 REFERÊNCIAS.....</b>	<b>55</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Processual Penal tem a busca da verdade real presente implicitamente em cada procedimento, tal fato se faz necessário diante da própria razão de ser do Direito Penal, o qual prioriza a proteção do bem jurídico tutelado e respectivamente a punição daquele que o viola.

Desta maneira, cabe ao julgador a tarefa de sustentar seu convencimento, ainda que livre, com base nas provas produzidas nos autos, de modo que possa chegar o mais perto possível da verdade real.

Dito isso, buscaremos demonstrar a problemática na qual se envolve a produção de provas nos crimes cometidos contra dignidade sexual, com enfoque nos delitos de estupro de vulnerável, tendo em vista a maior dificuldade de produção de material probatório evidenciada nessas circunstâncias. Tais matérias ganham notoriedade na medida em que as provas possuem condão para definir o futuro do inocente, bem como a sua falta poderá acarretar a impunidade do agressor.

A primeira hipótese a ser levantada sobre o tema se resguarda no fato de que o estupro pode ser cometido não só por meio da conjunção carnal como também pela prática de outros atos libidinosos, alguns, inclusive raramente deixam vestígios dificultando ainda mais a obtenção de provas capazes de sustentar a condenação do acusado. Acrescenta-se a isso a ideia de que o estupro de vulnerável é crime considerado clandestino, tendo em vista que a conduta é praticada em locais isolados.

O trabalho tem como objetivo analisar a aplicação das normas jurídicas no decorrer do processo que leva o réu até sua condenação devido conduta tipificada no artigo 217 – A do Código Penal denominada como estupro de vulnerável.

O primeiro capítulo traz breve relato sobre o crime de estupro na legislação brasileira, tendo como foco as mudanças ocorridas no decorrer do tempo e suas consequências na sociedade.

Já o segundo capítulo identifica o princípio da dignidade da pessoa humana como norteador das mudanças decorrentes da Lei 12.015 de 2009, desta maneira

são feitas considerações acerca do mesmo para que possamos compreender suas implicações.

O capítulo seguinte busca delimitar as características do crime de estupro de vulnerável, evidenciando os aspectos de maior valor para o estudo do tema, exemplo são suas modalidades e formas qualificadas.

Dando continuidade ao estudo o quarto capítulo aborda princípios aplicáveis ao processo penal, objetivando entendê-los e assim compreender a forma como deve ser aplicado diante do processo relativo ao crime de estupro de vulnerável.

O próximo capítulo visa esclarecer o sistema de apreciação ou valoração das provas adotadas pela legislação brasileira, para tanto são explicados também os outros sistemas existentes, de modo que o entendimento quanto ao procedimento probatório torna-se mais fácil. Outro ponto importante discutido são as provas em espécie, ou seja, aquelas que são produzidas durante o procedimento probatório.

Os três últimos capítulos tratam dos aspectos diretamente relacionados ao crime de estupro de vulnerável, sendo assim apresenta primeiramente as principais provas obtidas para formalização do crime, de modo que ao citar cada uma dessas provas é possível tomarmos conhecimento de suas peculiaridades. Por fim, são apresentados os fatos de maior relevância para o desenvolvimento do tema, são eles a valoração da palavra da vítima e o risco da condenação sofrido pelo acusado desse crime.

## **2 BREVE RELATO SOBRE O CRIME DE ESTUPRO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

O direito a dignidade sexual como conceituamos atualmente passou por um processo de modificação para que pudesse se adequar as necessidades presentes na sociedade, de modo que o cunho moral anteriormente apresentado como principal motivação para criação de normas relacionadas à sexualidade foi dando espaço para a autodeterminação do indivíduo em poder exercer sua sexualidade das formas e maneiras que quisesse. Tais questões tomaram grande proporção, ficando evidente que a dignidade sexual passou a ser reconhecida como característica inerente a dignidade da pessoa humana, garantia fundamental prevista na Constituição Federal de 1988. Devido a isto, torna se necessário entendermos a evolução histórica deste Capítulo, bem como as punições aplicadas e a delimitação do bem jurídico tutelado.

Com o advento da Lei 12.015 de 2009 o Título VI que anteriormente era denominado crimes contra costumes, passou a ser nomeado como crimes contra dignidade sexual. Importa esclarecer que a modificação do título foi reflexo da mudança do bem jurídico protegido, vez que o mesmo deixou de tutelar o comportamento sexual dos indivíduos perante a sociedade, e passou a tutelar a dignidade sexual de cada indivíduo.

Desta maneira, conforme ocorriam as mudanças no comportamento dos indivíduos em sociedade, a legislação deveria encontrar meios para se adequar. Exemplo disso, a criação no Congresso Nacional de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito através do Requerimento 02/2003, assinada pela deputada Maria do Rosário e pelas senadoras Patrícia Saboya Gomes e Serys Marly Silhessarenko, a qual tinha como finalidade investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. Após o término dos trabalhos de Comissão, foram apresentados relatos temíveis quanto ao assunto tratado, o que cominou no projeto de lei nº 253 de 2004, que após algumas alterações veio a se converter na Lei nº 12.015 de 2009.

A nova lei uniu o crime previsto no art. 213 do Código Penal que era o estupro ao crime previsto no art. 214 do mesmo código denominado com atentado violento ao pudor, assim o delito de constranger alguém, mediante violência ou grave

ameaça, a ter conjunção carnal ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, tornou-se o que conhecemos hoje como estupro.

Fica evidente que não houve abolitio criminis em relação ao crime expresso pelo art. 214 do Código penal, tendo em vista que os elementos que integravam a figura do atentado violento ao pudor migraram para o art. 213 do código penal ocorrendo continuidade típica normativa.

Além disso, foi criado o delito de estupro de vulnerável, encerrando de vez a discussão acerca da presunção de violência quando a vítima era menor de quatorze anos; o capítulo VII foi inserido trazendo novas causas de aumento de pena. Ademais, foi determinado no art. 234 – B que os crimes contra dignidade sexual tramitariam em segredo de justiça, visando evitar a exposição das partes envolvidas.

### **3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORTEADOR DAS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.015 DE 2009**

A legislação penal priorizava os costumes da época, ou seja, aquilo que era considerado correto diante do padrão de moral imposto pela sociedade da época. Quanto a isso Fernando Capez disserta:

A proteção dos bons costumes, portanto, sobrelevava em face de outros interesses penais juridicamente relevantes como a liberdade sexual. Era o reflexo de uma sociedade patriarcal e pautada por valores éticos-sociais que primava, sobretudo, pela moralidade sexual e seus reflexos na organização da família, menoscabando, isto é, deixando para um segundo plano, a tutela dos direitos fundamentais do indivíduo (CAPEZ, 2012, p. 19).

Importante acrescentar que a legislação anterior não tinha como objetivo garantir os direitos individuais de cada pessoa, vez que um dos principais exemplos quanto a isso é como as mulheres eram consideradas “menos importantes” que os homens.

A partir da evolução da sociedade, mudou-se também a legislação, tendo em vista que a segunda deveria caminhar em consonância com a primeira. Visto isso, a Constituição Federal de 1988 tornou-se a base de todas as normas criadas pela legislação, com isso mudou-se também a concepção do objeto jurídico do crime, de modo que não havia mais importância a moral imposta pela sociedade, mas sim a dignidade do indivíduo resguardada pela Constituição Federal de 1988, e esta por sua vez, sempre que colocada em risco deveria ser protegida.

Fernando Capez delimita um dos princípios trazidos pela Constituição Federal e que respaldam as modificações feitas no Código Penal.

A tutela da dignidade sexual, portanto, deflui do princípio da dignidade da pessoa humana, que se irradia, sobre todo o sistema jurídico e possui inúmeros significados e incidências. Isto porque o valor à vida humana, como pedra angular do ordenamento jurídico, deve nortear a atuação do intérprete e aplicador do direito, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva possibilitar a concretização desse ideal do processo judicial. (CAPEZ, 2012, p. 21).

Identificamos o princípio da dignidade humana como principal norteador das normas jurídicas, fazendo com que todo comportamento que de algum modo o fira, esteja tipificado na legislação e seja passível de sanção penal caso necessário.

Ademais, o autor conceitua o princípio da dignidade da pessoa humana:

[...] Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa proteção tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável. (SARLET, 2006, p. 60).

A partir desta conceituação entendemos a dignidade da pessoa humana como aquela inerente a qualquer indivíduo, sendo que a sua aplicação garante a proteção dos direitos que visam assegurar qualidade de vida e bem-estar existencial as pessoas, protegendo o indivíduo de qualquer ação que coloque isso em risco.

Deste modo enquadramos a dignidade sexual como parte da dignidade da pessoa humana, ou seja, para que o indivíduo goze do bem-estar social e existencial é necessário que sua dignidade sexual seja devidamente respeitada conforme a sua vontade. Logo, de acordo com afirmação de Fernando Capez a liberdade sexual está diretamente ligada à liberdade de autodeterminação da vítima, à sua preservação no aspecto psicológico, moral e físico, de forma a manter íntegra sua personalidade.

Posto isto, cabe ao Estado garantir a integridade da dignidade sexual do indivíduo, protegendo não só os costumes ou a liberdade sexual da mulher como era feito ante a revogação da lei, mas principalmente o direito de autodeterminação do indivíduo em poder optar por aquilo que lhe favorece sem que isso cause risco ao outro.

A partir da Lei nº 12.015, de 2009, a tutela passou a ser exercida priorizando a proteção da dignidade da pessoa humana, sob a perspectiva sexual, e os direitos a elas inerentes. Juntamente a isso requer a proteção da moralidade pública sexual, tendo em vista que é ela que respalda o comportamento do indivíduo na sua vida social.

Por fim, enfatizamos que os crimes contra dignidade da pessoa humana são comportamentos humanos que ferem diretamente valores fundamentais para convivência social, acarretando assim conflitos que ferem direitos garantidos a todo indivíduos.

#### 4 ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Para que o conceito do crime estudado seja entendido em sua integralidade, iniciaremos apresentando as modificações trazidas pela Lei nº 12.015, de 2009, que acarretou em alterações conceituais de grande valor para efetividade das normas.

Antes do advento da lei o estupro cometido contra pessoa sem capacidade ou condições de consentir deixou de integrar o artigo 213 do Código Penal para configurar crime autônomo, previsto no artigo 217-A, denominado “estupro de vulnerável”.

Anteriormente o Código Penal previa em seu artigo 224 três hipóteses em que se presumia a violência para tipificação dos crimes contra dignidade sexual. Eram elas: Se a vítima não fosse maior de quatorze anos, fosse alienada ou débil mental e o agente conhecia essa circunstância, ou não pudesse, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Visto isso, a violência ocorrida nas hipóteses acima apresentadas denominava-se como violência ficta, tendo como pressuposto o legislador que devido a vítima não possuir capacidade para consentir ou oferecer resistência, tal ato era praticado de forma violenta. Baseado nas circunstâncias apresentadas pelo tipo presumia-se a violência. Em síntese, sempre que fosse praticado crime com indivíduos nas condições impostas pelo tipo, ainda que houvesse o consentimento para a prática sexual, reputava-se que o ato havia sido praticado com violência e assim nascia o delito do art. 213 do Código Penal. Tanto o estupro com violência real, quanto com presumida integravam o mesmo tipo incriminador, com penas idênticas.

Com o advento da Lei nº 12.015, de 2009, o estupro cometido nas hipóteses em que a violência era presumida passou a compor crime autônomo com pena específica. Seu conteúdo é o seguinte:

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

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

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

§ 2º (VETADO)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

Desta maneira, as hipóteses acima expressas passaram a integrar o crime autônomo previsto no art. 217-A, com sanções próprias objetivando gerar maior eficácia ao reprimir a conduta.

Para tanto, importante discorrer acerca das modificações causadas pelo advento da Lei nº 12.015, de 2009, visto que, antes das alterações o art. 224, *caput* e suas alíneas a, b e c do Código Penal eram reconhecidos como norma de adequação típica de subordinação mediata ou indireta, ou seja, o dispositivo legal era utilizado para o enquadramento típico do fato, vez que as hipóteses previstas por ele possibilitavam que a conjunção carnal ou ato libidinoso, ainda que praticados sem violência ou grave ameaça, considerando a violência presumida mencionada no *caput* do art. 224 seriam enquadrados ao tipo penal previsto como crime de estupro no art. 213 do Código Penal e o crime de atentado violento ao pudor no art. 214 do mesmo código. Sendo assim, a tipificação do crime nos casos em que havia o consentimento da vítima e estas por sua vez eram reconhecidas nas hipóteses previstas nas alíneas a, b e c do art. 224 do código penal, só era possível através da utilização desta norma de extensão, tornando viável o enquadramento da conduta como crime devidamente tipificado.

Após o advento da Lei a violência presumida expressa no art. 224 do Código Penal deixou de existir, e em seu lugar foi criado o crime de estupro de vulnerável com conduta tipificada no art. 217-A do Código penal, no qual foram apresentadas as hipóteses nas quais a vítima se encontra em condições de vulnerabilidade sendo incapaz de consentir ou não com a prática sexual, passando a ser considerada norma de adequação típica subordinada direta, de modo que não será necessário outro dispositivo para o enquadramento típico do fato.

Para tanto, devemos nos atentar para o conceito de vulnerável e suas peculiaridades, como bem elucida Capez:

Vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo. A lei não se refere aqui à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica etc. Uma jovem menor, sexualmente experimentada e envolvida em prostituição, pode atingir às custas desse prematuro envolvimento um amadurecimento precoce. Não se pode afirmar que seja incapaz de compreender o que faz. No entanto, é considerada vulnerável, dada a sua condição de menor sujeita à exploração sexual. (CAPEZ, 2012, p.81).

Por esse motivo é necessário a compreensão de que o termo vulnerável é completamente distinto a presunção de violência anteriormente aplicada expresso na legislação, visto que a vulnerabilidade é um conceito mais amplo e que estima a necessidade de proteção do Estado às pessoas que se encontram em condições especificadas nas hipóteses do delito.

A partir do que foi exposto esclareceremos cada uma das hipóteses nas quais incorre o crime de estupro de vulnerável.

No que concerne à idade da vítima, para que ocorra o estupro de vulnerável é preciso que o autor do crime tenha conhecimento da mesma, ou seja, pratique o ato sabendo que a vítima é menor de quatorze anos.

No que diz respeito às pessoas 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 conforme se verifica pela redação do § 1º do artigo 217 – A do Código Penal Rogério Greco discorre com clareza:

É importante ressaltar que não se pode proibir que alguém acometido de uma enfermidade ou deficiência mental tenha uma vida sexual normal, tampouco punir aquele que com ele teve algum tipo de ato sexual consentido. O que a lei proíbe é que se mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com alguém que tenha alguma enfermidade ou deficiência mental que não possua o necessário discernimento para prática do ato sexual. (GRECO, 2012, p.536).

Do mesmo modo previu o § 1º do artigo 217 – A do Código Penal o estupro de vulnerável quando a vítima não puder, por qualquer outra causa, oferecer

resistência. Ainda que o próprio autor do delito não tenha causado a situação que impede a vítima de resistir ou já a tenha encontrado dessa forma. Em uma e na outra hipótese ao agente será imputado a culpa pelo estupro de vulnerável. Para tanto, Rogério Grego disserta acerca de situações variadas em que o comportamento do agente se enquadra no delito de estupro de vulnerável:

Poderão ser reconhecidas, também, como situações em que ocorre impossibilidade de resistência por parte da vítima, os casos de embriaguez letárgica, o sono profundo, a hipnose, a idade avançada, a sua impossibilidade, temporária ou definitiva, de resistir, a exemplo daqueles que se encontram tetraplégicos etc. (GRECO, 2012, p. 537).

Aliás, importante acrescentar que o Código Penal ao tipificar esse tipo de comportamento, quando a vítima não se encontra em condições de apresentar resistência, tem como objetivo proteger a dignidade sexual do indivíduo que não possa apresentar qualquer tipo de resistência. Desta maneira, nos casos em que a vítima se encontra parcialmente impossibilitada a conduta não será reconhecida como estupro de vulnerável, vez que a total falta de capacidade para resistência é requisito fundamental para que a conduta praticada pelo agente seja tipificada pela norma.

#### **4.1 Classificação Doutrinária**

Trata-se de crime próprio no que se refere ao sujeito ativo e o ato praticado seja conjunção carnal, tendo em vista que nesses casos o sujeito ativo deve necessariamente possuir órgão genital masculino, já nas demais hipóteses abordadas pelo tipo o crime é comum, como são praticados outros atos libidinoso esse comportamento pode ser praticado por qualquer agente, do sexo masculino ou feminino.

A respeito do sujeito passivo o crime é próprio, visto que a lei no artigo 217 – A §1º exige que vítima seja menor de quatorze anos (caput), ou possua enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o necessário discernimento para prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência (§1º).

Trata-se de crime doloso, no qual o agente teve intenção e vontade de cometer o delito, não havendo possibilidade da conduta ser culposa; comissivo,

tendo em vista ser necessário que o agente pratique uma ação que seja ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, podendo ser praticado também via omissão imprópria, na hipótese de o agente ser garantidor conforme o exposto no § 2º do art. 13 do Código Penal; material, vez que a lei descreve uma ação e um resultado, e exige a ocorrência deste para que o delito se consume, ou seja, só se consuma com a produção do resultado conjunção carnal ou outro ato libidinoso; de dano, pois sua consumação se dá com a lesão do bem jurídico tutelado; instantâneo, visto que não se prolonga no tempo; de forma vinculada quando o ato praticado for conjunção carnal e de forma livre quando a prática tenha sido de outros atos libidinosos; monossujeito, podendo ser praticado por apenas uma pessoa; plurissubsistente, ocorrendo através da prática de vários atos, formando um processo executivo que pode ser fracionado; não transeunte e transeunte dependendo da forma como é praticado o crime poderá deixar vestígios, caso contrário será difícil a sua constatação por meio de perícia.

#### **4.2 Objeto Material e Bem Jurídico Protegido**

O Capítulo II do Título VI do Código Penal tem como bem jurídico protegido a dignidade sexual dos vulneráveis, ou seja, aqueles indivíduos que por alguma circunstância se encontram em real fragilidade diante do comportamento praticado pelo agente como bem elucidada o autor Damásio de Jesus em seu livro:

[...] busca-se defender a intangibilidade sexual de determinado grupo de pessoas, consideradas em sua condição de fragilidade, pondo-as a salvo do ingresso precoce ou abusivo na vida sexual. Para configuração dos delitos tipificados neste capítulo é desnecessária a existência do dissenso da vítima, que se considera, por força de disposição legal, irrelevante. (JESUS DAMÁSIO, 2015, p.155).

Com base no que foi apresentado temos como objeto material do tipo todos aqueles que condizem com as condições especificadas na legislação.

#### **4.3 Sujeito Ativo e Sujeito Passivo**

Conforme o indicado pela norma ocupa lugar de sujeito ativo no delito tanto homens quanto a mulheres quando o ato praticado se tratar da prática de outro ato

libidinoso. Entretanto, a conjunção carnal necessariamente deve ser ocorrer a partir de uma relação heterossexual.

Acerca do sujeito passivo são eles a pessoa menor de quatorze anos, ou acometida de enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o discernimento necessário para prática do ato, ou que, por outra causa, não possa oferecer resistência. Para mais, cumpre acrescentar que a vítima deve necessariamente ser menor de quatorze anos, de modo que, no caso de o delito ocorrer no dia de seu 14º aniversário ou no dia seguinte, por exemplo, será tipificado pelo art. 213 do Código Penal, deixando de ser considerado estupro de vulnerável para ser tratado como estupro comum.

#### **4.4 Consumo e Tentativa**

Na primeira parte do caput do artigo 217 – A do código penal a consumação do delito de estupro de vulnerável ocorre quando o autor tem conjunção carnal, além disso Rogério Grego atenta para o fato de que a penetração não precisa ser necessariamente total, sendo cometido o crime também no caso de ser parcial e não havendo ejaculação.

No que se refere a segunda do caput do mesmo artigo a consumação ocorre no exato momento em que são praticados qualquer outro ato libidinoso.

Por se tratar de crime plurissubsistente, ou seja, constituído de vários atos que fazem parte de uma única conduta, é possível a tentativa. Para tanto, é necessário que diante do caso concreto sejam feitas as seguintes análises: No caso de ocorrer a tentativa do estupro quando o agente visa à conjunção carnal, mas não alcança o resultado por circunstâncias alheias a sua vontade, ou seja, após iniciada a execução, mesmo depois de praticar outros atos libidinosos prelúdio da conjunção carnal, ficará caracterizado a tentativa de estupro, vez que o agente não alcançou o resultado desejado. Ou então pode ocorrer quando o agente visa apenas outro ato libidinoso, mas é impedido por circunstâncias alheias a sua vontade, nessa situação após iniciada a execução o agente é impedido antes de praticar o ato libidinoso, configurando assim tentativa do crime de estupro, tendo em vista que o resultado desejado não foi alcançado.

Por fim, cabe mencionar que a análise feita anteriormente apresenta a melhor forma de conclusão quanto a tentativa no crime de estupro, tendo em vista que sua ocorrência ou não deverá ser verificada conforme o resultado final visado pelo agente.

#### **4.5 Modalidades Comissiva, Omissiva e Qualificada**

A tipificação do delito traz como núcleo os verbos ter e praticar, com isso fica evidente a necessidade de que o agente tenha uma ação para que o delito se consume.

Para que o agente pratique a conduta descrita no tipo, diferentemente do caso de estupro na forma simples, quando a vítima é reconhecida como vulnerável não é necessário o emprego de violência ou grave ameaça, sendo assim o consentimento ou experiência na vida sexual não devem ser levados em consideração ao responsabilizar o agente pelo delito.

Com isso, as condutas variam em ter conjunção carnal que é a relação sexual heterossexual, ou seja, entre homem e mulher, com a penetração completa ou incompleta do pênis na vagina, com ou sem ejaculação e o ato libidinoso que tem como objetivo obter prazer sexual através de prática diversa a conjunção carnal, tais como a masturbação, toques nas partes íntimas, introdução de dedo ou objetos na vagina ou anus, sexo oral, sexo anal, entre outros.

No que tange os atos libidinosos a conduta varia em praticar que é quando a vítima tem participação ativa, é ela quem pratica o ato libidinoso, ou permitir que se pratique que sugere atitude passiva da vítima, na qual é obrigada a suportar a conduta do agente. Assim, compreendemos que não é necessário que haja contato físico entre o autor do delito e a vítima, já que o agente pode, por exemplo, obrigar a vítima a se masturbar diante dele, sem tocá-la em momento algum.

Além disso, existe uma possibilidade em que o delito ocorre devido a uma omissão, nos casos em que quem o comete ocupa posição de garantidor do vulnerável conforme o previsto pelo § 2º do artigo 13 do Código penal, exemplo

disso quando a genitora permite que o pai estupe a filha menor de quatorze anos e nada faz para impedir a conduta.

Quanto a isso Rogério Greco discorre:

Infelizmente, tem sido notícia comum nos meios de comunicação o fato de mãe aceitarem que seus maridos ou companheiros tenham relações sexuais com seus filhos menores, nada fazendo, para impedir o estupro. Nesse caso a sua omissão deverá ser punida com as mesmas penas constantes no preceito secundário do artigo 217 – A do Código Penal. (GRECO, 2012, p.540).

Quanto as modalidades qualificadas o Código Penal prevê duas formas de ocorrência nos §§ 3º e 4º:

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

Dessa forma, é necessário que façamos remissão aos §§ 1º e 2º do artigo 129 do Código Penal, tendo em vista que neles estão previstas as formas de lesão corporal de natureza grave.

Com respeito à lesão corporal de natureza grave Rogério Greco adverte:

A Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, diz, claramente, que a lesão corporal de natureza grave, ou mesmo a morte da vítima, devem ter sido produzidas em consequência da conduta do agente, vale dizer, do comportamento que era dirigido finalisticamente no sentido de praticar o estupro. (GRECO, 2012, p. 541).

Desta maneira, é notório que se do delito em estudo resultar em lesão corporal de natureza grave ou morte da vítima, o agente será responsabilizado a título de culpa, tendo em vista que o resultado almejado pelo mesmo é o crime de estupro, podendo ser ele praticado através da conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

Importante entendermos que tanto o estupro comum quanto o estupro de vulnerável, no caso de incidência de suas qualificadoras, são considerados crimes complexos, vez que o mesmo se configura a partir da união de dois ou mais tipos

penais, ou quando um tipo penal funciona como qualificadora de outro, fato que se encaixa ao delito de estupro, nessas situações há tutela de dois ou mais bem jurídicos distintos.

#### **4.6 Causas de Aumento de Pena**

Com relação as causas de aumento de pena no Código Penal são previstas no artigo 226 e o texto foi inserido com o advento da Lei 11.106, de 2 de março de 2005:

Art. 226. A pena é aumentada:

I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;

II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela

A partir da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 foi inserido no artigo 234 – A novas modalidades de aumento de pena, são elas:

Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:

I – (VETADO);

II – (VETADO);

III - de metade, se do crime resultar gravidez; e

IV - de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.

Importante colocar em evidência a necessidade da aplicação da majorante nos casos em que o agente é parente próximo a vítima, tendo em vista que nessas circunstâncias além da vulnerabilidade apresentada pela vítima o autor da prática tira proveito da confiança atribuída a ele.

Ademais, quanto à majorante nos casos de gravidez, infelizmente, tal fato ocorre com frequência nos casos de estupro de vulnerável, vez que a vítima na maioria dos casos demora ou não compreende que o crime aconteceu.

#### **4.7 Pena e Ação Penal**

A pena prevista no Código Penal para o delito descrito pelo art. 217 – A é de reclusão de 8 (oito) a 15 (anos).

Se a prática do delírio resultar em lesão corporal de natureza grave, a pena é de reclusão de 10 (dez) a 20 (vinte) anos; se da conduta resultar a morte, a pena é de reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

A Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009 prevê no parágrafo único do art. 225 do Código Penal que a ação penal é de iniciativa pública incondicionada, ou seja, não é preciso que a vítima ou outro envolvido queira ou autorize a propositura da ação, cabendo ao Ministério Público iniciar a ação mediante apresentação de denúncia ao Judiciário

Cabe acrescentar que o crime de estupro de vulnerável é hediondo em todas as suas formas. Acerca disso Capez afirma que após a alteração causada pela lei 12.015 de 2009 no art. 224 do Código Penal, no qual era caracterizado a violência presumida, o delito tornou-se autônomo com sanções próprias e previsão de modalidade qualificada. Devido a isso, a Lei dos Crimes Hediondos passou a considerar hediondo o crime de estupro de vulnerável em sua forma simples e qualificada (CAPEZ, 2012, p. 52).

## 5 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PROCESSO PENAL

### 5.1 Princípios Processuais Penais e Constitucionais

Para que possamos entender o procedimento probatório no processo penal devemos ter como ponto de partida os princípios aplicados a ele, vez que ao serem respeitados garantem efetividade ao processo para todas as partes envolvidas.

### 5.2 Princípio da Verdade Real

O mesmo princípio pode ser denominado como princípio da verdade material ou da verdade substancial. Diz respeito ao fato de que no processo penal deve-se priorizar a busca pelos fatos da maneira como realmente ocorreu, de modo que devem ser tomadas as medidas e providências cabíveis e necessárias para alcançar tal resultado, sendo assim, aplicado de forma mais eficaz a punição para o autor do delito.

Entretanto, cumpre salientar que mesmo com os esforços para que se alcance a verdade real dos fatos, diante da legislação vigente e as próprias circunstâncias recorrentes da infração penal, torna a verdade absoluta quase impossível de ser alcançada. O autor disserta sobre isso:

[...] diante das regras legais e constitucionais que informam o processo penal brasileiro, que a verdade absoluta sobre o fato e suas circunstâncias dificilmente será alcançada. Muitos referem, inclusive, ser ela inatingível. (AVENA, 2011,p. 21).

Com isso, mesmo que a verdade absoluta possa nunca ser de fato conhecida, o entendimento de que a meta do processo criminal é a verdade real deve impulsionar o processo penal de modo que o juiz se aproxime o máximo possível da verdade plena, fazendo com que a sentença penal tenha como fundamento provas concreta e não sejam respaldadas por suposições. Quanto a isso Avena expõe:

Assim, a afirmação de que a verdade real é a meta do processo criminal significa dizer que o juiz deve impulsiona-lo o objetivo de aproximar-se ao máximo da verdade plena, apurando os fatos até onde for possível elucidá-los, para que, ao final, possa proferir sentença que se sustente em elementos concretos, e não em ficções ou presunções (AVENA, 2011, p.21).

Destarte, devemos saber que o princípio em questão não é de caráter absoluto, uma vez que é necessário que direitos e garantias previstos na legislação brasileira sejam respeitados. Sendo assim, os meios para que a verdade real seja atingida não poderá contrariar a Constituição e as leis. Exemplo disso são as provas inadmissíveis no processo penal, proibição prevista no art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal. Estas por sua vez, de acordo com a doutrina, se dividem em provas ilícitas e provas ilegítimas, a primeira conforme Mirabete são aquelas que para serem obtidas violam normas de direito material, já a segunda ainda na visão do mesmo autor, viola normas de direito processual em sua produção e introdução da prova no processo (MIRABETE, 2007, p. 253).

### **5.3 Princípio *ne Procedat Judex ex Officio* ou da Iniciativa das Partes**

Trata-se de princípio que impede que o Estado no seu papel de Juiz tenha legitimidade para propor ação penal, ou seja, a iniciativa fica restrita aos devidamente legitimados pela legislação. São eles: o Ministério público nos crimes de ação penal pública, do ofendido ou quem o represente nos delitos de ação penal privada, além disso, caberá ação privada nos crimes de ação pública nos quais não tenha sido intentada no prazo legal em conformidade com o artigo 29 do Código de Processo Penal. Em conformidade ao que foi descrito acima disserta o autor:

Assim, nos termos do art. 24 do CPP, é o órgão do Ministério Público quem promove a ação penal (início do processo) nos crimes de ação pública, por meio daquela petição que se chama denúncia. Nos termos do art. 3º do mesmo estatuto, é o ofendido ou o seu representante legal quem as promove nos crimes de alçada privada. (TOURINHO FILHO, 2012, p. 78).

Com isso, observamos que cabem as partes provocarem a prestação jurisdicional, fazendo com que o juiz não possa estabelecer o processo penal sem que haja provocação por parte dos legitimados.

#### **5.4 Princípio do Devido Processo Legal**

O princípio estudado é previsto na Constituição Federal no art. 5º, LIV e LV, nos quais fica estabelecido que ninguém seja privado da liberdade ou de seus bens sem que haja um processo prévio no qual tenha sido assegurado o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes,

No entendimento de Avena define-se que este princípio possibilita que o acusado exerça variados direitos e garantias constitucionais, ressaltando alguns que merecem nossa atenção como o direito de ser ouvido pessoalmente perante o juiz, a fim que torne-se conhecida a versão dos fatos pela ótica do acusado, bem como o direito de sua defesa ser feita através de profissional habilitado; o direito de tomar ciência dos fundamentos que conduziram o juiz à sua decisão; o direito de duplo grau de jurisdição, o direito de propor revisão criminal em relação a sentença penal condenatória, entre outros assegurados pelas normas legais (AVENA 2011, p. 26).

Conforme o apresentado, as supressões dos direitos citados acima, além dos demais garantidos ao acusado, fazem com que os atos praticados em contrariedade a legislação sofram nulificação, tendo em vista a gravidade do prejuízo que poderá vir a ser causado às partes.

#### **5.5 Princípio da Presunção de Inocência ou de Não Culpabilidade ou de Estado de Inocência**

Este princípio é sustentado pela Constituição Federal no art. 5º, LVII, no qual indica que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Capez determina que o princípio da presunção de inocência desdobra-se em três períodos diferentes: no momento da instrução processual como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual (CAPEZ, 2011, p. 81).

Outro aspecto importante abordado por Avena diz respeito ao fato de que como este princípio possui regra prevista na Constituição cabe aos Poderes do Estado (legislativo, executivo e judiciário) certificar sua efetividade. De modo que qualquer legislação que disponha contrariamente a ele seja objeto de controle difusa da constitucionalidade (AVENA, 2011, p. 30).

O princípio abordado foi colocado em debate no Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 126.292, no qual ficou estabelecido que é possível a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, mesmo que estejam pendentes recursos aos tribunais superiores.

Ocorre que, fato e direito são discutidos em julgamento na primeira instância, já em grau de recurso não ocorre instrução probatória, de forma que somente questões acerca de direito serão tratadas nessa instância. Com isso torna-se possível executar a pena somente com a confirmação da condenação em segundo grau.

## **5.6 Princípio da Publicidade**

Este princípio está previsto terminantemente no art. 93, IX, da Constituição Federal e no art. 792, *caput*, do Código de Processo Penal. O primeiro diz que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em caso nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Já o segundo, neste mesmo seguimento assegura que as audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, público e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro em dia e hora certos, ou previamente designados.

A partir do exposto, Mirabete em seu livro expõe que a publicidade é uma garantia do indivíduo e para sociedade decorrente do próprio princípio democrático. Sendo assim, tal garantia é inerente ao indivíduo que vive em um Estado Democrático de Direito (MIRABETE, 2007, p. 26).

Em conformidade com este entendimento, Greco Filho caracteriza a publicidade como forma de garantir a reta aplicação da lei, dado que a fiscalização feita pela opinião pública possui capacidade de evitar eventual arbitrariedade judicial (GRECO FILHO, 2010, p. 49).

Entretanto, importante salientar que em conformidade com o previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal o princípio da publicidade não é absoluto, cabendo em algumas situações a sua aplicação de forma restrita fazendo com que determinados atos processuais, audiências e sessões sejam públicos apenas para as partes, seus procuradores e um número reduzido de indivíduos. Tal aspecto é de suma importância tendo em vista o zelo pela segurança do acusado, impedindo que a publicidade acarrete consequências mais prejudiciais do que a sua não aplicação.

Nota-se que a Lei 12.015, de 2009 trouxe a possibilidade do segredo de justiça na tramitação dos processos por crimes contra dignidade sexual, previsto no art. 234-B do Código Penal.

Destarte, compreendemos a importância de se observar as normas que regulamentam a publicidade na própria Constituição Federal como também na legislação infraconstitucional, uma vez que nelas estão expressas em quais hipóteses seu emprego deve ser de forma absoluta e restrita, garantindo as partes decisões coerentes por parte do Estado.

### **5.7 Princípio da imparcialidade do Juiz**

O magistrado é peça fundamental no processo penal, vez que cabe a ele a decisão da qual sofrerá as consequências ambas as partes. Desta maneira, é necessário que o mesmo se comporte de forma imparcial, ou seja, isento de qualquer julgamento pessoal quanto ao delito praticado e as partes envolvidas, sejam elas acusação ou defesa. Em consideração a isso, deve utilizar com 32 para sua decisão as normas legais e as provas produzidas durante o processo legal.

Cabe acrescentar que em determinados casos específicos a lei, por entender que o magistrado não agirá de forma imparcial, impõe que o mesmo se afaste da causa. São denominadas causas de impedimento, as quais também podem ser

compreendidas como incapacidade objetiva do juiz, e suspeição, também entendido como incapacidade subjetiva do juiz. Quanto a isso Avena disserta:

As causas de impedimento, também consideradas como ensejadoras da incapacidade objetiva do juiz, encontram-se arroladas no art. 252 do Código de Processo Penal. Trata-se de situações específicas e determinadas, que impõem a presunção absoluta de parcialidade. Já as causas de suspeição, rotuladas também como motivos de incapacidade subjetiva do juiz, estão previstas no art. 252 do Código de Processo Penal (AVENA, 2011, p.39).

Ademais, é de responsabilidade do magistrado reconhecer o impedimento ou a suspeição, segundo Greco Filho ao dissertar acerca do tema identifica as causas de impedimento como sendo as mais graves, tendo em vista que sua inobservância pode ensejar a ação rescisória ou habeas corpus, vez que torna o processo criminal “manifestantemente nulo” (GRECO FILHO, 2010, p.52).

### **5.8 Princípio da Isonomia Processual**

Esse princípio é decorrente de outro garantido pela Constituição Federal em seu art. 5º, *caput*, no qual é estabelecido que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza. Desta forma, Demercian e Maluly entendem que devido a estrutura do processo é necessário a aplicação deste princípio para que seja assegurado as partes, em juízo, situação de efetiva igualdade e reciprocidade. (DEMERCIAN; MALULY, 2011, p. 19)

No mesmo sentido Capez acrescenta que as partes devem ser tratadas igualitariamente, na medida de suas igualdades, e desigualmente, na proporção de suas desigualdades (CAPEZ, 2011).

Além disso, importante saber que o princípio estudado pode ser mitigado de acordo com a circunstância onde ocorre sua aplicação. Exemplo disso é outro princípio de suma importância para o processo penal, o *favor rei* tal qual de acordo com Avena o interesse do acusado tem prevalência sobre a pretensão p<sup>u</sup> estatal (AVENA, 2011, p. 40). 33

### **5.9 Princípio do Contraditório**

Trata-se de um dos princípios mais importantes do Processo Penal, uma vez que sua aplicação se estende a todas as fases do Processo. É compreendido como

o direito que as partes possuem de serem comunicadas de todos os atos e fatos ocorridos no decorrer do processo, sendo capaz de manifestar-se sobre e elaborar as provas necessárias antes de proferida a decisão jurisdicional.

Desta maneira, Pacelli determina que além de assegurar “o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação (contrariedade) a ambos”, também garantiria que a resposta fosse realizada na mesma “intensidade e extensão” (PACELLI, 2011, p.43).

Assim como nos princípios anteriormente apresentados, o contraditório também pode sofrer flexibilização em determinadas condições, de acordo com Avena verifica-se o chamado contraditório diferido ou postergado em situações de urgência nas quais o objeto sofre perigo de perecimento em face da demora na prestação jurisdicional, sendo admitida assim a concessão de medidas judiciais sem que ambas as partes tenham ciência (AVENA, 2011).

Quanto a isso Capez não interpreta como uma forma de exceção ao princípio, tendo em vista que previamente a decisão jurisdicional, o magistrado deverá obrigatoriamente abrir vista à outra parte se manifestar nos autos, sob pena de nulidade do ato decisório (CAPEZ, 2011).

### **5.9.1 Princípio da Ampla Defesa**

Reconhecido pelo art. 5º, LV, da Constituição Federal, a ampla defesa é definida como o direito dado ao acusado pelo Estado, no qual o mesmo deverá proporcionar defesa integral, além de assistência jurídica gratuita aos necessitados conforme o exposto no art. 5º, LXXIV da Constituição Federal. Ademais, desse princípio também decorre o direito da ordem natural do processo, de forma que a defesa se manifeste sempre em último lugar. No que diz respeito a isso ( 34 discorre:

Assim, qualquer que seja a situação que dê ensejo a que, no processo penal, o Ministério Público se manifeste depois da defesa (salvo, é óbvio, nas hipóteses de contrarrazões de recurso, de sustentação oral ou de manifestação dos procuradores de justiça, em segunda instância), obriga, sempre, seja aberta vista dos autos à defensoria do acusado, para que possa exercer seu direito de defesa na amplitude que a lei consagra. (CAPEZ, 2011, p. 64).

### **5.9.2 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição**

Este princípio apesar de não está expresso na Constituição Federal ou legislação, possui efetividade a partir da possibilidade de interposição de recursos pelas partes do processo penal. Desta forma, sempre que necessário cabem as partes interpor recurso adequado a situação para que órgãos do Poder Judiciário possam revisar as decisões proferidas por juízes ou tribunais de 1º instância, vez que a decisão jurisdicional é passível de erro.

Em regra, a interposição do recurso pressupõe a duplicidade de instância, visto que se trata de característica primordial para que a mesma ocorra. Entretanto, no caso de embargos de declaração não é aplicado o duplo grau de jurisdição, visto que tal recurso é utilizado quando a parte não compreende a decisão jurisdicional devido a obscuridade, ambiguidade ou contradição, de modo que o juiz competente para esclarecer é o mesmo que proferiu a decisão, sendo assim verifica-se esta hipótese como a única em que há recurso, mas não há duplo grau de jurisdição.

## 6 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

### 6.1 Sistema de Apreciação ou Valoração das Provas na Adotado pela Legislação Brasileira.

A legislação brasileira permite aplicação de três sistemas. São eles: livre convicção ou íntima convicção, prova tarifada ou provas legais e livre convencimento motivado ou persuasão racional.

Diante disso, trataremos de cada sistema de forma individual identificando suas principais características e determinando as circunstâncias que ensejam que cada um deles seja adotado.

Cabe acrescentar que Avena define que o sistema adotado pelo Código Penal brasileiro é o livre convencimento motivado fundamentado na prova produzida sob o contraditório judicial. Apesar disso, de acordo com o mesmo autor ainda nos deparamos com situações nas quais identificamos a presença dos demais sistemas mencionados (AVENA, 2011, p. 474).

Sistema da livre convicção ou íntima convicção: este método permite que o magistrado não exponha motivação para suas decisões, de modo que a decisão do juiz é sustentada por critérios íntimos. Segundo Greco Filho quanto tal sistema é utilizado à decisão independe daquilo que consta nos autos do processo. (GRECO FILHO, 2010, p. 202).

Exemplo disso é o Tribunal do Júri, no qual, de acordo com Nucci “os jurados não motivam os votos” (NUCCI, 2012, p. 395).

Entretanto, ainda de acordo com o mesmo autor, esse sistema não pressupõe a imposição da opinião pessoal do magistrado como verdade absoluta, tendo em vista que seu convencimento tem como base o conjunto probatório que compõe os autos do processo, não sendo cabível que o mesmo seja impulsionado por opiniões e conceitos formados anteriormente. Contrário a esse entendimento Tourinho Filho expõe que o a decisão do juiz pode ser extraída mesmo não havendo provas nos autos que à sustentem (TOURINHO FILHO, 2011, p. 575).

Sistema das provas tarifadas ou provas legais: diverso ao sistema supracitado, este por sua vez faz referência à valoração taxada ou tarifada da prova. Desta maneira, Nucci explica que nesse método é necessário “preestabelecimento de um determinado valor para cada prova produzida no processo, fazendo com que o juiz fique adstrito ao critério fixado pelo legislador”, além disso, era tempo “em que se considerava nulo um único testemunho” (NUCCI, 2012, p. 395).

Apesar de já superado, atualmente há vestígios desse sistema, de acordo com o mesmo autor, nas hipóteses em que “a lei exigir determinada forma para produção de alguma prova” (ex.: art 158 CPP).

Sistema de livre convencimento motivado ou persuasão racional: adotado majoritariamente pelo processo penal brasileiro, tal sistema garante ao magistrado a livre na formação de sua decisão, não restringido por nenhum tipo de valor preestabelecido pelo legislador. Entretanto, destaca-se a importância de que é necessário a fundamentação de todos os seus atos com base nas provas contidas nos autos do processo. A partir desse método, Tourinho Filho explica que “o juiz pode desprezar a palavra de duas testemunhas e proferir sua decisão com base em depoimento de uma só” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 576).

Complementando o exemplo demonstrado pelo autor, Pacelli afirma que isso só é possível quando o testemunho está em consonância com outras provas presente nos autos (PACELLI, 2011, p. 340).

Desta maneira, há de se ater ao fato de que apesar de livre, o magistrado obrigatoriamente deverá fundamentar as suas decisões de forma racional e clara, sustentado pelo conjunto probatório obtido de forma legal, para que, caso insatisfeitas, as partes possam interpor os recursos cabíveis com as mesmas bases argumentativas. Quanto a isso Pacelli discorre:

A liberdade quanto ao convencimento não dispensa, porém, a sua fundamentação, ou a sua explicitação. É dizer: embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas. (PACELLI, 2011, p.340)

Tal entendimento está tipificado no art. 155 do Código de Processo Penal no qual fica estabelecido que o juiz forme sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas.

## 7. DAS PROVAS EM ESPÉCIE

### 7.1 Interrogatório

Tal ato caracteriza-se como a oitiva do réu, ou seja, o magistrado fará perguntas diretamente ao réu em relação aos acontecimentos que geraram a denúncia, igualmente o mesmo terá oportunidade de apresentar sua versão dos fatos, sua ausência acarretará nulidade processual de acordo com art. 564, III, e, do Código de Processo Penal. Ademais, Nucci complementa afirmando que durante o interrogatório pode o réu “indicar meios de provas, bem como confessar, se entender cabível, ou mesmo permanecer em silêncio, fornecendo apenas dados de qualificação” (NUCCI, 2011, p. 421).

Há divergências ao que diz respeito a sua natureza jurídica, nesse sentido Nicolitt determina três correntes distintas (NICOLITT, 2012, p.380).

A primeira entende o interrogatório como meio de prova, segundo Nucci é defendida por Camargo Aranha, levando em consideração o fato de que o interrogatório foi colocado no Código de Processo Penal entre os meios de provas e o que for colhido integrará os elementos que compõem o conjunto probatório para formação da convicção do magistrado (NUCCI, 2011, p. 421).

Já a segunda assegura ser um meio de defesa que dá ao acusado a oportunidade de se defender ao apresentar a sua versão dos fatos, sem que seja obrigado ou constrangido (PACELLI, 2011, p. 383).

Temos a última corrente a qual identifica no interrogatório uma natureza mista, destacando que é ao mesmo tempo meio de prova e meio de defesa. Reconhecida por alguns doutrinadores como meio de provas e em segundo plano como meio de defesa e por outros o inverso.

Quanto a isso Nicolitt apresenta sua posição no sentido de que o interrogatório possui natureza mista, tendo em vista o fato de que é direito do réu permanecer em silêncio sem prejuízo à defesa em conjunto com a possibilidade de indicar provas e prestar esclarecimentos revela-se como notório meio de defesa. Em contrapartida, a lei assegura ao interrogatório o contraditório, podendo defesa e

acusação fazerem perguntas ao réu, desta forma o juiz poderá formar sua convicção com base no que foi esclarecido neste momento do processo (NICOLITT, 2012, p. 381).

Este procedimento possui determinadas características que devem ser observadas e respeitadas conforme dispõe a legislação. Desta maneira, de acordo com Capez é um ato personalíssimo no qual somente o réu pode ser interrogado, não admitindo representação, substituição ou sucessão. Também devemos nos atentar para redação do art. 188 do Código de Processo Penal, na qual estabelece a participação das partes no ato (CAPEZ, 2011, p. 401).

Com isso, Pacelli elucida que “em qualquer interrogatório, as partes (Ministério Público, assistente, defesa) devem iniciar a inquirição, cabendo ao juiz complementá-lo, querendo”, outro dado apontado pelo autor diz respeito a não haver mais necessidade do juiz como mediador das perguntas feitas ao réu, ou seja, as perguntas são feitas diretamente (PACELLI, 2012, p. 377).

## **7.2 Perguntas ao Ofendido**

O ofendido nada mais é do que a vítima, o sujeito passivo do delito. A vista disso cumpre salientar que o mesmo na nossa legislação não é considerado testemunha, entretanto Capez esclarece que não obstante a exigência do compromisso de dizer a verdade, responderá “por denúncia caluniosa se der causa a investigação policial ou processo judicial, imputando a alguém crime de que o sabe inocente” (CAPEZ, 2012, p. 449).

Tal fator é apontado como primordial na visão de Pacelli tendo em vista da mesma forma que a infração penal gera consequências danosas a vítima, “é a palavra do ofendido que irá fazer nascer a persecução penal, gerando consequências também danosas para aquele acusado da prática do delito” (PACELLI, 2012, p. 425).

Por fim, cabe acrescentar que a vítima pode ser conduzida coercitivamente a presença do juiz, vez que segundo Nucci suas declarações são de extrema

importância para o alcance da verdade real, bem como pelo fato de que ninguém se exime de colaborar com o poder judiciário. (NUCCI, 2012, p. 458)

### 7.3 Prova Testemunhal

A testemunha é um meio de prova onde determinada pessoa, distinta dos sujeitos principais do processo penal, apresenta em juízo sua versão dos fatos decorrentes da infração penal, bem como de acordo com Mirabete depõe acerca de suas percepções sensoriais a respeito dos fatos imputados ao acusado (MIRABETE, 2007, p. 292).

São características do depoimento prestado pela testemunha a judicialidade, oralidade, objetividade e retrospectivo. Acerca disso dispõe o autor:

O testemunho é sempre **judicial**, ou seja, é prestado perante o juiz O depoimento é sempre oral (art. 204 do CPP), podendo haver, contudo, consultas a apontamentos (art. 204, parágrafo único). Não obstante a **oralidade**, o que a testemunha diz é reduzido a termo (art. 216 do CPP). No caso de surdo-mudo aplica-se a forma escrita (art. 223, parágrafo único, c/c art. 192, CPP). A testemunha deve pautar-se por **objetividade**, devendo falar sobre o que viu, ouviu ou de qualquer forma percebeu pelos sentidos, não lhe sendo permitido emitir opiniões ou juízos de valor. Pode-se dizer ainda que o depoimento testemunhal é **retrospectivo**, por relatar um acontecimento passado, não sendo possível fazer qualquer previsão do futuro. (NICOLITT, 2012, p. 393).

Ainda dissertando acerca do mesmo assunto, Capez acrescenta duas características inerentes ao papel da testemunha no processo penal, que são a imediação, significando que a mesma deve dizer aquilo que compreendeu imediatamente através dos sentidos e a individualidade determinando que cada testemunha presta seu depoimento individualmente (CAPEZ, 2012, p. 436).

O art. 206 do Código de Processo Penal determina que as testemunhas não podem se eximir da obrigação de testemunhar, entretanto o mesmo dispositivo aponta as exceções, que são os que forem ascendentes, descendentes, cônjuge, ou tenham parentesco próximo com o acusado, nessas circunstâncias só serão ouvidas se não houver outros meios de busca pela verdade real.

Consideramos como testemunhas aquelas das quais é colhido o compromisso de dizer a verdade, de modo que caso as mesmas deponham

inverdades acerca do ocorrido, serão responsabilizadas por crime de falso testemunho tipificado no art. 342 do Código Penal.

Conforme indica Greco Filho as testemunhas no processo penal são diferenciadas entre aquelas que prestam compromisso da verdade e as que não prestam. De modo que a primeiras presta depoimento e a segunda declaração (GRECO FILHO, 2010, p. 223).

Outro aspecto abordado pela legislação diz respeito aos doentes mentais e menores de 14 anos os quais poderão prestar declarações, e como já mencionado no parágrafo anterior nestes casos não haverá compromisso de dizer a verdade, tal determinação está prevista no art. 208 do Código de Processo Penal.

#### **7.4 Reconhecimento de Pessoas e Coisa**

Refere-se ao procedimento de identificação de pessoas que se relacionam de alguma forma com o delito, logo, conforme apresenta Avena tal ato pode ser praticado não só pelas vítimas e testemunhas, como também por acusados ou investigados para identificarem terceira pessoa. Já o reconhecimento de coisas tem como objetivo a identificação de instrumentos utilizados na prática do crime, por exemplo, armas (AVENA, 2012, p. 578).

Cumprе salientar acerca do referido procedimento algumas formalidades estabelecidas pela legislação. Para tanto, Mougnot evidencia a necessidade de que a pessoa antes de ser colocada diante do objeto a ser reconhecido deverá descrever a pessoa ou coisa que supostamente lhe será apresentada. Contudo, a descrição, ainda que imperfeita, não desqualifica o ato, sendo cabível dar seguimento ao restante do procedimento (MOUGENOT, 2012, p. 422).

Após isso, Nicolitt explica que “a pessoa a ser reconhecida será colocada em recinto, sempre que possível ao lado de outras semelhantes, para que aquele que fará o reconhecimento possa indicar a pessoa a ser reconhecida”.

Por fim, será lavrado auto de reconhecimento no qual será definida a conclusão do ato (NICOLITT, 2012, 397).

## **8 PRINCIPAIS PROVAS OBTIDAS PARA FORMALIZAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Diante do exposto no capítulo anterior delimitamos para tipificação do crime de estupro de vulnerável, tendo em vista as peculiaridades impostas pela legislação, alguns meios de provas que assumem grande valor. São eles a prova pericial através do exame de corpo e delito, depoimento da vítima e o depoimento de testemunhas caso existam.

### **8.1 Exame de Corpo e Delito**

Este exame é característico da prova pericial, de modo que será utilizada sempre que a infração deixar vestígios. Com isso, Pacelli afirma que “a materialidade do delito e/ou a extensão de suas consequências deverão ser objeto de prova pericial”, podendo ser feito diretamente ou indiretamente. (PACELLI, 2011, p.432).

O primeiro ocorre quando esse exame é realizado sobre os vestígios materiais que apontam ocorrência do crime, o segundo diz respeito aos exames realizados através da análise de documentos relativos aos fatos, por exemplo, fotografia, relatos ou documentos médicos (NICOLITTI, 2012, p. 400).

Esse exame quando feito em vulneráveis não tem como objetivo verificar a presença de lesões que indiquem violência decorrente da conjunção carnal ou ato libidinoso como ocorre nas hipóteses de estupro na forma simples, vez que ainda que consentido o ato configurará estupro de vulnerável, tendo em vista características obrigatórias ao sujeito passivo.

A partir disso, identificamos o exame como possível forma de constatação da conjunção carnal, no caso de menores de 14 anos que eram virgens antes do estupro, apesar de existir divergência em relação àquelas que possuem hímen complacente os quais não se rompem na primeira relação sexual. Além disso, busca-se também vestígios que indiquem atos libidinosos através de possíveis lesões causadas pelo agente.

Cumpra salientar que por se tratar de crime de estupro de vulnerável basta que se comprove a ocorrência do fato. Acontece que, na maioria dos casos a denúncia dificilmente será feita logo após o ocorrido, tornando-se ainda mais improvável a obtenção de provas periciais que constatem o fato. Devido a essa fragilidade, os exames em sua maioria são inconclusivos.

Apesar de necessária nos autos do processo do crime em questão, este meio de prova demonstra-se incapaz de sustentar por si só a condenação do agente. Além disso, há tendência jurisprudencial no sentido de aceitar outros meios de provas, como orientam o posicionamento do STF.

## **8.2 Depoimento de Testemunhas**

A prova testemunhal no estupro de vulnerável é escassa e a sua presença não é comum dada às circunstâncias nas quais é cometido o crime em estudo. Desta maneira, apesar de notória na fase judicial, deve se estabelecer critérios para sua análise, de modo que sua apreciação não gere equívocos prejudiciais tanto a vítima quanto ao acusado.

Para tanto, compreendemos que o depoimento é fornecido com base nos sentidos, audição, visão e em alguns raros casos o tato, do depoente, a fim de que o mesmo possa narrar o fato que presenciou. Apesar disso, nada impede que o indivíduo seja enganado pelos seus próprios sentidos, gerando assim um depoimento errôneo e distinto da verdade real dos fatos.

De acordo com o apresentado no parágrafo anterior notamos a necessidade de zelo e cautela no processo penal no que diz respeito à produção de prova testemunhal. Ademais, maior é a preocupação nos processos em que existe a carência de provas substanciais, nos quais consequentemente os depoimentos ocupam função de principal meio de prova.

Considerando os crimes sexuais contra vulneráveis, maior dificuldade existe em reconhecer a precisão dos depoimentos, vez que a vítima encontra-se em situação de vulnerabilidade, fato este que influencia não só no seu depoimento como também daqueles que testemunharam o ocorrido.

Além disso, quando há a presença de inúmeras testemunhas cabe ao magistrado a análise de cada relato, tendo em vista a impressão distinta de cada testemunha quanto à forma em que os fatos ocorreram. Desta maneira, cabe ao mesmo analisar o conteúdo dos depoimentos de modo geral com o objetivo de encontrar concordâncias que possam estar diretamente ligado ou não ao delito.

Diante do exposto, caso não haja a presença de provas capazes de sustentar a condenação do acusado, devemos nos ater ao princípio, já elucidado no presente trabalho, *in dubio pro reo* conforme o artigo 386, VII do Código de Processo Penal.

### **8.3 Depoimento da Vítima**

Ao tratarmos do depoimento da vítima devemos esclarecer o cuidado com o qual deve ser analisada, vez que os traumas gerados pelo ocorrido podem afetar no todo ou em parte a impressão da mesma sobre os fatos, além de sua emoção e interesse em solucionar o delito.

Tal entendimento possui maior importância nos crimes sexuais, tendo em vista a violação da dignidade sexual, episódio este que na maioria dos casos gera não só na vítima, como também na sociedade inegável aspiração em punir o responsável, de modo que esse sentimento pode influenciar na prestação de depoimentos que não coincidam com a verdade real. No que se refere a isso Tornaghi afirma que “o ofendido mede tudo por um padrão subjetivo distorcido e ainda que pretenda ser isento e honesto, estará sujeito a falsear a verdade, ainda que de boa-fé” (TORNAGHI, 1991, p. 388).

Contudo, a jurisprudência já se posicionou acerca do depoimento da vítima, mesmo nas circunstâncias em que a mesma seja menor de 14 (quatorze) anos. De modo que a sua palavra imputa-se grande importância, sustentando, em alguns casos, o material probatório que guiará a condenação.

## 9 VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA

A palavra da vítima, levando em consideração as peculiaridades para sua análise, apresenta valor relativo (*juris tantum*). Entretanto, no que tange os crimes contra dignidade sexual atribui-se ao depoimento relevante valor, em razão do tipo penal no qual é comum que ocorra às escondidas, sem a presença de testemunhas, e como já foi explicado anteriormente, dificilmente o exame de corpo e delito é capaz de produzir laudos conclusivos, de modo que prejudica a obtenção de provas capazes sustentar a condenação do responsável pelo crime. Sendo assim, quanto menos material probatório, maior o valor dado ao depoimento da vítima.

Gonçalves assegura que o depoimento prestado pela vítima deve ser narrado de forma coerente e convicta, podendo assim ser usada como prova principal para condenação do acusado. Vejamos:

Em suma é possível a condenação de um esturador com base somente na palavra e no reconhecimento efetuado pela vítima, desde que não haja razões concretas para que se questione o seu depoimento. Há uma presunção de que as palavras desta são verdadeiras, mas é relativa. (GONÇALVES, apud LENZA, 2013, p. 543).

Cumprе acrescentar que comumente a palavra da vítima não possui o mesmo valor probatório que o depoimento prestado por testemunha em juízo, vez que a mesma possui dever de falar a verdade sob pena de cometer crime de falso testemunho. Desta maneira, há chance da condenação do acusado tendo como base a palavra da vítima, porém cabe ao magistrado confronta-la com todo o material probatório produzido durante o processo, buscando consonância entre eles. Quanto a isso já se manifestou o STJ:

A configuração do crime de estupro prescinde da realização do exame de corpo de delito, sendo suficiente a manifestação inequívoca e segura da vítima, quando em consonância com os demais elementos probatórios delineados no bojo da ação penal. ( HC 8.720-RJ, 6ª t., rel Vicente Leal, 16.11.1999, v.u. DJ 29.11.1999, p. 126).

É possível notarmos que a credibilidade da palavra da vítima deve ser colocada em questionamento principalmente nas situações em que o acusado possui algum grau de parentesco, por exemplo, pai ou resida próximo à vítima. Além disso, frequentemente o agente possui determinado grau de autoridade sob a mesma.

Com isso, pode acontecer de situações como a citada no parágrafo anterior culminarem no silêncio da vítima, bem como a sua negação a ocorrência do fato, dificultando ainda mais o processo de obtenção de material probatório.

Ainda assim, carecemos de cuidado durante o processo penal no que diz respeito à má-fé, vez que conhecendo o valor probatório da palavra da vítima nada impede que o indivíduo com o intuito de prejudicar alguém impute a ele a acusação do crime sem que realmente tenha acontecido.

Importante esclarecer que os vulneráveis possuem evidente predisposição a serem manipulados, tendo em vista a própria circunstância em que se encontram, por conseguinte ao almejar a punição do responsável pode acontecer de falar aquilo que terceiros interessados querem, podendo em algumas situações simular o estupro com a finalidade de prejudicar outrem, ou imputar autor distinto do que realmente cometeu o delito, formando até mesmo percepções falsas ou fantasiosas sobre o ocorrido. Com relação a isso adverte Nucci:

Outro aspecto importante a ser considerado é que exposições pormenorizadas do fato criminoso nem sempre são fruto da verdade, uma vez que o ofendido tem a capacidade de inventar muitas circunstâncias criando dados inexistentes. (NUCCI, 2013, p. 466).

Outro ponto que merece destaque tem a ver não mais com a veracidade das declarações da vítima, mas com sua capacidade em prestar depoimento, haja vista as hipóteses em que o ofendido opte por se calar com o objetivo de não lembrar o sofrimento; por ser uma criança, deficiente mental ou ambos; por não lembrar o ocorrido devido à circunstância em que se encontrava no momento do crime.

Diante disso, nos deparamos com diversos empecilhos que impedem o judiciário de respaldar a sustentação da condenação dos crimes de estupro de

vulnerável exclusivamente na palavra da vítima, posto que conforme o exposto anteriormente, variável são as formas das declarações conterem vícios ou por vezes não puderem ser produzidas.

Visto isto, “a aceitação isolada da palavra da vítima, pode ser tão perigosa, em função da certeza exigida para a condenação, quanto uma confissão do réu”, de modo que em caso de dúvida deve-se o réu ser absolvido (NUCCI, 2010, p. 915).

Apesar da problemática da prova apresentada, inegável é o fato de que o crime de estupro de vulnerável na maioria dos casos acontece sem a presença de testemunhas e deixando poucos vestígios. Além disso, os atos libidinosos também correspondem ao crime em questão, dificultando ainda mais a obtenção de meios probatórios que comprovem a autoria do crime.

À vista disso, com o interesse em impedir prováveis injustiças, sem esquecer as peculiaridades que envolvem a tipificação do crime, cabe ao judiciário dá a devida atenção ao processo penal do mesmo.

Intentando dirimir os impactos causados pela falibilidade na obtenção de provas no crime estudado, poderia o legislativo separar o ato libidinoso e a conjunção carnal do mesmo tipo penal, posto que, atualmente, as duas práticas integram o crime de estupro de vulnerável.

É notório que a conjunção carnal exige maior contato físico, de modo que existe maior possibilidade da presença de provas que comprovem a autoria do crime, em contrapartida temos o ato libidinoso que devido as variáveis práticas com as quais pode ser exercido dificilmente deixa provas.

Diante disso, sugestão viável seria estabelecer o estupro como a prática de ter relação sexual através de conjunção carnal ou coito anal, sem prejuízo algum das características que diferenciam os vulneráveis. Enquanto o ato libidinoso passaria a ocupar tipo penal autônomo, com pena autônoma e formas qualificadas quando praticado contra aqueles considerados vulneráveis.

Importante destaque merece as jurisprudências acerca da valorização da palavra da vítima nos processos que dizem respeito a crimes que violam a dignidade sexual.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. CRIME SEXUAL CONTRA VULNERÁVEL. CONTINUIDADE DELITIVA.

Materialidade e autoria comprovadas pela palavra da vítima e das testemunhas, não revelando a prova dos autos qualquer motivo para a imputação injusta do delito. **PALAVRA DA VÍTIMA. Nos delitos contra a liberdade sexual, de regra cometidos sem a presença de testemunhas e sem deixar vestígios físicos ou visíveis, a palavra da vítima é merecedora de especial valor pelo magistrado**, que, obviamente, deverá estar atento à existência de motivos para falsa imputação, cotejando depoimentos e analisando cada caso. Na hipótese dos autos, os relatos da vítima são coerentes e harmônicos, bem como foram corroborados pelo depoimento de testemunhas. APENAMENTO. Mantido. REGIME. Mantido o regime inicial semiaberto. Determinada a formação do PEC e a expedição de mandado de prisão. APELO DESPROVIDO.

(Apelação Crime Nº 70070594593, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 22/06/2017). Grifo acrescentado

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PLURALIDADE DE VÍTIMAS. CONCURSO MATERIAL. PRELIMINARES. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA QUANTO AO DEFERIMENTO DE PROVAS.

1- Não é inepta a denúncia que descreve detalhadamente as condutas criminosas imputadas ao acusado, permitindo o exercício da ampla defesa.

2- Em homenagem ao princípio pas de nullité sans grief, previsto no art. 563, do CPP, não se deve declarar a nulidade processual quando não restaram demonstrados quaisquer prejuízos. MÉRITO. ABSOLVIÇÃO. PALAVRA DAS VÍTIMAS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.015/09 POR SER MAIS BENÉFICA. **1-A palavra das vítimas assume preponderante importância nos crimes de natureza sexual, dada a clandestinidade da infração, se coerente e harmônica com o conjunto dos autos, relatando o mesmo modus operandi dos crimes, somada às demais provas jurisdicionais, sendo eficientes para a manutenção da condenação.** 2- Deve ser aplicada a imputação genérica do atual artigo 213 do CP, por cominar pena mais branda do que a prevista no artigo 217-A do citado Codex, pois a lei não pode retroagir, em prejuízo do réu. [...]

As citações expostas acima nos permitem observar que em não raras vezes a condenação do acusado é guiada principalmente pelas provas orais, quando estas são dotadas de coerência com o material probatória. Entretanto, quando a produção

de outros meios de provas não for possível, cabe ao magistrado analisar as declarações e verificar possíveis motivos para que as mesmas contenham vícios.

Outro ponto de vista nos remete a chamada prova psicológica ou avaliação psicológica, esta por sua vez ao ser elaborada forma significativo elemento de convencimento não só ao Magistrado como também ao Promotor de Justiça no que se refere à constituição de sua teoria quanto a suspeita do crime ou autoria. Além disso, fomenta possível adoção de medidas de cunho protetivo nos casos em que a mesma seja necessária.

Contudo, para que a produção desse meio de prova se torne habitual cabe ao judiciário melhor capacitação de seus representantes, bem como a adoção de psicólogos encarregados de colher as declarações da vítima mediante uso de técnicas de acordo com as especificidades de cada caso, vez que são estes os profissionais capacitados para essa tarefa.

Portanto, a prova psicológica teria como principal objetivo auxiliar na análise e compreensão dos fatos, contribuindo na busca pela verdade real e respeitando o interesse dos envolvidos.

Nesse sentido, temos o projeto idealizado pelo Juiz de Direito Dr. José Antonio Daltoé Cezar, denominado “depoimento sem dano”, foi colocado em prática, pela primeira vez, no Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul, em maio de 2003.

Tal projeto elucida a necessidade de modificação da forma como são colhidos os depoimentos de crianças ou adolescentes vítimas e/ou testemunhas de crimes contra dignidade sexual. Ademais, tem como um de seus principais objetivos minimizarem os danos psicológicos causados pela própria inquirição legal que ocorre através do sistema judiciário.

Esse novo modelo de inquirição visa proporcionar ao menor ambiente mais acolhedor, que nada se compara ao formalismo das salas de audiência tradicional, fazendo com que a vítima não se sinta constrangida diante do interrogatório, este

por sua vez é feito por profissional designado pelo juiz, comumente psicólogo ou assistente social.

Outro ponto inovador é que são utilizados recursos tecnológicos de imagem e áudio, os quais permitem que a transmissão do depoimento seja assistida em tempo real pelo juiz e promotor, além do acesso as gravações quando necessário, impedindo assim que a vítima precise repetir determinada resposta ou a própria narração dos fatos.

Importante destacar que a inquirição deve ser feita no menor tempo possível após a ocorrência do fato, tendo em vista que tanto a vítima quanto a testemunha com o decorrer dos dias podem esquecer algum detalhes importantes para condenação do acusado.

Para tanto, verificamos a importância da rápida descoberta da ocorrência do crime, vez que a volatilidade das provas que comprovem esse tipo de delito compõe uma das principais motivações de dificuldade em obter meios probatórios concisos o suficiente para condenação do acusado.

Igualmente, compreendemos que as provas produzidas durante o inquérito policial na maioria dos casos não podem ser feitas novamente durante o processo devido à própria volatilidade citada no parágrafo anterior, deste modo não estarão presentes nos autos, estando assim impedidas de serem usadas como meio probatório de embasamento da condenação. Quanto a isso, Santos alerta:

Com o aumento da credibilidade e confiança na polícia e demais órgãos envolvidos, há também crescimento dos casos denunciados. É um paralelo crescente e proporcional em que a comunidade, contribui para que os condenados sejam retirados do convívio de suas vítimas. (SANTOS, 2012, p. 02).

Com isso, enfatizamos que tais condutas são capazes de criar na vítima e em seus familiares sentimento de confiança quanto à eficiência da polícia e principalmente do judiciário, fazendo com que a denúncia seja feita o mais rápido possível, aumentando as chances de obtenção de material probatório e conseqüentemente gerando medo de agir no criminoso.

## 10 RISCO DA CONDENAÇÃO

Considerando toda problemática que envolve a produção de meio probatório para o crime em destaque, logo após devemos analisar as consequências que podem ocorrer devido a esses problemas apresentados.

Para tanto, identificamos que diante das dificuldades citadas no decorrer do trabalho, o Estado em algumas situações passa a ser o próprio agressor, representado pelo poder judiciário, através de uma condenação errônea ou em casos no qual as circunstâncias probatórias levam o juiz a condenar um inocente.

É de conhecimento de todos que não existam palavras capazes de traduzir o quão danoso é a condenação de um inocente, entretanto a situação piora quando o crime cometido é contra dignidade sexual, sendo ainda pior quando a vítima ocupa posição de vulnerável.

A partir disso, Marques Junior produziu um trabalho visando analisar as condições dos presidiários condenados por estupro dentro do cárcere, e o resultado revela a pressão moral e física a qual os mesmos são sujeitados, bem como o estupro cometido pelos demais presos mediante sexo anal, e na maioria dos casos a morte (MARQUES JUNIOR, 2009).

Conforme expõe o autor:

Essa violência não se restringe ao ato sexual, mas é acompanhada de agressões, humilhações, castigos e torturas, podendo chegar à morte. É fato sabido que qualquer pessoa que dê entrada na cadeia por esse motivo é vítima de agressão dos companheiros de cela. (MARQUES JUNIOR, 2009, p. 95).

Ademais, devemos destacar que as situações supracitadas não dependem da comprovação da culpa, basta que o réu dê entrada por causa dessas acusações para que se iniciem tais agressões. Fato este preocupante quando se trata da prisão processual, que se dá antes do julgamento do mérito.

Quanto à vítima, esta por sua vez também será prejudicada caso a condenação não ocorra de forma correta, tendo em vista que devido a falta de provas capazes de sustentar a condenação o agressor permanece em liberdade,

gerando mais vítimas ou até mesmo reproduzindo a mesma conduta com a vítima que o denunciou. Igualmente consequência ocorre no caso de ser condenado inocente.

## 11 CONCLUSÃO

Os crimes em que ocorre a violação da dignidade sexual, em geral, tendem a ser cometidos em locais isolados fazendo assim com que dificulte a obtenção de provas testemunhais que fundamentem a condenação, bem como nem sempre são deixados vestígios pelo agente. Fato este comprovado ao nos depararmos com inúmeras decisões de tribunais superiores nas quais a palavra da vítima possui relevante importância na formalização da culpa do acusado.

Inicialmente buscamos entender a visibilidade que os crimes contra dignidade sexual possuem nas mídias sociais atualmente e como a sua penalização torna-se um clamor da sociedade. Apesar disso, de nada adianta tal condenação em moldes processuais dos quais o direito do acusado não é respeitado.

Para que o trabalho fosse mais específico delimitamos o estudo ao crime de estupro de vulnerável, que são aqueles em que o agente passivo, ou seja, aquele sofre a violação, deve, de acordo com o artigo 217- A do Código Penal, ser menor de quatorze anos, bem como aqueles que por enfermidade ou deficiência mental não tem o necessário discernimento para prática do ato ou que por qualquer outra razão não possa oferecer resistência. Ademais, importa acrescentar que a pena mínima cominada ao crime de estupro de vulnerável é de oito anos de reclusão, sendo cumprida inicialmente em regime fechado, estando incluso ainda como crime hediondo de acordo com a Lei nº 8.072 de 1990.

Conforme compreendemos a gravidade da conduta delituosa, evidenciamos que em se tratando de crimes contra dignidade sexual especificamente no crime de estupro de vulnerável, torna-se necessário que o réu esteja respaldado pelos seus direitos e garantias constitucionais no decorrer do processo, de modo que sua condenação, bem como sua pena esteja de fato atrelada ao ato praticado.

Para tanto, desenvolvemos no decorrer do trabalho análise dos instrumentos processuais utilizados durante o processo de condenação do acusado, tal como os meios probatórios utilizados para comprovar a autoria do

crime. Além disso, tratamos da relevância dada à palavra da vítima que em alguns casos é a principal prova fundamentadora da sentença.

Com base no que foi esclarecido averiguamos que os casos de erro em tais condenações são uma realidade, da mesma maneira que a mera acusação ou indiciamento são capazes de denegrir permanentemente a vida social do acusado, gerando inúmeras consequências danosas.

A partir do conteúdo que foi explanado ao longo do trabalho pudemos comprovar que as várias práticas que abrangem o crime de estupro de vulnerável dificultam ainda mais a obtenção de material probatório, vez que a conduta pode ou não deixar vestígios. Fato este, que poderia ser solucionado através de uma nova modificação na lei, separando a conjunção carnal dos outros atos libidinosos.

Outro aspecto diz respeito à clandestinidade em que ocorrem tais delitos, ficando claro ser esse um dos principais fatores que dificultam a produção de provas.

Além disso, destacamos a necessidade de que o judiciário esteja apto para inquirição das vítimas, seja através da contratação de profissionais especializados ou da capacitação dos que já atuam na área. Tais mudanças aumentariam a credibilidade do próprio sistema e com isso mais denúncias seriam feitas.

Por fim, o presente trabalho, com base no conteúdo exposto compreende e reafirma o respeito aos direitos e garantias constitucionais inerentes a todo cidadão, de modo que somente dessa forma condutas reconhecidas socialmente como repugnantes possam ser punidas de forma coerente e eficaz.

## 12 REFERÊNCIAS

AVENA, Noberto. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo; Método, 2011.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal Esquematizado**. 4.ed. Rio de Janeiro; Método, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes de Estupro: O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>. Acesso em 30 de agosto de 2017.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e prática da monografia para os cursos de Direito**. 10°. ed. São Paulo; Saraiva; 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: de 5 de outubro de 1988. Brasília, Distrito Federal: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 27 de maio de 2017.

BRASIL. Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 03 out. 1941. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91622/codigo-processo-penal-decreto-lei-3689-41>. Acesso em 27 de Maio. 2018.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em 12 de Setembro de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18.ed. São Paulo; Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de Processo Penal**. 19.ed. São Paulo; Saraiva; 2012.

\_\_\_\_\_. **Estupro de vulnerável e a contemplação lasciva.** Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI253038,101048-Estupro+de+vulneravel+e+a+contemplacao+lasciva>>. Acesso em 2 de setem 56 2017 .

CEZAR, José Antonio Daltoé. **Depoimento Sem Dano:** uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. 1.ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado; 2007.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY. Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal.** 7. ed. Rio de Janeiro; Forense; 2011.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. LENZA, Pedro. **Direito Penal Esquematizado: parte especial.** 1. ed. São Paulo; Saraiva; 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Especial.** 9.ed. Rio de Janeiro; Impetus, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal – Parte Especial – Vol. III.** 14<sup>a</sup>. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal.** 8.ed. São Paulo; Saraiva, 2010.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal Parte Especial Vol. III.** 20. ed. São Paulo; Saraiva, 2015.

JUSBRASIL. **Apelação Criminal.** Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/474449949/apelacao-crime-acr-70070594593-rs> > Acesso em 25 de Julho de 2018.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** 1.ed. Campinas; Bookseller; 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal Vol. II.** 24. ed. Rio de Janeiro;Atlas;2007. 57

MOUGENOT, Edilson Bonfim. **Curso de Processo Penal.** 7. ed. São Paulo; Saraiva; 2012.

NICOLITT André. **Manual de Processo Penal.** 3.ed. Rio de Janeiro; Campus Jurídico, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** 10 ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Provas no Processo Penal.** 2. ed. São Paulo; Revistas dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 9.ed. São Paulo; Revistas dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 10. ed. São Paulo; Revista dos Tribunais; 2013.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal Comentado.** 15ª. Ed. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal.** 14.ed. São Paulo; Lumen Juris; 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de Processo Penal.** 16.ed. São Paulo; Atlas; 2012.

QUEIROZ, Paulo. **Estupro de Vulnerável.** Disponível em: <http://www.pauloqueiroz.net/estupro-de-vulneravel/>. Acesso em 22 de agosto de 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12°. Ed. Rio de Janeiro: Lumen 58  
2007.

SANTOS, Eduardo Herrera dos. “Rompendo o silêncio vence a impunidade”. In:  
**Jornal A Praça**. 9. ed. Pederneiras; 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos  
Fundamentais**. 9.ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado; 2012.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de Processo Penal**. 8 ed. São Paulo; Saraiva;  
1991.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal 3**. 33.ed. São Paulo;  
Saraiva, 2011.