

**CESED - CENTRO DE ENSINO SUPERIOR E DESENVOLVIMENTO UNIFACISA –
CENTRO UNIVERSITÁRIO CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

CARLOS EDUARDO XAVIER DE LIMA

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: Considerações em torno da palavra da
vítima**

CAMPINA GRANDE - PB 2021
CARLOS EDUARDO XAVIER DE LIMA

ESTUPRO DE VULNERAVEL: CONSIDERAÇOES EM TORNO DA PALAVRA DA VÍTIMA

Trabalho de Conclusão de Curso - Artigo Científico - apresentado como pré-requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela UniFacisa – Centro Universitário.

Área de Concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof.º da UniFacisa, Breno Wanderley César Segundo.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
(Biblioteca da UniFacisa)

XXXXX

LIMA, Carlos Eduardo Xavier de Lima.

Estupro de vulnerável: considerações em torno da palavra da vítima / Carlos Eduardo Xavier de lima. –
Campina Grande - PB, 2021.

Originalmente apresentada como Artigo Científico de bacharelado em Direito do autor
(bacharel – UniFacisa – Centro Universitário, 2021).

Referências.

1. Crimes sexuais. Vulnerabilidade. Provas.

CDU-XXXX(XXX)(XXX)

Elaborado pela Bibliotecária Rosa Núbia de Lima Matias CRB 15/568 Catalogação na fonte

Trabalho de Conclusão de Curso - Artigo Científico – Título do artigo, apresentador por Nome do aluno como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito, outorgado pela UniFacisa – Centro Universitário.

APROVADO EM _____ / _____ / _____

BANCA EXAMINADORA:

Prof.º da UniFacisa, Nome Completo do Orientador, Titulação. Orientador

Prof.º da UniFacisa, Nome Completo do Segundo Membro, Titulação.

Prof.º da UniFacisa, Nome Completo do Terceiro Membro, Titulação.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: Considerações em torno da palavra da vítima

Carlos Eduardo Xavier de Lima[□]
Breno Wanderley César Segundo^{□□}

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: Considerações em torno da palavra da vítima

RESUMO

A presente pesquisa tem como tema central a questão do estupro de vulnerável no que diz respeito ao depoimento da vítima quando pessoa vulnerável. O objetivo geral é, portanto, analisar a questão da importância dada a palavra da vítima nesses crimes sexuais, no que tange aos riscos de cometimento de injustiças por parte do Poder Judiciário. Como objetivos específicos buscamos apresentar um breve resumo acerca da história da legislação que trata da dignidade sexual no Brasil, além de pesquisar sobre o instituto da presunção de inocência e seu antagonismo quanto a presunção relativa e absoluta da culpabilidade em crimes sexuais cometidos contra vulneráveis, bem como apresentar o entendimento doutrinário sobre a importância da palavra da vítima nesses crimes. O método utilizado foi a pesquisa bibliográfica, com ênfase nos entendimentos doutrinários acerca da matéria. Concluiu-se que a jurisprudência pátria não veta a condenação baseada na palavra da vítima, entretanto devem estar alinhadas com outros elementos e indícios apurados no processo.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes sexuais. Vulnerabilidade. Provas.

ABSTRACT

The central theme of this research is the issue of rape of the vulnerable with regard to the victim's testimony as a vulnerable person. The general objective is, therefore, to analyze the issue of the importance given to the victim's word in these sexual crimes, with regard to the risks of injustice being committed by the Judiciary. As specific objectives, we seek to present a brief summary about the history of legislation that deals with sexual dignity in Brazil, in addition to researching the institute of the presumption of innocence and its antagonism regarding the relative and absolute presumption of guilt in sexual crimes committed against the vulnerable, as well how to present the doctrinal understanding of the importance of the victim's word in these crimes. The method used was bibliographical research, with emphasis on doctrinal understandings about the matter. It was concluded that the country's jurisprudence does not veto the conviction based on the victim's word, however, they must be aligned with other elements and evidence found in the process.

KEYWORDS: Sexual crimes. Vulnerability. Evidences.

1 INTRODUÇÃO

Esse trabalho analisa a questão da importância dada a palavra da vítima no crime de estupro de vulnerável, no que tange aos riscos de cometimento de injustiças por parte do Poder Judiciário ao admitir esse tipo de prova, considerando que muitas vezes a vítima pode mentir em seu depoimento, por medo de desagradar aqueles que lhes acompanham pois neles depositam confiança, assim não sabendo da consequência daquele ato, omitem a verdade por temerem represálias. Em muitas situações, aqueles que acompanham as vítimas as manipulam para que seja dada a sociedade uma resposta à altura do crime, diante daquilo que foi veiculado nos meios de comunicação como notícia, trazendo prejuízos penais para o suposto agressor que muitas vezes são irreversíveis.

Condenar alguém apenas com a palavra da vítima é de extremo risco para a boa execução do direito penal. Por muito tempo a palavra da vítima foi usada de forma suprema, ou seja, a necessidade de usar meios de provar que a vítima estava mentindo era descartada. Com isso houve a necessidade de rever conceitos e costumes históricos para que possíveis casos de estupro de vulnerável não viesse a ter um final trágico, deixando de lado a boa execução do direito penal oferecendo ao agressor a ampla defesa, com isso viu-se a necessidade de reformular a lei pela qual estava relacionado esse tipo de crime no nosso ordenamento jurídico.

A lei nº 12.015, foi originada da comissão parlamentar mista (CPMI) criada em 2003 para investigar a exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. De 12 de junho a 13 de julho de 2004, a comissão promoveu a formação do projeto de lei do senado nº 253/2004, que visa adequar o código penal brasileiro as novas realidades sociais.

O VI capítulo da parte especial do código penal brasileiro, foi alterado para tratar dos “dos crimes contra os costumes”. Com a entrada em vigor da redação “crimes contra a dignidade sexual”, se buscou garantir maior proteção da liberdade sexual humana e da dignidade sexual. Introduzindo novos tipos

de convicções, unificando velhos tipos e modificando normas gerais. Entre as alterações introduzidas, foi reiterado do ordenamento jurídico o regime de presunção de violência previsto no artigo 224 da lei penal, passando a ser instituído um novo tipo de violação penal contra grupos de vulneráveis previsto no artigo 217-A, que traz, esse diploma, sendo seus sujeitos passivos, o menor de 14 anos de idade, objeto central desse trabalho.

A pesquisa em pauta não objetiva discutir a vulnerabilidade dos menores de 12 anos, devendo esta ser considerada de forma absoluta. Da mesma forma, não serão objeto de estudo aqueles vulneráveis por enfermidade ou deficiência mental ou que não podem oferecer resistência; também não se pretende desconsiderar por completo a figura do vulnerável menor de 14 anos, que merece e necessita da proteção do Estado.

O que se busca por meio deste é distinguir o estado de vulnerabilidade de cada possível vítima analisando a forma de aplicação da lei no caso concreto. Procuramos demonstrar as vantagens de se analisar a vulnerabilidade do menor de 14 anos de forma relativa, observadas as particularidades do caso concreto, a fim de se evitar possível responsabilidade penal objetiva.

Portanto, o objetivo geral desse trabalho é analisar a questão da importância dada a palavra da vítima no crime de estupro de vulnerável, no que tange aos riscos de cometimento de injustiças por parte do Poder Judiciário. Como objetivos específicos buscamos apresentar um breve resumo acerca da história da legislação que trata da dignidade sexual no Brasil, além de pesquisar sobre o instituto da presunção de inocência e seu antagonismo quanto a presunção relativa e absoluta da culpabilidade em crimes sexuais cometidos contra vulneráveis, bem como apresentar o entendimento doutrinário sobre a importância da palavra da vítima nesses crimes.

Na primeira parte do trabalho apresentamos um pouco da história da proteção legal no Brasil da dignidade sexual das pessoas.

Na segunda parte, pesquisamos a questão da presunção de inocência e a presunção relativa e absoluta da culpabilidade em crimes sexuais contra vulneráveis.

Na terceira parte mostramos o entendimento da doutrina acerca da palavra da vítima como meio de prova em crimes sexuais.

Por fim, apresentamos as conclusões.

2 ABORDAGEM HISTÓRICA DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Os relatos históricos revelam que desde os tempos mais antigos e que entre quase todas as civilizações, o constrangimento da mulher a cúpula forçada era severamente punido, sendo assegurado ao ofensor, em alguns casos, a pena máxima.

O Código penal republicano inovou a legislação penal vigente, intitulando como estupro a copula violenta, em seus artigos 268 e 269, abrandando ainda mais a pena do crime de estupro e também permanecendo a possibilidade do casamento do réu com a vítima.

Neste caso, o código traz uma condição expressa que deveria existir para que o agressor fosse punido com a pena máxima, a mulher deveria ser honesta, não o sendo, a pena era diminuída mais da metade, isto quando o autor era punido.

Após várias modificações e a consolidação das leis penais, o Ministro Francisco Campos apresentou ao governo em 4 de novembro de 1940 o projeto do novo Código Penal, sendo este o projeto definitivo e sancionado pelo Decreto Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940, contudo o mesmo só entrou em vigor em 1 de janeiro de 1942.

O Código Penal de 1940 tem requisitos de uma mentalidade conservadora, o que o tornou inadequado para os dias atuais da sociedade, certos preconceitos foram quebrados, as mulheres assumiram novos posicionamentos perante a sociedade, e de certo modo os meios de comunicação, eliminou dos jovens a inocência dos idos de 1940.

Nota-se ao analisar o Código de 1940, que a preocupação dominante da época era totalmente diversa da atual, pois na década de 40 a mulher tinha suas habilidades voltadas única e exclusivamente ao lar, e em muitas vezes não lhe era permitido expressar suas opiniões perante a sociedade. (CUANO, 2001, p. 61)

Diante da defasagem temporal, das mudanças sociais que ocorreram em nossa sociedade, esta clamava por um maior rigor no tratamento dos chamados “crimes contra os costumes”, motivada pela indignação e revolta

que a prática de tais crimes despertam na sociedade, principalmente os de cunhos sexuais, contra crianças e pessoas que não possam prestar resistência.

Tal reclamo social foi acolhido, com a promulgação da lei 12.015 de 2009 acrescentando tipos penais necessários, assim como aumentar o rigor no tratamento dos crimes desta espécie já existentes, sendo está adequada ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste ponto, verifica-se que ocorreu uma mudança de foco jurídico tutelado, uma vez que anterior era visto a moral media da sociedade, o resguardo dos bons costumes, isto é, o interesse de terceiros, e começou a tutelar a dignidade do indivíduo, adequando ao princípio da dignidade da pessoa humana, com um conjunto de direito que deve ser aberto a todos, impedindo a degradação da pessoa perante a sociedade. (CAPEZ, 2010, p. 118)

3. DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O processo penal é um sistema que reflete a cultura da sociedade e a organização do sistema político, não se pode imaginar um Estado de direito que não adote um sistema penal acusatório e, como seu consectário necessário, a presunção de inocência, presunção de inocência é fundamento sistemático e estrutural no sistema penal acusatório, o princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. (ANIELO, 2001, p. 221)

Todo indivíduo nasce livre e tem a liberdade entre seus direitos fundamentais. Tal direito, contudo, não é absoluto. A liberdade pode ser juridicamente restringida. Para tanto, é necessário expressa previsão legal e a observância de um devido processo legal. O direito à liberdade é assegurado por várias garantias, dentre as quais se incluem a presunção de inocência.

A presunção de inocência assegura a todo e qualquer indivíduo um prévio estado de inocência, que somente pode ser afastado se houver prova plena do cometimento de um delito. O estado de inocência só cessará com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. A presunção de inocência

é, segundo Pisani, uma presunção política, que garante a liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal.

O dispositivo constitucional, contudo, não se encerra neste sentido político, de garantia de um estado de inocência, a presunção de inocência funciona, também, como regra de tratamento do acusado ao longo do processo, não permitindo sua equiparação com os culpados. São manifestações claras deste último sentido da presunção de inocência a vedações de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a possibilidade de execução provisória ou antecipação da sanção penal. (MOREIRA, 1988, p. 76)

E por fim, a presunção de inocência pode ser vista sob uma ótica técnico-jurídica, como regra de julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre o fato relevante para a decisão do processo. Trata-se, pois, de uma disciplina do ônus da prova do processo penal, segundo a qual, para a imposição de uma sentença condenatória, é necessário que haja prova, além de qualquer dúvida razoável, da existência do crime e de sua autoria, nesta acepção probatória a presunção de inocência se parece com o *in dubio pro reo*. (GOMES FILHO, 1994, p. 147)

Deste modo, com base no princípio da presunção de inocência, o réu deveria responder em liberdade o seu processo, uma vez que esta é a regra, assim se mostra a jurisprudência, como pode ser observado no julgamento do habeas corpus 162952\SP, onde o Ministro da Sexta Turma Og Fernandes, permite que o réu aguarde o transito em julgado em liberdade, que em suas palavras diz, "...isto porque a liberdade, antes da sentença penal condenatória definitiva, é a regra, e o encausuramento provisório, a exceção, como tem insistido esta corte e o Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, por força do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade..." (BRASIL, 2013)

3.1 DA PRESUNÇÃO RELATIVA E ABSOLUTA NO DIREITO PENAL

Para melhor entendimento do assunto que será discutido neste artigo necessário se mostra, uma breve dissertação sobre o entendimento do que seria a presunção absoluta e a presunção relativa, deste modo, este tópico servirá apenas como base para os posteriores, assim, quando for feita a

eventual análise do artigo científico, a abordagem do tema proposto se mostrará mais eficaz.

Ao iniciarmos cabe ressaltar que tradicionalmente, as presunções podem ser classificadas como presunções judiciais ou simples (proposto homini) e presunções legais (proposto iuris). Estas, por sua vez, se distinguem em presunções absolutas (iuris et de iure) e presunções relativas (iuris tantum). (JESUS, 2002, p. 97)

A presunção absoluta é quando não se admite prova em contrário, bastando para tanto o preenchimento das elementares do tipo penal, independentemente da análise do caso concreto, já a presunção relativa admite-se prova em sentido contrário e deve analisar as peculiaridades do caso concreto num viés sociológico, analisar todos os acontecimentos que cercam o caso concreto.

4 CRIME DE ESTUPRO

Acerca da vulnerabilidade de vítimas em crimes sexuais, CAPEZ (2012, p. 73), afirma:

Vulnerável é qualquer pessoa que se encontre em situação de perigo ou fragilidade, não fazendo a lei qualquer referência à sua capacidade para consentir ou à sua maturidade sexual. Refere-se àquele que se encontra em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica, em diante.

A previsão legal desse crime abarca dois verbos: ter e praticar. Assim, remete-se a ideia de que violência é desnecessária, uma vez que o caput do artigo 217-A do Código Penal deixa claro que se configura o crime, não apenas o ato sexual in concreto, mas a prática de qualquer ato libidinoso com vulnerável.

Segundo Prado (2011, p. 65), ter conjunção carnal consiste na cópula natural efetuada entre homem e mulher, já o ato libidinoso é um elemento normativo extrajurídico que pode ser qualquer conduta que remeta a intenção do agente ativo, por exemplo, o sexo oral, toques, apalpadas entre outros.

Com isso, é evidente que há riscos ao condenar o acusado, visto que ele pode ser punido sem necessariamente ter cometido o núcleo do tipo, além de sofrer uma condenação penal sem a existência de provas materiais suficientes, fragilizando o sistema com decisões fundadas apenas na palavra das vítimas.

Não são raros os casos que inocentes são condenados e indiciados por estes crimes. Em muitos deles, é possível observar que as crianças são facilmente influenciadas pela situação em que estão vivendo e, ao serem ouvidas, não querem desagrurar quem as estão acompanhando.

O princípio do *in dubio pro reo* é de extrema importância para o Direito Processual Penal, visto que em decorrência dele, tem-se que o ônus da prova é do Estado acusador, que tem a missão de provar a culpabilidade do imputado, sob o risco do mesmo ser absolvido por insuficiência de provas.

4.1 Sujeitos ativo e passivo

Geralmente, este é um crime comum envolvendo o sujeito ativo, como qualquer pessoa (homem ou mulher) pode ser culpado de comportamento criminoso. No caso de execução por conjunção carnal, a relação deve ser heterossexual (isto é, se a vítima é uma mulher, o sujeito ativo deve ser um homem, se a vítima for um homem, o sujeito ativo). deve ser uma mulher).

Quanto ao contribuinte, o contribuinte deve ter menos de quatorze anos de idade ou ser uma pessoa (mesmo com idade superior a quatorze anos) que, por motivo de doença ou deficiência mental, não tenha o julgamento necessário para realizar o trabalho. agir ou pode oferecer resistência. Estas são pessoas consideradas vulneráveis pela arte. 217-A, como descrito abaixo.

O artigo 217-A, caput dispõe sobre o menor de quatorze anos, sendo está uma lei estabelecida por critérios objetivos. Entende-se que a pessoa que não completou quatorze anos não está madura o suficiente para decidir se conectar sexualmente. Assim, o ato libidinoso, mesmo consentido, praticado com menos de quatorze anos é considerado evidência do tipo criminal.

Lembre-se que algumas das jurisprudências e doutrinas aceitaram o relativismo em relação à presunção de violência em sexo consensual praticado com menos de 14 (quatorze) anos. O Art. 217-A, no entanto, não fala mais de presunção, mas caracteriza diretamente a prática desse ato.

Desta forma, parece-nos que a relativização se tornará mais difícil. Deve ser lembrado, no entanto, que tipo, de acordo com o entendimento contemporâneo, tem não apenas um aspecto formal, mas também uma faceta material. Tão logo o objetivo é proteger o dispositivo, destaque a dignidade sexual da vítima (assumindo imatura para a vida sexual de menos de quatorze anos); se essa dignidade não for efetivamente afetada, podemos construir uma lógica de ausência de tipicidade material.

Desenhamos esses comentários nos preocupando com as situações cotidianas, por exemplo, o homem de dezoito anos que faz sexo com sua namorada de treze anos com o consentimento desse fato, tendo a mesma instrução sobre vida sexual razoável. É justo que ele seja condenado a oito ou quinze anos de prisão? Que pena que isso se aplique à pena relacionada a um simples homicídio (que é de seis a vinte anos de prisão - o artigo 121 do CP)?

Rogério Greco (2010, p. 512-513) e Cleber Masson (2011, p. 54) afirmam que não será mais possível excluir ninguém menor de quatorze anos de idade. no artigo na tela, considerando que existe uma escolha objetiva do legislador com base no critério da idade. (2009, p. 37) Por outro lado, a posição de Nucci, dizendo que atualmente pode qualificar a vulnerabilidade em alguns casos particulares em relação à grande vítima de doze (adolescente considerado sob ECA - Lei nº 8.069 / 1990). Rogério Sanches Cunha (2010, p. 256-257) adere ao entendimento de Nucci.

Caso contrário, não há discussão sobre a possibilidade de qualquer tipo de erro no caso em situações em que o oficial acredita, com razão, estar em um relacionamento com uma pessoa com mais de quatorze anos de idade. mas ele mais tarde descobriu ter esse jovem. Veja a este respeito o exemplo dado por Rogério Greco

Assim, imagine-se a hipótese onde o agente, durante uma festa, conheça uma menina que aparentava ter mais de 18 anos, devido à sua compleição física, bem como pelo modo como se vestia e se portava, fazendo uso de bebidas

alcoólicas etc., quando, na verdade, ainda não havia completado os 14 (catorze) anos. O agente, envolvido pela própria vítima, resolve, com o seu consentimento, levá-la para um Motel, onde com ela mantém conjunção carnal. Nesse caso, se as provas existentes nos autos conduzirem para o erro, o fato praticado pelo agente poderá ser considerado atípico, tendo em vista a ausência de violência física ou grave ameaça. (GRECO, 2010, p. 514-515)

Finalmente, pode-se ver que, se o ato sexual ocorre, sem violência ou grave ameaça, no dia em que a vítima atinge a idade de catorze anos, o fato será atípico, pois a lei exige que o sujeito passivo, neste caso, menos de quatorze anos de idade.

O artigo 217-A, § 1º, primeira parte, dispõe sobre a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual.

No presente caso, além da enfermidade ou deficiência mental da vítima, também deve ser demonstrado que ele não possui o discernimento necessário para a prática do ato. Isto é, ser afetado por uma patologia mental não é suficiente; e sua incapacidade de discernir também deve ser demonstrada. Segue-se que o legislador adotou um critério biopsicológico, de acordo com Cleber Masson

Consagrou-se, portanto, o sistema biopsicológico: para aferição da vulnerabilidade não basta a causa biológica (enfermidade ou deficiência mental), pois também se exige a afetação psicológica do ofendido (ausência de discernimento para o ato sexual). (MASSON, 2011, p. 55)

Neste estágio, as relações sexuais com pessoas com transtornos mentais não são totalmente proibidas se elas tiverem discernimento suficiente para consentir com tal prática. Portanto, a perícia para definir a vulnerabilidade, neste caso, tanto para avaliar a doença mental ou incapacidade e a capacidade de discernir, é imperativa.

Já o artigo 217-A, § 1º, parte final, discorre sobre a pessoa que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Uma pessoa que, mesmo com quatorze anos e sem qualquer doença ou deficiência mental, não pode, por qualquer outra razão, resistir.

Segundo Nucci (2009, p. 40), a referida incapacidade de resistência pode ser relativa ou absoluta. Somente em caso de incapacidade absoluta, ele deve ser considerado vulnerável à vítima. Se houver relativa incapacidade, o fato pode ser definido de acordo com os termos do art. 215 do CC (violação sexual por fraude).

Os seguintes exemplos de incapacidade de resistir

São exemplos de vulneráveis, com fundamento no art. 217-A, § 1º, in fine, do Código penal, as pessoas em coma, em sono profundo, anestesiadas ou sedadas (exemplo: médico que pratica com o paciente atos libidinosos durante o estado de inconsciência resultante da anestesia geral), bem como as pessoas portadoras de deficiências físicas que, embora conscientes, não têm como se defender da agressão sexual (exemplo: sujeito que covardemente esfrega seu órgão genital no corpo de um tetraplégico). (MASSON, 2011, p. 56)

A incapacidade de resistência pode ou não ser causada pelo agente, e essa circunstância é irrelevante para a imputação do crime como prova.

Em caso de intoxicação parcial, a vítima tendo a possibilidade de uma resistência, mesmo reduzida, não há incidência de arte. 217-A. Além disso, Nucci (2009, pp. 40-41) argumenta que, mesmo em casos de intoxicação total, se a vítima voluntariamente se coloca em tal estado e depois passa por práticas sexuais, não haverá impacto dispositivo em questão.

4.2 Tipo objetivo

A conduta prevista no caput do art. 217-A são: a) ter uma conjunção carnal com um menor de catorze; b) realizar outro ato libidinoso com menos de quatorze anos.

O verbo ter, neste caso, é usado no sentido de manter, executar ou executar. A conjunção carnal consiste, como sabemos, na introdução (total ou parcial) do pênis na vagina, exclusivamente. Portanto, não podemos falar sobre conhecimento carnal, por exemplo, em relação à introdução de

instrumentos falsos na vagina ou mesmo a incidência de sexo anal. Tais ações são libidinosas, mas não a relação sexual, desistir disso, a repetição, somente quando a inserção do pênis na vagina, a hipótese de um relacionamento heterossexual.

Com relação à segunda conduta ofensiva, a palavra prática é usada para manter, correr ou jogar e também, em nossa opinião, para participar do ato (em parte). Cleber Masson corretamente (2011, p 61) quando afirma que: "Na verdade, os verbos" afluente "e" prático "têm o mesmo significado. "

Atos libidinosos são aqueles destinados a satisfazer o desejo, o desejo sexual. Incluído no segundo canal sob a seção discutindo todos os atos sexuais relevantes, com exceção do sexo (que também é um ato sem vergonha, mas tem seu próprio esperado na primeira linha), praticado sob quatorze.

Esse tipo de previsão de como crimes comportamentais consistentes "praticam outros atos obscenos com menos de quatorze anos" pode gerar interpretações errôneas; porque em uma análise superficial sugere que apenas dispositivo ato lascivo executada pelo agente ou um terceiro em detrimento da menor, que seria em questão, do ato lascivo proteção cometida pelo menor.

De fato, o legislador não ficou feliz na construção do texto da arte. 217-A. Teria sido melhor ter optado por detalhes semelhantes aos da arte. 213 ("Forçar uma pessoa por violência ou ameaça séria, fazer sexo ou realizar ou permitir que ele se envolva em outros atos obscenos"); que afirma claramente que tanto o ato imodesto realizado pelo agente na vítima quanto aquele praticado por ele mesmo, pelo agente ou por outros, leva à incidência do tipo.

Em contraste, art. 217-A fala apenas de praticar outro ato libidinoso, no caso de caput, com menos de quatorze anos. Assim, para harmonizar a interpretação da vontade da lei, é necessário entender que a prática é sobre "participação" (no sentido de "participar"); então, mesmo sendo passivo, a idade da maioria dos comportamentos no ato sexual (neste caso, por exemplo, o sujeito que pede o menor dos catorze anos para fazê-lo um fellatio, e esse ato realmente realizado), entende-se que ele praticou o ato libidinoso. Quanto ao aspecto atual, como Rogério Sanches Cunha, conduta de praticar com menor atos libidinosos abrange tanto o ato sexual tendo a vítima um

comportamento passivo (permitindo que com ela se pratiquem os atos) ou ativo (praticando os atos de libidinagem no agente). (CUNHA, 2010, p. 257)

Observe também que digitar significa praticar com (ou seja, com a vítima, não apenas com a vítima); reforçar o entendimento de que a prática básica deve ser interpretada como "participar do ato".

Entretanto, quando é um ato libidinoso praticado voluntariamente pelo menor (estrangulamento por exemplo), o art. 217-A, mesmo no caso de um ato provocado, desde que dito dispositivo obriga o agente a praticar (participar fisicamente) no ato libidinoso.

Advertimos, no entanto, que é necessário aguardar a jurisprudência para tomar uma posição sobre o alcance da "prática" do núcleo contida no artigo na demarcação, pois prevemos uma possibilidade concreta de uma grande controvérsia sobre o assunto.

O § 1º do art. 217-A determina que:

Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no 'caput' com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (BRASIL, 2009)

Deve-se notar, portanto, que o alegado comportamento ofensivo no caput (a saber: ter uma conjunção carnal ou outro ato libidinoso) também deve ser considerado para fins de impacto criminal no caso de uma vítima que, por causa de o discernimento necessário para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Deve-se notar que a característica marcante do estupro de pessoas vulneráveis é a não exigência da dissidência da vítima para configurar a ofensa. Você pode até ter consentido, mas entende-se que esse consentimento é contaminado pelos fatores já estudados.

Embora isso não seja obrigatório, é possível que o crime de arte. O 217-A é cometido por violência ou grave ameaça, segundo Rogério Greco

No entanto, poderá o delito ser praticado através do emprego de violência física ou mesmo da grave ameaça, como ocorre com o estupro tipificado no art.

213 do Código Penal. Nesse caso, pergunta-se, poderia se falar em concurso de crimes? A resposta só pode ser positiva. Não sendo um elemento constante do tipo do estupro de vulnerável, será possível o reconhecimento do concurso material entre o delito de lesão corporal (leve, grave ou gravíssima), ou a ameaça, com o tipo do art. 217-A do Código Penal. (GRECO, 2010, p. 523)

Assim, não podemos confundir a hipótese de incidência da arte. 213 do CP com o campo de aplicação do art. 217-A também do CP. Apesar do art. 213 em sua descrição típica incluem violência ou ameaça grave; no caso de vítimas vulneráveis, mesmo em caso de violência ou grave ameaça, o impacto deve vir do artigo especial (PC, artigo 217-A) e não do considerado como geral nesta relação (PC, artigo 213).

4.3 Tipo subjetivo

O delito de estupro de vulnerável é punido somente em sua forma dolosa, não havendo previsão de modalidade culposa. Entendemos não ser exigível elemento subjetivo do tipo específico (finalidade especial)

4.4 Consumação e tentativa

O consumo ocorre com a introdução (parcial ou total) do pênis na vagina, se for tratada de execução por uma conjunção carnal.

No que diz respeito à prática de outros atos obscenos, o consumo ocorre quando o contato físico de natureza sexual com a vítima (oral, anal, masturbação, etc.).

A tentativa é perfeitamente possível. O simples convite a pessoas vulneráveis para praticar um ato sexual não é suficiente para caracterizar a forma do crime. É necessário iniciar efetivamente a execução do comportamento criminoso (isto é, ter uma conjunção carnal ou realizar outro ato libidinoso). Isso ocorre, por exemplo, quando o policial é surpreendido pela polícia em um ambiente fechado com a vítima já nua, desviando-se de sua intenção de falar sexualmente, mas antes de cometer um ato obsceno. Nestas circunstâncias, ele entrou na fase de execução do crime, mas não foi usado por razões além do controle do oficial.

5 PALAVRA DA VÍTIMA COMO ACENTUADO DO VALOR PROBANTE

Os crimes sexuais geralmente são cometidos no subsolo e, na maioria das vezes, na ausência de testemunhas, já que esses crimes nem sempre deixam vestígios de materialidade e paternidade.

Para um indivíduo ser condenado por um crime, é necessário ter fortes indícios em seu detrimento. Prova significa qualquer coisa que demonstre que uma afirmação ou fato é verdadeiro; provas, provas.

Segundo proleta Nucci a prova trata-se de um instrumento usado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional. (NUCCI, 2014, p. 303)

Assim, o teste judicial visa reconstituir um fato para se aproximar de todos os detalhes e todas as circunstâncias que o cercaram no passado. As provas produzidas durante a investigação do processo podem ser documentos, testemunhas, relatórios de peritos, etc.

No que diz respeito à produção probatória em crimes sexuais, particularmente violação de pessoas vulneráveis, dada a peculiaridade que as rodeia, a jurisprudência dominante aceitou que a palavra da vítima desempenha um papel relevante na investigação pois apesar da introdução de novos tipos penais e da modificação de redação de outros, nenhuma alteração houve no tocante ao exame de corpo de delito: somente se faz o exame quando for viável, embora não seja elemento determinante para a prova do crime (NUCCI, 2009, p.392-393).

A palavra da vítima deve ser analisada de forma coerente com as demais provas produzidas no processo.

O crime pode ou não deixar vestígios e nos dois casos é perigoso atribuir relevo ao valor probatório da palavra da vítima, uma vez que a vítima pode faltar com a verdade propositalmente, equivocar-se quanto o reconhecimento do acusado ou estar acometida de falsas memórias, essas ultimas sem dúvida merece um debate.

Ressalta-se ainda que próprio legislador afasta a vítima do compromisso legal de falar a verdade em juízo não se pode encontrar uma vítima despida totalmente de sentimentos, com tal frieza emocional que seja possível falar-se em imparcialidade. Além do mais, não se pode esquecer que não são raros

os casos de pseudovítimas, criadas por uma imaginação traumatizada (ARANHA, 2004, p. 141)

Além disso, deve-se considerar também as falsas memórias “as imagens não são armazenadas sob forma de fotografias fac-similares de coisas, de acontecimentos, de palavras ou de frases. (LOPES Jr. 2014, p.486).

O principal jurista de Aury Lopes ilustra sua "Lei de Processo Penal" para uma investigação conduzida por Elizabeth Loftus chamada "Lost at the Mall". O experimento é o seguinte: o pesquisador reservou um espaço amostral com a variada idade dos indivíduos, mas entre 18 a 53 anos.

Este grupo de pessoas foi exposto a uma frase enganadora com o potencial de despertar falsas memórias. A frase falsa era dizer ao indivíduo um fato não experimentado por ele, que foi avaliado como perdido no shopping quando criança.

Os fatos falsos teriam sido comunicados ao pesquisador por um parente (mãe, pai, irmãos e irmãs ou parentes) do avaliado. O objetivo da pesquisa é comprovar a possibilidade de um terceiro nas falsas memórias individuais.

O resultado da pesquisa foi curioso, pois 29% dos participantes tinham algum tipo de memória (total ou parcial) de evento falso construído para eles.

Em duas entrevistas subsequentes, 25% continuaram a alegar que se lembravam do evento ficcional. Cita também o autor do trabalho, um suplemento trazido pelo pesquisador que é resultado de outro pesquisador da mesma forma que você é pesquisa de Hyman, a falsa sentença diz ao seu valor foi o hospital na mesma noite em por causa de febre alta e possível infecção no ouvido.

Na primeira entrevista dada à avaliação dos não participantes, lembrou o evento errado, mas 20% disseram na segunda entrevista, ele se lembrou de algo sobre o evento errado. Chame a atenção para o fato de que um dos participantes veio se lembrar de um médico, uma enfermeira e um amigo da igreja que veio visitá-lo.

Tudo resulta da implantação de uma falsa memória. É razoável supor que os participantes da pesquisa sob a lei brasileira não poderiam ser considerados vulneráveis pelo critério de idade.

Os efeitos das falsas memórias na vida cotidiana, bem como em um processo criminal, ocorrem indiscriminadamente em todos os indivíduos. No

entanto, esse fenômeno precisa ser levado em conta, especialmente em crianças e adolescentes extremamente manipuladores e vulneráveis.

Assim, no artigo publicado na revista eletrônica intitulado "Implementando falsas memórias em crianças que teriam sido abusadas sexualmente e técnicas para minimizar sugestionabilidade", o autor atribui à sua experiência de trabalho conduzida por um pesquisador com crianças, cujo objetivo era demonstrar a possibilidade de implantar nas menores falsas memórias.

No evento inocente, um zelador chamado Chester limpava algumas bonecas e outros brinquedos em uma sala. No evento do abuso, Chester tratou as bonecas de maneira rude e de forma levemente abusiva. Algumas crianças foram então questionadas por outro entrevistador que sugeriu que o zelador era inocente. As crianças restantes foram questionadas por um entrevistador, que evitou fazer sugestões. As crianças descreveram aos pais o que o zelador havia feito imediatamente após a entrevista e duas semanas mais tarde. As memórias de testemunho ocular das crianças foram, em geral, precisas quando questionadas pelo entrevistador neutro. Entretanto, as descrições das crianças, em geral, se conformaram às sugestões do entrevistador, quando este acusava ou defendia. Em outras palavras, as crianças disseram que o zelador havia sido abusivo quando o entrevistador o acusava, mas o seu comportamento foi considerado inocente quando o entrevistador o defendia. Quando então foram feitas perguntas neutras às crianças pelos seus pais, suas descrições do evento foram, em geral, consistentes com o que haviam dito ao entrevistador. (PADILHA. Monique Isis Moehlecke. A implantação de falsas memórias em crianças supostamente vítimas de abuso sexual e técnicas de minimização da sugestionabilidade. Jornal de Produção on-line. UNIRITTER LAW JOURNAL, < <http://seer.uniritter.edu.br/index.php/uniritterlawjournal/article/view/121>)

Além das alegações da vítima, a avaliação de profissionais no campo da psicologia foi adotada para a condenação do julgamento, especialmente quando os fatos se referem ao estupro da arte vulnerável. 217-CP, mas tais avaliações apenas provam a probabilidade de que o evento não seja um instrumento capaz de comprovar a paternidade do crime.

Portanto, deve-se considerar que a evidência testemunhal ou a palavra da vítima não podem ser aliadas, mas a possibilidade de que o relatório psicológico não esteja completamente certo. Tal evidência pode levar a um

julgamento injusto e à violação da garantia constitucional do acusado da presunção de sua inocência.

CONCLUSÃO

O presente trabalho não defende o argumento de que a criança sempre estará mentindo em seu relato, mas de se atentar aos cuidados que devem ser tomados em sua oitiva.

O tema abordado vem demonstrando a relação jurídica e doutrinária do crime de estupro de vulnerável, que nasceu com a promulgação da Lei 12.015\2009, em seu artigo 217-A, neste passo, vem contrapondo este artigo com os princípios doutrinários que cercam a Carta Magna da nossa Constituição.

Inicialmente, no presente artigo científico o crime estudado se opôs ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio basilar do direito penal, mostrando o posicionamento de vários doutrinadores, assim como a aplicação do mesmo na jurisprudência dos tribunais, vendo como vem se mostrando o entendimento do juízo.

Superando este primeiro passo, passamos para uma ramificação do princípio da dignidade da pessoa humana, que já se assimila melhor com o tema estudado, que é o princípio da dignidade sexual, que discorre sobre a liberdade sexual, assim como a coação, do mesmo modo que o anterior foi apontado o posicionamento dos juristas.

Outro ponto abordado foi o princípio da proporcionalidade nos crimes de estupro de vulnerável, onde o artigo se mostrou uníssono, no entendimento de que este deve ser observado quando for disposto a pena, levando em consideração cada caso concreto estudado.

A sociedade é moldada pelos acontecimentos passados, para que nosso caminho diante ao futuro não seja tão árduo, e que erros cometidos não se repitam no presente, assim se mostra sempre necessário a abordagem histórica, do que foi proposto, deste modo, foi apresentada uma abordagem histórica apontando os principais acontecimentos históricos que fez com que fosse alcançado, o desenvolvimento da Lei 12.0152009, criando o crime de estupro de vulnerável.

Chegando à presunção relativa e absoluta, que foi o objeto de estudo, sendo necessário uma abordagem geral, para posterior aprofundamento, onde foi observado que anterior a norma constitucional o entendimento era dividido e os juristas aplicavam de livre convencimento, cada qual com sua justificativa, e não tendo assim a segurança jurídica que tanto é buscada na justiça.

Do mesmo modo, a aplicação do princípio que é adotado pelo direito brasileiro, que é a presunção de inocência, pois, todos são inocentes, até a condenação criminal, transitada em julgado, com a presunção absoluta, a acusado não tinha a oportunidade de defesa e já entrava no processo como culpado, o contrário do proposto por nossa constituição, e foi deste modo que a jurisprudência vem se mostrando, a liberdade deve ser um bem assegurado a todos, e só se pode ser privado da mesma, após a condenação, salvo nos casos em que a lei determinar.

E para finalizar nosso estudo, falamos do inevitável, que é a aplicação de pena do crime de estupro de vulnerável, quando o menor não é mais “inocente”, neste caso que já tenha conhecimentos sobre a prática do ato sexual, e a faz com frequência e com diversos agentes, e vimos que neste ponto a uma discussão, onde a correntes que entendem que nestes casos deve ser estudado em cada caso, para que não haja o prejuízo dos acusados.

Sendo assim, há uma necessidade urgente de conscientização e capacitação dos profissionais que servirem as situações apresentadas, tendo como finalidade uma prova de qualidade e, se restar qualquer dúvida na condenação pautada exclusivamente na palavra da vítima, que seja aplicado no seu máximo valor o princípio do *in dubio pro reo*, visto que ser condenado injustamente é ter a sua “ pena de morte” perante a sociedade.

REFERENCIAS

- ANIELLO, Guida Nappi. **Guida al codici di procedura penale**. Milão: Giuffre. 2001.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

BITENCOURT, Luciane Potter. **Vítima sexual infanto-juvenil**: sujeito ou objeto do processo judicial. Revista da AJURIS/Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. V. 34, n 105. pp. 265-285. Porto Alegre: AJURIS, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em 10 de setembro de 2018.

BRASIL. **LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm. Acesso em 10 de setembro de 2019.

BRASIL. **LEI Nº 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm. Acesso em 10 de setembro de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CÉZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CUANO, Rodrigo Pereira. **História do direito penal brasileiro**. Juiz de Fora: Universo Jurídico, 2001.

CUNHA, Rogério Sanches; SILVA, Davi Castro (colaborador). **Código penal para concursos**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

FARIAS, Edilson Pereira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, 1994.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal – parte especial**. V. III; 7. ed. Niterói: Impetus, 2010.

GRECO, Rogerio. **Curso de direito penal parte especial**. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

JESUS, Damásio. **Código de processo penal anotado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas sob direitos humanos e fundamentais no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000

Lopes Jr., Aury **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 11.ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.1. Processo penal – Brasil I. Título. II. Série

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Memória não é Polaroid: precisamos falar sobre reconhecimentos criminais.** Revista Consultor Jurídico, 07/09/2014.

MASSON, Cleber. **Direito penal – parte especial.** V. 3. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

MELO, Zélia Maria de. **Os estigmas: a deterioração da identidade social.** PROEX, ano 2005

MIRANDA, Jorge. **Dos princípios constitucionais.** Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **As presunções e a prova.** São Paulo: Saraiva, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal.** 11. Ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a Dignidade Sexual: Comentários a lei 12015/2009.** São Paulo :Editora Revista dos Tribunais,2009.

PRADO, Luís Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Especial – Art. 121 a 249.** 9 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2.

RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual.** São Paulo: Atlas, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana – parte II.** São Leopoldo: Unisinos, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Anais da XV Conferência Nacional da OAB.**

