

PARECER FINAL DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

ALUNOS: AYANNE GLÓRIA ALMEIDA CALADO, GIVANILDO PEREIRA DA SILVA FILHO E WÉDJA COSTA DE SOUSA

TEMA: ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A PALAVRA DA VÍTIMA E OS RISCOS DA CONDENAÇÃO, A DESCONSTITUIÇÃO DA CONDENAÇÃO E A AFIRMAÇÃO DO DEVER DO ESTADO DE INDENIZAR

O tema do artigo foi desenvolvido com uma pesquisa fundamentada na doutrina e jurisprudência dos crimes contra a dignidade sexual, com dados atuais do da temática. Saindo de uma zona de conforto sobre o tema os autores apresentam um estudo sobre a vitimização que pode acontecer em alguns casos do próprio acusado.

Em relação aos aspectos metodológicos (ABNT) e ortográficos, o trabalho atende a todos os requisitos.

Os alunos foram assíduos, interessados e empenhados no desenvolvimento da pesquisa.

Por tudo, autorizo o seu julgamento perante a Banca Julgadora.

Caruaru, 24 de agosto de 2020.

Prof. Msc. Adrielmo de Moura Silva

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA- ASCES/ UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A PALAVRA DA VÍTIMA E OS
RISCOS DA CONDENAÇÃO, A DESCONSTITUIÇÃO DA
CONDENAÇÃO E A AFIRMAÇÃO DO DEVER DO ESTADO DE
INDENIZAR**

**AYANNE GLÓRIA ALMEIDA CALADO
GIVANILDO PEREIRA DA SILVA FILHO
WÉDJA COSTA DE SOUSA**

CARUARU

2020

AYANNE GLÓRIA ALMEIDA CALADO
GIVANILDO PEREIRA DA SILVA FILHO
WÉDJA COSTA DE SOUSA

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A PALAVRA DA VÍTIMA E OS
RISCOS DA CONDENÇÃO, A DESCONSTITUIÇÃO DA
CONDENÇÃO E A AFIRMAÇÃO DO DEVER DO ESTADO DE
INDENIZAR**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/ UNITA, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Msc. Adrielmo de Moura Silva.

CARUARU

2020

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: ____/____/____

Presidente: Prof. Msc. Adrielmo de Moura Silva

Primeiro Avaliador: Prof.

Segundo Avaliador: Prof.

RESUMO

De modo geral os crimes sexuais são cometidos na clandestinidade, passando assim a tornar difícil o recolhimento de provas, tornando indispensável a ouvida da vítima. O presente artigo tem como enfoque a análise da palavra da vítima como a principal prova em casos de estupro de vulnerável, previsto no Art. 217-A do Código Penal, e sua força para sustentar uma condenação criminal, adotamos o modelo qualitativo, onde será feita de uma forma mais ampla e interrelacionada com fatores variados, privilegiando contextos, se diferenciando do modelo quantitativo, uma vez que não vai medir seus dados. O método utilizado será o dedutivo, onde primeiramente serão apresentados argumentos, os quais consideramos verdadeiros conforme a legislação penal e processual vigente, que são inquestionáveis para o processamento de qualquer ilícito penal. Abordamos, também as alterações trazidas ao longo da legislação penal, mudanças importantes no que tange os crimes contra a dignidade sexual, seguindo a análise de um delito mais incisivo como o estupro e de suas mais variadas nuances, tais como o delito de importunação sexual, as hipóteses que não mais se refere à presunção de violência, porém, às condições de vulnerabilidade da vítima. Este artigo também traz o princípio da continuidade normativo-típica, no que se refere às figuras do estupro e do atentado violento ao pudor, a relativização do crime de estupro que hoje também atinge homens e crianças, os portadores de enfermidade ou deficiência mental e sua liberdade sexual diante do Código Penal. Finalmente, abordamos a questão em que o Estado tem o dever de indenizar àqueles que foram condenados de maneira injusta.

Palavras-Chave: Crimes sexuais. Vulnerabilidade. Palavra da vítima. Provas. O dever de indenizar.

ABSTRACT

Usually, sexual crimes are committed in hiding, thus making it difficult to collect evidence, making the victim's hearing indispensable. This article focuses on the analysis of the victim's word as the main evidence in cases of rape of the vulnerable, provided for in Art. 217-A of the Penal Code, and its strength to sustain a criminal conviction, we adopted the qualitative model, where it will be done in a broader and interrelated way with varied factors, privileging contexts, differing from the quantitative model, since it will not measure your data. The method used will be the deductive one, where first arguments will be presented, which we consider to be true under the current criminal and procedural legislation, that are unquestionable for processing any criminal offense. We also address the changes brought about by criminal law, important changes regarding crimes against sexual dignity, following the analysis of a more incisive crime such as rape and its most varied nuances, such as the offense of sexual harassment, the hypotheses that no longer refer to the presumption of violence, however, to the victim's conditions of vulnerability. This article also brings the principle of normative-typical continuity, with regard to the figures of rape and indecent assault, the relativization of the crime of rape that today also affects men and children, people with mental illness or disability and their sexual freedom under the Penal Code. Finally, we address the issue where the State has a duty to indemnify those who have been unjustly condemned.

Keywords: Sexual crimes. Vulnerability. Victim's word. Evidences. The duty to indemnify.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A OUVIDA DA VÍTIMA COMO ELEMENTO DE PROVA PREPONDERANTE EM CASOS DE ABUSO SEXUAL.....	7
2 DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E SUAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES.....	11
3 RELATIVIZAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO.....	17
4 O DEVER DO ESTADO EM INDENIZAR EM CASOS DE CONDENAÇÕES INJUSTAS.....	19
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	20
REFERÊNCIAS.....	22

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca demonstrar um breve estudo sobre o crime de abuso sexual, sendo caracterizada tal conduta como uma das mais reprováveis do Código Penal, pois além da violência física, gera esse uma mácula psicológica na vítima, atingindo diretamente a sua dignidade, direito esse que é elementar a vida humana. Esses crimes são cometidos muitas vezes em situação que dificultam a identificação do autor, ou até mesmo em locais que dificulta a reação defensiva da vítima e até mesmo a produção de provas, tais quais como a testemunhal em face do agressor.

Todavia o Código Penal em seu Art. 217-A inseriu a *novatio legis in pejus* no capítulo dos crimes contra a dignidade sexual, tornando-o hediondo e inafiançável com a denominação “Estupro de Vulnerável”, onde envolve pessoa menor de 14 anos de idade; portador de enfermidade ou deficiência mental que em razão da patologia não tem o necessário discernimento para a prática do ato; e aquele que em razão de qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

O crime é classificado como crime comum, material, de forma livre, instantâneo, em regra na modalidade comissiva, unissubjetivo e plurissubsistente, porém há uma característica muito presente no citado delito que é a figura do agente agressor quanto a proximidade com a vítima, diferentemente dos crimes de roubo, latrocínio, onde geralmente, é praticado por pessoas que não possuem vínculo com as vítimas.

O estupro de vulnerável abrange tanto a ação da conjunção carnal, bem como a prática de outro ato libidinoso, diverso da conjunção carnal, incluindo a satisfação da própria lascívia ou de outrem, tornando assim, o meio de prova desafiador perante a escassez probatória quanto à verossimilhança dos fatos.

Infer-se do contexto processual que o magistrado deverá formar o seu livre convencimento alinhado ao conjunto de provas produzidas pela parte, entretanto o STJ vem proferindo acórdãos sobre o tema do valor probatório da palavra da vítima e tem entendido que “ a ausência de laudo pericial não afasta a caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante, em particular nessa forma clandestina de delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios”.

As dificuldades pertinentes as apurações do delito apontam a problemática que deverá ser esclarecida através do ordenamento jurídico, especificamente no Código de Processo Penal, no que tange ao conjunto probatório.

A palavra da vítima assume essencial relevância quando somada as demais provas, contudo essa deve encontrar harmonia com os demais conjuntos probatórios, ao pesquisarmos sobre quais seriam os meios que comprovem a verossimilhança entre esses institutos, quais sejam, a palavra da vítima e os demais elementos probatórios verificamos que os tribunais vêm mantendo as sentenças condenatórias embasadas no que deveria ter sido sanada no momento oportuno, isto é, na produção e colheita de provas no processo penal onde ocorre exatamente na audiência de instrução e julgamento, conforme previsão do artigo 400 do código de Processo Penal.

A pesquisa, com relação a abordagem, adota o modelo qualitativo, onde será feita de uma forma mais ampla e inter-relacionada com fatores variados, privilegiando contextos, se diferenciando do modelo quantitativo, uma vez que não vai medir seus dados, “mas procurar identificar suas naturezas”. Nesse caso a pesquisa estudará a possibilidade, onde e até qual ponto a palavra da vítima de abuso sexual servirá como embasamento para condenação sexual e como se daria a desconstituição se for o caso da condenação e a afirmação do dever do Estado de indenizar. Buscando abarcar a finalidade desejada pelo estudo, o método utilizado será o dedutivo, cuja instrumentalização se desenvolverá por meio da a legislação penal e processual vigente, que são inquestionáveis para o processamento de qualquer ilícito penal, em seguida, chegaremos as conclusões formais, já que essas ficarão expostas às situações de fato e de direito que serão operacionalizados por meio de procedimentos técnicos baseados em doutrinas, legislações e jurisprudências.

1 A OUVIDA DA VÍTIMA COMO ELEMENTO DE PROVA PREPONDERANTE EM CASOS DE ABUSO SEXUAL

A legislação penal pátria, não determina uma hierarquia concernente aos meios de prova, portanto, não há assim, uma prova que tenha mais valoração que a outra. Nesta esteira, preleciona Pacelli, que prossegue contemplando a temática abordando o que se passa:

A seu turno, a hierarquia não existe mesmo. Julgamos efetivamente não ser possível afirmar, a priori, a supremacia de uma prova em relação à outra, sob o fundamento de uma ser superior a outra, para a demonstração de qualquer crime. Como regra, não se há de supor que a prova documental seja superior à prova testemunhal, ou vice-versa, ou mesmo que a prova dita pericial seja melhor que a prova testemunhal. Todos os meios de prova podem ou não ter aptidão para demonstrar a veracidade do que se propõem.¹

Como vislumbra-se acima, de fato, não há hierarquia entre as provas, porém, estas serão avaliadas diante da ponderação e juízo de valor do magistrado, o qual, analisará tais elementos probatórios diante da persecução criminal, de tal forma que verifique qual prova tem mais significância, e proferirá sua decisão.

Entretanto, faz-se de suma importância destacar que, embora haja esta paridade entre as provas, destaca-se a que a prova testemunhal se sobressai à prova da ouvida da vítima. Registre-se também que, a ouvida da vítima não é irrelevante, por óbvio, pois se assim fosse, não seria um elemento de prova ratificado pelo código penal vigente, entretanto, a prova testemunhal ganha mais credibilidade pelo fato da testemunha fazer um juramento crucial ao seu depoimento, devendo falar somente a verdade, sob pena de incorrer no crime de falso testemunho. De outro lado, a vítima tem uma pretensão relativa ao procedimento, tendo interesse de causa em relação ao acusado, desta forma, esta pode prestar declarações tendenciosas a ensejar a condenação do dito cujo. Sob esta ótica, assim dispõe Vicente Greco Filho:

No processo penal é importantíssimo o depoimento do ofendido, já que personagem do fato criminoso e que, se, de um lado, pode estar carregado de sentimentos contrários ao acusado, de outro, em grande número de casos é de importância decisiva para o reconhecimento da verdade e a própria convicção da existência do crime, cabendo ao juiz a cautela de distinguir as situações.²

Todavia, atinente aos tipos penais elencados como “crimes contra a dignidade sexual”, é corriqueiro que na conduta relativa ao cometimento de tais crimes ocorra de forma obscura, em local ermo, sem que tenha testemunhas para presenciar a sua consumação, como é o caso do tipo penal abordado neste artigo.

Ocorre que, em casos como o citado acima, faz-se preponderante o levantamento dos antecedentes e informações pessoais, tanto da vítima, quanto do acusado, além de também conhecer os fatos ligados de forma direta ao delito. Nesta concepção, Aranha,

¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 21ª edição. Atlas, 2017, p. 02.

² FILHO, GRECO, Vicente. **Manual de Processo penal**, 11ª edição. Saraiva, 2015, p. 05.

posiciona-se a respeito de que é “fundamental o preenchimento dessas lacunas informativas, ainda mais, quando o crime é cercado pela ausência de provas robustas que o façam ser solucionado e a palavra da vítima acaba sendo a prova principal do processo.”

³Desta feita, a moralidade, a condição mental e os antecedentes podem ser critérios de uma melhor e precisa avaliação do julgamento, seja absolvendo ou condenando, resultando em uma maior credibilidade para o julgamento e, podendo servir de embasamento para os crimes cometidos sob clandestinidade, que são mais complexos quanto a sua resolução.

Aranha “preleciona ainda que, também é de suma importância apurar o relacionamento da vítima com o acusado, se é que existia anteriormente ao fato, se havia um histórico de conflitos e se ambos tinham algum tipo relação interpessoal.” ⁴Pois, desta forma, daria para se estabelecer um vínculo entre os fatos e os depoimentos, conferindo a verossimilhança entre estes, dando para identificar se os depoimentos não contêm nenhuma obscuridade. Fato este que se torna importante, pois se não houver nenhum outro elemento probatório, será a palavra de um contra o outro, dificultando assim, o livre convencimento do juiz.

Sob esta ótica, saliente-se que o estupro de vulnerável é um crime que, geralmente, é cometido sob clandestinidade, sem deixar rastros e vestígios, além dos colhidos, como o exame de violação. Por isso é importante que se tente exaurir as informações colhidas, tentando ao máximo apurá-las, para desta forma, não acabar recaindo sobre uma pessoa que eventualmente não seja o culpado pelo crime em questão, o que contraria os princípios abrangidos pelo código penal, tais quais, presunção de inocência e *in dubio pro reo*, o qual, preleciona que se o magistrado tiver dúvida a respeito da culpabilidade do réu quanto ao crime imputado, deverá prezar pela presunção de inocência deste, o que acarreta mais uma vez na importância demasiada dos elementos de prova em um processo, que é o que caracteriza o livre convencimento do juiz. Por isso a palavra da vítima deve ser convincente, consistente e ter apoio probatório nos demais elementos colhidos com a investigação, sejam provas materiais do crime, laudos psicológicos ou demais exames como sugere o tema deste artigo, sobre a questão da atualização das anuidades, há decisão no Supremo Tribunal Justiça – STJ em sede de Recurso Especial (RE nº 1306848) que trata sobre a questão:

³ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da Prova no Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 27

⁴ Idem. p. 28

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.306.848 - MG (2018/0138787-4) RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO AGRAVANTE : E A N ADVOGADO : BRUNO HENRIQUE MOREIRA MARQUES E OUTRO (S) - MG135852 AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS DECISÃO Trata-se de agravo interposto em face de decisão que inadmitiu o recurso especial em razão da incidência da Súmula 7/STJ. Sustenta o agravante que não pretende lançar nova discussão sobre a matéria dos autos, mas, apenas, **demonstrar a contradição da prova dos autos com a decisão, à qual contrariam outros julgados de Tribunais Estaduais**, deste próprio Tribunal, além de afrontar a Lei Federal. Apresentada a contraminuta, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo improvimento do agravo. É o relatório. Decido. O recurso é tempestivo e ataca os fundamentos da decisão agravada. Passo, portanto, ao exame de seu mérito. Sustenta o recorrente, além da divergência jurisprudencial, violação dos arts. 56, 182 e 386, VII, do Código de Processo Penal. **Aduz que a única prova do crime são as declarações prestadas pela suposta vítima, mostrando-se frágeis e insuficientes para embasar condenação.** Nesse passo, é imperiosa a procedência da denúncia para a condenação do réu como incurso nas sanções do artigo 217-A. do Código Penal. Conforme relatado, pleiteia a defesa a absolvição do recorrente, ao fundamento de que as provas colhidas não são suficientes a embasar uma condenação, fundadas exclusivamente no depoimento da vítima. No tocante ao valor probatório do depoimento da vítima, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que, **em se tratando de crimes contra a liberdade sexual, geralmente praticados na clandestinidade longe de possíveis testemunhas, sua palavra assume papel de destaque, principalmente quando corroborada com os demais elementos probatórios elencados nos autos**, tal como demonstrado no trecho acima destacado. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ.⁵

No tipo penal abordado neste artigo, deve-se observar com mais importância o fato de que se a suposta vítima estiver em pleno gozo de suas faculdades mentais, terá até 14 anos de idade, desta forma seu depoimento poderá ser cercado de vícios decorrentes de influência de terceiros, que querem prejudicar o suposto agressor, tendo em vista sua pouca idade e maturidade.

O depoimento da suposta vítima é colhido em local menos intimidante que uma sala de audiência, no qual, sob a presença de um juiz, um assistente social ou psicólogo capacitado, relata os fatos de forma espontânea e natural, de forma que esta não seja pressionada ou intimidada, respondendo às perguntas da maneira mais conveniente

⁵ STJ - AREsp: 1306848 MG 2018/0138787-4, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Publicação: DJ 29/06/2018

possível e, caso precise, com o auxílio até de objetos e brinquedos que façam a criança se sentir mais propícia a dialogar sobre a conduta em questão.

Desta feita, evidencia-se que, embora a vítima possa estar muito abalada física e psicologicamente em decorrência deste tipo penal, é ela a principal responsável pela produção de provas no curso do processo, sendo assim, de suma importância para que o juiz possa chegar a livre convicção quando proferir sua decisão após confrontar todas as provas existentes.

A decisão proferida pelo juiz através da sentença deverá ser respaldada por alguns requisitos, os quais estão elencados no artigo 381 do Código Penal, cabendo ao juiz proferir decisão com base nos elementos colhidos durante o processo pela condenação ou absolvição do acusado.

Desta feita, o juiz, utilizando-se de seu livre convencimento motivado, conforme preleciona o artigo 155 do Código Penal, ensejará uma reconstrução dos fatos, considerando a natureza do delito, a espécie, o modo como o crime foi praticado e as características pertinentes a personalidade do acusado e da vítima, para então, poder proferir sua decisão, que deverá ser sempre motivada e fundamentada em elementos de prova que não estão presentes no processo.

Saliente-se que, não existe hierarquia entre as provas no processo penal, portanto, tal valoração deve ser feita pelo magistrado, confrontando todo o conjunto probatório existente na persecução criminal. Paulo Rangel destaca que: o sistema de provas é o critério utilizado pelo juiz para valorar as provas dos autos, alcançando a verdade histórica do processo⁶. Disso se extrai que a natureza jurídica da prova, é um direito subjetivo com vertente constitucional para a demonstração da realidade dos fatos.

2 DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E SUAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES

A lei que alterou a parte especial do Código penal, Lei 12.015/09 trouxe uma mudança significativa no que hoje chamamos de crimes contra a dignidade sexual. Cabe ressaltar que antes do advento da lei supramencionada o crime de cunho sexual era tratado apenas como crime contra os costumes, onde bem como a própria nomenclatura deixa

⁶ RANGEL Paulo Direito Processual Penal 24. Ed. Rev. E atual. - São Paulo: Atlas, 2016, p.515

explícito, os costumes se modificam ao longo do tempo, fazendo necessária a atualização das leis e das tutelas sobre determinadas vítimas e, num sentido mais amplo, a sua dignidade sexual. Como destaca Cleber Masson⁷:

A expressão “crimes contra os costumes” era demasiadamente conservadora e indicativa de uma linha de comportamento sexual imposto pelo Estado às pessoas, por necessidades ou conveniências sociais. Além disso, revelava-se preconceituosa, pois alcançava, sobretudo, as mulheres.

No tocante aos crimes sexuais, especificamente estupro de vulnerável, cerne deste trabalho, considerava-se crime, com penas de 1 a 4 anos de prisão, tirar a virgindade de mulher menor de idade, utilizando para tanto de sedução, engano ou fraude (art. 267) – e era efeito da sentença adotar a ofendida (art. 276, caput), também não haveria pena se o casamento fosse realizado com o agressor, onde ficaria configurada a “reparação” do delito. Da mesma forma, estuprar mulher honesta (art. 268) dava pena maior que estuprar mulher “da vida”. As modificações na sociedade trouxeram grandes desafios para o Estado, um exemplo desses desafios era de como poderia estancar a exploração sexual de crianças e adolescentes, diante dessa situação o legislador criou o delito de estupro de vulnerável (art. 217-A), com a seguinte redação:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter

⁷ Masson, Cleber, Direito Penal: parte especial (arts. 213 a 359-H) – vol. 3. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020, p. 03.

mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)⁸

Como podemos observar, o §5º deixa explícito um entendimento consolidado na jurisprudência, que é a irrelevância do consentimento da vítima no crime de estupro de vulnerável, onde o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime, exatamente por sua situação de vulnerabilidade. Este é o entendimento consolidado pelo STJ, Súmula 593:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.⁹

O estupro de vulnerável é um tipo penal mais grave com pena de reclusão de 8 a 15 anos e apesar das controvérsias entre a doutrina e jurisprudências, e súmulas, recentemente o TJ-RS absolveu acusado de estupro por sexo com menor de 14 anos, alegando que não configura estupro de vulnerável o relacionamento amoroso consentido entre adultos e menor de 14 anos. Inconformado com a sentença, o Ministério Público apelou pedindo condenação do acusado sustentando a tese de que há presunção absoluta da violência praticada. Contudo, em sede de apelação os Desembargadores integrantes da Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado negaram o provimento da apelação, conforme relatoria da Desembargadora Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak:

APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. RELAÇÕES SEXUAIS CONSENTIDAS EM RAZÃO DE RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE ACUSADO E VÍTIMA, INCLUSIVE, COM O CONHECIMENTO DA FAMÍLIA. Não há notícia nos autos de qualquer tipo de violência, grave ameaça, ou comprovação do dolo do réu em forçar, de qualquer modo, a prática sexual ou se valer da vulnerabilidade da ofendida para tanto. Muito pelo contrário, em todas as declarações foi possível constatar a existência de sentimentos sinceros de carinho e de zelo recíprocos. Não se trata exatamente de uma situação de abuso sexual, mas de precocidade e, como tal, seria uma hipocrisia impor pesada pena ao denunciado, quando há na mídia e, principalmente nas novelas, filmes, seriados e programas de televisão, todo um estímulo à sexualidade, fazendo que, cada vez mais cedo as meninas despertem para essa realidade. Nesse

⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm Acesso em: 23/04/20.

⁹ Súmula 593, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017

passo, nos casos em que há um relacionamento amoroso, reconhecido pela família e consentimento da menor nas práticas sexuais, resta relativizada a presunção de violência, em razão da idade da ofendida. APELAÇÃO DESPROVIDA.

A vulnerabilidade pode ser considerada absoluta ou relativa, tudo depende do caso concreto. “Atenta-se para os termos de presunção de vulnerabilidade quando for absoluta, não há como se fazer prova ao contrário; já a presunção de relativa admite prova em contrário, logo, o acusado terá direito à defesa.”¹⁰ Ocorre que, com as significativas mudanças que vêm ocorrendo no mundo globalizado, vemos que a infância mudou, as crianças da atualidade trazem uma enorme carga de informações, tem acesso fácil a internet, televisão, e até em suas escolas hoje a sexualidade é tratada de forma normal e educativa. Visto isso, é de suma importância que o Direito trate de forma mais profunda a investigação.

Além dessas alterações, o código penal fundiu as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor em um único tipo penal, outrora, se alguém constranger a mesma vítima, mediante violência ou grave ameaça, a praticar conjunção carnal e outro ato libidinoso, a ele seriam imputados dois crimes: estupro e atentado violento ao pudor, podemos analisar os seguintes dispositivos legais:

Estupro Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. Parágrafo único. (Revogado pela Lei n. 9.281, de 461996.) 2. Atentado violento ao pudor Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. Parágrafo único. (Revogado pela Lei n. 9.281, de 461996.)¹¹

Cabe ressaltar que prática do atentado violento ao pudor foi revogado pela lei 12.015/2009, porém não houve o instituto da abolitio criminis e sim o princípio da continuidade normativo-típica que significa a manutenção do caráter proibitivo da conduta, porém com o deslocamento para outro tipo penal. Nesta situação, a prática, sob violência

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial** / Guilherme de Souza Nucci. – 9 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

¹¹ Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

ou grave ameaça, de atos libidinosos diversos da conjunção carnal contra homem ou mulher, será é considerada estupro. Sobre essa questão há decisão no Supremo Tribunal Federal em sede de Habeas Corpus 118284 / RS:

ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – CRIME ÚNICO – CONTINUIDADE DELITIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 12.015/2009 – COMPETÊNCIA DO JUIZ DA EXECUÇÃO. A Lei nº 12.015/2009 unificou as condutas de estupro e de atentado violento ao pudor no mesmo tipo penal. Cabe ao Juízo da Execução Penal, considerada decisão condenatória transitada em julgado, observar a lei mais benigna.

Com o advento da Lei n. 12.015/2009, foram unificadas as figuras típicas do estupro e do atentado violento ao pudor e forçoso foi o reconhecimento da ocorrência de um crime único, não havendo falar em concurso material ou continuidade delitiva, quando cometido estupro e ato diverso da conjunção carnal em um mesmo contexto fático contra a mesma vítima.

Não obstante, recentemente tivemos outra alteração no Código Penal, no que tange ao crime da conduta denominada “importunação sexual” que foi inserida pela Lei 13.718/18 por meio do artigo 215-A do CPB onde caracteriza importunação sexual o ato libidinoso praticado contra alguém, e sem autorização, a fim de satisfazer desejo próprio ou de terceiros, eis o que rege o artigo:

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.¹²

Essa nova redação foi criticada por muitos doutrinadores, pois deixa uma certa lacuna quanto a possibilidade de indicar o “alguém” que se refere a prática, onde também foi levantada a dúvida se as ações praticadas na presença da vítima, mesmo sem o contato físico deixaria impune o sujeito ativo. “Com a alteração ocorrida na publicação da lei, deixará a descoberto a maioria daquelas condutas que a nova lei pretendia abranger.”¹³ Apesar de contradições, não podemos negar que a lei prepondera o que antes não tinha

¹² CP - Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940 Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** - crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. Vol. 4 - 14ª edição de 2020, p.80

uma aplicação correta, pois por ora quando o agente praticava ato libidinoso, diverso da conjunção carnal e com ausência de violência ou grave ameaça, havia aplicação do art. 213 do CP, onde entendíamos como uma aplicação exacerbada de acordo com a hediondez do crime de estupro. Por ora também era aplicado a conduta como mera contravenção penal, o que não oferecia uma resposta coerente com o crime, podendo o sujeito ativo responder apenas com pena de multa. Após essa nova redação o sujeito delituoso que “praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”, poderá cumprir pena 1 (um) a 5 (cinco) anos.”¹⁴ Ressaltamos que o crime de importunação sexual será aplicado de maneira subsidiária, ou seja, sua aplicação ocorrerá somente se o ato não constituir um crime mais grave, outra característica é que estamos diante de um crime comum, podendo ser aplicado a qualquer pessoa, não exigindo nenhuma particularidade quanto ao sujeito ativo. Ao tratar sobre o tema de sujeito ativo e passivo, Cezar Roberto Cezar Bitencourt argumenta que:

Sujeito passivo, igualmente, pode ser, independentemente, homem ou mulher, embora seja mais comum as mulheres estarem mais sujeitas a essa exposição e até pela natureza feminina correm mais riscos de serem exploradas, abusadas e até humilhadas por indivíduos inescrupulosos, em quaisquer circunstâncias. As pessoas do sexo feminino estão mais sujeitas a violações dessa natureza, inclusive em termos de relações afetivo sexuais, até mesmo por vingança.¹⁵

Ademais, a Lei 13.718/18 trouxe outro tipo penal que está relacionado à “divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia” previsto no art.218-C, vejamos:

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

¹⁴ CP - Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940 Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em: 20 de maio de 2020.

¹⁵ Tratado de direito penal: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública / Cezar Roberto Bitencourt. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.p. 82

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.¹⁶

O chamado “Revenge porn” ou pornografia de vingança é um crime onde o sujeito utiliza-se de imagens ou vídeos íntimos das vítimas com o intuito de causar humilhação, trazendo diversos traumas irreversíveis. Trata-se de um crime cibernético, onde pode ser propagado de maneiras múltiplas, cabendo a polícia investigativa tomar as devidas diligências, a fim de apurar a autoria delitiva.

Ressalta-se ainda que o provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente aos danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros nos casos em que, após ordem judicial específica, não tomarem as providências para tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente.

Em todos os casos em que se refere os crimes contra a dignidade sexual a natureza da ação penal será pública incondicionada, antigamente com a redação do art. 225 do código penal a natureza desse crime era privada, somente prosseguia através de queixa-crime, e em casos excepcionais era de natureza pública incondicionada ou condicionada à representação. A novel legislação delega ao Estado total responsabilidade para a propositura da ação.

3 RELATIVIZAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO

Sofremos mudanças constantes na sociedade com o passar dos anos, com isso o nosso ordenamento jurídico acaba ficando defasado, devido a inobservância legislativa dentro do atual contexto social em que estamos vivendo. A evolução da sociedade tornou o tratamento penal destinado à sexualidade ultrapassado. As mudanças sofridas na Lei nº12.015, de 07 de agosto de 2009, teve grande significância nos dispositivos do Código Penal, ao prever os “crimes contra a dignidade sexual”, que no antigo ordenamento era tido como “crimes contra os costumes”, expressão extremamente conservadora. Ao tratar sobre esse panorama Rogério Greco, argumenta que:

¹⁶ Lei 13718/18 | Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm Acesso em: 20 de maio de 2020.

O Título VI do Código Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, passou a prever os chamados Crimes contra a dignidade sexual, modificando, assim, a redação anterior constante do referido Título, que previa os Crimes contra os costumes. A expressão crimes contra os costumes já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas, sim, a tutela da sua dignidade sexual.

Apesar da atualização sofrida no artigo 217-A, ainda há muito a ser discutido, no que diz respeito à presunção de vulnerabilidade. É de grande importância lembrar também que a violência sexual antes cometida normalmente contra as mulheres, hoje também atinge homens e crianças, sendo assim o bem jurídico tutelado abarca qualquer pessoa.

É inegável a preocupação do legislador quando criou esse dispositivo, “o delito autônomo de estupro de vulnerável com a finalidade de proteção aos que não possuem consciência para compreender ou mesmo oferecer resistência sobre ato que atinja a dignidade ou liberdade sexual.”¹⁷

Levando em consideração a atual realidade social, vemos que a vida sexual tem começado mais cedo, jovens de 13, 14 anos iniciam sua vida sexual precocemente. Vendo que isso tem sido um fato comum iremos discutir sobre a presunção absoluta da vulnerabilidade adotada pela legislação.

Diante dessa problemática, levando em consideração que o Código Penal trata os adolescentes protegidos por esse dispositivo como vulneráveis, incapazes de consentir ou até se defender. Fernando Capez, acrescenta que:

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 à custa 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.¹⁸

¹⁷ JESUS, Damásio de. **Direito Penal Parte Especial. Dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública.** 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁸ CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Código penal comentado.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Embora a intenção seja a proteção dos menores de 14 anos, outros aspectos devem ser considerados, como o meio de convivência em que está inserido e seu comportamento social.

O artigo 217-A, elenca aquele que por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual. A prática sexual tem grande importância no desenvolvimento do ser humano, colocar a pessoa com deficiência mental em um total escanteio na vida sexual é privá-lo de poder tomar decisões sobre aspectos de questão reprodutiva, sexuais e familiares. Mesmo diante desse Estatuto o Código Penal Brasileiro permaneceu sem alterações, assim as pessoas com deficiência mental são generalizadas como incapazes. O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15) deixa claro que não é porque a pessoa sofre de uma deficiência mental que ela deve ser encarada como incapaz e vítima penal, cada caso deve ser analisado minuciosamente, levando em consideração a vulnerabilidade absoluta e relativa. Rogério Greco ensina que: “não se pode confundir a proibição legal do §1º do art. 217-A do Código Penal com uma punição ao enfermo ou deficiente mental.”¹⁹. Sendo assim, devem ser respeitadas as limitações do caso concreto, levando em consideração na medida do possível, a autonomia e a dignidade do deficiente.

4 O DEVER DO ESTADO EM INDENIZAR EM CASOS DE CONDENAÇÕES INJUSTAS

Como já abordado neste artigo, o crime de estupro de vulnerável é um tipo penal que abarca grande repercussão na seara jurídica e, principalmente, social, visto tamanha reprovabilidade da conduta. Cabe salientar ainda que, muitas vezes os principais suspeitos de terem cometido tal prática são os próprios parentes das vítimas. Logo na perspectiva da mídia, o acusado é declaradamente rotulado como culpado, sem que antes haja a conclusão da persecução criminal em juízo. Desta feita, diante dessas circunstâncias, abre-se uma enorme margem para condenações injustas respaldadas apenas pela sensibilidade social e ouvida da vítima, tendo em vista que, geralmente, a produção de provas não funciona eficientemente. Entretanto, nota-se que tais condenações injustas acarretam danos morais e até físicos irreversíveis aos injustamente acusados, pois, nitidamente sofrerão lesão a sua

¹⁹GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 8. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 745

reputação e imagem mediante o meio social e, no que tange ao aspecto físico, no cumprimento da pena certamente serão vítimas de retaliação no âmbito do cárcere. A reparação civil por danos morais é a consequência penal para alguém que denuncia caluniosamente, violando a honra do acusado, sendo essa a principal consequência. A Constituição Federal estabelece, no art. 5º, LXXV, que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença, garantindo a tal dever, caráter de direito fundamental do cidadão.²⁰ Sobre essa questão o Estado de Minas Gerais foi condenado a indenizar em R\$ 3 milhões um artista plástico como reparação por tê-lo condenado injustamente por cinco crimes de estupro, pelos quais ficou preso durante 18 anos.²¹

A Carta Magna frisou a responsabilidade objetiva do Estado em face de danos decorrentes causados pelos seus agentes, tal objetivo é minimizar as consequências do dano, assim, pode o particular requerer indenização quando realmente verificada a existência de circunstância causadora do dano. Para ter direito a indenização é necessário fazer prova da existência de ofensa à norma preexistente ou erro de conduta, bem como a relação de causa e efeito entre o ato e o dano alegado, sem o qual não há que se cogitar o dever de indenizar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema deste artigo desenvolveu-se no sentido de amparar aspectos do crime Estupro de vulnerável, crime dos mais reprovados pela sociedade, que são cometidos geralmente na clandestinidade, não dando a vítima chance de pedir socorro ou até se defender, trazendo consigo grande relevância social. Enfoca-se na força da palavra da vítima como possibilidade para sustentar uma sentença condenatória, podendo ocasionar muitas vezes condenações injustas.

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 25 de maio de 2020.

²¹ DIÁRIO DO PODER: Juiz manda Estado pagar R\$ 3 milhões a inocente preso por estupros por 18 anos Disponível em [://diariodopoder.com.br/justica/juiz-manda-estado-pagar-r-3-milhoes-a-inocente-presos-por-18-anos-por-estupros](http://diariodopoder.com.br/justica/juiz-manda-estado-pagar-r-3-milhoes-a-inocente-presos-por-18-anos-por-estupros). Acesso em 20 maio 2020

O trabalho iniciou-se, no Capítulo um, buscando evidenciar os meios de prova inerentes ao curso do processo penal, bem como a ausência de hierarquização entre estas. Tomando como condão, desta forma, o responsável por ponderar as provas de forma geral e harmônica é o juiz. Destaca-se também neste ponto a problemática da ouvida da vítima como elemento de prova preponderante no processo que, mediante a ausência de outras provas mais robustas, acaba se tornando um critério fundamental para a livre convicção do magistrado. Entretanto, como abordado no tópico em questão, deve o juiz valer-se conjunto probatório existente a respeito do crime, até mesmo por este ocorrer, na maioria das vezes de forma obscura e clandestinas, sem deixar vestígios. Desta feita não deverá o juiz valer-se tão somente da palavra da vítima, visto que a decisão de condenar alguém é algo extremamente minucioso, devendo-se tomar toda a cautela necessária, principalmente no que tange a produção de provas elencadas no processo.

O segundo capítulo deste artigo, trata sobre as diversas alterações trazidas pela Lei 12.015/2009 que consistiu na alteração do Título VI, que passou à denominação correta: Dos crimes contra a dignidade sexual. Trazemos em tela as modificações relevantes no que diz respeito à unificação, sobre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, eis que não havia um meio-termo entre o crime de estupro e a contravenção penal de “importunação ofensiva ao pudor”. Trouxemos explicações da Lei n. 13.718, sobre a Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia, levantamos questões pertinentes quanto ao crime de Importunação Sexual que não se afigurou perfeitamente adequável à espécie quando o legislador substituindo a locução “na presença de alguém” por “contra alguém” considerando um equívoco involuntário. Levantamos questões sobre a presunção absoluta da violência e o que vem ocorrendo com as mudanças no mundo globalizado.

Já no terceiro capítulo, tratou-se da relativização do crime de estupro diante da contemporaneidade e que para se entender e julgar a vulnerabilidade do fato, depende do contexto trazido. Levando em consideração que o Direito se encontra em considerável atraso, já que para ele surgir primeiro vem os fatos, fatos que muitas vezes faz com que a lei não esteja de acordo com a realidade social.

Na sequência, abordou-se no quarto e último capítulo, sobre o dever do Estado de indenizar e a desconstituição do crime, tendo em vista as retaliações e preconceitos que sofrerá a vítima no meio social e no sistema carcerário, consequências estas irreversíveis na vida e no psicológico do inocente.

Diante da análise da problemática, no cenário atual, fica claro que a palavra da vítima não tem peso suficiente para uma condenação, é necessária uma minuciosa análise pelos os julgadores, havendo assim certezas processuais que levem a condenações justas e bem fundamentadas, ou, absolvições. O propósito do estudo é que não haja inocentes pagando caro pelos erros de outrem, e, no caso de condenações injustas, que o Estado seja presente e proteja aqueles que estão aos cuidados deste.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal** – 1. Ed. Rev. E atual – São Paulo: Saraiva, 2004. E atual – São Paulo: Saraiva, 2004

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 4 - crimes contra a dignidade sexual** até crimes contra a fé pública

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte especial: **dos crimes contra a dignidade sexual** a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.3

FILHO, GRECO, Vicente. **Manual de Processo penal**, 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal parte especial. Dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério. **Crimes contra a dignidade sexual**. JusBrasil, 2011. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819865/crimes-contra-a-dignidade-sexual>. Acesso em: 1 de maio de 2020.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 8. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2014

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 223.

Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial** / Guilherme de Souza Nucci. – 9 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MASSON, C. **Direito Penal - Parte Especial** - (Arts. 213 a 359-H) - Vol. 3. Rio de Janeiro; MÉTODO, 2020

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial** / Guilherme de Souza Nucci. – 9 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Oliveira, Eugênio Pacelli De. **Curso de Processo Penal**. 21ª Edição, São Paulo: Editora

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23 ed. São Paulo. Atlas. 2015.