



UNIVERSIDADE LEÃO SAMPAIO - UNILEÃO
CURSO DE DIREITO

IANNY PRISCILLA BATISTA FIUZA

**A VALORAÇÃO DO DEPOIMENTO DA VÍTIMA NO CRIME DE ESTUPRO DE
VULNERÁVEL**

JUAZEIRO DO NORTE – CE
2019

IANNY PRISCILLA BATISTA FIUZA

**A VALORAÇÃO DO DEPOIMENTO DA VÍTIMA NO CRIME DE ESTUPRO DE
VULNERÁVEL**

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC)
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Leão Sampaio para obtenção de
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. André Jorge Rocha de
Almeida

JUAZEIRO DO NORTE – CE
2019

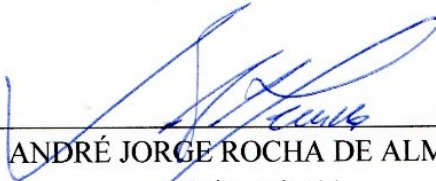
IANNY PRISCILLA BATISTA FIUZA

**VALORAÇÃO DO DEPOIMENTO DA VÍTIMA NO CRIME DE ESTUPRO DE
VULNERÁVEL**

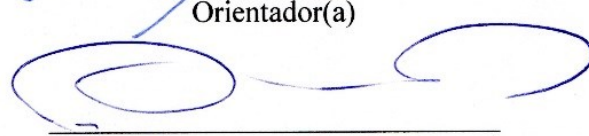
Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
coordenação do curso de Direito do Centro
Universitário Dr. Leão Sampaio, como requisito para
obtenção de grau de Bacharelado em Direito.

Aprovado em: 06 / 12 / 2019

BANCA EXAMINADORA



ANDRÉ JORGE ROCHA DE ALMEIDA
Orientador(a)



RAIMUNDO CARLOS ALVES PEREIRA
Avaliador(a)



JOSÉ BOAVENTURA FILHO
Avaliador(a)

“A injustiça num lugar qualquer é uma ameaça à justiça em todo o lugar”. Martin Luther King.

AGRADECIMENTOS

Nenhuma batalha é vencida sozinha. No decorrer desta luta algumas pessoas estiveram comigo e percorreram este caminho como verdadeiros soldados, estimulando que eu buscasse a minha vitória e conquistasse meu sonho.

Agradeço primeiramente a Deus, que em sua infinita sabedoria colocou forças em meu coração para ultrapassar todos os obstáculos que surgiram ao longo do curso. A fé no senhor, sem dúvidas, me ajudou a lutar até o fim.

Sou grata ainda, aos meus pais, especialmente a minha mãe, que sempre foi minha maior fonte de inspiração e de força, que me ensinou a ser uma mulher íntegra e de coragem para enfrentar qualquer fase difícil que surgisse na vida, bem como esteve ao meu lado em todos os momentos dessa minha caminhada da graduação do curso de Direito, me incentivando, apoiando e dando forças para eu não desistir nunca desse sonho. Obrigada, minha rainha.

Aos meus irmãos, que sempre acreditaram em mim.

Ao meu padrasto “Carlão”, uma pessoa com um caráter sem igual, que foi um anjo na minha vida e na dos meus irmãos. Minha eterna gratidão.

E por último, mas não menos importante, queria agradecer ao meu namorado, que desde que estamos juntos não mediu esforços para me ajudar e incentivar nessa jornada de estudos.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada. Foi um caminho árduo, mas finalmente consegui chegar ao final.

RESUMO

O presente trabalho monográfico veio a estabelecer sobre a valoração na qual é estabelecida para o depoimento da vítima, no crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, do Código Penal. Assim, o respectivo trabalho abordou inicialmente sobre as provas que normalmente são utilizadas para essa modalidade de crime, como é o caso do exame pericial, o depoimento das testemunhas e do ofendido, bem como também o reconhecimento da pessoa na qual praticou a conduta criminosa. Logo em seguida, passou a ser estabelecido sobre o crime de estupro de vulnerável, disciplinando inicialmente, sobre a redação anterior desse crime, antes da alteração normativa realizada pela Lei nº 12.015/2009. Dessa maneira, também passou a ser evidenciado sobre a redação do crime de estupro de vulnerável e os seus principais aspectos. Ainda assim, também foi disciplinado as causas de aumento da pena elencadas nas alíneas “a” e “b”, do inciso IV, do art. 226, do CP, para posteriormente tratar sobre a vulnerabilidade e analisar a idade consubstanciada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, para os menores. Além do mais, também foi abordado sobre a ação penal do crime de estupro de vulnerável. No último capítulo, foi estabelecido sobre a vitimologia e a vitimização, bem como também, tratado sobre a busca pela verdade real em contrapartida com a vitimização secundária apresentada pelos menores vulneráveis, e por fim, estabelecido sobre as provas mais relevantes para o crime de estupro de vulnerável, evidenciando uma valoração da palavra da vítima. A metodologia empregada para a realização do trabalho foi a pesquisa bibliográfica e a utilização do método dedutivo. Com isso, pode-se concluir que, ocorre uma valoração especial consubstanciada para o depoimento da vítima, nos crimes sexuais, sendo fundamental que essa prova seja corroborada pelas demais produzidas no processo penal.

Palavras-Chave: Vulnerabilidade. Estupro de Vulnerável. Valoração da Palavra da Vítima.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DNA	Deoxyribonucleic acid
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DAS PROVAS	10
1.1 O Exame Pericial	11
1.2 A Testemunha	14
1.3 Do Ofendido	16
1.4 Do Reconhecimento da Pessoa.....	18
2 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	21
2.1 Da Redação Anterior do Crime de Estupro de Vulnerável.....	21
2.2 O Estupro de Vulnerável e os seus Principais Aspectos	22
2.3 Das Causas de Aumento de Pena Previstas no Art. 226, “a” e “b” ...	25
2.4 Da Vulnerabilidade	27
2.5 Idade das Crianças e dos Adolescentes no ECA	29
2.6 Da Ação Penal.....	30
3. A VITIMOLOGIA E VITIMIZAÇÃO E A PROVA NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	33
3.1 Vitimologia e Vitimização	33
3.2 A Busca Pela Verdade Real e a Vitimização Secundária de Menor Vulnerável	36
3.3 A Prova da Infração	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

O crime de estupro de vulnerável, era anteriormente consubstanciado no art. 213, em seu parágrafo único, do CP, entretanto, com a alteração normativa promovida pela Lei nº 12.015/2009, o estupro de vulnerável ganhou um dispositivo próprio, como é o caso do art. 217-A, do CP.

Nesses termos, ficou estabelecido que se o agente praticar conjunção carnal ou ato libidinoso contra pessoas menores de quatorze anos de idade, pratica o crime de estupro de vulnerável, possuindo uma pena de reclusão, que vai de oito anos a quinze anos de prisão.

Assim, tal dispositivo normativo, também determinou como sendo vulneráveis, as pessoas que têm doença mental ou enfermidade, e em razão disso, não possuem o discernimento necessário para compreender a prática do estupro, bem como também, serão vulneráveis as pessoas que não oferecem resistência contra o ato, em razão de alguma causa.

Com isso, foi previsto também, no art. 217-A, do CP, a aplicação de penas diferenciadas, mais gravosas, quando o crime de estupro vier a ocasionar uma lesão corporal grave ou então a própria morte da vítima. Nesses termos, a pena para a lesão é de reclusão de dez a vinte anos, enquanto, que a pena para o resultado da morte da vítima, foi de reclusão de doze a trinta anos.

Portanto, a questão dos critérios adotados para o estabelecimento da vulnerabilidade até o quatorze anos de idade, definido pela Lei nº 12.015/2009, acaba por ser diferente do preconizado no Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê as crianças como sendo aquelas menores de doze anos e idade, e os adolescentes, aqueles que possuem entre doze e dezoito anos.

Outro aspecto essencial é os meios de provas normalmente estabelecidos para o crime de estupro de vulnerável, com o enfoque maior na prova da palavra da vítima.

A metodologia na qual veio a ser utilizada para que se tornasse possível a realização desse respectivo trabalho monográfico, foi justamente a pesquisa bibliográfica, tendo em vista que, essa modalidade de pesquisa acaba por fornecer toda a base para o conhecimento do conteúdo estabelecido, facilitando a reunião dessas informações que estão diretamente relacionadas com a temática proposta no trabalho monográfico. Ainda assim, também foi utilizado do método dedutivo.

O objetivo geral do presente trabalho é justamente analisar sobre uma possível relevância conferida a prova testemunhal da vítima, no crime de estupro de vulnerável. Já os objetivos específicos se subdividem em três modalidades, a começar pela análise das principais provas estabelecidas no Processo Penal para o crime de estupro de vulnerável, em seguida evidenciar sobre o próprio crime de estupro de vulnerável, e o terceiro objetivo, estabelecer sobre a vitimologia e a vitimização e a prova nessa modalidade de crime.

O primeiro capítulo da monografia, vai disciplinar sobre os meios de provas que poderão ser consubstanciadas no processo penal, sendo enfatizada aquelas provas nas quais mais tem relação com o crime de estupro de vulnerável. Dessa forma, vai ser estabelecido sobre o exame pericial, a prova testemunhal, o depoimento do ofendido e o reconhecimento da pessoa, sendo evidenciado os aspectos fundamentais de cada um desses meios de prova.

Já em relação ao segundo capítulo, tem-se que será estabelecido sobre o próprio crime de estupro de vulnerável, a começar pela análise do texto normativo que era estabelecido anteriormente para esse crime, antes da reforma promovida pela Lei nº 12.015/2009, para logo em seguida ser evidenciado sobre a redação atual do crime de estupro de vulnerável, e apresentado os seus principais aspectos. Posteriormente, passará a ser analisado sobre as causas de aumento da pena e disciplinado sobre a vulnerabilidade. Ainda assim, também abordará sobre a idade preconizada no Estatuto da Criança e do Adolescente, e os principais aspectos atinentes a ação penal desse crime.

No terceiro capítulo, a abordagem será voltada para os aspectos da vitimologia e vitimização, sendo eles essenciais para a compreensão da vítima. Logo em seguida, vai ser feito uma contraposição entre o ideal da busca da verdade real e a vitimização secundária ocasionada para o menor, que é determinado como sendo uma pessoa vulnerável. Por fim, será abordado sobre algumas provas para a infração penal estudada, elencando as principais provas, e analisando, de acordo com o entendimento jurisprudencial, a possibilidade de valoração da palavra da vítima, em face das outras provas produzidas no processo penal.

1 DAS PROVAS

O processo penal vem sendo determinado como um instrumento de retrospecto, ou seja, ele passa a evidenciar uma reconstrução aproximada sobre um determinado fato que aconteceu anteriormente. Dessa maneira, a principal função do processo penal é justamente o de instruir o próprio magistrado, para que seja proporcionado ao mesmo um conhecimento suficiente sobre um fato histórico. (LOPES JÚNIOR, 2018)

Portanto, as provas possuem um importante papel nessa reconstrução do fato histórico, na medida em que, é a partir das provas que será realizado essa reconstrução de um fato ocorrido no passado, no qual é considerado como um crime. Assim, sobre esse ritual de reconhecimento, bem destacou Lopes Júnior (2018, p. 342-343), quando passa a dispor da seguinte maneira:

Isso decorre do paradoxo temporal insito ao ritual judiciário: um juiz julgando no presente (hoje) um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã). Assim como o fato jamais será real, pois histórico, o homem que praticou o fato não é o mesmo que está em julgamento e, com certeza, não será o mesmo que cumprirá essa pena, e seu presente, no futuro, será um constante reviver o passado. O processo penal, inserido na complexidade do ritual judiciário, busca fazer uma reconstrução (aproximativa) de um fato passado.

A prova no direito processual penal é estabelecida em seu caráter relativo, levando a uma presunção de que aquele fato realmente ocorreu da forma como estabelecida por aquela prova. Assim, as provas servem para auxiliar no convencimento do magistrado, dessa forma, se a prova é determinada como sendo convincente, normalmente será evidenciado a realidade dos fatos de acordo com o disciplinado por aquela prova. (NUCCI, 2019).

De acordo com isso, durante o contexto probatório ocorrido no processo penal, são estabelecidas deduções e induções, até chegar ao momento em que o magistrado vai realizar a sua convicção. Nesses termos, não se pode disciplinar que a convicção judicial retrata a chamada realidade dos fatos, mas o que se busca é atingir o ponto mais próximo possível sobre a realidade desses fatos. (NUCCI, 2019)

A respeito dos objetivos evidenciados pelas provas, no momento da investigação, é possível destacar os ensinamentos de Marcão (2018, p. 443) quando passa a dispor:

Sem esquecer que, num primeiro momento, a prova produzida na fase de investigação tem por objetivo apurar os fatos e formar a convicção do titular da ação penal (*dominus litis*), destinatário da prova judicial ou judicializada é sempre o juiz, a quem a Constituição Federal incumbe a competência de dizer o direito aplicável na solução de uma controvérsia, atividade levada a efeito, no processo penal, após a colheita e avaliação das provas disponíveis acerca da imputação contida nos autos.

Nesses termos, a prova pode ser estabelecida em três sentidos diferentes, a começar pelo próprio ato de provar, consubstanciado no respectivo processo no qual se evidencia a verdade sobre os fatos corroborados pela parte, no processo penal. Já no segundo momento a prova é disciplinada como sendo o meio, ou seja, um instrumento pelo qual será evidenciado a verdade sobre algo, e por fim, a prova também apresenta o resultado da ação de provar, na qual é determinado pelo proferimento do entendimento do magistrado, de acordo com as provas nas quais foram apresentadas durante o processo penal. (MARCÃO, 2018).

1.1 O Exame Pericial

O perito, no sistema conhecido como inquisitório, era determinado por ser o instrumento pensante do magistrado, tendo em vista que, seria o perito a pessoa na qual detinha os conhecimentos. Entretanto, com a respectiva mudança ocorrida, com a substituição do sistema inquisitório, pelo acusatório, o perito passou a ser considerado um importante instrumento para as partes, na medida em que, ele será o responsável pela demonstração da grande maioria das premissas necessárias ao processo acusatório. (LOPES JÚNIOR, 2018)

A respeito da importância do perito no sistema acusatório e do valor probatório das provas aduzidas por este, bem ressaltou Lopes Júnior (2018, p. 424) quando passa a dispor da seguinte maneira:

Claro que isso não retira o valor probatório da perícia (relativo, como todas as provas), mas acima de tudo ele deve atender o interesse das partes antes que o do juiz. Uma vez mais, evidencia-se que o caráter acusatório buscado no processo penal contemporâneo potencializa a atividade probatória das partes e restringe a iniciativa do juiz (juiz-ator) nesse campo. Assim, a perícia subministra fundamentos para um conhecimento comum às partes e ao juiz, sobre questões que estão fora da órbita do saber ordinário.

A prova pericial não deve possuir um valor probatório superior, quando comparado com os outros meios de provas, na medida em que, ela apenas demonstra um certo grau de probabilidade sobre aquele aspecto delitivo.

De acordo com isso, podemos citar como exemplo, o caso da prova pericial obtida com a realização de um exame de DNA, onde se encontra material genético do acusado no corpo da vítima, demonstrando com isso que o material coletado realmente pertence ao acusado, mas não pode, afirmar absolutamente, que o acusado teria violentado e matado a vítima, pois para que isso aconteça, é fundamental o estabelecimento de outros instrumentos probatórios nos quais apontem nesse mesmo sentido. (LOPES JÚNIOR, 2018)

Ao verificarmos a exposição dos motivos consubstanciados no Código de Processo Penal, tem-se disposto que todas as provas serão consideradas como sendo relativas, onde nenhuma delas poderá apresentar algum valor decisivo ou ganhar um prestígio maior do que a outra. Ainda nesse mesmo sentido, é importante ressaltar o preconizado no artigo 182, do CPP, quando passa a dispor que o juiz não poderá ficar adstrito ao laudo, na medida em que, existe a possibilidade de o mesmo, aceitá-lo ou não, seja em relação ao todo ou apenas em relação a uma parte dele. (LOPES JÚNIOR, 2018)

De acordo com esses aspectos salientados, pode-se destacar que o entendimento destacado pelo perito em relação a todo o material analisado no caso concreto, não pode em nenhuma hipótese, servir como instrumento no qual vincula o magistrado, tendo em vista que, o julgador é uma pessoa livre para realizar a análise de todos os elementos probatórios, e posteriormente, determinar o caminho para a sua convicção ao caso concreto.

O laudo pericial somente poderá vir a ser realizado por meio de um perito oficial, ou então por dois peritos nos quais foram nomeados para o exercício daquela função, conforme expressamente estabelecido no art. 159, do CPP, e na própria Súmula nº 361, do Supremo Tribunal Federal. (NUCCI, 2019)

Em relação aos peritos oficiais, tem-se que eles são evidenciados como sendo servidores públicos de carreira, nos quais ingressam para o exercício dessa função por meio de um concurso público, e, também devem possuir um conhecimento específico sobre aquela área. (MARCÃO, 2018)

Nesses termos, em casos onde ocorrer a ausência de peritos oficiais, o exame pericial deverá ser realizado por dois peritos que serão nomeados, realizando essa

escolha a partir de alguns requisitos, como é o caso de serem pessoas idôneas, nas quais possuam o respectivo diploma do curso superior e que possuam a respectiva qualidade técnica para a realização do exame no qual será proposto, conforme estabelecido no §1º, do art. 159, do CPP. (NUCCI, 2019)

Ainda sobre a realização do exame pericial, tem-se os peritos terão acesso aos objetos nos quais serão periciados, por um prazo de dez dias, podendo esse respectivo prazo ser prorrogado, desde que em casos excepcionais. Assim, após esse prazo máximo, os peritos deverão entregar um laudo, realizado de forma minuciosa, sobre os objetos nos quais foram periciados, bem como também, poderão chamados a responder algumas perguntas que possam ser realizadas pelas partes ou magistrado.

O assistente técnico passou a ser admitido no respectivo processo penal, onde o mesmo, tem a função de analisar os objetos periciados pelos peritos, e então, elaborar um parecer sobre estes objetos. Assim, a respeito da implementação do assistente técnico no processo penal, bem destacou Lopes Júnior (2018, p. 427), quando passa a dispor da seguinte maneira:

Importante destacar que, com o advento da Lei n. 11.690/2008, passou a admitir-se no processo penal a figura do assistente técnico, até então desconhecida. Ainda que o §3º mencione que o ofendido possa formular quesitos e indicar assistente técnico, não vislumbramos como, processualmente, isso possa ocorrer. Para que a vítima possa atuar no processo, é necessário que esteja devidamente habilitada como assistente da acusação, postulando em juízo através de seu advogado. Do contrário, não tem capacidade postulatória e não poderá, no processo, requerer nada.

Com isso, o assistente técnico somente poderá elaborar o seu respectivo parecer, depois que os peritos realizarem a apresentação do seu lado, tendo em vista que, o assistente técnico deve agir com base no produzido pelos peritos.

Outro aspecto relevante estabelecido no exame pericial, é o preconizado na Lei nº 12.654/2012, que disciplinou sobre a coleta de material genético, evidenciando em seu art. 3º, que essa coleta poderá ser realizada compulsoriamente, desde que, possua um despacho nesse sentido, da autoridade judiciária. (LOPES JÚNIOR, 2018)

Portanto, essa legislação específica não traz em seu contexto quais seriam os crimes nos quais possibilitariam a realização da extração desse material genético, abrindo-se uma verdadeira possibilidade de utilização dessa extração para todos os

crimes. Entretanto, as autoridades judiciárias devem ter cautela ao determinar tais medidas, sempre se baseado na proporcionalidade e adequação dessa medida.

Assim, é importante destacar que o acusado não poderá ser obrigado a realizar a coleta do seu material genético, na medida em que, é assegurado a ele o direito de não produzir provas contra si mesmo.

1.2 A Testemunha

A testemunha é considerada como sendo uma pessoa totalmente desinteressada em relação ao processo, onde ela é capaz de depor, assim, esse depoimento é realizado perante uma autoridade judiciária. Nesses termos, a testemunha vai relatar os fatos nos quais ela sabe e presenciou. (LIMA, 2013)

De acordo com esse contexto apresentado, é importante salientar o entendimento consubstanciado por Lima (2013, p. 668) quando estabelece sobre os principais aspectos atinentes a prova testemunhal, ao dispor sobre isso da seguinte maneira:

A prova testemunhal tem como objetivo, portanto, trazer ao processo dados de conhecimento que derivam da percepção sensorial daquele que é chamado a depor no processo. No âmbito processual penal, qualquer pessoa pode ser testemunha (CPP, art. 202), desde que seja dotada de capacidade física para depor. A incapacidade jurídica é irrelevante, pois podem depor no processo penal menores de 18 (dezoito) anos, doentes e deficientes mentais. Logicamente, somente a pessoa física pode ser testemunha, na medida em que o depoimento pressupõe memória.

A prova testemunhal apresenta algumas características essenciais a sua natureza, como é o caso da judicialidade, assim, será considerado uma testemunha aquela pessoa na qual é ouvida em Juízo, explicitando os fatos delituosos nos quais tem conhecimento. (MARCÃO, 2018)

Dessa forma, mesmo que essa mesma testemunha já tenha prestado o seu depoimento no inquérito policial ou então para o Ministério Público, ela terá que reproduzir tais fatos em juízo, para que assim seja observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Outra característica apresentada pela prova testemunhal é a oralidade, tendo em vista que, os depoimentos são prestados de maneira oral, conforme expressamente preconizado no art. 204, do CPP. (LIMA, 2013)

A objetividade também se mostra como sendo outra característica da prova testemunhal, na medida em que, a testemunha não poderá emitir qualquer juízo de valor, devendo apenas depor sobre os fatos, conforme preconizado no art. 213, do CPP.

Portanto, outra característica apresentada, é justamente a retrospectividade, onde a testemunha vai trazer os fatos que aconteceram no passado, não podendo falar sobre os fatos ocorridos no futuro. Por fim, a prova testemunhal tem a característica da individualidade, onde cada uma das testemunhas deverá ser ouvida de forma separada, assim, uma testemunha não poderá presenciar ou saber o que foi dito no depoimento da outra. (MARCÃO, 2018).

As pessoas nas quais são testemunhas, terão que cumprir com alguns deveres que lhe são impostas, como é o caso do próprio dever de depor. Assim, qualquer pessoa poderá ser considerada uma testemunha, sendo imposto a ela o dever de depor, e consequentemente, contribuir para o esclarecimento sobre o fato delituoso em questão.

A respeito das pessoas nas quais poderão se recusar ou estão proibidas de depor, bem asseverou Lima (2013, p. 670), ao trazer as disposições normativas estabelecidas no Código de Processo Penal a esse respeito, dispondo sobre esse contexto da seguinte maneira:

Não obstante, a própria lei processual penal aponta certas pessoas que podem se recusar a depor (CPP, art. 206), e outras que estão até mesmo proibidas de depor (CPP, art. 207). Segundo o art. 206 do CPP, a testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que separado ou divorciado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias. Por força constitucional (CF, art. 226, §3º), também deve ser incluído nesse rol de pessoas que podem recusar-se a depor o companheiro ou a companheira.

O próximo dever das testemunhas é justamente o do seu comparecimento, nesses termos, quando a testemunha for intimada para prestar o seu depoimento, ela deverá comparecer em Juízo, no dia e na hora no qual foi estabelecido pela intimação. Assim, caso a mesma, venha deixar de cumprir a respectiva intimação, sem apresentar ao magistrado um motivo justificável, o mesmo, poderá designar a sua condução coercitiva pela autoridade policial. (LIMA, 2013).

Além do mais, é importante salientar que o descumprimento de uma determinação judicial será capaz de ensejar uma multa, que pode chegar até dez salários mínimos, bem como também, configurar o crime de desobediência.

As testemunhas também possuem o dever de dizer a verdade, no seu depoimento, sendo essa a regra, conforme expressamente consubstanciado no art. 203, do CPP. Nesses termos, caso a testemunha descumpra esse compromisso de dizer a verdade, poderá responder ao crime de falso testemunho, que se encontra preconizado no art. 342 do Código Penal. (NUCCI, 2019)

A respeito dessa conduta criminosa do falso testemunho, bem disciplinou Marcão (2018, p. 561), ao dispor sobre o art. 342, do CP, e o procedimento a ser adotado pelo magistrado, estabelecendo que:

A propósito, nos moldes do art. 342 do CP, configura crime, punido com reclusão, fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, administrativo, inquérito policial ou em juízo arbitral. A pena, que é de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa, será aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se o crime for cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal. Para essas situações, dispõe o art. 211 do CPP que se o juiz, ao proferir a sentença, reconhecer que alguma testemunha fez afirmação falsa, calou ou negou a verdade, remeterá cópia do depoimento à autoridade policial para a instauração do inquérito.

Com isso, apesar das testemunhas terem a obrigação de prestar esse compromisso de dizer somente a verdade, algumas testemunhas não são obrigadas a prestar tal compromisso, como é o caso daquelas estabelecidas anteriormente no art. 206, do CPP, que são os parentes.

1.3 Do Ofendido

O ofendido é estabelecido como sendo o sujeito passivo de um crime, ou seja, é a própria vítima. Nesses termos, o ofendido é aquela pessoa na qual teve algum bem jurídico ou ainda o seu interesse, violado por meio de uma conduta caracterizada como sendo uma infração penal. (GONÇALVES, 2017)

Apesar do ofendido ser a pessoa na qual teve o seu bem jurídico violado, o sujeito passivo dessas infrações penais será o próprio Estado, na medida em que, ele é o único responsável pelo direito de punir os respectivos infratores.

A vítima normalmente não poderá ser determinada como sendo uma testemunha, em razão de vários fatores, conforme bem evidenciado nos ensinamentos de Nucci (2019, p. 581) ao dispor sobre esses fatores da seguinte maneira:

As razões são várias: a) a menção à vítima está situada, propositadamente, no Código de Processo Penal, em capítulo destacado daquele que é destinado às testemunhas; b) ela não presta compromisso de dizer a verdade, como se nota pela simples leitura do caput do art. 201; c) o texto legal menciona que a vítima é ouvida em “declarações”, não prestando, pois, depoimento (testemunho); d) o ofendido é perguntado sobre quem seja o autor do crime ou quem “presuma ser” (uma suposição e não uma certeza), o que é incompatível com um relato objetivo de pessoa que, efetivamente, sabe dos fatos e de sua autoria, como ocorre com a testemunha (art. 203, CPP); e) deve-se destacar que a vítima é perguntada sobre as provas que possa indicar, isto é, toma uma postura de autêntica parte do processo (...).

Com isso a vítima não pode ser confundida com a testemunha, na medida em que, o primeiro não vai figurar naquele rol de testemunhas do processo, bem como também diante das diferenças apontadas anteriormente.

Assim, apesar da vítima não ser consubstanciada como sendo uma das testemunhas do processo, a sua inquirição é obrigatória, conforme expressamente preconizado no art. 201, do CPP. (GONÇALVES, 2017)

Portanto, mesmo que nenhuma das partes do processo venha a solicitar o depoimento da parte ofendida, o magistrado, deverá fazer essa inquirição de ofício, pois o que se busca no processo penal é a busca pela verdade real, assim, o depoimento do ofendido se mostra como sendo bastante relevante para contribuir com essa finalidade. (NUCCI, 2019)

Ainda de acordo com essa perspectiva apresentada, se o magistrado não solicitar de ofício a inquirição do ofendido, qualquer uma das partes pode pleitear a nulidade relativa daquele ato, alegando algum prejuízo sofrido diante a ausência de depoimento do ofendido.

Ao analisar o valor probatório que o depoimento do ofendido possui em relação as outras provas nas quais foram estabelecidas no processo penal, é possível destacar que o depoimento do ofendido não possui o mesmo valor probatório do depoimento de uma testemunha, na medida em que, o depoimento do ofendido se apresenta como sendo parcial, enquanto que a testemunha se mostra imparcial. (NUCCI, 2019)

A vítima é aquela pessoa na qual está diretamente ligada com a violação do seu bem jurídico, assim, normalmente as suas declarações estão envolvidas com as emoções passadas, conforme bem destacado nos ensinamentos de Nucci (2019, p. 582) ao dispor da seguinte maneira:

(...) a vítima é pessoa diretamente envolvida pela prática do crime, pois algum bem ou interesse seu foi violado, razão pela qual pode estar coberta por emoções perturbadoras do seu processo psíquico, levando-a à ira, ao medo, à mentira, ao erro, às ilusões de percepção, ao desejo de vingança, à esperança de obter vantagens econômicas e à vontade expressa de se desculpar – neste último caso, quando termina contribuindo para a prática do crime. Por outro lado, há aspectos ligados ao sofrimento pelo qual a vítima, quando da prática do delito, podendo, então, haver distorções naturais em suas declarações.

Nessa perspectiva, ocorre ainda outros aspectos nos quais merecem ser levados em consideração, sobre o valor probatório da palavra da vítima, como é o caso da própria exposição pormenorizadas sobre a ocorrência dos fatos tidos como sendo criminosos, pois, na maioria dos casos, nem sempre representa a verdade dos fatos ocorridos. (LOPES JÚNIOR, 2018)

De acordo com isso, em muitos casos, o próprio ofendido acaba por inventar umas circunstâncias do crime, que realmente não aconteceram, onde muitas vezes, isso ocorre como uma espécie de proteção, para atenuar a sua própria consciência sobre uma eventual contribuição para a ocorrência do fato criminoso.

Com isso, caberá ao magistrado estabelecer uma linha tênue sobre o depoimento do ofendido, de forma a não interferir rigorosamente ou então desacreditar totalmente sobre o afirmado pelo ofendido. Assim, caso ocorra no processo penal, apenas as declarações do ofendido, sem ter nenhuma testemunha na qual possa corroborar com o depoimento deste, o acusado poderá vir a ser condenado, desde que, tal depoimento seja harmônico com as demais circunstâncias nas quais foram produzidas no processo penal. (NUCCI, 2019)

1.4 Do Reconhecimento da Pessoa

A prova consubstanciada a partir do reconhecimento de pessoas é utilizada, em muitos casos, para auxiliar no livre convencimento do magistrado, conforme bem destacado nos ensinamentos proferidos por Gonçalves (2017, p. 326) quando passa a dispor da seguinte maneira:

Muitas vezes há necessidade, para a formação da convicção do juiz, de submissão do acusado ou mesmo da vítima, de testemunhas ou de terceiros a reconhecimento, para que o reconhecedor possa afirmar se identifica ou não determinada pessoa. É possível, ainda, que a necessidade de reconhecimento recaia sobre uma coisa relacionada à infração, como o instrumento do crime ou objeto subtraído. A diligência de reconhecimento tem como finalidade verificar se o reconhecedor tem condições de afirmar que a pessoa ou coisa a ser reconhecida já foi vista por ele em ocasião pretérita.

Portanto, essa prova de reconhecimento de pessoas normalmente é utilizada nos crimes de estupro de vulnerável, onde a vítima realizará o reconhecimento da pessoa na qual praticou a conduta criminosa.

Nesses termos, para a ocorrência desse procedimento de reconhecimento de pessoas, o Código de Processo Penal, disciplinou expressamente, em seu artigo 226, como ocorrerá esse procedimento, que se inicia com o convite da pessoa na qual realizará o reconhecimento, para fazer uma descrição da pessoa na qual será devidamente reconhecida. (LOPES JÚNIOR, 2018)

Com isso, esse primeiro ato possibilita a verificação sobre o próprio reconhecimento, de forma a determinar se encontra em consonância com o descrito pela pessoa. Logo em seguida, será colocado em uma sala a pessoa descrita com outras pessoas nas quais possuam semelhanças com está, assim, o reconhecedor deverá apontar a pessoa descrita anteriormente por ele.

Nesses termos, essa precaução estabelecida no dispositivo normativo, para que o reconhecido seja colocado na sala com outras pessoas semelhantes, acaba por evitar com que o reconhecedor acabe sendo sugestionado para uma determinada pessoa. Entretanto, é importante destacar que, a inobservância desse procedimento não é capaz de determinar pela invalidade desse respectivo ato. (LOPES JÚNIOR, 2018)

Ainda de acordo com isso, o Código de Processo Penal também disciplina que esse procedimento será realizado durante o inquérito policial, onde o reconhecedor não poderá ser visto pelo reconhecido, conforme estabelecido no parágrafo único, do art. 226. Entretanto, é bastante comum que esse isolamento visual seja utilizando também no momento da instrução processual. (GONÇALVES, 2017)

Assim, após a realização do reconhecimento da pessoa, deverá ser lavrado o auto, conforme bem disciplinado nas lições de Gonçalves (2017, p. 327) ao dispor sobre esse contexto da seguinte forma:

Finda a diligência, será lavrado auto pormenorizado, no qual serão registradas as manifestações do reconhecedor e que será assinado por este, pela autoridade e por duas testemunhas que tenham presenciado o reconhecimento. Acaso sejam várias as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento, cada qual o fará em separado (art. 228 do CPP). O caráter individual do reconhecimento tem por escopo impedir que a pessoa chamada a reconhecer seja influenciada por outro reconhecedor, o que comprometeria a idoneidade do meio de prova.

Com isso, nos casos em que a pessoa submetida ao reconhecimento ou então o próprio reconhecedor, se encontrar preso, será possível que a realização dessa prova ocorra por meio de vídeo conferência, desde consubstanciado com os motivos nos quais se encontra preconizados no art. 185, §2º, incisos I ao IV, do Código de Processo Penal. (GONÇALVES, 2017)

2 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

2.1 Da Redação Anterior do Crime de Estupro de Vulnerável

A redação original na qual foi consubstanciada pelo Decreto-lei nº 2.848/1940, que instituiu o Código Penal, trazia os crimes de estupro e atentado violento ao pudor no título designado de crimes contra os costumes. Nesses termos, o estupro do art. 213, evidenciava a conduta de constranger alguma mulher a ter uma conjunção carnal, sendo esta conduta realizada por meio da violência ou grave ameaça. Já o crime de atentado violento ao pudor era estabelecido na prática de conduta diversa ao da conjunção carnal. (ESTEFAM, 2019)

De acordo com isso, era possível destacar que o núcleo central da conduta do agente se traduzia no ato de constranger as vítimas, utilizando-se da violência ou grave ameaça. Assim, no crime do estupro, haveria a prática da conjunção carnal, enquanto, que no atentado violento ao pudor, era consubstanciado pela prática de qualquer outro ato libidinoso.

A respeito desse contexto salientado anteriormente, pode-se apresentar os ensinamentos proferidos por Masson (2019, p. 5) quando passa a disciplinar sobre esse contexto da seguinte forma:

No Estupro (art. 213), a conduta típica consistia em “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. Por sua vez, no atentado violento ao pudor (art. 214) o tipo penal apresentava a seguinte redação: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”. Em ambos os delitos, o núcleo era “constranger”, mediante emprego de violência ou grave ameaça. No estupro, entretanto, buscava-se a conjunção carnal, enquanto no atentado violento ao pudor o objetivo almejado pelo agente era qualquer outro ato libidinoso. Nos dois crimes, a pena de reclusão, de seis a dez anos, em face das reformas promovidas pela Lei 8.072/1990 – Lei dos Crimes Hediondos.

De acordo com isso, o estupro de vulnerável se encontrava previsto no parágrafo único, do art. 213, do CP, ao estabelecer que, se a vítima fosse um menor de catorze anos, a pena seria de reclusão de seis a dez anos. (ESTEFAM, 2019)

Essas disposições normativas passaram por alterações com a entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009, na medida em que, o título de os crimes contra os costumes não existe mais, sendo substituído pela designação dos crimes contra a dignidade sexual. (MASSON, 2019)

Além do mais, ocorreu a fusão entre os dispositivos normativos 213 e 214, do CP, que passou a ser estabelecido todas as condutas no art. 213, ao estabelecer que constranger, qualquer pessoa, utilizando-se da violência ou grave ameaça, com a finalidade de obter uma conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso, vai gerar ao agente uma pena de reclusão de seis a dez anos.

Assim, o crime de estupro de vulnerável, que anteriormente se encontrava preconizado no parágrafo único do art.213, do CP, ganhou um dispositivo normativo autônomo, somente para esse crime, após as alterações promovidas pela Lei nº 12.015/2009, se encontrando atualmente previsto no art. 217-A, do CP. (MASSON, 2019)

2.2 O Estupro de Vulnerável e os seus Principais Aspectos

O art. 217-A do Código Penal traz sobre o crime de estupro de vulnerável, disciplinando como crime a conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato considerado como libidinoso, contra pessoas menores de catorze anos de idade, gerando uma pena de reclusão de oito a quinze anos. (BITENCOURT, 2019)

O §1º, desse dispositivo normativo, disciplina que também vai incorrer nas mesmas penas do *caput*, as condutas também descritas no *caput*, nas quais são estabelecidas em face de pessoas que possuem enfermidade ou doença mental e não tem a capacidade de discernimento sobre aquele ato, bem como também, contra pessoas nas quais não possam oferecer resistência, em virtude de uma causa. (BITENCOURT, 2019)

O §§3º e 4º, trazem circunstâncias nas quais as penas poderão ser aumentadas, disciplinando respectivamente, se a conduta do *caput* ocasionar lesão corporal grave, a pena de reclusão será de dez a vinte anos, e se a conduta gerar morte da vítima, a pena será de reclusão de doze a trinta anos. (BITENCOURT, 2019)

Portanto o estupro pode ser considerado como uma violência ficta na qual é cometida contra uma outra pessoa, onde essa não tem condições ou capacidade de consentir com aquele ato criminoso.

O objeto jurídico dessa modalidade de crime, que é o estupro de vulnerável, será justamente a própria dignidade sexual no menor de catorze anos ou de outra pessoa na qual não tenha o discernimento suficiente para entender a prática do ato, seja em razão da doença mental ou da enfermidade, sendo incluída também aquelas

pessoas nas quais não oferecem resistência, em razão de alguma outra causa. (CAPEZ, 2019)

A respeito dos elementos do tipo evidenciados para o crime do estupro de vulnerável, tem-se que eles se subdividem em três modalidades, como é o caso da ação nuclear, do sujeito ativo e do sujeito passivo.

Nesses termos, a ação nuclear do referido crime é justamente a conduta de ter uma conjunção carnal ou então praticar um ato libidinoso, assim, a conjunção carnal é evidenciada como sendo a introdução do pênis na própria cavidade vaginal da vítima, enquanto que o ato libidinoso pode ser compreendido nas outras modalidades estabelecidas para a realização do respectivo ato sexual, nos quais são diversos da conjunção carnal.

Portanto, as ações nucleares descritas anteriormente devem ser praticadas contra menores de quatorze anos de idade ou contra pessoas nas quais não possuem o discernimento do ato praticado ou não oferecem resistência, pois caso a conduta do agente não sejam realizadas contra essas pessoas, será tipificada em outro dispositivo normativo, conforme bem demonstrado nas lições de Capez (2019, p. 121), ao dispor da seguinte maneira:

Se o agente constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso, haverá o crime de estupro (CP, art. 213). No caso de o agente manter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima, o crime será previsto no art. 215 do CP: “violação sexual mediante fraude”.

O próximo elemento do tipo penal será justamente o sujeito ativo, podendo ser ele qualquer pessoa, tendo em vista que, a redação normativa do dispositivo em comento, estabelece as condutas de conjunção carnal e ato libidinoso, que podem ser praticadas tanto pelo homem, como também pela mulher. (CAPEZ, 2019)

O sujeito ativo poderá ser, inclusive, um menor de dezoito anos de idade, nesse caso, ele responderá de acordo com as medidas socioeducativas que se encontram previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, e assim, haverá a comparação entre o delito hediondo praticado e o respectivo ato infracional. (BITENCOURT, 2019)

Já em relação ao sujeito passivo, tem-se que o tipo penal inserido no art. 217-A, do CP, estabelece expressamente as pessoas nas quais serão sujeitos passivos dessa conduta criminosa, sendo elas os menores de quatorze anos, as pessoas com

deficiência mental ou enfermidade que não possuem o discernimento sobre a prática desse ato, e ainda qualquer outra pessoa na qual não apresente resistência em razão de alguma causa.

De acordo com isso, tem-se três modalidades de sujeitos passivos, onde a primeira delas está relacionado as vítimas menores de quatorze anos de idade, que são caracterizadas vulneráveis pela própria imaturidade, não podendo garantir um consentimento para a realização de atos sexuais, assim, essa presunção de vulnerabilidade é absoluta. (BITENCOURT, 2019)

O sujeito passivo também poderá ser aquelas pessoas nas quais em razão da enfermidade ou doença mental, não possuem um discernimento necessário para compreender a prática do ato sexual. Nesses termos, deverá ser comprovado, no caso concreto, que a vítima não possui esse discernimento necessário. Por fim, tem-se aquelas vítimas que não conseguem oferecer qualquer resistência, em razão de alguma outra causa diversa do ato praticado pelo agente. (BITENCOURT, 2019)

Já em relação ao elemento subjetivo estabelecido para o crime de estupro de vulnerável, do art. 217-A, do CP, tem-se que ele será o próprio dolo, na medida em que, o agente no qual pratica o ato criminoso, deverá manifestar a sua vontade de realizar a conjunção carnal ou ato libidinoso contra os sujeitos passivos descritos anteriormente.

Dessa forma, não é necessário ao elemento subjetivo, que o agente criminoso possua alguma finalidade especial, pois o simples fato de sua vontade de submeter as vítimas a ter uma relação sexual com a sua pessoa, já é capaz de demonstrar o seu dolo na prática do ato criminoso.

A consumação do crime de estupro de vulnerável, quando analisado na parte de constranger à vítima a uma conjunção carnal, vai acontecer a partir do momento em que o agente realizar a introdução do seu órgão genital masculino, no órgão genital feminino, independentemente dessa introdução ocorrer de forma completa ou parcial. Ainda assim, é importante destacar ainda, que para a análise da consumação delitiva, não se leva em consideração se o agente criminoso realizou a ejaculação ou não. (ESTEFAM, 2019)

Com isso, tem-se que a consumação do crime de estupro de vulnerável, no aspecto da prática de ato libidinoso, ocorre a partir do momento em que o agente executa esse ato.

É importante destacar ainda que, o crime de estupro de vulnerável pode ser praticado da forma tentada. A respeito dessa possibilidade de tentativa no crime de estupro de vulnerável, bem salientou Bitencourt (2019, p. 129) ao dispor sobre esse aspecto da seguinte maneira:

Caracteriza-se a figura tentada do crime de estupro de vulnerável quando o agente, iniciando a execução, é interrompido pela reação eficaz da vítima, ou intervenção de terceiro, mesmo que não tenha chegado a haver contatos íntimos. No estupro, ante sua natureza de crime complexo, a primeira ação (violência ou grave ameaça) constitui início de execução, porque está dentro do próprio tipo, como seu elementar. Assim, para a ocorrência da tentativa basta que o agente tenha empregado violência contra a vítima, com o fim inequívoco de constrangê-la à prática de relação sexual, em qualquer de suas modalidades.

Dessa maneira, a tentativa passa a ser verificada no momento, em que o agente é interrompido por terceira pessoa ou pela a vítima, quando acabou de iniciar a execução do ato criminoso. (BITENCOURT, 2019)

2.3 Das Causas de Aumento de Pena Previstas no Art. 226, “a” e “b”

O artigo 226, no inciso IV, nas alíneas “a” e “b”, estabelecem algumas causas nas quais fazem com que ocorra o aumento da pena, como é o caso do estupro coletivo e o estupro corretivo.

Assim, o estupro coletivo é realizado por meio de dois ou mais agentes, enquanto, o estupro corretivo é estabelecido de forma a tentar controlar um comportamento disciplinado pela vítima, seja esse comportamento sexual ou ainda o social. (CAPEZ, 2019)

Nesse contexto, segundo o entendimento preconizado por Bitencourt (2019, p. 248), tem-se que as terminologias adotadas para essas causas de aumento de pena foram estabelecidas inadequadamente, ao dispor que:

O texto da Lei de 13.718/2018 adota, equivocadamente, terminologias inadequadas para a definição dessas figuras majoradas, denominando-as de (i) estupro “coletivo”, quando há concurso de pessoas, e (ii) estupro “corretivo”, para controlar o comportamento social ou sexual da vítima. Nessa segunda hipótese, grande novidade, é aplicável “quando se trata de vítima lésbica, bissexual ou transexual”, cujos agentes praticam uma espécie de “crime de ódio”, como se passou a denominar, ou simplesmente de crime discriminatório.

A alínea “a”, do inciso IV, do artigo 226, do CP, que trata da causa de aumento da pena, nos casos de estupro coletivo, prevê uma majoração de um a dois terços, sendo tal aumento devidamente razoável, em razão da covardia empregada por esses agentes para a prática do estupro contra uma vítima fragilizada, ou então um agente só, pratica o estupro contra a vítima em razão da orientação sexual desta, sendo realizado de forma discriminatória. (ANDREUCCI, 2018)

É importante destacar ainda, qual a designação que seria adotada para o crime de estupro coletivo, poderia ser enquadrada como sendo uma coautoria ou então um próprio concurso de pessoas, entretanto, o entendimento que acabou por prevalecer, com a reforma realizada no Código Penal, no ano de 1984, foi justamente o de concurso de pessoas, tendo em vista que, os agentes se reúnem para a prática do fato criminoso.

Nesses termos, para ser evidenciada a aplicação da majorante estabelecida na alínea “a”, inciso IV, do art. 226, do CP, é fundamental que ocorra a análise dos princípios nos quais orientam o concurso de pessoas, na medida em que, será a partir dessa análise que poderá determinar se a conduta dos agente foi por meio da participação ou coautoria. (MASSON, 2019)

A respeito dessa causa de aumento da pena, conhecida como estupro coletivo, bem disciplinou Masson (2019, p. 102) quando passa a estabelecer sobre esse contexto da seguinte maneira:

Cuida-se do estupro coletivo. Ao contrário do que tal nomenclatura pode inicialmente sugerir, não se exige a prática do estupro por diversas pessoas contra uma única vítima. Basta seja o delito praticado por dois agentes. O aumento da pena é cabível tanto na coautoria (exemplo: dois homens simultaneamente constroem uma mulher à conjunção carnal) como na participação (exemplo: uma mulher contrata um homem para estuprar sua desafiada), e atinge todos os envolvidos na empreitada criminosa. A majorante fundamenta-se na maior facilidade para a execução do estupro na hipótese de concurso de agentes, bem como na maior extensão dos danos – físicos, morais e psicológicos – causados à vítima.

Com isso, o concurso de pessoas seria o gênero, possuindo como espécies a coautoria e a participação, sendo bastante relevante a classificação das condutas adotadas por cada um dos agentes.

Entretanto, para realizar a dosimetria da pena, é fundamental a verificação das condutas dos agentes, se foram realizadas por coautoria ou participação, pois caso seja verificado que a conduta do agente se enquadra na coautoria, seria justificável o

aumento dessa majorante no máximo, que é justamente os dois terços, enquanto a conduta de participação deveria ser estabelecida em seu um terço. (MASSON, 2019)

O estupro corretivo é realizado de forma a controlar um comportamento sexual ou social estabelecido por a vítima, assim, normalmente o sujeito ativo será uma pessoa do sexo masculino, que pratica a conduta criminosa por causa da opção sexual da vítima, sendo elas homossexuais, bissexuais, dentre outras modalidades. Já em relação ao controle do comportamento social, tem se que, essa causa de aumento da pena serve justamente para desmotivar o sujeito ativo de praticar essa conduta criminosa com essa finalidade. (BITENCOURT, 2019)

A respeito de ser essa conduta criminosa ser evidenciada como um crime comum, e qualquer pessoa poder figurar como sujeito ativo, bem estabeleceu as lições de Bitencourt (2019, p. 250), ao dispor que:

Trata-se, portanto, de crime comum, a despeito de, aparentemente, se revelar um crime especial, pela teórica motivação mais frequente dessa modalidade de crimes. Por essas razões, não se pode afastar a possibilidade, ao menos em tese, de qualquer pessoa poder figurar como sujeito ativo dessa modalidade majorada de crime de conotação homofóbica. Por outro lado, não se pode ignorar que existem muitas pessoas, não só do sexo masculino, portadoras do mesmo sentimento vil contra a orientação sexual de outrem, independentemente do gênero, embora não deixe de ser, ao mesmo tempo, crime de gênero.

O sujeito passivo, da majorante do crime de estupro corretivo, é justamente aquela pessoa na qual possui uma orientação sexual diversa daquela que lhe foi concebida no seu nascimento.

Assim, é importante destacar ainda que, nos casos onde ocorre um erro do agente sobre a orientação sexual da vítima, não afastará a aplicação dessa causa de majoração da pena.

2.4 Da Vulnerabilidade

A vulnerabilidade foi incluída na legislação criminal, ao trazer a vítima vulnerável como sendo aquela na qual é considerada frágil. Assim, no *caput*, do art. 217 – A, do Código Penal, foi estabelecido que os menores de quatorze anos, seriam consideradas como pessoas vulneráveis, além de ser incluídas nesse contexto, as pessoas com deficiência mental ou enfermidade, nas quais não possuem o

discernimento para entender a pratica do ato ou então oferecer alguma resistência, conforme preconizado no §1º, desse dispositivo normativo. (ESTEFAM, 2019)

Nessa perspectiva, com a alteração normativa promovida pela Lei nº 12.015/2009, nos crimes de estupro de vulnerável, acabou por extinguir a presunção de violência, para o conceito de pessoas vulneráveis.

Dessa forma, modificou-se, inicialmente, a questão de como a idade passa a ser analisada para a vítima, pois anteriormente a essas alterações vigorava o entendimento de presunção de violência, na medida em que, à vítima não era maior do que quatorze anos. Com a alteração normativa, no momento no qual a vítima completar essa idade, ela deixará de ser considerada vulnerável. (CAPEZ, 2019)

No entendimento que foi consubstanciado por Estefam (2019, p. 764), ele acaba discordando do modelo atual determinado pela questão da idade, no sentido de evidenciar a vulnerabilidade da vítima, quando passa a dispor sobre esse respectivo contexto da seguinte maneira:

Persistirá, desta feita, a crítica fundamental ao critério rígido eleito, ou seja, pode haver indivíduos que, apesar de não terem atingido a idade citada, possuam consciência e maturidade sexual. Justamente por essa razão, entendemos que o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto (apesar da nítida intenção do legislador em assim considerá-lo), admitindo prova em contrário, notadamente quando se tratar de adolescentes (indivíduos com 12 anos já completados). Isso porque, se a suposta vítima possui 13 anos de idade e vida sexual ativa e voluntariamente pratica ato libidinoso com outrem, não há violação ao bem jurídico protegido (...).

Dessa forma, apesar desse entendimento em contrário ao da norma, o Superior Tribunal de Justiça, entende que o conceito de vulnerabilidade apresentado no art. 217-A, do CP, é absoluto, não se levando em consideração, se houve o consentimento da vítima, bem como também, não é considerado, para fins de aplicação penal, se a vítima já tem experiência sexual anterior ou então um suposto relacionamento com o agente que praticou o fato criminoso, conforme expressamente preconizado na Súmula 593, do STJ. (ANDREUCCI, 2018)

Esse entendimento de que o conceito de vulnerabilidade na norma, é totalmente absoluto, acabou por criar a Lei nº 13.718/2018, que inseriu no art. 217-A, do CP, o §5º, ao dispor que as penas estabelecidas pelos §§ 1º, 3º e 4º, deverão ser aplicadas independentemente de qualquer consentimento no qual possa ter sido dado pela vítima, bem como também, pelo fato da vítima ter tido relações sexuais anteriores à pratica do fato delituoso.

A respeito da vulnerabilidade em razão da deficiência mental ou enfermidade, tem se que, para a sua ocorrência é fundamental a constatação de que essa deficiência prejudica no discernimento da vítima para a prática do ato sexual, sendo esse o entendimento de Estefam (2019, p. 766), quando passa a dispor sobre esse aspecto da seguinte maneira:

Uma pessoa pode ter plena consciência de sua sexualidade, mas possuir quadros de distúrbios mentais que comprometam as outras áreas de seu comportamento. Quando vítima do crime, não incidia a presunção de violência e, agora, não será considerada vítima vulnerável. É de ver que a demonstração dessa hipótese de vulnerabilidade encontra-se (como antes) condicionada à realização de perícia psiquiátrica, em que o *expert* deverá avaliar dois aspectos fundamentais: a existência do transtorno mental e o comprometimento da capacidade de discernimento para atos de natureza sexual.

Portanto, no conceito de vulnerabilidade também abrange as pessoas que por algum motivo, não apresentam a capacidade de resistir ao ato criminoso do estupro de vulnerável. Desta forma, a caracterização do delito também continua a vigorar, mesmo quando tal incapacidade de resistir não tenha sido praticada pelo agente, como acontece nos casos de embriaguez da vítima, idade avançada, dentre outros motivos. (ESTEFAM, 2019)

2.5 Idade das Crianças e dos Adolescentes no ECA

A definição de criança e adolescente foi expressamente consubstanciada no art. 2, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao disciplinar como sendo criança, aquela pessoa que possui até os doze anos de idade, incompletos, enquanto, os adolescentes são aqueles com doze anos até os dezoito anos de idade. (ELIAS, 2010)

Com isso, pode-se verificar que a idade é o fator determinante para a designação da pessoa, como sendo uma criança ou adolescente, conforme podemos estabelecer no entendimento proferido por Rosato (2017, p. 72) quando passa a dispor nesses termos:

Nos termos do art. 2º, do Estatuto, será criança a pessoa com até 12 (doze) anos incompletos, e adolescente aquela que tiver entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos. A idade é o fator determinante para a fixação de quem é criança, adolescente ou adulto. Adota-se um critério cronológico absoluto, sem qualquer menção à condição psíquica ou biológica. Assim, é o

aniversário de 12 anos que faz a criança tornar-se adolescente, e o aniversário de 18 anos que faz o adolescente tornar-se adulto.

Já em relação aos casos das pessoas que nascem no dia 29 de fevereiro, nos chamados anos bissextos, quando essa respectiva data não vier a existir no calendário daquele ano, o aniversário da pessoa será estendido para o dia subsequente, como é o caso do dia 01 de março, sendo esse o entendimento preconizado no art. 3º, do ECA. (ELIAS, 2010)

Ao analisar o critério adotado pelo legislador penal, tem-se que ele considerou como sendo pessoas vulneráveis, aquelas nas quais possuem até os quatorze anos de idade, sendo enquadrados no art. 217, do CP. Assim, existe uma certa contradição em relação ao disposto no art. 2º, do ECA, pois essa disposição normativa determinou como sendo crianças os menores de doze anos de idade, e adolescentes os que possuem doze anos até os dezoito. (ROSATO, 2017)

Dessa maneira, o legislador deve ter estabelecido em seu entendimento, que as pessoas até os quatorze anos de idade ainda são vulneráveis, ou seja, não são capazes de compreender sobre a ilicitude do ato a ser praticado, como é o caso do estupro de vulnerável.

Ainda de acordo com isso, as pessoas maiores de quatorze anos até os dezoito anos de idade, já seriam capazes de entender sobre a prática da relação sexual, podendo estabelecer o seu consentimento ou não. Nesses termos, quando a relação sexual não for consentida por essas pessoas, o agente criminoso comete o crime previsto no §1º, do art. 213.

2.6 Da Ação Penal

A ação penal que era disciplinada no art. 225, do CP, antes da alteração promovida pela Lei nº 13.718/2018, era estabelecida como sendo de iniciativa privada e nos crimes de estupro ou naqueles onde causasse grave lesão ou morte da vítima, seria disciplinado como pública incondicionada. (BITENCOURT, 2019)

Entretanto, com a alteração promovida pela Lei nº 13.718/2018, o art. 225 estabeleceu que todos os crimes nos quais se encontram definidos nos capítulos I e II, do título designado dos crimes contra a dignidade sexual, são realizados mediante uma ação penal pública incondicionada

A respeito dessa modificação realizada no texto normativo do dispositivo em comento, é possível destacar os ensinamentos de Masson (2019, p. 100) ao destacar sobre esse contexto e ainda a finalidade apresentada pelo legislador ao realizar essa alteração, dispondo que:

Em sintonia com a regra contida no art. 225 do Código Penal, com redação conferida pela Lei 13.718/2018, os crimes definidos nos Capítulos I e II do Título VI (arts. 213 a 218-C) são de ação penal pública incondicionada. Antes da reforma legislativa, a ação penal normalmente era pública condicionada à representação, salvo quando a vítima era menor de 18 anos ou pessoa vulnerável. Nada obstante a finalidade do legislador – livrar a vítima da pressão de representar contra seu agressor, ou então de retratar-se da representação eventualmente já lançada –, essa alteração foi equivocada, e constitui-se em indisfarçável retrocesso na seara dos crimes contra a dignidade sexual.

A ação penal pública incondicionada pode vir a gerar maiores prejuízos para a vítima do crime de estupro, tendo em vista que, algumas delas preferem preservar a sua intimidade, assim, diante da impossibilidade de escolha da vítima em representar ou não contra o agressor, pode acontecer da autoridade policial tomar conhecimento dos fatos criminosos, mesmo sem o relato da vítima, fazendo com que o inquérito policial seja instaurado e a denúncia seja realizada pelo Ministério Público. (MASSON, 2019)

A respeito dessa possibilidade de a vítima querer permanecer em silêncio, sobre o crime de estupro sofrido, pode-se salientar as lições consubstanciadas por Masson (2019, p. 100), ao dispor que:

Agora, com a ação pública incondicionada, pode acontecer de a vítima optar pelo silêncio, por ser a publicidade do fato apta a lhe trazer ainda mais prejuízos psicológicos e emocionais, e mesmo assim ser instaurada a persecução penal. Basta pensar na hipótese em que, contra a vontade da vítima, a imprensa noticia um crime de estupro. A autoridade policial, tomando conhecimento do fato, será obrigada a instaurar o inquérito policial, e o Ministério Público, por dever de ofício, terá que oferecer a denúncia.

Nesse contexto, não seria difícil de imaginar que a vítima poderia se recusar a prestar o seu depoimento em juízo, permanecendo em silêncio durante esse ato processual. Com isso, não poderia ser imputada à vítima, o crime preconizado pelo art. 342 do Código Penal, tendo em vista que, ela não se apresenta no processo como sendo uma testemunha. (MASSON, 2019)

Por ser a ação penal pública incondicionada, no crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, do CP, a titularidade dessa ação será justamente do Ministério Público, onde o mesmo, possui o poder de dar entrada nessa ação penal independentemente da existência do consentimento da vítima ou não. (MASSON, 2019)

Ainda de acordo com isso, é possível destacar que o exercício do Ministério Público começa a partir do momento em que ele recebe os elementos nos quais se encontram consubstanciados no inquérito policial, entretanto, tal aspecto não se caracteriza como sendo a regra, em razão do Ministério Público poder realizar o oferecimento da denúncia com base em outros elementos probatórios, como é o caso, por exemplo, dos relatórios estabelecidos por comissões parlamentares. (AVENA, 2018)

A respeito do começo do exercício do Ministério Público nas ações penais públicas, é possível estabelecer os ensinamentos de Avena (2018, p. 268), quando passa a dispor da seguinte maneira:

O exercício da ação penal pública, em regra, manifesta-se a partir dos elementos coligidos ao inquérito policial. Não obstante, o inquérito não é indispensável à formação do convencimento do *parquet*, podendo este oferecer denúncia a partir das provas que tenham sido trazidas ao seu conhecimento, de relatórios de comissões parlamentares de inquérito, de investigações realizadas no âmbito da promotoria de justiça, de dados carreados a autos de processo criminal que apura crime diverso etc. Essa liberdade que assiste ao Ministério Público vem expressa em vários dispositivos dentro do Código de Processo Penal (...).

O Ministério Público a partir do momento em que receber o inquérito policial ou então as peças de sua informação, terá o prazos diferentes para oferecer a denúncia do crime, sendo de cinco dias, nos casos em que o acusado se encontrar preso, e de quinze dias, nos casos em que o acusado se encontrar em liberdade, conforme expressamente preconizado no art. 46, do Código de Processo Penal. (AVENA, 2018)

3 A VITIMOLOGIA E VITIMIZAÇÃO E A PROVA NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

3.1 Vitimologia e Vitimização

A vitimologia é caracterizada como sendo uma disciplina na qual possui a finalidade de estudar a própria vítima, evidenciando aspectos essenciais, como é o caso das suas características, personalidade, o papel desempenhado pela vítima na consecução do delito e a sua relação com o agente infrator. (GONZAGA, 2018)

Nesse contexto, pode-se afirmar que a vitimologia possui a sua origem histórica em meados de 1947, quando o autor Benjamim Mendelsonh apresentou o seu trabalho sobre a vitimologia em uma conferência.

Portanto, a vitimologia estabeleceu, em sua primeira classificação, a relação da vítima no próprio cometimento do crime, seja por meio da provocação ou então participação.

De acordo com esses aspectos salientados, pode-se estabelecer os ensinamentos consubstanciados por Gonzaga (2018, p. 158) quando passa a evidenciar sobre as três modalidades de vítimas, ao dispor que:

(...) existem três grupos principais de vítimas: a inocente, a provocadora e a agressora. As vítimas inocentes, ou ideais, são aquelas que não têm participação ou, se tiverem, será ínfima na produção do resultado. A vítima provocadora é responsável pelo resultado e pode ser caracterizada como provocadora direta, imprudente, voluntária ou ignorante. A vítima agressora pode ser considerada uma falsa vítima em razão de sua participação consciente, casos em que ela cria a vontade criminosa no agente, como exemplos de legítima defesa.

A classificação das vítimas em três modalidades distintas, como é o caso da inocente, provocadora e agressora, ainda poderá ser subdividida em outras cinco modalidades, a começar pelas vítimas que são completamente inocentes, sendo também designadas de vítima ideal. Nesses termos, as vítimas completamente inocentes são aquelas nas quais não participam da infração criminosa, sendo o agente o único responsável pelo ato, podendo citar como exemplo os crimes de sequestro, dentre outros. (GONZAGA, 2018)

Nesse contexto, existem as vítimas designadas como sendo menos culpadas, quando comparada ao agente, dessa forma, essas vítimas possuem uma parcela de

contribuição para a ocorrência da infração penal, como é o caso daquelas pessoas que costumam frequentar locais perigosos.

Já as vítimas determinadas como sendo tão culpadas, como o agente, ela pode ser determinada por ser provocadora, onde o crime somente veio a ocorrer em função da sua participação ativa, como acontece no crime de aborto, por exemplo. Além do mais, existem aquelas vítimas que são mais culpadas do que os próprios agentes transgressores, onde se leva em consideração uma participação maior das vítimas, acontecendo nos crimes de lesões corporais. (GONZAGA, 2018)

Ainda de acordo com isso, tem-se aquelas vítimas determinadas como sendo as únicas culpadas, normalmente ocorrendo naqueles casos onde por causa da negligência ou imprudência da vítima ocorre um evento criminoso.

Nesse contexto, a vitimologia apresenta um importante papel, tendo em vista que, com base na análise da relação da vítima com o criminoso, será possível determinar sobre essa interação com o respectivo fato típico. Portanto, a respeito dessa importância da relação da vítima com o agente criminoso, pode-se estabelecer as lições de Gonzaga (2018, p. 159-160), quando passa a disciplinar sobre esse aspecto da seguinte maneira:

(...) deve ser lembrado que a vítima sempre teve um comportamento importantíssimo na realização do delito, pois a sua relação com o criminoso pode inclusive desencadear uma prática delituosa. Em muitos homicídios passionais, a vítima contribui para fazer nascer no agente a vontade de matar, em casos, por exemplo, de adultério. Em razão disso, com base nos estudos da Criminologia, o Direito Penal elencou como causa de diminuição da pena o homicídio privilegiado em razão da violenta emoção logo após a injusta provocação da vítima, levando-se em consideração o comportamento desta para fins de dosimetria da pena.

A vítima possui uma importância tão grande nessa relação com o agente criminoso, que o Código Penal, em seu art. 59, disciplinou expressamente que o magistrado deverá levar em consideração, no momento da realização da dosimetria da pena, o comportamento no qual foi estabelecido pela vítima no momento da consecução da conduta criminosa.

De acordo com isso, a vitimização se encontra diretamente relacionado com a criminologia, sendo a vitimização estabelecida em três modalidades distintas, como é o caso da primária, secundária e terciária. (GONZAGA, 2018)

Nesses termos, a vitimização primária normalmente é caracterizada como os efeitos, nos quais são decorrentes da própria infração criminosa, onde esses efeitos

são consubstanciados em face da própria vítima, podendo ser determinado de forma física, material e psíquica.

Portanto, a vitimização primária evidencia o primeiro contato da vítima com a conduta criminosa, sofrendo diretamente, no seu bem jurídico mais importante, a depender do crime praticado pelo agente.

A vitimização secundária é caracterizada a partir do momento em que a vítima vai procurar as instituições estatais, tendo em vista que, elas não estão preparadas para realizar o acolhimento dessas vítimas, sendo estabelecida uma nova vitimização dessas pessoas. (BITENCOURT, 2019)

A vitimização terciária ocorre por meio da própria sociedade, na medida em que, as vítimas são isoladas pela sociedade, em razão do crime sofrido por essa vítima, ocorrendo muito essa vitimização, no crime de estupro. Nesse contexto, pode-se salientar o exemplo estabelecido por Gonzaga (2018, p. 163), sobre um crime de estupro, ao dispor que:

A fim de ilustrar tal espécie de vitimização, cumpre ressaltar o recente episódio ocorrido no Rio de Janeiro, em que uma garota foi vítima do chamado “estupro coletivo”, onde vários homens revezaram entre si durante alguns dias mantendo relações sexuais forçadas com ela, em típico caso de estupro. Após o ocorrido, foi comentário geral nas redes sociais e na comunidade em que a vítima morava de que ela teria sido parcialmente culpada pelo ocorrido, uma vez que já teria feito tal prática anteriormente e não tinha reclamado na Polícia. Ademais, ela também mantinha relacionamento amoroso com um dos envolvidos e de forma sistemática frequentava bailes funk em que tal prática era corriqueira.

De acordo com esse relato, é possível verificar que a sociedade acabou por evidenciar uma vitimização terciária em face da vítima, ao atribuir certa responsabilidade dela na realização da conduta criminosa, tendo em vista que, já teria passado pela mesma situação anteriormente, e tudo foi realizado com o seu consentimento. (GONZAGA, 2018)

Portanto, chega a ser totalmente absurdo o fato de que, se ela já passou por isso anteriormente com o seu consentimento, deveria aguentar essa nova conduta criminosa calada.

Assim, tal aspecto acaba por evidenciar que a vítima não seria uma pessoa sujeito de direitos, na medida em que, não poderia estabelecer o seu consentimento sobre a prática da conduta criminosa.

3.2 A Busca Pela Verdade Real e a Vitimização Secundária de Menor Vulnerável

A violência se encontra presente em toda a sociedade, sendo evidenciada como uma das maiores ameaças da própria humanidade, assim, a violência familiar é muito presente em todas as classes sociais, se apresentando nas mais variadas formas contra as crianças e os adolescentes. (BITENCOURT, 2019)

Nesse contexto, é importante destacar que o abuso sexual das crianças e adolescentes, dentro da própria família, e fora dela, causa inúmeras marcas para essas pessoas, sendo está determinada como sendo a vitimização primária, conforme se depreende dos ensinamentos proferidos por Bitencourt (2019, p. 107) ao dispor da seguinte maneira:

A violência sexual contra crianças e adolescentes, intrafamiliar ou não, pode ser entendida como vitimização primária, na medida em que no âmbito procedimental-investigatório constata-se outro tipo de vitimização, em que a violência é causada pelo próprio sistema de justiça penal que viola outros direitos, vitimizando novamente a criança ou o adolescente. Essa revitimização demonstra-se vitimização secundária, que outra coisa não é senão a violência institucional do sistema processual penal, fazendo das vítimas infanto-juvenis novas vítimas, agora de estigma procedimental-investigatório; a violência do sistema pode dificultar (senão inviabilizar) o processo de superação do trauma (...).

O abuso sexual sofrido por essas crianças e adolescentes acaba gerando um verdadeiro desequilíbrio biopsicossocial para elas, principalmente diante da vitimização secundária que elas passam no processo penal, na medida em que, terão que ser testemunhas, e no seu depoimento esclarecer todos os fatos atinentes as situações de violência sexual no qual foi submetido.

Assim, o depoimento dessas crianças e adolescentes são tidos como sendo fundamentais para o acervo probatório estabelecido no próprio processo, entretanto, a forma como normalmente ocorre essa inquirição das vítimas, acaba evidenciando uma vitimização secundária para as crianças e os adolescentes.

Dessa forma, uma saída bastante útil para que não venha a acontecer essa respectiva vitimização secundária, seria realizar um aprimoramento nos procedimentos de cunho investigatório, bem como também, fazer com que essas crianças e adolescentes sejam acompanhados por profissionais, como é o caso dos assistentes sociais, terapeutas, psiquiatras e psicólogos. (GONZAGA, 2018)

Portanto, com o auxílio desses profissionais, as vítimas vulneráveis de violência sexual, acabaria por ter uma preparação mais adequada, antes de ocorrer o seu depoimento na delegacia, ministério público e vara judiciária. Assim, seria fundamental que essas vítimas infanto-juvenis não venham a ser inquiridas da forma tradicional, devendo-se buscar meios para minimizar os efeitos com que tais procedimentos investigatórios e judiciais, possam causar ao desenvolvimento equilibrado dessas pessoas. (BITENCOURT, 2019)

A ideia principal sobre o conflito entre a busca da verdade real e a vitimização secundária estabelecida para as vítimas que são menores vulneráveis, é justamente no sentido de que, é muito importante a busca pela verdade real, mas em contrapartida, é fundamental com que seja respeitado os direitos das crianças e dos adolescentes, pois eles são sujeitos de direitos, devendo-se buscar todos os meios capazes para não revitimizá-los na busca pela verdade real.

A respeito desse contexto salientado anteriormente, é importante destacar os ensinamentos proferidos por Bitencourt (2019, p. 108-109), quando passa a dispor da seguinte maneira:

O fundamental é que se perceba de uma vez por todas que crianças e adolescentes, vítimas de violência sexual, intrafamiliar ou não, antes de objeto de investigação e de meio de prova, são, acima de tudo, sujeitos de direitos, e que a sociedade, em nenhuma hipótese, tem o direito de revitimizá-los, seja a pretexto da busca mitológica verdade real, seja para assegurar a mais ampla defesa do eventual acusado. A prova, de culpa ou de inocência, deve ser buscada por todo e qualquer outro meio moralmente legítimo e não vedado em lei, desde que não se queira arrancá-la de quem já foi vitimizado pela violência sexual sofrida. Não se pode esquecer de sua vulnerabilidade natural, que é somatizada pela peculiar circunstância do trauma sofrido pela violência sexual de que fora vítima.

Nesse contexto, nos casos de processos penais onde ocorre a ausência de outras provas capazes de comprovar a autoria e materialidade do fato delitivo, não se mostra razoável a revitimização secundária das vítimas infanto-juvenis, na medida em que, cabe ao Estado produzir todos os meios de provas nos quais são essenciais para a decisão criminal, especialmente nessa modalidade de crime.

De acordo com isso, outro aspecto fundamental no qual vai garantir uma menor revitimização secundária dessas pessoas, é justamente o aprimoramento de todos os meios que são investigatórios e repressivos, pois somente assim, eles seriam capazes de garantir um combate totalmente eficaz sobre essa modalidade de crime, que é o estupro de vulnerável. (BITENCOURT, 2019)

3.3 A Prova da Infração

Um aspecto bastante relevante nos crimes de estupro de vulnerável, é justamente a questão das provas que serão admitidas, assim, temos que serão admitidas, todos os meios de provas, desde que elas sejam consideradas lícitas.

Dessa forma, é normal que o crime de estupro de vulnerável deixe vestígios no corpo da vítima, portanto, se mostra fundamental a realização do exame de corpo de delito, onde será verificado todos aqueles sinais nos quais possam evidenciar a ocorrência do estupro, bem como também outros sinais que comprovem a violência utilizada pelo agente contra a vítima, que a depender do caso concreto, poderá ocasionar na utilização das qualificadoras previstas nos §§3º e 4º, do art. 217-A, do Código penal. (CAPEZ, 2019)

O exame de corpo de delito é realizado por um perito, estabelecido como sendo oficial e com formação em ensino superior, onde o mesmo, realizará um laudo pericial sobre as circunstâncias verificadas no exame e apresentar as suas conclusões. Com isso, essa prova material não vincula o magistrado, podendo ela ser complementada ou ainda contestada em face de outros elementos probatórios adquiridos no curso do processo penal.

Ainda assim, existe a possibilidade de não serem encontrados os vestígios da infração penal, dessa forma, a materialidade da conduta e a autoria do crime poderá ser comprovada a partir da utilização de outros elementos probatórios. Aliás, tais situações são bastante frequentes nessa modalidade de crime, onde a utilização desses outros elementos probatórios, são conhecidos como o exame de corpo de delito indireto. (MARCÃO, 2015)

De acordo com essa perspectiva, é importante destacar que, a palavra da vítima da conduta criminosa, tem um papel fundamental em relação à análise, pelo magistrado, das provas produzidas no processo, na medida em que, essa infração normalmente é cometida de forma escondida, sem a presença de outras pessoas capazes de testemunhar sobre o ocorrido, e ainda assim, muito dificilmente, a vítima iria entrar em detalhes a respeito da sua intimidade, se não tivesse ocorrido a conduta criminosa alegada.

A respeito da importância estabelecida para a palavra da vítima na verificação das provas, bem salientou Marcão (2015, p. 208) quando disciplinou sobre esse respeito da seguinte forma:

A palavra do ofendido assume papel de relevo na análise da prova, tendo em vista que se trata de infração geralmente cometida às escondidas e, ainda, que, diante da natureza do delito, se costuma entender que não seria natural alguém se expor a ponto de levar a juízo detalhes de sua intimidade sem algum motivo razoável. Havendo lesões corporais, de qualquer grandeza, ou morte, aí sim, é indispensável a prova pericial por meio do exame direto, em vista da evidente existência de vestígios da violência.

Cabe ao magistrado, no conjunto probatório consubstanciado no processo penal, analisar cada uma delas, e a partir daí formar o seu livre convencimento para proferir a sua sentença. (MARCÃO, 2015)

A respeito das causas de vulnerabilidade que são consubstanciadas para os deficientes mentais e as vítimas nas quais possuem alguma enfermidade, é necessário que ocorra uma perícia médica, no sentido do psiquiatra vir a constatar se aquela pessoa possui ou não o discernimento necessário sobre a suposta prática de alguns atos sexuais, além do mais, o psiquiatra deverá fazer uma correlação entre a enfermidade ou doença apresentada com o respectivo déficit apresentado pela vítima nessa compreensão. (MARCÃO, 2015)

Nesses termos, também é importante destacar, que será admitida a utilização de prova emprestada, devendo ser cumpridas, para tanto, todas as ressalvas nas quais foram estabelecidas pela própria jurisprudência.

Em relação ao entendimento jurisprudencial sobre uma possível valoração da prova testemunhal realizada pela vítima, em relação aos crimes sexuais, tem-se que os tribunais superiores possuem o entendimento no sentido de a palavra da vítima possuir uma significativa importância.

A respeito desse entendimento salientado, pode-se destacar o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento de uma Apelação nº 70054782339, que teve como Relator Joni Victoria Simões, dispondo a ementa da seguinte maneira:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PALAVRA DA VÍTIMA REVESTIDA DE DISCREPÂNCIAS. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Nos crimes sexuais, a palavra da vítima reveste-se de vital importância, sendo, muitas vezes, a única prova que permite a devida

compreensão do fato ocorrido. Pela sua natureza, tais infrações normalmente são cometidas de forma clandestina, longe dos olhos de testemunhas. No entanto, tais declarações deverão ser analisadas com as devidas reservas quando se mostrarem discrepantes em relação às circunstâncias fáticas da conduta delitiva e forem dotadas de importantes contradições com o restante da prova colhida ou, ainda, nos casos em que comprovada a existência de motivos para a falsa imputação. No caso em apreço, a prova oral colhida no curso da instrução não permite a reconstrução processual do fato, havendo importantes dissonâncias entre o que foi afirmado pelo menor na etapa policial e em Juízo, prejudicando a compreensão quanto à própria ocorrência do crime. Não sendo possível extrair do acervo probatório a certeza necessária para proclamação de édito condenatório, cumpre ratificar a absolvição do denunciado. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO. (Apelação Crime nº70054782339, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Joni Victoria Simões, Julgado em 28/11/2018).

Na análise desse caso concreto, verifica-se que a palavra da vítima possui uma importância maior, quando comparado com os outros meios de prova, tendo em vista que, nos crimes sexuais, muitas vezes essa conduta criminosa é praticada bem longe dos olhos de testemunhas. Nesses termos, é fundamental com que a palavra da vítima apresente coerência com os outros elementos probatórios colhidos na instrução processual penal.

Com isso, o magistrado verificou que no caso concreto, o depoimento realizado pela vítima apresentou controvérsias, principalmente naquele consubstanciado na delegacia e em juízo, fazendo com que não fosse possível realizar a reconstrução dos fatos criminosos, sendo assim, o acusado acabou por ser absolvido pela falta de elementos probatórios sobre a conduta criminosa.

É relevante, destacar ainda, que o entendimento jurisprudencial no sentido de que a palavra da vítima, nos crimes sexuais, possui uma valoração maior, também vigora na justiça militar, conforme se depreende da ementa, da Apelação julgada pelo Superior Tribunal Militar, dispondo da seguinte maneira:

EFICÁCIA PROBANTE DAS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA. 1. Configura-se o crime de atentado violento ao pudor quando o agente constranger menor, mediante violência presumida, a permitir que com ele se pratique atos libidinosos diversos da conjunção carnal, no interior do quartel. 2. Nos crimes sexuais, a palavra da vítima, especialmente quando corroborada por outros elementos de convicção, tem grande relevância como prova, por não existirem, na maioria dos casos ligados a delitos de tal natureza, testemunhas do fato. Recurso conhecido e não provido. Decisão unânime. (AP 00000103-10.2013.7.05.0005 PR, Relator: Artur Vidigal de Oliveira, DJ: 04/11/2016, STM).

Portanto, nesse caso concreto, o militar praticou ato libidinoso com uma vítima menor no interior do quartel, assim, como a violência dessa modalidade de crime é

considerada como presumida, e a palavra da vítima possui uma grande relevância, quando se encontra em consonância com os outros elementos probatórios, os ministros acabaram por não dar provimento ao recurso de apelação.

Por último, podemos analisar ainda o entendimento jurisprudencial fixado pelo Superior Tribunal de Justiça, sobre uma possível valoração da palavra da vítima nos crimes sexuais, ao trazer a ementa do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1005466 DF 2016/0282395-5, quando passa a dispor sobre esse contexto da seguinte maneira:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. MOLESTAR ALGUÉM OU PERTUBAR-LHE A TRANQUILIDADE (ART. 65 DECRETO-LEI 3.688/41). ALTERAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CP). FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ALTERAÇÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, nos crimes sexuais, a palavra da vítima, tem grande validade como elemento de convicção, desde que coerente com as demais provas dos autos, o que não ocorre na espécie. 2. Consoante a análise das provas produzidas nos autos, a Corte de origem conclui que a conduta do réu, “apesar de reprovável, não teve intensidade necessária para violar ou tolher a liberdade sexual da vítima que teve preservada a incolumidade física e psíquica, ou seja, tudo indica que a conduta do réu não alcançou o grau de lesividade à criança”, conforme consignado no parecer técnico elaborado pelo núcleo de psicologia do Tribunal. 3. A alteração do julgado, a fim de se reconhecer a prática do delito tipificado no art. 217-A do Código Penal, tal como pleiteado pelo Ministério Público, demandaria a incursão no material fático-probatório dos autos, providência inviável nesta via especial, a teor do que dispõe a Súmula/STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

Com isso, é possível verificar que o entendimento jurisprudencial dos tribunais é no sentido de que, a prova estabelecida em razão da palavra da vítima, possui uma valoração especial, no conjunto probatório dos crimes sexuais, entretanto, está deverá se encontrar em consonância com o preconizado por outras provas produzidas por meio do processo penal, pois caso isso não ocorra, acabará favorecendo o réu, em face do princípio *in dubio pro reo*..

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico disciplinou sobre a relevância na qual é estabelecida para a prova testemunhal apresentada pela vítima, no crime de estupro de vulnerável, assim, foi abordado sobre cada um dos aspectos essenciais referentes a essa temática.

Nesses termos, em relação ao assunto abordado no primeiro capítulo, tem-se que começou com a abordagem sobre as modalidades de provas estabelecidas no Código de Processo Penal, especialmente aquelas que normalmente são mais evidenciadas no crime de estupro de vulnerável. Com isso, começou a ser analisado sobre o exame pericial, tendo em vista que, normalmente nos crimes de estupro é deixado vestígios na vítima, sendo essencial a realização do exame pericial por um perito, onde ele vai analisar os elementos colhidos no exame e proferir o laudo pericial, se servirá como uma prova no processo penal. A prova testemunhal também é outro elemento de prova bastante relevante, entretanto, é mais complicado de ser utilizado no crime de estupro de vulnerável, que normalmente ocorre as escondidas. Logo em seguida foi disciplinado sobre o depoimento do ofendido, tendo em vista que, essa prova é bastante relevante para o conhecimento sobre os fatos criminosos sofridos pela vítima. Ainda assim, também foi disciplinado a respeito do reconhecimento da pessoa, que é justamente o reconhecimento do acusado. De acordo com isso pode-se estabelecer que todos os meios de provas estabelecidos anteriormente são essenciais para a comprovação dos fatos criminosos que foram praticados pelo agente criminoso.

Posteriormente, no segundo capítulo, passou a ser realizado uma abordagem mais específica sobre o crime de estupro de vulnerável, disciplinando inicialmente, sobre como era a redação do crime antes das alterações promovidas pela Lei nº 12.015/2009. Assim, ao analisar essa modalidade criminosa após a alteração normativa realizada, é possível constatar que a conduta criminosa ganhou um dispositivo normativo próprio, como é o caso do art. 217-A, do Código Penal. Logo em seguida foi disciplinado sobre as causas de aumento de pena que se encontram consubstanciados nas alíneas “a” e “b”, do inciso IV, do art. 226, do CP, conhecidos como estupro coletivo e estupro corretivo, respectivamente. Posteriormente, foi estabelecido sobre a questão da vulnerabilidade e a idade preconizada para as crianças e os adolescentes no ECA. Por fim, disciplinou-se sobre a ação penal prevista

para o crime de estupro de vulnerável. Com isso, pode-se concluir que o crime de estupro de vulnerável ganhou uma maior relevância, com a alteração promovida pela Lei nº 12.015/2009, ganhando um dispositivo normativo autônomo, onde se encontra previsto uma abrangência maior, inclusive com causas de aumento de pena.

Por fim, no terceiro e último capítulo do trabalho monográfico, foi estabelecido sobre a vitimologia e a vitimização, além de abordar também sobre a prova consubstanciada no crime de estupro de vulnerável. Dessa forma, a vitimologia e vitimização são essenciais na criminologia, pois a vitimologia apresenta um estudo sobre a própria vítima, trazendo alguns dos seus aspectos essenciais, como é o caso da personalidade, relação da vítima com o infrator, o papel desempenhado por cada um deles, dentre outros aspectos essenciais. Já a vitimização é disciplinada em suas três modalidades, como é o caso da primária, secundária e a terciária. Posteriormente, foi estabelecido sobre a busca pela verdade real em contrapartida com a vitimização secundária disciplinada pelo menor vulnerável. Nesses termos, o processo penal busca sempre pela verdade real dos fatos, mas em contrapartida, nos crimes de estupro de vulnerável, normalmente ocorre uma vitimização secundária da vítima, assim, deve-se buscar o equilíbrio entre a busca da verdade real e a não ocorrência da vitimização secundária da vítima. Por fim, foi estabelecido sobre as provas evidenciadas para o crime de estupro de vulnerável, destacando-se uma valoração do depoimento da vítima, tendo em vista que, esse meio de prova é essencial para determinar como ocorreu os fatos criminosos. De acordo com isso, pode-se concluir que ocorre uma valoração significativa sobre a palavra da vítima, como sendo um elemento de prova, entretanto, está prova deve estar em consonância com as outras provas que foram obtidas no processo criminal, sendo esse o entendimento firmado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Penal**, 1940. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 08 de setembro de 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal, 1941**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 09 de setembro de 2019.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 11 de setembro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.015/2019**. Disponível em:

<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/818585/lei-12015-09>. Acesso em: 15 de setembro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.654/2012**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm. Acesso em: 15 de setembro de 2019.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

AVENA, Noberto. **Processo penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. vol. 4, 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial (arts. 213 a 359-H)**. vol. 3, 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente: lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte especial (arts. 121 a 234-B)**. vol. 2, 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONZAGA, Christiano. **Manual de criminologia**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARCÃO, Renato. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao título vi do código penal**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte especial (arts. 213 a 359-H)**. vol. 3, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROSATO, Luciano Alves. **Estatuto da criança e do adolescente: comentado artigo por artigo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL AgRg no AREsp 1005466 DF 2016/0282395-5. Relator Min. Ribeiro Dantas. DJ. 27/06/2017. JusBrasil. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/485211568/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-1005466-df-2016-0282395-5?ref=serp>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR, APELAÇÃO AP 0000103-10.2013.7.05.0005 PR. Relator Artur Vidigal de Oliveira. DJ. 24/11/2016. JusBrasil. Disponível em: <https://stm.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/408616438/apelacao-ap-1031020137050005-pr?ref=serp>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, APELAÇÃO CRIME ACR 70054782339 RS. Relator Desemb. Joni Victoria Simões. DJ: 28/11/2018. JusBrasil. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/671895884/apelacao-crime-acr-70054782339-rs?ref=serp>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.